Le droit civil français : livre-souvenir des journées du droit civil français (Montréal, 31 août-2 septembre 1934) / [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Le droit civil français : livre-souvenir des journées du droit civil français (Montréal, 31 août-2 septembre 1934) / publié par le barreau de Montréal. 1937.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

LE
DROIT CIVIL FRANÇAIS

LIVRE-SOUVENIR

DES

JOURNÉES DU DROIT CIVIL FRANÇAIS

(MONTRÉAL - 31 AOÛT - 2 SEPTEMBRE 1934)

PUBLIÉ PAR

LE BARREAU DE MONTRÉAL

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, RUE SOUFFLOT, PARIS, 5e

LE BARREAU
DE
MONTRÉAL
PALAIS DE JUSTICE
MONTRÉAL

1936

JOURNÉES DU DROIT CIVIL FRANÇAIS

L'honorable André Fauteux, *sénateur*
Bâtonnier de Montréal.

MEMBRES DU COMITÉ DIRECTEUR :

Me L.-E. BEAULIEU, *ancien bâtonnier de Montréal, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, président.*

M. le juge EDOUARD FABRE-SURVEYER, *professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill.*

M. le juge FERDINAND ROY, *doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec).*

Me LOUIS SAINT-LAURENT, *ancien bâtonnier de la province de Québec et ancien président de l'Association du Barreau canadien.*

Me CHARLES LEMESURIER, *doyen de la Faculté de droit de l'Université McGill.*

Me MARÉCHAL NANTEL, *bibliothécaire du Barreau de Montréal.*

Me MAXIMILIEN CARON, *professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et à l'Ecole des Hautes Etudes commerciales, secrétaire.*

Les Journées du Droit civil français furent tenues à Montréal, du 31 août au 2 septembre 1934, à l'occasion du quatrième centenaire de la découverte du Canada et sous les auspices du Barreau de Montréal.

LE
DROIT CIVIL FRANÇAIS

LIVRE-SOUVENIR

DES

JOURNÉES DU DROIT CIVIL FRANÇAIS

(MONTRÉAL - 31 AOÛT - 2 SEPTEMBRE 1934)

PUBLIÉ PAR

LE BARREAU DE MONTRÉAL

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, RUE SOUFFLOT, PARIS, 5e

LE BARREAU
DE
MONTRÉAL

PALAIS DE JUSTICE
MONTRÉAL

1936

3

Le Droit Civil Français

D. L
C0601 13-1-37
— A —
B

Préface

Aux temps déjà lointains où je fréquentais — quel heureux euphémisme ! — l'Ecole de Droit de Paris, j'avais un camarade avec lequel je m'étais lié d'amitié.

L'année scolaire finie — peut-être même un peu plus tôt — nous nous séparâmes, avec l'intention, l'automne arrivé, moi de mettre ma science légale au service de mes concitoyens, lui d'augmenter la sienne en piochant son doctorat.

Dix-huit mois plus tard, je recevais de mon ex-camarade un volume intitulé : « De la subrogation en matière d'assurance contre l'incendie ». C'était sa thèse de doctorat qu'avec une légitime fierté il m'adressait de l'autre côté de l'océan.

En la lisant, je constatai que mon ami déployait une érudition remarquable. A une époque où l'étude du droit comparé était moins répandue qu'aujourd'hui, il trouvait le moyen de citer et de disséquer les textes des Codes néerlandais, roumain, chilien, péruvien, louisianais, et que sais-je encore. Mais du Code civil de la Province de Québec, pas mot !

C'était toucher chez moi une corde sensible. J'avais eu assez de mal, à Paris, à faire comprendre à ceux qui m'interrogeaient que notre droit civil n'était pas le common law *anglais, et s'apparentait au leur ; depuis mon retour, j'avais eu à consulter, plus souvent qu'à mon tour le* Répertoire *relativement récent de Fuzier-Herman, et ragé en constatant que la moindre république de l'Amérique Latine l'intéressait infiniment plus que le Canada, et voilà qu'un de mes amis tombe dans la même aberration, et dans une revue de tous les codes du monde, omet précisément celui auquel son ancien camarade est obligé d'avoir recours tous les jours !*

Mon accusé de réception se ressentait de mon état d'âme. Remerciements et félicitations passèrent à l'arrière plan pour céder la place aux reproches.

Aujourd'hui, je crains d'avoir été sévère. Mon ami aurait ajouté le Canada à la liste des pays étrangers dont il notait la législation qu'aucun de ses lecteurs, moi excepté, ne lui en eût su gré.

Qui, à cette époque — je parle de la fin du siècle dernier — s'occupait de nous en France ? Laurent avait, un quart de siècle auparavant, écrit une préface pour l'« Histoire du droit canadien » de Doutre et Lareau : on l'avait oublié. Il avait, dans son commentaire du Code civil, traité un de nos magistrats d'« obscur ténébrion » : on s'en souvenait ! M. Albert Aftalion, dans « La femme mariée », nous

avait consacré quatre pages émues. Seul des grands commentateurs, Guillouard avait lu notre code, le citait au besoin, et toujours avec bienveillance. Nous lui avons prouvé notre reconnaissance en fournissant, si j'ai bonne mémoire, un dixième du coût de son buste, qui orne le Palais de Justice de Caen.

Depuis ce temps, avons-nous fait du progrès ? Bien peu. Nous représentons le passé, alors qu'on cherche du nouveau. Si nous étions une république, ou des novateurs à tous crins, nous exciterions plus de curiosité.

Il y a d'honorables exceptions, parmi les jurisconsultes de France. Dans mon rapport sur les régimes matrimoniaux, j'ai mentionné deux noms. On pourrait en trouver d'autres.

La revue de nos décisions que font messieurs Demogue et Lepaulle, dans la « Revue trimestrielle de droit civil », est infiniment précieuse.

Augmenter le nombre de ces auteurs qui comprennent notre situation ; pouvoir dire à nos étudiants que les juristes français s'occupent un peu de nous ; que, dans ce siècle où l'étude du droit comparé gagne tous les jours de l'importance, l'on ne nous ignore pas complètement : c'est pour arriver à ce but que nous avons organisé ces « journées du droit civil français ».

La France a répondu magnifiquement à notre invitation. Elle nous a envoyé trois de ses plus éminents juristes, messieurs Capitant, Josserand et Demogue. Elle n'aurait pas pu faire mieux. Du fond du cœur, nous lui disons une fois de plus, merci !

Mais les travaux de nos hôtes de France n'ont pu qu'être résumés aux journées de droit civil. Nous devons en justice pour leurs auteurs en obtenir le texte complet. Ces travaux ont été exécutés à notre intention : nous avons le devoir d'en assurer la conservation. Le Barreau de Montréal, — dont le Bâtonnier a reçu, à l'occasion des fêtes de 1934, la croix de la Légion d'Honneur — s'est rendu généreusement aux demandes du comité d'organisation des journées du droit civil et s'est chargé de défrayer le coût de l'impression des travaux présentés au congrès. Nous l'en remercions avec reconnaissance.

Ce livre-souvenir ne contient pas que des travaux de France. Le but du congrès était surtout, je l'ai déjà dit, de mettre sous les yeux des juristes de France notre situation juridique. A cette fin, nous avons divisé entre un certain nombre d'entre nous les titres de notre Code civil, en demandant à chacun de faire ressortir les différences entre notre code et le Code français. Tous n'ont pas répondu à notre appel, et certaines parties du code n'ont pas été traitées. Qu'importe ! Si ce que nous avons fait excite de l'intérêt en France, nous trouverons certainement le moyen de compléter cette étude comparative.

Enfin, ce livre a une troisième partie, qui est en quelque sorte une prolongation du « Livre du Centenaire » publié à Paris en 1904. Nous

avons cherché à obtenir, au moins des pays qui touchent de plus près à la France, des comparaisons entre leur code et le Code français. Inconnus comme nous le sommes encore à l'étranger, nous n'aurions jamais pu nous procurer les collaborateurs que nous présentons aujourd'hui, sans la cordiale coopération de messieurs Gabriel-Louis Jaray et Georges Chabaud, du Comité France-Amérique de Paris, que nous tenons à remercier chaleureusement.

Et maintenant, Livre-Souvenir,

« Va t'en, pauvre oiseau passager,
« Que Dieu te mène à ton adresse ! »

Ton adresse, c'est celle de tous les juristes du monde, et surtout des pays latins, dont nous, de la province de Québec, sollicitons, pour nous aider dans nos études juridiques, l'intérêt, l'encouragement, et surtout, le cas échéant, les critiques.

E. FABRE-SURVEYER

Membre correspondant de l'Office International
de Législation de France.

Montréal, octobre 1934

INTRODUCTION

Allocution prononcée, le 31 août 1934, par

M. L.-E. BEAULIEU, C. R.,

Docteur en droit, ancien bâtonnier,
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Montréal.

Les journées que nous commençons feront époque, j'en suis sûr, dans notre histoire. Accoutumés que nous sommes, depuis toujours, à nous tourner vers la France, pour y chercher l'inspiration et la lumière juridique, nous voyons aujourd'hui, avec admiration et avec joie, la France venir vers nous, personnifiée par ses fils les plus illustres, dans la science du droit.

M. Capitant, membre de l'Institut et professeur à la Faculté de droit de Paris ; M. Demogue, également professeur à la Faculté de droit de Paris ; et M. Josserand, doyen de la Faculté de droit de Lyon; voilà la délégation que la France nous envoie.

Il serait superflu de faire l'éloge de ces maîtres : par leurs ouvrages, ils habitent parmi nous depuis longtemps et leur nom, à lui seul, est un puissant argument devant nos tribunaux.

Il convient d'ajouter que M. Capitant, président de la délégation française, est, en même temps, le représentant officiel de la Faculté de droit de Poitiers et de l'Académie internationale de droit comparé ; que M. Josserand est le représentant officiel de la Faculté de droit de Toulouse ; que MM. Capitant et Josserand représentent conjointement la Faculté de droit de Caen et que MM. Capitant, Demogue et Josserand sont, tous les trois, délégués officiels du ministère français de l'Education nationale.

D'autres institutions juridiques ont bien voulu se faire représenter : Me Olivier Jallu, membre du Conseil de l'Ordre des avocats de Paris, est le délégué officiel de ce Conseil ; M. Janne, professeur à la Faculté de droit de Liège, est le délégué officiel du gouvernement belge ; M. Sugiyama, professeur à l'Université Impériale de Tokio, est le représentant autorisé du Japon ; et M. Péringuey, bâtonnier de l'Ordre des avocats d'Alger, représente l'Association nationale des avocats inscrits aux barreaux de France et des colonies.

A tous, nous souhaitons la plus cordiale bienvenue !

Messieurs, nous sommes réunis en Congrès pour rendre hommage au rayonnement civilisateur exercé par la France à travers le monde, au moyen de son Code civil, et apporter ainsi la contribution des juristes aux fêtes organisées pour célébrer le quatrième centenaire de la découverte du Canada. Sans ce Congrès, on peut dire que ces fêtes commémoratives ne seraient pas complètes ; puisque c'est dans le

domaine du droit que persiste, particulièrement vivace, l'influence de la France que Cartier avait rêvé d'établir pour toujours sur ce continent.

Le Code Napoléon est véritablement l'une des plus nobles productions du génie humain. Critiqué dès le début, il n'en a pas moins traversé l'une des périodes les plus riches en transformations sociales et en floraisons juridiques nouvelles, et, après plus de 125 ans, il est encore debout, substantiellement le même, toujours imposant, toujours respecté. Sa pérennité, à elle seule, prouverait son excellence.

Et ainsi se réalise la parole prophétique de Napoléon, à Sainte-Hélène :

« Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles. Ce que rien n'effacera, ce qui survivra éternellement, c'est mon Code civil ; ce sont les procès-verbaux du Conseil d'Etat ».

La cause de ce phénomène de durée est facile à découvrir : c'est que le Code Napoléon présente un certain nombre de caractères fondamentaux que l'on ne trouve nulle part ailleurs à un degré aussi prononcé.

En premier lieu, il est essentiellement humain. Il légifère pour l'homme vivant, et non pour l'homme abstrait. Il n'arrête, ni ne détourne l'évolution de la nature, mais il la discipline et la soutient. Il ne contrarie pas les aspirations légitimes des hommes vivant en société ; mais il les maintient dans de juste limites. Il est fait en vue de l'ensemble du corps social et il ignore les réclamations des groupes et des castes. Il constitue, en un mot, une excellente base pour assurer le règne de la justice naturelle et sociale.

Autre caractère distinctif du Code civil français. Tout en déterminant d'une façon précise le cadre dans lequel pourront s'exercer les activités humaines, les auteurs de cette législation ont su éviter les règlementations trop minutieuses et la multiplicité des détails. Ils ont compris que le cas concret n'est pas du ressort du législateur, mais du juge, et ils s'en sont rapportés à la jurisprudence, pour compléter leur œuvre.

« L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ». (Pp. 54,55, C.C. livre du Centenaire, 1804-1904).

Dans l'économie du code, ce sont les tribunaux qui doivent adapter le texte immuable de la loi aux besoins changeants de la société et maintenir toujours vivante la substance juridique.

Dieu merci, ni en France, ni en ce pays, les tribunaux n'ont failli à la grande tâche qui leur était ainsi assignée. Et, à côté du texte, l'interprétant et le complétant, il s'est accumulé une jurisprudence dont l'élévation et la noblesse sont au niveau de la législation elle-même.

Enfin, le Code civil français, pour reprendre une formule chère aux praticiens, est aussi admirable par la forme que par le fond.

Ses définitions, sa composition, sa méthode le rattachent à la France classique. Son style, fait de précision et de clarté, l'y rattache également, et l'on comprend qu'un écrivain comme Stendhal ait pu considérer la lecture quotidienne du code comme un excellent moyen d'entraînement littéraire. L'on ne pourrait en dire autant de nos lois statutaires.

Aussi, n'est-il pas étonnant que ce code, promulgué pour la France, eût tôt fait de déborder les frontières de la France. Par infiltration, par transplantation directe, il s'est répandu dans les pays limitrophes, chez les peuples de civilisation analogue et jusque dans les contrées les plus lointaines. Le Code civil français n'a-t-il pas été, pendant de longues années, la base de la législation privée au Japon ? Et, encore aujourd'hui, il y exerce une influence remarquable. Ceux-là mêmes qui ont prétendu faire œuvre législative originale, consciemment ou inconsciemment, ont subi son influence. Pareille expansion des lois d'un peuple n'a eu d'égale que la diffusion des lois romaines.

Quant à nous, de la province de Québec, qui avions été régis dès nos origines par les lois françaises, il était tout naturel que nous recourions au Code Napoléon, lorsque le temps fut venu de codifier notre législation privée. C'est pour cette raison que la loi qui décréta la codification, enjoignit, en même temps, aux commissaires chargés de ce travail, de calquer le code nouveau sur le Code Napoléon.

Ce serait cependant une erreur de croire que notre code n'est qu'une copie servile du Code français. Les usages et les mœurs de notre province étaient déjà tellement imprégnés des préceptes de la vieille coutume de Paris, qu'en plusieurs matières notre législateur refusera d'adopter les modifications que le Code Napoléon y avait apportées.

Puis, la cession du pays à l'Angleterre avait créé des conditions nouvelles ; elle avait, en même temps, mis en présence les deux législations, anglaise et française, et, sur certains points, les lois anglaises parurent plus appropriées à notre situation particulière.

Ajoutons qu'à l'époque de notre codification, en 1866, nos commissaires étaient en mesure de faire leur profit des attaques dirigées par les commentaires de l'époque, soit contre le fond, soit contre la forme de certaines dispositions du Code civil français. Ils se rangèrent quelquefois du côté des critiques.

Enfin, il arrive que nos tribunaux, placés dans une ambiance différente, donnèrent à des textes semblables une interprétation différente de celle adoptée par les tribunaux français.

De ces diverses causes, sont nées des dissemblances, tant dans la législation que dans la jurisprudence. Ce sont ces dissemblances que les juristes canadiens ont entrepris de souligner dans les rapports qu'ils liront ou déposeront, durant ces journées du droit civil. Et le petit

nombre de ces dissemblances démontrera que, dans son fondement et dans son essence, notre droit est toujours demeuré français et que, par ailleurs, le Code civil français peut s'adapter aux besoins du nouveau monde comme à ceux du monde ancien.

Mais le génie humain ne peut prévoir toutes les transformations sociales et il n'est pas possible de légiférer pour tous les temps. Les commissaires du Consulat s'en rendaient compte parfaitement. « Car, disaient-ils, les lois, une fois rédigées, restent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours et ce mouvement qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau ».

Sous la poussée des temps nouveaux, le Code civil français devait donc évoluer, à moins de devenir une entrave au plein épanouissement de la vie. Il a, de fait, évolué. Ce sont ces évolutions, dans les principales institutions privées, que les maîtres venus de France ont entrepris de retracer.

Reste une troisième série de rapports et ils sont nombreux et d'un intérêt captivant : ce sont les rapports des juristes étrangers, venus des Amériques et du vieux monde et qui, tous, démontrent l'influence du droit français sur leur législation nationale.

Ouvrages des maîtres français, ouvrages des juristes étrangers, ouvrages des juristes canadiens : ce sont là, ce me semble, les éléments constitutifs d'un magnifique monument élevé à la gloire du Code Napoléon.

On peut concevoir que l'humanité, dans sa marche vers le progrès, arrivera à développer des formes de transactions sociales génératrices de rapports inconnus jusqu'ici. Pour ces rapports nouveaux, il incombera aux juristes de l'époque de trouver des formules juridiques nouvelles : car le droit a pour mission de servir l'homme, et non de l'asservir.

Mais on peut dire, dès maintenant, que, pour répondre aux nouvelles conditions des sociétés futures, il suffira de compléter, suivant les mêmes méthodes qui ont servi à l'élaborer, la législation contenue au Code civil.

Une œuvre législative, qui peut ainsi s'adapter indéfiniment à tous les temps et à toutes les conditions, sans altération de ses éléments essentiels, est vraiment une œuvre rare et puissante.

PREMIÈRE PARTIE

JURISTES FRANÇAIS

L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA FAMILLE DEPUIS LE CODE CIVIL

Rapport de

M. HENRI CAPITANT,

Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté
de Droit de l'Université
de Paris.

M. le Président, Messieurs,

Les Facultés de Droit des Universités françaises ont applaudi à l'heureuse idée que vous avez eue de consacrer des journées au Droit civil français. Le Code Napoléon est notre patrimoine commun. Il constitue, avec la langue, le lien qui nous unit si intimement les uns et les autres, car un Code est l'expression des traditions, des mœurs, de la façon de penser et de concevoir, en un mot, il est le produit de la civilisation d'un peuple.

Le Code civil français compte 130 ans d'existence, ayant été promulgué sous le Consulat, le 30 Ventôse An XII, soit le 21 mars 1804. Cent trente ans, c'est un âge respectable. Les étrangers nous reprochent parfois de conserver un Code aussi vieux qui ne correspond plus aux besoins actuels.

Ils sont victimes d'une illusion. Notre Code est ancien, il n'est pas vieux. Il est ancien. Il l'était déjà quand il a été promulgué, car il n'a fait que reproduire les règles établies par la sagesse de nos pères. Beaucoup de ses articles ont été tirés des œuvres de Pothier.

Ce Code nous convient toujours, parce que le fond de la population française reste le même qu'il y a un siècle. En effet, la France a toujours été et reste une nation de terriens, de paysans. Certes, il s'y est ajouté, au cours du dix-neuvième siècle, un élément nouveau, les ouvriers de la grande industrie, mais la majorité de notre population, même à l'heure actuelle, est encore rurale. C'est dans cette classe de paysans que gît la vigueur de la France ; c'est d'elle que sortent ses savants, ses littérateurs, ses artistes, ses hommes de lois, ses grands politiques.

S'il est ancien, notre Code civil n'est pas vieux. A la différence des hommes, les Codes ne vieillissent pas. La vie leur apporte une sève incessamment renouvelée. Trois facteurs contribuent à les maintenir en harmonie avec les besoins du commerce juridique :

La loi qui leur apporte les modifications nécessaires ;

La jurisprudence des Tribunaux ;

La doctrine qui a pour mission d'expliquer et d'interpréter les lois et qui concourt, en outre, à l'œuvre du législateur et à celle des Tribunaux.

Ainsi, un Code se tranforme avec la société qu'il régit. Modifiant un peu la phrase du poète, on peut dire de lui :

Vires adquirit vivendo.

Une végétation nouvelle pousse sur son tronc, certaines de ses feuilles tombent, d'autres les remplacent.

Messieurs, nous avons pensé que la meilleure manière d'apporter notre collaboration à ces journées consacrées au Droit civil français était de vous exposer les transformations que ce Droit a subies en France depuis le Code civil, dans ses diverses parties : famille, propriété, contrats et obligations, successions et libéralités.

Pour ma part, j'ai assumé la tache de vous exposer l'évolution du Droit de la famille.

L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA FAMILLE DEPUIS LE CODE CIVIL

Le droit de la famille est, parmi les matières dont traite le Code civil, celle qui a, depuis le début du 19ème siècle, subi les plus nombreuses modifications. Alors que certaines parties du Code subsistent encore dans leur ensemble telles qu'elles ont été réglementées par lui et n'ont reçu que des retouches de détail, les articles concernant la famille légitime d'une part, mariage, puissance maritale, puissance paternelle, et ceux qui ont trait à la filiation naturelle d'autre part, ont presque tous été révisés par des lois successives qui sont devenues particulièrement nombreuses depuis la fin du 19ème siècle et au cours du 20ème siècle.

Nous allons ici tracer un tableau d'ensemble de cette évolution après avoir d'abord rappelé quels étaient les traits caractéristiques du régime établi en cette matière par le Code civil.

LE RÉGIME DU CODE CIVIL

Précisons d'abord ce que nous entendons par ce mot : la famille. Il peut être pris dans deux acceptions différentes. Au sens large, il comprend l'ensemble des personnes qui sont unies par la filiation légitime et de celles qui sont rattachées aux premières par l'alliance.

Dans un sens plus étroit, qui est celui que nous adopterons dans ce rapport, la famille est le groupe restreint formé par les père et mère et leurs enfants.

Le droit de la famille se caractérise dans le Code civil par les traits suivants :

1. La famille légitime s'oppose à la famille naturelle. La filiation naturelle, à la différence de la filiation légitime, ne suffit pas à créer de plein droit un rapport de parenté entre les père et mère et l'enfant naturel. Ce rapport ne dépend en principe que d'un acte volontaire de la part des père et mère qui est la reconnaissance, acte interdit au surplus quand il s'agit d'enfants adultérins et incestueux. L'enfant non reconnu n'est rattaché ni à sa mère ni à son père. Toutefois, il peut prouver en justice sa filiation à l'égard de sa mère

mais non à l'égard de son père, la recherche de la paternité étant interdite par l'article 340. Le Code civil ne traite de la puissance paternelle sur les enfants naturels que pour décider que l'enfant naturel mineur ne peut pas se marier sans avoir obtenu le consentement de celui de ses père et mère qui l'a reconnu (article 158) et que les articles relatifs au droit de correction paternelle leur sont applicables (article 383). Enfin, les droits de succession qu'il accorde aux enfants naturels sont restreints (article 756 à 766) ; les enfants naturels ne sont pas des héritiers ; ils sont rangés dans la catégorie des successeurs irréguliers.

2. La célébration du mariage, laïcisé, c'est-à-dire régi uniquement par la loi civile depuis la Révolution française, reste cependant entourée des formalités encombrantes qui viennent à la fois du Droit canonique et du Droit monarchique.

Le divorce, introduit dans notre législation par les lois révolutionnaires, a été conservé par le Code civil, mais dans un esprit tout différent de celui de la Révolution. Il n'est admis que comme un remède exceptionnel ; il n'est qu'un tempérament apporté à l'indissolubilité du mariage qui reste la règle. Car si le divorce est possible par consentement mutuel, il est comme tel entouré de formes multiples et sévères destinées à en empêcher l'abus. Enfin, d'une façon générale, la procédure du divorce est à dessein lente, compliquée, coûteuse.

3. La femme devient, par le fait de son mariage, incapable. Elle tombe sous l'autorité, sous la puissance, dit l'article 1388, de son mari. Elle lui doit obéissance. Elle ne peut, en principe, faire aucun acte sans être autorisée par lui ou, à son défaut, par la justice. Ses biens forment avec ceux du mari une masse commune dont celui-ci est le maître.

4. La puissance paternelle est organisée dans l'intérêt de l'enfant, et prend fin à la majorité de celui-ci. Cependant elle se ressent de ses caractères anciens. Ainsi les parents ont un droit de jouissance légale sur les biens de leurs enfants jusqu'à ce que ceux-ci aient atteint l'âge de 18 ans révolus. L'administration légale du père, au cas où l'enfant possède des biens, n'est pas réglementée, le Code se contentant de dire que le père est, durant le mariage, administrateur légal des biens personnels de ses enfants mineurs. D'autre part, l'enfant jusqu'à 25 ans si c'est un garçon, à 21 ans si c'est une fille, ne peut pas se marier sans le consentement de ses parents et, au dessus de cet âge, il doit leur demander leur conseil par des actes respectueux.

En résumé, la famille du Code civil n'a pas une cohésion comparable à celle de la famille romaine. Elle représente, comparée à cette dernière et à la famille germanique, une émancipation sensible de l'individu à l'égard du groupe. Elle est inspirée des principes du Droit canonique. Elle se caractérise essentiellement par l'autorité du mari et du père sur les personnes et sur les biens.

Ce régime convenait parfaitement à la France du début du 19ème siècle, dont la population était, pour la très grande majorité, composée

de paysans, propriétaires ou fermiers, et, pour une part bien moindre, de citadins, population sédentaire, attachée à la terre, et chez laquelle les traditions familiales se perpétuaient. Mais, au cours du 19ème siècle et à partir de 1830, l'apparition puis l'extension de la grande industrie ont amené de grands changements dans la façon de vivre de la population. Une classe nouvelle, de jour en jour plus nombreuse, celle des ouvriers des usines et des manufactures, très malheureuse pendant une partie du 19ème siècle, est apparue. Elle est venue des campagnes s'entasser dans les faubourgs des centres industriels. Cet appel de la population rurale, attirée par les salaires qui lui étaient offerts, a contribué à vider les campagnes et à modifier la vie familiale. Les jeunes générations ont quitté les champs pour s'embaucher dans les usines qui, faisant appel non seulement aux hommes mais à la main d'œuvre moins chère des femmes et des enfants, ont contribué par là à désorganiser la vie de famille de cette nouvelle classe de salariés. Dans cette classe, vivant péniblement des salaires qu'elle gagnait, entassée dans des maisons malsaines, l'union libre s'est répandue, au détriment du mariage entouré de trop de formalités, exigeant trop de dépenses. D'où est résulté un plus grand nombre de naissances illégitimes.

D'autre part, l'instabilité de cette classe, obligée de se déplacer pour trouver du travail, a contribué, avec l'amélioration des moyens de communications, à séparer les membres de la famille. Les enfants quittent de bonne heure leurs parents pour vivre d'une vie indépendante. Ces causes ont donc provoqué de grands changements dans les habitudes de vie de la population et ont enfin, car le législateur est toujours en retard sur les faits et c'est seulement lorsque les mœurs sont transformées qu'il intervient, conduit à modifier les lois en vue de les adapter à ce nouvel état social. C'est seulement vers la fin du 19ème siècle, comme nous l'avons dit, alors que la révolution industrielle était depuis longtemps accomplie, que le législateur s'est appliqué à mettre le droit en rapport avec les faits. Observons au surplus dès à présent, que les modifications apportées au Code civil ne touchent pas aux principes établis par celui-ci en ce qui concerne la puissance maritale et la puissance paternelle, mais ont trait plus spécialement au mariage et à la filiation naturelle.

C'est ce mouvement législatif, précédé souvent par l'action de la jurisprudence, dans la mesure où elle le pouvait, que nous allons retracer en envisageant successivement les transformations qui se sont produites dans la famille légitime et les améliorations qui ont été apportées à la condition des enfants naturels.

Nous traiterons dans un appendice de l'adoption.

I

MODIFICATIONS CONCERNANT LE DROIT DE LA FAMILLE LÉGITIME

Ces modifications ont eu pour objet :

1°—de simplifier les formalités du mariage ;
2°—de réintroduire le divorce ;
3°—de restreindre l'incapacité de la femme mariée ;
4°—d'empêcher les abus de la puissance paternelle ;
5°—de contraindre l'individu à l'exécution de l'obligation alimentaire dont il est tenu envers son conjoint et ses proches parents ;
6°—d'encourager la constitution et la conservation d'un bien de famille.

A. — LE MARIAGE (1)

Le Code civil avait entouré le mariage de trop de formalités. Sans doute ses intentions étaient excellentes ; il voulait appeler la réflexion des futurs époux sur la gravité de l'acte qu'ils vont accomplir, permettre à la famille d'opposer son veto à une union déraisonnable, faciliter la preuve éventuelle du mariage et de la légitimité. Mais le résultat était que ces formalités décourageaient les intéressés et que trop souvent, dans les milieux ouvriers, on reculait devant les dérangements, les frais, les paperasses qu'exigeait la constitution du dossier matrimonial, et l'on y vivait en état de concubinage avec tous les inconvénients si graves que cela présente pour la femme et pour les enfants. Aussi, depuis la fin du 19ème siècle, le législateur s'est-il efforcé de simplifier les conditions et formalités requises pour la célébration du mariage, de façon à le rendre plus accessible et à le mettre à la portée de la classe ouvrière. Il a édicté à cet effet une série de lois dont la première date du 20 juin 1896 et la dernière du 4 février 1934. Les réformes qui ont été réalisées par ces lois sont les suivantes :

1°. La plus importante est relative à la nécessité du consentement des parents. A partir de 21 ans, l'enfant n'a plus besoin de ce consentement. Les actes respectueux ont été complètement supprimés ; l'enfant devenu majeur n'a plus besoin, depuis une loi du 2 février

(1) Le mariage depuis la Révolution est considéré par le législateur comme un contrat, mais la doctrine moderne y voit plus justement une institution. En effet, s'il faut un accord de volontés pour se marier, le statut légal du mariage est complètement soustrait à la libre volonté des époux ; toutes les règles qui le composent sont d'ordre public. Par là le mariage se différencie du contrat.

1933, de notifier son projet de mariage à ses père et mère. Ainsi pour le mariage comme pour les autres actes, la puissance paternelle prend fin à 21 ans. C'est un retour curieux à la tradition du Droit canonique.

Mais jusqu'à 21 ans révolus, l'enfant ne peut pas se marier sans le consentement de ses père et mère, ou, à défaut, de ses ascendants, ou, à défaut d'ascendants, du conseil de famille. Toutefois, depuis une loi du 17 juillet 1927, qui a été une concession aux réclamations féministes, le dissentiment du père et de la mère emporte consentement, si bien que le consentement de la mère prévaut aujourd'hui sur la volonté du père, contrairement à la règle admise par le Code civil (art. 148 actuel du C. c.) ; de même, pour les ascendants, le dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, ou le dissentiment entre les deux lignes vaut consentement (art. 150). Il y a là un affaiblissement marqué de l'autorité ancienne du père de famille. Ainsi l'enfant majeur est libre aujourd'hui de se marier comme il veut, et l'enfant mineur lui-même peut le faire avec le consentement d'un seul de ses père et mère ou, à défaut de père et mère, d'un seul de ses ascendants.

2. *Les empêchements au mariage.* Des cinq empêchements au mariage établis par le Code civil (mariage antérieur, parenté ou alliance, délai de viduité pour la femme veuve ou divorcée, complicité d'adultère, divorce antérieur entre les mêmes époux) les deux derniers ont été abolis.

a) Le Code civil interdisait aux époux divorcés de se remarier, afin de les contraindre à réfléchir sérieusement avant de demander le divorce. Cet empêchement a été aboli par la loi du 4 janvier 1930. Rien ne s'oppose aujourd'hui à ce que deux époux divorcés se remarient l'un avec l'autre.

b) D'autre part, d'après le Code, l'époux coupable d'adultère, contre qui le divorce avait été prononcé, ne pouvait se remarier avec son complice. Bien que fondée sur des considérations morales indiscutables, cette disposition a été abolie. On lui reprochait d'aller contre le but qu'elle visait en empêchant les complices de régulariser leur situation. Elle ne s'appliquait du reste que dans les cas très rares où le jugement prononçant le divorce pour cause d'adultère contenait l'indication du nom du complice.

c) La prohibition du mariage entre beaux-frères et belles-sœurs n'existe plus actuellement, sauf dans le cas où le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce, réserve fondée sur une raison de moralité facile à voir.

d) Enfin le délai de viduité de 300 jours, que la femme doit respecter dans tous les cas avant de se remarier, a été sensiblement abrégé en cas de divorce. Il prend fin d'autre part lorsque la femme accouche postérieurement à la mort de son mari (art. 228 C. c.).

3. *Publications.* L'institution des publications du projet de mariage destinées à le porter à la connaissance des tiers afin de leur

permettre d'y faire opposition tend à disparaître. L'expérience en a montré l'inutilité. Il n'y a plus actuellement qu'une seule publication qui doit durer pendant dix jours, alors que le Code en exigeait deux, faites le dimanche, à huit jours d'intervalle. Il est du reste question de supprimer totalement cette formalité dont l'utilité est très contestable. Elle se comprenait en Droit canonique alors qu'il y avait un grand nombre d'empêchements au mariage fondés en particulier sur la parenté jusqu'à un degré fort éloigné et inconnus, par conséquent, du public. Le procédé était efficace à une époque où tout le monde écoutait le prône du curé. Aujourd'hui il est sans résultat, personne ne lisant les affiches apposées sous un grillage aux portes des mairies. Il entraîne, d'autre part, des frais et retarde les mariages. Très rares sont les oppositions fondées sur un lien de parenté ou d'alliance. Il y a bien des pays où cette formalité n'existe pas, et ils ne paraissent pas en ressentir d'inconvénients notables.

4. *Oppositions.* D'après le Code civil, non seulement les père et mère mais tous les ascendants avaient le droit de former opposition au mariage de l'enfant majeur sans en donner aucun motif. C'était un dernier moyen que leur accordait la loi pour retarder le mariage qui leur déplaisait. Ce droit de veto a disparu ; toute opposition doit, depuis la loi du 8 avril 1927 (art. 176), être motivée et indiquer le texte de loi sur lequel elle se fonde, sous peine d'être inefficace.

5. *Célébration du mariage.* D'après le Code civil, elle devait se faire au domicile ou à la résidence où l'un des époux demeurait depuis au moins six mois. Une loi du 21 juin 1907 n'exige plus qu'une résidence d'un mois (art. 74 C. c.).

Chaque époux devait être assisté de deux témoins. Actuellement un témoin, homme ou femme, pour chaque époux, suffit. En cas d'empêchement grave et sur requête du Ministère Public, l'officier d'Etat civil peut se transporter désormais au domicile des futurs époux. Enfin les énonciations de l'acte sont simplifiées.

Les résultats de ces modifications ont contribué à augmenter le nombre des mariages. Avant 1896, le nombre annuel des mariages oscillait autour de 280 000 pour une population de 39 millions d'habitants ; actuellement, il est de 315 à 320 000 pour une population de 42 millions. Le nombre des naissances n'est que de 2, 2 par mariage, mais il y a un léger progrès.

B. Divorce et séparation de corps

Maintenu par le Code civil mais, comme nous l'avons dit, dans un esprit tout différent de celui de la période révolutionnaire, aboli sous le Gouvernement de la Restauration par la loi du 8 mai 1816, le divorce a été rétabli le 27 juillet 1884, par une loi qui passa du reste avec peine après avoir été vivement combattue au Sénat, notamment par Jules Simon. Cette loi s'inspire du système du Code civil ; elle fait du divorce un remède qui devrait être parcimonieusement dispensé

par les juges. Elle a supprimé même le divorce par consentement mutuel qu'avait admis le Code civil.

Le divorce n'est permis que pour trois causes :

1. Adultère.
2. Condamnation de l'un des époux à une peine aflictive et infamante.
3. Excès, sévices ou injures graves.

Ce sont, à peu de choses près, les trois causes qu'avait admises le Code civil.

Les rédacteurs de la loi de 1884 ont cru de bonne foi que le divorce serait peu fréquent ; ils ont invoqué l'expérience faite sous le Premier Empire, de 1804 à 1815, période durant laquelle il est resté d'un usage exceptionnel. Mais leurs prévisions ont été démenties par les faits, grâce, il faut bien le dire, aux mesures qui ont été votées postérieurement par le législateur et à la complaisance des Tribunaux.

Tout d'abord, la procédure instituée par le Code civil et que le législateur de 1884 avait conservée, a soulevé les réclamations du monde judiciaire comme étant trop longue, trop lourde, trop coûteuse. Une loi du 18 avril 1886 l'a considérablement allégée en vue, a-t-on dit, de la dégager d'embarras inutiles, de diminuer les charges des plaideurs et de simplifier les formes qui imposaient aux magistrats une trop grande perte de temps. Cette loi a eu pour effet d'augmenter le nombre des demandes en divorce. Le législateur a tenté de réagir contre cette augmentation, quelques années après, par une loi du 6 février 1893, qui a amélioré la condition de la femme séparée de corps en lui donnant un domicile légal distinct de celui du mari et en lui rendant le plein exercice de sa capacité civile. En fait, le nombre des séparations de corps, qui avait diminué à la suite du rétablissement du divorce (1570 en 1890), s'est relevé à la suite de cette loi et est d'un peu plus de 4 000 par an.

Mais cette mesure n'a pas entravé l'accroissement du nombre des divorces. Le législateur y a du reste contribué en votant, le 6 juin 1908, une loi d'après laquelle lorsque la séparation de corps a duré trois ans, le jugement de séparation de corps est de droit converti en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux ; *de droit*, c'est à dire que le Tribunal est obligé de prononcer la conversion, et cela à la demande même de l'époux coupable qui peut ainsi imposer le divorce à son conjoint malgré ses convictions religieuses.

Les Tribunaux de leur coté, ont accueilli trop favorablement les demandes en divorce. Parmi les trois causes sus-énoncées, il en est une qui est fort large et presque indéterminée, c'est l'injure grave. Les juges admettent trop facilement comme injures graves des faits dont ce caractère est contestable, notamment des faits antérieurs au mariage ou certains agissements des époux qui leur permettent de s'entendre pour obtenir le divorce.

Il en résulte que le nombre des divorces n'a cessé de croître. Il était de 4 277 en 1885, au lendemain du vote de la loi et ce chiffre

paraissait déjà élevé, mais on l'expliquait alors en disant que beaucoup de mauvais ménages attendaient le vote de la loi qui devait leur permettre de divorcer ; il s'est élevé à 13 907 en 1910 et, par une progression constante, il oscille actuellement entre 20 et 21 000 par an (1). C'est beaucoup pour un pays où le nombre annuel des mariages est actuellement de 315 000 ; cela représente 60 divorces pour 1 000 mariages.

Il est vrai qu'une loi récente du 13 avril 1932 marque un essai timide de réaction contre la trop grande facilité du divorce. Elle punit d'emprisonnement et d'amende l'époux qui, par des manœuvres dolosives ou de fausses allégations, a tenu ou tenté de tenir son conjoint dans l'ignorance d'une procédure de divorce ou de séparation de corps prononcée contre lui. Cet abus peut se produire, en effet, dans les divorces par défaut, le demandeur prétendant ignorer l'adresse du défendeur ou indiquant à l'huissier une adresse inexacte.

Notons bien le point où en est arrivé notre Droit français en cette matière. Le divorce est considéré comme une peine, une sanction contre l'époux coupable. Ce n'est pas encore un droit pour l'époux auquel les circonstances ont rendu la vie conjugale difficile à supporter. Le divorce ne peut pas être prononcé pour cause d'aliénation mentale du conjoint. Le prétendu droit au bonheur ou à l'indépendance individuelle cède heureusement devant l'obligation d'assistance née du mariage. Il faut espérer que le législateur en restera là, malgré les réclamations de certains littérateurs.

Le parti catholique français mène une vive campagne contre le divorce. Un des prêtres les plus agissants, M. l'abbé Viollet, a fondé à cet effet l'Association du Mariage Chrétien, qui se réunit périodiquement en congrès et a étudié d'une façon approfondie les divers aspects de la question du divorce.

C. La puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée

La femme non mariée est aujourd'hui pleinement capable ; il ne reste plus rien dans la législation française des incapacités qui la frappaient autrefois. Elle peut être témoin dans les actes de la vie civile, tutrice, membre d'un conseil de famille ; presque toutes les professions, à l'exception de celle d'officier ministériel ou de magistrat, lui sont ouvertes.

La femme mariée au contraire est, d'après le Code civil, placée sous la puissance de son mari ; elle est incapable de faire aucun acte juridique sans son autorisation ou, à son défaut, sans l'autorisation de justice. Elle suit la nationalité de son mari ; celui-ci a sur sa personne et sur sa correspondance un droit de surveillance étendu.

---

(1) Le divorce est naturellement beaucoup plus fréquent dans les villes que dans les campagnes.

Cette incapacité vient de nos pays coutumiers ; elle était inconnue dans les pays de Droit écrit où existait seulement l'interdiction pour la femme de s'obliger dans l'intérêt de son mari. Bonaparte a beaucoup contribué à la faire maintenir, car il était fort opposé à l'émancipation des femmes.

La communauté de biens qui est, en France, le régime matrimonial de presque tous les gens mariés, non seulement de ceux qui se marient sans faire de contrat de mariage parce qu'ils ne possèdent rien, mais aussi de la très grande majorité de ceux qui en font un, (environ 75 000 par an) repose, quant à sa réglementation juridique, sur l'idée de l'incapacité de la femme mariée. Sous ce régime, en effet, tous les pouvoirs sont aux mains du mari ; aujourd'hui comme autrefois le mari est seigneur et maître des biens de la communauté, et il administre les biens propres de la femme. Il est vrai qu'en fait ces pouvoirs se trouvent moins larges qu'ils ne le sont en droit par suite de l'existence de l'hypothèque légale qui appartient à la femme sur les biens du mari. En effet, le mari ne peut ni aliéner, ni grever d'hypothèques un immeuble commun ou un de ses immeubles propres sans le concours de sa femme, qui doit intervenir pour renoncer en faveur du tiers, acheteur ou créancier, à son hypothèque légale. Et, d'autre part, si large que soit l'incapacité de la femme, elle se trouve tempérée par le fait que c'est elle qui procède aux dépenses concernant l'entretien de la famille et cela sans avoir besoin d'autorisation. Sans doute, les juristes expliquent ce rôle ménager de la femme en disant qu'elle agit alors comme simple mandataire du mari, mais l'explication, d'ordre purement juridique, couvre mal la réalité, elle n'est qu'un procédé technique employé pour concilier ce pouvoir de la femme avec son état d'incapacité. De plus, dans les mœurs actuelles et avec l'indépendance des femmes, dont beaucoup travaillent, la puissance maritale n'existe guère en dehors du droit d'autorisation. Le droit de regard du mari sur la correspondance et les relations de sa femme ne joue que dans des limites étroitement fixées par la jurisprudence, limites au delà desquelles il dégénérerait en abus.

Il n'en reste pas moins que l'incapacité de la femme mariée est parfois fort gênante pour elle, surtout quand le désaccord se met dans le ménage ou lorsqu'elle est abandonnée par son mari. C'est principalement dans la classe ouvrière que des abus pouvaient se produire, car il résultait des textes qu'un mari avait le droit d'obliger le patron de sa femme à verser entre ses mains le salaire de celle-ci.

Pour remédier à ces inconvénients, une première loi, celle de 1893 que nous avons déjà citée, a rendu la pleine capacité à la femme séparée de corps, pour laquelle la survivance de l'incapacité était vraiment intolérable. D'autres lois postérieures ont donné à la femme mariée le droit de déposer ses économies à la Caisse d'Epargne, ainsi que celui de s'affilier librement à un syndicat professionnel. Mais la loi qui a apporté la plus large brèche à l'incapacité est celle du 13 juillet 1907, qui a reconnu à la femme exerçant une profession séparée

de celle de son mari le pouvoir de toucher librement son salaire ou ses gains, d'administrer les économies qu'elle peut faire, et d'en disposer à titre onéreux et même, chose inconnue jusque là, d'ester en justice dans toutes les contestations relatives à ses droits. Cette loi a ainsi donné aux ouvrières, aux commerçantes, aux femmes exerçant une profession libérale, le pouvoir d'acquérir des biens qui, tout en faisant partie de la communauté, sont soustraits aux règles qui gouvernent notre vieux régime coutumier. Car, par une anomalie remarquable, le mari n'a plus sur eux aucun droit, alors qu'il a des pouvoirs presqu'illimités sur les autres valeurs communes et n'est même pas tenu de rendre compte de sa gestion au jour où la communauté se dissout. Cette loi de 1907, si importante, pénètre, il est vrai, très difficilement dans la pratique. Elle se heurte à l'opposition des praticiens, notaires, agents de change, banquiers, qui, sans se soucier d'elle, continuent à exiger de la femme qu'elle se fasse autoriser par son mari, même quand elle est dans les termes de la loi de 1907. Cette opposition semble bien démontrer qu'il est très difficile de concilier le régime libéral que cette loi a tenté d'établir avec celui de l'incapacité.

La loi de 1907 a, en outre, introduit une seconde réforme, favorable surtout en pratique à l'ouvrière, en autorisant chaque époux à faire saisie-arrêt sur le salaire de son conjoint ou le produit de son travail, lorsque celui-ci refuse de subvenir aux dépenses communes.

Une autre loi, celle du 17 août 1927, sur la nationalité, a apporté une nouvelle atteinte à l'incapacité, en décidant que la femme mariée ne suit plus la nationalité de son mari.

L'abolition définitive de l'incapacité de la femme mariée est depuis quelques années en France à l'ordre du jour. Très vivement réclamée par les féministes, elle est également souhaitée par la plupart des jurisconsultes. Un projet de loi étudié par une Commission extra-parlementaire a été récemment déposé par le Gouvernement en vue d'en réaliser la suppression. Il réorganise en même temps le régime de la communauté de biens pour le mettre d'accord avec la nouvelle idée de l'égalité de droits des époux. Il laisse, du reste, au mari le pouvoir de décision dans certaines circonstances; il lui permet de demander au Tribunal d'apporter à l'exercice de la capacité de la femme les restrictions justifiées par l'intérêt du ménage ou de lui interdire d'accomplir tout acte qui serait préjudiciable aux intérêts de la famille.

Il faut ajouter qu'en dehors des féministes agissantes, les femmes françaises, dans leur majorité, s'intéressent encore peu à cette réforme. Elles supportent aisément leur incapacité qui ne les empêche pas de jouer un grand rôle dans la vie française ; elles n'en sentent pas suffisamment les inconvénients, ou ne s'y arrêtent pas, ce en quoi, à mon avis, elles ont tort, car leur indifférence retarde une évolution inévitable. La France est un des rares pays où subsiste encore, à l'heure actuelle, cette incapacité.

Au surplus, nous allons voir, en étudiant la puissance paternelle,

que la femme s'y trouve aujourd'hui plus étroitement associée qu'au temps du Code civil.

D. La puissance paternelle

L'autorité paternelle, empruntée par le Code civil à la tradition de nos pays de coutumes, vise surtout la protection de l'enfant mineur. Sauf en ce qui concerne le mariage, elle n'appartient qu'aux père et mère seuls et, à la différence de la patria potestas romaine, elle cesse à la majorité de l'enfant. Néanmoins, c'est bien une puissance sur la personne et sur les biens avec ses droits de garde, de correction, de jouissance légale. En fait, l'autorité des parents dépend surtout des mœurs, et pendant longtemps elle est restée très effective. La dislocation de la vie de famille en a naturellement amené l'affaiblissement, et son organisation s'est trouvée au bout d'un certain temps en désaccord avec les habitudes nouvelles.

Ce désaccord a provoqué une double intervention du législateur. La première, déjà mentionnée, a supprimé pour l'enfant majeur qui veut se marier contre le gré de ses parents, l'obligation de leur adresser des actes respectueux. La seconde a eu pour but d'empêcher les abus d'exercice de la puissance paternelle. Aucune mesure n'avait été prise à cet effet par le Code civil. Le père peut même faire interner l'enfant jusqu'à 16 ans, par mesure de correction, sans l'autorisation du Président du Tribunal (art. 376 C. c.), mais les tribunaux ont néanmoins toujours exercé leur droit de contrôle sur les raisons qui peuvent justifier une aussi grande mesure.

De même aussi, précédant le législateur, la jurisprudence s'était efforcée d'empêcher que le père n'abusât de sa puissance. C'est ainsi qu'elle avait de toutes pièces, sans autre justification que la tradition historique et l'utilité sociale, institué une sorte de déchéance spéciale de la puissance paternelle, portant sur son attribut essentiel et primordial, le droit de garde et d'éducation. Reprenant les errements des Parlements, les Tribunaux se sont donné pour mission de prévenir et de réprimer les excès de la puissance paternelle toutes les fois que l'exigeait l'intérêt matériel ou moral de l'enfant.

Le législateur a suivi à son tour cet exemple. Après avoir édicté, dans la loi du 27 février 1880, des mesures de protection des valeurs mobilières appartenant à un enfant en tutelle, il a, par une loi du 6 avril 1910, réglementé enfin l'administration du père de famille qui n'avait de légale que le nom à elle donné par le Code.

Mais les plus importantes mesures qu'il a prises ont eu pour but de protéger les enfants contre la brutalité ou l'âpreté des parents. Nous contentant de signaler les mesures de protection de l'enfant contre le travail prématuré et l'obligation pour les parents d'envoyer l'enfant à l'école, nous voulons insister surtout sur la loi du 24 juillet 1889, concernant la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés et sur celles qui l'ont complétée et améliorée.

D'après la loi de 1889, les parents indignes sont déchus de plein droit ou par décision des tribunaux de la puissance paternelle et leurs enfants sont confiés à l'Assistance Publique ou à la garde d'un tiers, société ou particulier. Ses promoteurs fondaient sur elle les plus grands espoirs, bien incomplètement réalisés, du reste, car la loi était trop radicale ; la déchéance prononcée par elle étant totale et s'appliquant à tous les enfants. Aussi les juges hésitaient-ils à appliquer une pénalité aussi rigoureuse. Des lois postérieures, du 19 avril 1898 sur la répression des attentats commis envers les enfants, du 11 avril 1908 sur la prostitution des enfants, du 22 juillet 1912 sur les Tribunaux d'enfants, en ont en conséquence assoupli et amélioré le fonctionnement en se contentant d'enlever aux parents, dans certains cas, le droit de garde de tel ou tel enfant. Enfin une loi du 15 novembre 1921 a révisé la loi de 1889 et donné aux juges le droit de prononcer la déchéance totale ou partielle de la puissance paternelle à l'égard d'un ou de plusieurs enfants dans tous les cas où les parents compromettent par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie ou d'inconduite notoire, ou par défaut de soins, la sécurité ou la moralité de l'enfant.

Ajoutons pour terminer que la mère est plus étroitement associée aujourd'hui à l'exercice de la puissance paternelle. Ainsi notamment, comme nous l'avons vu ci-dessus, elle a un droit égal à celui du père pour le consentement au mariage de l'enfant mineur ; en outre depuis la loi du 21 février 1906, elle conserve le droit d'usufruit légal sur les biens appartenant à ses enfants mineurs au cas où elle se remarie, tandis que, d'après le Code civil, art. 386, elle le perdait.

E. L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE. LE DÉLIT D'ABANDON DE FAMILLE.

Une loi du 7 février 1924 a créé un délit pénal nouveau puni d'une amende de 100 à 2 000 francs et d'un emprisonnement de trois mois à un an, en vue de réprimer l'abandon de famille, c'est-à-dire le fait par un individu qui, ayant été condamné à payer une pension alimentaire à son conjoint, ou à ses enfants ou à ses ascendants, se refuse à l'acquitter et reste pendant plus de trois mois sans en payer les arrérages.

C'est une réforme morale au premier chef ; elle met fin au scandale de l'individu qui, au mépris d'une décision de justice, laisse son conjoint, ses enfants ou ses ascendants dans le besoin (1).

(1) Le nouveau Code pénal italien, art. 870, punit non seulement la violation de l'obligation alimentaire mais le simple abandon moral. Est punissable l'époux dont la conduite est contraire d'une façon quelconque à l'ordre et aux bonnes mœurs de la famille ou qui simplement se désintéresse d'elle.

F. CONSTITUTION ET CONSERVATION D'UN BIEN DE FAMILLE.

Le législateur a essayé d'introduire en France une institution du droit américain, celle du *bien de famille insaisissable,* par une loi du 12 juillet 1909. Ce bien de famille peut comprendre soit une maison, ou une portion divise d'une maison, soit à la fois une maison et des terres attenantes ou voisines, occupées et exploitées par la famille, soit une maison avec boutique ou atelier, occupés et exploités par une famille d'artisans. Ce qui caractérise le bien de famille, c'est son *insaisissabilité.* L'institution n'a pas réussi à s'implanter.

D'autres lois ont favorisé l'accession des classes ouvrières à la propriété du sol et à l'acquisition de *maisons à bon marché.*

Pour le bien de famille et les maisons à bon marché, la loi a organisé un régime successoral spécial, en vue d'en empêcher le partage au moment du décès du chef de famille.

CONCLUSION SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA FAMILLE LÉGITIME

L'effort du législateur moderne a eu pour principal but :

1. De favoriser la conclusion des mariages.
2. D'atténuer l'incapacité de la femme mariée.
3. D'assurer le contrôle par la justice de l'exercice de la puissance paternelle.
4. De réprimer l'abandon de famille.

Le législateur a voulu surtout adapter l'institution familiale à la condition de la classe ouvrière.

Ce serait une erreur de croire que la famille française est aujourd'hui en état de désagrégation. Il n'en est rien. La famille dans la classe paysanne, la plus nombreuse, dans la bourgeoisie et même chez les ouvriers garde sa vigueur. Comme le dit fort justement mon collègue, M. Rouast, dans le tome II du *Traité pratique de Droit civil* de Planiol et Ripert, n° 6, le lien d'affection reste entre parents et enfants extrêmement puissant en France. Les traditions familiales s'y maintiennent ; le respect des enfants pour les parents est toujours aussi vif. La famille française se conserve par l'amour. Elle reste très solide.

Il faut ajouter que le législateur français cherche à lutter du mieux qu'il peut contre l'affaiblissement de la natalité, soit au moyen de primes ou d'allocations qui vont en augmentant avec le nombre des naissances, soit au moyen de faveurs d'ordre fiscal accordées aux familles nombreuses. Ces mesures donnent d'ailleurs depuis quelques années des résultats. Elles sont malheureusement contrebalancées par

la crise qui sévit si durement sur toutes les classes de la population depuis quelques années.

II

Les enfants naturels

« L'Etat, disait Bonaparte, n'a pas besoin de bâtards ». Sous l'empire de cette idée, le Code civil avait traité très durement l'enfant naturel. Celui-ci, exclu du cercle de la famille, n'a de lien légal avec ses père et mère que par leur volonté, c'est-à-dire s'ils l'ont reconnu. Et même dans ce cas, il ne leur succède que pour une part restreinte qui ne peut être augmentée par les libéralités des père et mère. Quant aux effets de la puissance paternelle, quant à l'organisation de la tutelle des enfants naturels, c'est à peine si le Code civil en parle. La protection légale des enfants naturels reconnus, tant qu'ils sont en état de minorité, n'a pas retenu l'attention de ses rédacteurs. Non reconnu, l'enfant naturel est un étranger pour ses père et mère. Sans doute, il peut bien prouver sa filiation maternelle, mais c'est à condition d'avoir en mains ,fait exceptionnel, un commencement de preuve par écrit. Quant à la recherche de la paternité, elle est rigoureusement interdite, tant du chef de la mère que de celui de l'enfant.

Un pareil système a pour but de protéger les intérêts moraux et pécuniaires de la famille légitime ; il tend à détourner les individus des unions irrégulières ; il frappe celles-ci dans la personne de l'enfant. Son injustice est apparue avec le développement du prolétariat industriel ; il n'a pas empêché l'accroissement du nombre des naissances illégitimes (1) provoqué par le développement des agglomérations urbaines et le paupérisme. Son résultat a été de priver de toute protection de malheureux abandonnés sans famille qui n'ont pour soutien que l'Assistance Publique. Il n'est donc pas étonnant qu'en présence de la faillite de ce système, le législateur moderne se soit préoccupé d'améliorer la condition des enfants naturels. Il l'a fait du reste sans verser dans l'excès, sans établir, comme le Droit intermédiaire, une égalité dangereuse et vraiment illogique entre les effets de la filiation légitime et ceux de la filiation illégitime. Il a su organiser avec modération, avec mesure, une double protection de l'enfant naturel qui est assez efficace.

Protection d'abord des enfants abandonnés qui trouve son expression dans la loi du 27 juin 1904. Cette loi oblige l'administration de l'Assistance Publique à recevoir les enfants abandonnés à bureau ouvert, c'est-à-dire sans formalités. Le nombre des enfants dont

(1) Le nombre des naissances en France a été en 1930 de 750 000, sur lesquelles on compte 63 000 naissance illégitimes.

l'Assistance Publique prend la charge a augmenté avec chaque nouvelle loi protectrice de l'enfance. Ces enfants se divisent aujourd'hui en deux classes : 1° Les enfants placés sous la protection de l'autorité publique (enfants secourus ; enfants en garde, enfants en dépôt) ; 2° Les enfants dits pupilles de l'Assistance, placés sous la tutelle de l'autorité publique (enfants trouvés, enfants abandonnés, orphelins pauvres, enfants délaissés, maltraités ou moralement abandonnés). Le nombre de ces enfants s'élève à plus de 200 000.

Dans l'ordre du Droit privé proprement dit, les réformes n'ont pas été moins importantes. La principale a consisté dans l'abolition de l'inique article 340 du Code civil qui interdisait la recherche de la paternité. La loi du 16 novembre 1912 a permis à la fille mère et à l'enfant de faire la preuve de la paternité naturelle dans un certain nombre de cas, notamment quand il y a eu séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ; quand il existe des lettres ou quelqu'autre écrit privé émanant du père prétendu et desquelles il résulte un aveu non équivoque de paternité ; quand le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception ; quand le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien ou à l'éducation de l'enfant en qualité de père (article 340 nouveau C. civ.). Cette loi, dont on redoutait un peu les conséquences, n'a donné lieu à aucun abus, à aucun scandale. Le nombre des actions en recherche de la paternité va en croissant : en 1931, il y a eu 765 demandes dont 370 ont été accueillies, en 1932, 839 dont 406 ont réussi.

Cette réforme avait été du reste préparée par la jurisprudence qui décidait depuis longtemps et continue à décider que la fille-mère, victime d'une séduction dolosive caractérisée par une promesse de mariage ou un abus d'autorité, a le droit de demander une réparation pécuniaire à son séducteur. Et de même les Tribunaux reconnaissaient, bien avant 1912, la validité de l'engagement par lequel un homme s'oblige à élever et à nourrir l'enfant naturel qu'il n'a pas légalement reconnu.

En ce qui concerne plus spécialement les enfants naturels reconnus, les principales réformes ont consisté :

1. à consolider et augmenter leurs droits de succession sur les biens de leur père et mère. Depuis la loi du 25 mars 1896, l'enfant naturel est un véritable héritier et il a droit à une réserve. S'il vient en concours avec des enfants légitimes, il recueille la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime ; il a droit à la totalité des biens, lorsque le père ou la mère ne laisse ni descendants, ni ascendants, ni frères ou sœurs ou descendants de frères ou sœurs. Enfin, le père où la mère peuvent disposer librement par testament en faveur de leur enfant naturel reconnu (art. 750 et suiv. 908 C. civ.).

2. à organiser d'une façon plus efficace la tutelle de l'enfant naturel en confiant au Tribunal de première instance les fonctions de conseil de famille (loi du 2 juillet 1907, relative à la protection et à

la tutelle des enfants naturels, art. 389 C. c.).

3. à préciser les droits que confère aux père et mère la puissance paternelle sur l'enfant naturel (Loi du 2 juillet 1907, art. 383, 384, 389, C. c. loi du 10 mars 1913, art. 158 C. c.).

4. à confier enfin au conseil de famille, c'est-à-dire aujourd'hui au Tribunal, la mission de consentir au mariage de l'enfant naturel mineur qui a perdu ses père ou mère ou n'a pas été reconnu par eux (Loi du 10 mars 1913, art. 159 C. c.).

En ce qui concerne la preuve de la filiation naturelle, les règles du Code civil subsistent dans leur ensemble. Elles ont été cependant modifiées sur les points suivants :

1. Les enfants naturels simples peuvent être légitimés par le mariage de leurs père et mère non seulement lorsque ceux-ci les ont légalement reconnus avant leur mariage ou dans l'acte même de célébration, mais même lorsqu'ils les reconnaissent postérieurement à leur mariage.

2. Pour les enfants incestueux, la Cour de Cassation a toujours admis, malgré le texte en apparence contraire du Code civil, qu'ils sont légitimés par le mariage de leurs parents, lorsque ceux-ci obtiennent du Chef de l'Etat une dispense autorisant leur mariage.

3. Enfin les enfants naturels adultérins, dont le Code civil n'autorisait pas la légitimation, peuvent être, depuis la loi du 7 novembre 1907 et celle du 30 décembre 1915 (art. 331 C. c.), légitimés, dans certains cas, par le mariage de leurs père et mère.

Ajoutons en dernier lieu que la jurisprudence, aujourd'hui implicitement consacrée par la loi du 19 juin 1923, permet à une personne d'adopter son enfant naturel, même s'il est adultérin ou incestueux.

Ainsi et en résumé, le sort de l'enfant naturel a été sensiblement amélioré : « Il y a aujourd'hui, a-t-on dit, une vraie famille naturelle à côté et au-dessous de la famille légitime » (1).

Mais il faut ajouter que l'établissement des rapports légaux entre l'enfant naturel et ses père et mère dépend, aujourd'hui comme au temps du Code civil, presqu'uniquement de la volonté de ces derniers. C'est un système législatif criticable qu'il faudrait abandonner. A elle seule, en dehors de la volonté des parents, la naissance devrait créer un lien juridique entre l'enfant naturel et ceux qui l'ont engendré.

Il y a, d'autre part, une tendance du législateur actuel à reconnaître certains effets à l'union libre supposant entre les concubins communauté d'habitation et de vie prolongée. Certains auteurs ont signalé et critiqué cette tendance en parlant de l'avènement du concubinat (1). Le Code civil ignore, et avec raison, l'union libre. On y

---

(1) Lerebours-Pigeonnière, La famille et le Code civil, Livre du Centenaire du Code civil, t. p. 292.

(2) V. Josserand, Dalloz Hebdomadaire, 1932, Chronique, p. 45.

chercherait vainement une seule disposition relative au concubinage. Le législateur moderne au contraire a édicté plusieurs mesures d'assistance dont il accorde le bénéfice aux concubins aussi bien qu'aux gens mariés. D'autre part, les tribunaux accordent souvent des dommages-intérêts à la concubine contre l'auteur responsable de la mort accidentelle de son concubin, en réparation du dommage pécuniaire que lui cause cette mort. (Voir Crim. 26 novembre 1926, Dalloz 1927. I. 73 ; 28 février 1930, Dalloz 1930. I. 49). En revanche, la Cour de cassation n'admet point que la concubine puisse faire valoir le simple intérêt d'affection qui l'attachait au concubin pour réclamer en pareil cas des dommages-intérêts. L'intérêt d'affection, dit un arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 février 1931, Dalloz 1931. I. 38, ne peut donner lieu à réparation que quand il y a un lien de parenté ou d'alliance entre le demandeur en dommages-intérêts et la victime. La Cour refuse d'aller au-delà et d'ériger cet intérêt d'affection en un droit parce qu'elle estime que ce serait blesser la morale et la raison.

Il n'est pas sans danger de faire produire à l'union libre des effets en faveur des concubins. Il convient de détourner les hommes et les femmes de ce genre d'union si dangereux pour la mère et pour les enfants. Il faut bien se garder d'organiser, comme l'a dit notre grand Maître Hauriou, un mariage de seconde zône. L'union libre manque de base ; c'est un état de fait souvent commencé sans volonté de le continuer ; il ne doit pas être créateur de droits. Loin de le favoriser, le législateur doit travailler au contraire à en restreindre le nombre et pousser autant qu'il le peut au mariage.

APPENDICE

L'ADOPTION

Le Code civil permettait l'adoption, mais elle ne pouvait avoir lieu avant la majorité de celui qui devait être adopté. Celui qui voulait adopter un enfant pouvait le prendre sous sa tutelle tant que cet enfant était mineur, à charge de le nourrir gratuitement et de l'élever. Et s'il venait à mourir avant que l'enfant ne fût arrivé à la majorité, il était permis au tuteur officieux de l'adopter dans son testament.

En outre, l'adoption était soumise à des conditions de fond et de forme rigoureuses.

Sous l'empire de ce régime, l'adoption est restée fort peu employée. Le nombre annuel des adoptions ne dépassait pas la centaine. La plupart étaient faites au profit d'enfants naturels par leurs père et mère.

A la suite de la guerre de 1914, une loi du 19 juin 1923, modifiée le 23 juillet 1925, a simplifié les formalités de l'adoption et autorisé

l'adoption des enfants mineurs. Elle a répondu au désir d'un grand nombre de personnes charitables ou de parents dont les enfants avaient été tués à la guerre d'adopter des orphelins de guerre. (Articles 343 à 370 nouveaux du Code civil).

Les conditions requises sont les suivantes :

L'adoptant doit être âgé de plus de quarante ans et avoir au moins 15 ans de plus que la personne qu'il se propose d'adopter ; il doit n'avoir aucun enfant ou descendant légitime vivant au jour de l'adoption. S'il est marié, il doit obtenir le consentement de son conjoint.

Un mineur ne peut être adopté qu'avec le consentement de ses père et mère ou de son conseil de famille, s'il n'a ni père ni mère.

Les consentements nécessaires à l'adoption doivent être donnés devant le juge de paix ou un notaire qui en dresse l'acte. Cet acte doit être homologué par le tribunal de Première Instance sur avis du procureur de la République, ou par la Cour d'Appel, au cas où les parties en appellent du refus du tribunal, ou du procureur de la République de son homologation.

Les juges ont en effet un pouvoir discrétionnaire pour apprécier s'il y a de justes motifs d'accorder l'adoption et si elle présente des avantages pour l'adopté.

Quant aux effets de l'adoption, l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits, mais s'il est mineur l'adoptant est seul investi de la puissance paternelle ainsi que du droit de consentir à son mariage.

Cette loi de 1923 a augmenté sensiblement le nombre annuel des adoptions qui oscille actuellement entre 1 500 et 1 600 (1).

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'organisation familiale française repose sur le respect des droits de l'individu. Son caractère individualiste s'est encore accentué depuis le Code civil.

L'incapacité de la femme mariée est sensiblement atténuée.

La puissance paternelle appartient à la femme et au mari.

Son exercice est contrôlé par la justice.

La condition de l'enfant naturel, sacrifié autrefois à la famille légitime, a été très sensiblement améliorée.

Enfin, dernier trait caractéristique, le Français est très opposé à l'intervention de l'Etat dans le cercle de la vie de famille.

---

(1) La loi de 1923 tout en permettant l'adoption des mineurs n'a pris aucune mesure pour la protection de leurs intérêts pécuniaires. Un projet de loi préparé par la Société d'Etudes législatives vise à combler cette lacune en organisant la tutelle des enfants adoptés.

Nous avons dit que la justice contrôle l'exercice de la puissance paternelle pour en empêcher les abus. Mais ce contrôle n'est accepté que dans cette limite. L'intrusion de l'Etat dans la vie familiale répugnerait profondément au tempérament français. Il n'admettrait pas, par exemple, que les enfants fûssent enlevés aux parents et élevés par l'Etat ; il ne supporterait pas davantage l'obligation de faire élever les enfants suivant une doctrine imposée par l'Etat. Le Français est profondément attaché à la liberté. Il s'insurgerait contre toute mesure qui porterait atteinte aux droits du père de famille sur ses enfants mineurs.

LES TRANSFORMATIONS DU DROIT DES SUCCESSIONS ET DONATIONS EN FRANCE DEPUIS 1804

Rapport de

M. RENÉ DEMOGUE,
Professeur à la Faculté
de Droit de Paris.

Tracer dans un rapide aperçu les modifications qui ont été apportées au Code civil français de 1804 dans le domaine des successions et des donations, c'est examiner devant vous un des aspects les plus importants de l'institution de la famille. En effet le droit de celle-ci envisagé dans les personnes ne présente qu'une importance relative, les mœurs exerçant ici une grande influence. Au contraire le sort du patrimoine familial agit directement sur la durée de la famille comme groupe subsistant avec une situation sociale, une assiette locale déterminée. Cela apparaît à première vue pour les successions, mais cela n'est pas moins vrai pour les libéralités. En effet celles-ci dans nombre de cas s'adressent à la famille, qu'il s'agisse de donations entre vifs ou de donations testamentaires. D'autre part, si elles s'adressent à des étrangers, elles n'intéressent pas moins la famille, car elles la privent de biens sur lesquels elle comptait et que nous désignons souvent dans la conversation courante, de ce terme suggestif : les espérances.

Dans quel sens général s'est fait l'évolution du droit français depuis un siècle en notre matière ? Bien qu'il soit toujours hasardeux de dégager d'un ensemble de modifications partielles dans la législation et la jurisprudence une idée générale, on peut dire cependant que le développement s'est fait dans un sens individualiste. Ce n'est pas à dire qu'il s'est toujours fait dans un sens hostile à la famille et aux institutions collectives, mais il faut reconnaître que si celles-ci se sont trouvées favorisées, c'est par contre coup, sans qu'il y ait un dessein préconçu d'arriver à ce but. C'est là l'idée générale qui explique à la fois les transformations dans le régime des successions ab intestat et dans celui des donations entre vifs et testamentaires.

L'idée de la conservation des biens dans les familles qui avait tant d'influence dans l'ancien droit a été abandonnée par le code civil au moins dans son principe et l'on peut dire que ce qui caractérise la dévolution des successions ab intestat, c'est que l'on tient compte tout d'abord des affections probables du défunt. Mais les conséquences du principe se sont développées. C'est de là que découlent les plus importantes modifications apportées depuis cent ans au code civil dans les successions ab intestat : l'augmentation des droits du conjoint survivant, des enfants naturels et la limitation du degré successoral.

I

L'attribution de droits successoraux au conjoint survivant a préoccupé le législateur français dès le milieu du XIXe siècle. En effet, c'est par suite d'une erreur lors des travaux préparatoires du Code que le conjoint n'avait de droit à la succession qu'à défaut de tout parent jusqu'au douzième degré. Après quelques réformes de détail, c'est la loi du 9 mars 1891, qui depuis a été plusieurs fois modifiée et en dernier lieu le 3 décembre 1930, qui a établi les droits du conjoint survivant sur ses bases actuelles.

A ce propos, il est curieux de comparer ces deux législations récentes, les articles 624 a à d du Code de Québec et l'article 767 au français. Ces deux séries de textes sont parties d'une même pensée humaine : assurer au conjoint une situation pécuniaire convenable. Mais ils y sont arrivés par deux procédés différents. Votre Code de Québec donne au conjoint un droit de propriété sur un tiers ou la moitié de la succession suivant les cas (art. 624 b). Au contraire le législateur français a été préoccupé de conserver les biens à la famille de l'époux prédécédé. Il a réalisé cette conciliation de deux idées opposées : garder les biens aux parents par le sang et avantager le conjoint, en donnant à celui-ci un simple droit d'usufruit.

Par contre on retrouve en France, mais avec plus de complications cette idée qui est également dans l'art. 624 b du Code de Québec : à mesure que le conjoint est en face de parents plus éloignés, il est juste que sa part soit plus importante. La comparaison entre l'affection probable du prédécédé pour son époux et pour des parents éloignés est évidemment à l'avantage du premier. Les modifications apportées dans ces dernières années au code civil français sont dans cet esprit. Le droit d'usufruit qui est seulement d'un quart en présence d'enfants issus du mariage est de la moitié en présence de frères et sœurs ou de neveux et nièces. Il est même de la totalité dans tous les autres cas.

Enfin la loi du 3 décembre 1930 se rapproche de la loi de Québec en donnant dans un cas une part de propriété à l'époux qui meurt : Si le défunt ne laisse d'héritiers que dans une ligne, par exemple n'a que des parents du côté paternel, la moitié qui normalement aurait dû aller à l'autre ligne est attribuée au conjoint qui survit.

Un autre trait commun de nos législations, qui se traduit par des formules différentes, c'est ce désir tout en donnant assez au conjoint survivant de ne pas lui donner trop. On pourrait résumer l'esprit de nos deux législations à l'heure actuelle à l'égard de l'époux qui survit par cette formule : ni trop, ni trop peu.

Votre article 624 a traduit cette idée par une option laissée au conjoint entre d'un côté ses droits successoraux et de l'autre ses droits dans la communauté, ses gains de survie, le bénéfice des assurances sur la vie.

Notre droit français qui n'accorde à l'époux qui survit qu'un droit viager, qu'une sorte de pension, a pu en un sens se montrer plus fa-

vorable. Le conjoint a toujours ses droits dans la communauté et le bénéfice de l'assurance sur la vie. Celle-ci est considérée comme une sorte de cadeau supplémentaire que le défunt a entendu faire au survivant.

Mais le droit français par ailleurs se rapproche du droit de Québec. Les termes employés sont toutefois différents. Tandis que ce dernier parle d'option, le droit français parle d'imputation. Si l'époux survivant a reçu des libéralités même par préciput, il les garde, mais il ne peut réclamer que le complément de son usufruit. Quant on compare dans leurs traits généraux les droits de l'époux survivant on constate encore ce trait commun que l'époux est appelé à recueillir toute la succession à défaut d'héritier. Bien que la formule de votre article 626 a soit différente de celle de notre article 767, l'idée générale est identique.

Toutefois une différence technique apparaît quant à la qualité du conjoint. Tandis que le Code de Québec y voit un héritier ayant la saisine, le code français, malgré les réformes du droit du conjoint survivant, fait du conjoint un successeur irrégulier comme le souverain et tenu comme tel de se faire envoyer en possession par justice. C'est le vieux principe que le lien du sang fait seul les héritiers. Mais en pratique le conjoint survivant usufruitier se dispense en général de ces formalités, d'ailleurs ici bien vieillies et sans raison d'être. Au total cette question importante des droits de l'époux survivant montre nos deux législations comme deux sœurs qui placées dans des milieux différents cherchent encore à résoudre les problèmes de la même manière et à poursuivre le même idéal.

Par un autre point moins important le droit français moderne s'est éloigné du droit de Québec. Tandis que celui-ci est resté fidèle au principe de l'Ancienne France que « Bâtards ne succèdent pas », le droit français a subi l'influence des idées de l'époque révolutionnaire. Le code civil a fait une part successorale à l'enfant naturel. Elle a même été augmentée et transformée par la loi du 25 mars 1896. Cette loi a en effet innové à divers points de vue. Les enfants naturels et les descendants légitimes d'enfants naturels sont appelés à la succession en qualité d'héritiers. Ils ont donc la saisine. Mais le législateur s'est rendu compte de la prééminence qu'il convenait de conserver à la famille légitime. Si on veut éviter que l'enfant naturel soit une victime, et il l'est presque toujours par l'abandon dont il est le plus souvent l'objet de la part d'un de ses auteurs, car sinon il y aurait d'ordinaire mariage et légitimation, on ne veut pas cependant saper l'institution du mariage, base de la famille.

Aussi l'enfant naturel n'a-t-il comme part successorale qu'une fraction de celle qu'il aurait eue s'il eut été légitime, ce qui lui est enlevé revenant à la famille légitime. Dans un seul cas, il est traité comme un enfant légitime : c'est lorsqu'il est en présence de collatéraux ordinaires, c'est-à-dire de collatéraux autres que les frères et sœurs, neveux et nièces ou leurs descendants. Mais ici, le lien de parenté est si éloigné qu'on comprend qu'il fléchisse au profit du fils

naturel. En outre les enfants adultérins et incestueux, dans les rares cas où leur filiation est régulièrement établie, restent toujours complètement écartés de la succession.

Enfin la loi a toujours veillé à ce que par des donations entre vifs ou des legs on ne puisse donner une part excessive aux enfants naturels simples. Plus sévère que l'article 768 de Québec, l'article 908 français interdit aux enfants légalement reconnus de recevoir par donations plus que ce qui leur est accordé au titre des successions. Par legs, le legs étant toujours révocable du vivant du testateur, on leur permet de recevoir autant qu'un enfant légitime.

Enfin il faut ajouter que ces dispositions, importantes par la place qu'elles tiennent dans les codes ont beaucoup moins d'importance dans la vie pratique, nombre d'enfants naturels n'étant pas reconnus et nombre de parents naturels n'ayant pas un patrimoine tel que sa dévolution à l'enfant illégitime mérite un intérêt.

Une dernière innovation de notre régime successoral concerne la limitation du degré successoral. Pendant plus d'un siècle notre code civil avait la solution que l'on trouve encore aujourd'hui dans l'article 635 de Québec : les parents au delà du douzième degré ne succèdent pas. Mais avec la facilité croissante des communications, les familles autrefois attachées au sol se sont dispersées, les relations de famille se sont espacées et ont même disparues. L'industrie des révélateurs de successions indiquant contre rémunération une succession à laquelle on était appelé et où l'héritier ignorait jusqu'à l'existence du parent dont il recueillait les biens avait pris une notable importance. Et c'était en vérité une chose singulière que ce droit de succession qui reposait sur une affection présumée d'un défunt pour un parent éloigné qu'il n'avait jamais vu. Aussi dans l'état actuel de la société française on comprend l'innovation de la loi du 31 décembre 1917 qui a limité le droit de succession au sixième degré. La réforme a d'ailleurs été faite avec beaucoup de prudence en disant que les parents collatéraux succèdent encore jusqu'au douzième degré lorsque le défunt était incapable de faire un testament. Ainsi la loi ouvre la porte à celui qui n'a pas de proches parents pour qu'il lègue sa fortune à des parents éloignés qu'il connaît et qu'il affectionne et si le défunt étant mineur ou aliéné ne pouvait tester, l'ancien système réapparaît.

La réduction du degré successoral par un autre côté apparaît comme une mesure en faveur de l'Etat, du Souverain comme vous dites, appelé à recueillir les successions de ceux qui n'ont pas de parents. En pratique, elle est au moins autant une mesure en faveur de l'époux qui survit. Indirectement elle favorise celui-ci au détriment de parents éloignés. Ainsi encore la réforme se rattache à l'idée de la dévolution successorale fondée sur les affections présumées du défunt. Car il est normal que l'on ait plus d'affection pour le compagnon des bons et des mauvais jours, pour l'époux survivant que pour un petit cousin au delà du sixième degré.

II

La théorie des donations entre vifs et des testaments a moins changé depuis un siècle et demi que celle des successions. Les lignes fondamentales et les détails, même dans ce qu'il ont d'archaïque se sont maintenues. Bien plus, certains caractères se sont enfoncés davantage. Le droit à une réserve, car nous avons toujours ignoré en France la liberté absolue de tester fondamentale dans les pays anglo-saxons, s'est accentué par certains côtés. En même temps qu'elle élargissait le droit successoral des enfants naturels la loi du 25 mars 1896, leur assurait une réserve modeste proportionnée à leur part successorale réduite. Mais par ailleurs et notamment par la loi du 3 décembre 1930, la réserve tend à se réduire lorsque le défunt a adressé des libéralités au conjoint qui lui survit. Il peut lui donner autant qu'à un étranger et en outre la nue propriété des biens qu'il doit laisser à ses ascendants. On peut donc dire que l'époux survivant est le grand favori de la législation française moderne. Directement ou indirectement la plupart des lois successorales modernes le favorisent.

Mais on n'aurait qu'une idée incomplète des transformations de notre régime des libéralités si l'on ne tenait compte que des textes de lois. A côté se sont formées des jurisprudences fort importantes qui se sont développées dans le sens d'une plus grande liberté des disposants et qui ont eu aussi ce résultat de créer des situations durables auxquelles le code civil n'avait pas songé.

Je signalerai d'abord les dons manuels dont l'article 776 du Code de Québec constate expressement la validité. La jurisprudence française dès le début du XIX siècle les a également admises en se fondant notamment sur la tradition de notre Ancien droit. D'Aguesseau commentant l'article de l'Ordonnance de 1731 sur les donations qu'a reproduit le code français et le premier paragraphe de votre article de 776 disait en effet qu'il ne prohibait pas les dons manuels. Cela a permis de valider les donations de meubles corporels, d'argent ou de titres au porteur et les pactes adjoints à ces donations. Ainsi une fois de plus, issus d'une source commune, nos deux droits arrivent sur un point de forme important à la même solution.

Mais la jurisprudence a manifesté son œuvre par des points plus dignes d'attention au point de vue social. Tandis que le Code de Québec (article 925 et suiv.) admet largement les substitutions, pour assurer la conservation des biens dans les familles, le code français inspiré du principe de la libre circulation des biens les prohibe en principe. Il ne les permet qu'au profit des petits enfants et des neveux et nièces. Les tentatives faites pendant les périodes monarchiques pour rétablir les substitutions donnaient même au problème un certain caractère politique.

Mais depuis, les idées se sont transformées. Les tribunaux se sont rendus compte que les mesures de prévoyance par lesquelles un pro-

priétaire cherchait à soustraire ses biens aux dilapidations possibles de l'héritier le plus proche étaient souvent sages. Aussi sans heurter de front les dispositions du code, la jurisprudence dans de nombreux arrêts qui remontent à plus d'un demi siècle a validé souvent une libéralité qui se rapproche beaucoup de la substitution. C'est le double legs conditionnel. Le testateur peut pour le même bien désigner deux légataires et dire que l'un est appelé à recueillir le bien sous cette condition résolutoire qu'il mourra sans enfant et que l'autre est appelé à recueillir le même bien sous la condition suspensive que le premier légataire ne laisse pas d'enfant. La situation demeure donc incertaine pendant toute la vie du premier légataire et s'il meurt sans enfant son legs étant résolu est censé n'avoir jamais existé. L'effet rétroactif de la condition fait donc que juridiquement il n'y a qu'un seul legs et qu'on ne rencontre pas les deux libéralités successives qui caractérisent la substitution. Ainsi un moyen d'analyse juridique a permis de valider certaines libéralités très proches des substitutions sous la seule condition que les deux personnes désignées existent déjà au jour du décès. Je n'irai pas jusqu'à dire que cette jurisprudence soit toujours parfaitement claire, mais dans son ensemble, elle a donné bien des fois satisfaction à l'esprit de prévoyance d'un testateur. La jurisprudence n'a pas donné moins satisfaction à ce même esprit de prévoyance lorsqu'elle a eu à apprécier les clauses d'inaliénabilité des biens donnés insérées dans les diverses libéralités.

Si l'inaliénabilité d'un bien paraît à la jurisprudence contraire au principe de la libre circulation des biens et par suite à une règle fondamentale de l'organisation économique moderne, la cour de cassation n'applique pas cette idée de façon rigide. Lorsque l'inaliénabilité n'est que temporaire et qu'elle est motivée par une raison sérieuse, telle que le jeune âge du légataire, sa tendance actuelle à la dissipation, l'inaliénabilité peut être imposée.

Ainsi par des voies quelque peu détournées, nos tribunaux permettent aux testateurs de prendre des mesures de sécurité pour la conservation de leur fortune.

Une autre innovation importante des tribunaux a été dans des conditions que je ne puis exposer en détail de permettre de réaliser des fondations indépendantes, c'est-à-dire d'effecter un capital à une destination d'utilité sociale, les revenus étant employés chaque année dans le but indiqué par le testateur. La loi passait complètement sous silence les fondations qui très connues dans l'Ancienne France avaient fini par être l'objet d'attaques très vives, en particulier du Ministre Turgot.

Mais les tribunaux d'un côté, le Gouvernement de l'autre ont, on peut le dire, ressuscité les fondations. La cour de cassation a admis qu'une personne pouvait laisser ses biens à un ami sous la charge d'affecter sa maison à un hospice de vieillards et le surplus à l'entretien de cet établissement. Le légataire peut en outre être chargé de solliciter du Gouvernement qu'il reconnaisse la fondation comme

personne morale qui deviendra propriétaire des biens laissés dans un but déterminé. C'est ce qui a été jugé il y a une trentaine d'années à propos du testament de l'écrivain Edmond de Goncourt qui laissa sa fortune à un de ses amis avec mission de l'employer à créer une Société d'hommes de lettres sous le nom d'Académie Goncourt. Ainsi en dépit du silence du Code civil, des œuvres d'intérêt général : bibliothèques, hospices etc. ont pu se constituer sous la forme de fondations.

Au total, le droit de la province de Québec et le nôtre qui ont en partie le même point de départ : la coutume de Paris, ont dans des codifications adoptées à soixante ans d'intervalle et dans les modifications qui y ont été apportées, cheminé parallèlement. Le même esprit général continue à les animer et je me plais à espérer qu'il en sera encore ainsi dans l'avenir.

LA TRANSFORMATION DU DROIT DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS DEPUIS LA PROMULGATION DU CODE CIVIL FRANÇAIS (1)

Rapport de

M. LOUIS JOSSERAND

Professeur de Droit civil

Doyen de la Faculté de Droit de Lyon

C'est une croyance assez répandue que la théorie des obligations et des contrats constituerait, dans le domaine du droit, un îlot inaccessible à la loi de l'évolution, et qu'elle tendrait, de par son caractère scientifique et logique, à la pérennité, comme à l'uniformité et à l'universalité (2).

S'il en était ainsi, la tâche du rapporteur serait simplifiée au point de devenir sans objet ; il lui suffirait de renvoyer ses auditeurs à la lecture de l'Evangile juridique où se trouverait renfermé, une fois pour toutes, le Verbe définitif des obligations.

Mais bien différente est la réalité ; comme l'observe Tarde, la longévité de faveur dont bénéficierait le droit des obligations, est « plus apparente que réelle, et la permanence trompeuse du droit formel dissimule ici les mutations du droit vivant » (3). Le droit, science sociale, ne saurait échapper, en aucune de ses parties, à la loi suprême de l'évolution ; seules, les législations mortes se reposent dans l'immobilité ; mais le droit positif se transforme par cela même qu'il se réalise ; la vie implique fatalement l'évolution, et il n'est pas de branche juridique qui soit plus vivante que le droit des obligations, centre auquel aboutissent et dont se détachent toutes les routes juridiques, pièce maîtresse de l'armature du droit, et, comme l'écrivait Larombière, « la loi essentielle et fondamentale de la législation civile ... suprême loi de justice ... fixant par le droit les principes de la dignité

---

(1) Les ouvrages généraux sur les obligations sont trop connus pour que nous en reproduisions ici la liste qui comprend notamment les traités, devenus classiques, de *Larombière* et de *Demogue ;* mais nous citerons comme se référant plus spécialement à notre sujet, *les Transformations du droit, de Tarde*, le livre de *Saleilles* sur la *Théorie générale des obligations*, et celui de *Cosentini, La réforme de la législation civile*, p. 279 et suiv.

(2) *Sic. Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 223 ; *Saleilles, Etude sur la théorie générale des obligations*, 2ème édit. N° I.

(3) *Tarde, Les Transformations du droit*, 2ème éd. p. 123. V. aussi dans le même sens *P. Esmein*, dans le *Traité pratique de droit civil français* de *Planiol* et *Ripert*, t. VI, Obligations n° 2 et 3

et de la moralité humaines » (1).

Il est bien vrai que les Prudents avaient construit un édifice qui semblait défier l'action du temps ; pendant des siècles, il est resté debout dans sa perfection majestueuse, et le Code Napoléon l'a respecté et l'a consacré à nouveau dans ses grandes lignes ; mais les secousses qui ont agité le monde depuis un siècle y ont multiplié les lézardes et en ont ébranlé les bases ; la société du XXème siècle est fort différente de celle qui s'était installée, à l'aube du XIXème, en fonction d'une Révolution marquée au coin d'un individualisme farouche (2) ; les conditions de la vie matérielle, industrielle, commerciale, économique, ne sont plus du tout celles de la France du Consulat et du Premier Empire ; le monde des chemins de fer, de l'automobile, de l'avion, de l'électricité, des cartels et des trusts, n'est plus celui de la diligence, du coche d'eau et du petit commerce ; le divorce s'est accusé entre la règle de droit, vieille de vingt siècles, et le milieu social dans lequel elle prétendait continuer à se réaliser ; divorce inquiétant, tragique même ; les cadres juridiques anciens ne suffisaient plus à contenir la vie économique moderne, autrement complexe et tumultueuse que celle de la Rome antique ou que celle de 1804 ; de toute nécessité, il fallait les agrandir, les distendre, les rénover, et c'est à quoi s'emploient les législations récentes ; depuis un quart de siècle, on voit apparaître ou mettre sur le chantier des Codes des obligations : en Suisse, en Pologne, en Roumanie, en Yougoslavie, au Liban, — tandis que des juristes français et italiens élaboraient un projet de code franco-italien des obligations et des contrats, dont le texte fut définitivement approuvé à Paris, en 1927.

C'est que rien n'est plus grave, du point de vue politique, comme du point de vue social, qu'un retard du droit sur la réalité vivante ; il est dangereux de laisser se produire « la révolte des faits contre le code » (3), car cette révolte peut devenir la Révolution, et c'est par une sage évolution que l'on peut conjurer l'un et l'autre de ces périls : « Notre malaise, écrivait Barrès au temps de sa jeunesse, vient exactement de ce que, si différents, nous vivons dans un ordre social imposé par ces morts, nullement choisi par nous-mêmes » (4) ; il faut éviter que les lois méritent le reproche d'immobilisme que leur adressait Goethe lorsqu'il écrivait : « Lois et droits se transmettent comme une éternelle maladie ; on les voit passer de génération en génération, et se traîner en silence d'un lieu à un autre ... Tu es le fils de tes pères, malheur à toi ! car, du droit qui est né avec nous, hélas ! il n'en est jamais question » (5).

---

(1) *Larombière, Théorie et pratique des obligations, t. I,* préface.
(2) V. Ch. *Beudant, Le droit individuel et l'Etat ; G. Cormil, Le Droit privé,* notamment p. 92 et suiv.
(3) *G. Morin, La révolte des faits contre le Code,* 1920.
(4) *M. Barrès, l'Ennemi des Lois,* avertissement provisoire.
(5) *Goethe, Faust,* première partie.

C'est précisément de ce droit, né avec nous, que je me propose de vous entretenir : il n'est plus celui de la Rome des Césars, car la « déromanisation » de nos institutions se poursuit à une cadence de plus en plus rapide ; il n'est même plus celui du Code Napoléon ; encore que dissimulé parfois sous de très vieux oripeaux, — le conservatisme juridique est d'une ingéniosité, d'une ténacité infinies, — il existe et il s'affirme, comme j'essaierai de vous le montrer, en vous parlant successivement du *contrat*, du *délit*, enfin de l'*obligation* et de la *responsabilité*.

Mais je voudrais au préalable noter, souligner le prodigieux enrichissement, à notre époque, du droit des Obligations et des contrats : pour le vérifier, il n'est que de se reporter au grand *Cours de Droit Civil français d'Aubry et Rau* ; dans la quatrième édition, qui porte le millésime de 1871, moins de 300 pages, 282 exactement, sont consacrées à la théorie générale des obligations ; de nos jours, il n'est pas un traité *élémentaire* de droit civil, à l'usage des élèves de licence, qui ne consacre au même sujet quelque 400 ou 500 pages ; tandis que les deux grands civilistes cantonnaient la matière dans la vingtième partie de leur œuvre, les auteurs modernes lui octroyent une place qui représente la cinquième ou la sixième partie de l'ensemble de leurs traités. On aboutirait à la même conclusion et l'on éprouverait la même impression en compulsant les recueils et les répertoires de jurisprudence qui ont dû, au fur et à mesure, faire une place toujours plus large au droit obligationnel, contractuel ou délictuel (1). La matière des obligations s'est enrichie d'innombrables apports ; jamais son étude ne présenta un intérêt comparable à celui qu'elle offre de nos jours, du point de vue doctrinal comme au regard de la pratique, et le système obligationnel des Romains, tant vanté, nous paraît, comparé au nôtre, singulièrement étriqué et indigent : on en jugera par les explications qui vont suivre.

I

LE CONTRAT (2)

Quel que soit l'essor contemporain de la responsabilité délictuelle, c'est encore le contrat qui occupe, parmi les sources des obligations

---

(1) Il faut noter que, dans le *Livre du Centenaire du Code civil* rédigé en 1904, le droit des obligations et des contrats, à la différence du droit de la famille, du régime successoral et du statut de la propriété, n'a fait l'objet d'aucune étude spéciale : de nos jours, une telle lacune paraîtrait vraiment grave.

(2) V. outre les ouvrages précédemment cités : *Bufnoir, Propriété et contrat* ; *Saleilles, La déclaration de volonté* ; *G. Morin, La révolte des faits contre le code*, 1920 ; *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté* ; *Sallé, L'évolution technique du contrat*, 1930 ; *Henri et Léon Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 2ème édit. 3 vol. 1934.

et encore qu'on ait proclamé la décadence de sa souveraineté (1), la première place : l'acte juridique demeure au premier plan ; le licite l'emporte sur l'illicite, en fréquence et en importance, car le développement du droit des délits n'a pas eu pour conséquence, bien au contraire, un refoulement du droit des contrats. Dans cette matière des obligations, ce n'est qu'enrichissement, prolifération et aussi diversification. De toutes parts, des types nouveaux apparaissent tandis que des catégories anciennes se transforment et se développent : ce sont les assurances qui se multiplient et qui se diversifient à l'infini, comme aussi les transports et la commission de transport ; ce sont les conventions collectives qui conquièrent droit de cité et de réglementation ; les contrats d'adhésion qui menacent de tout envahir ; c'est la stipulation pour autrui qui, condamnée en principe et par respect pour la tradition, par l'article 1119 du code civil, triomphe sur toute la ligne ; ce sont des formules qui éclosent dans les études des notaires, dans les bureaux des compagnies d'assurances, dans la pratique des affaires : clause dite *commerciale, clauses d'imputation de la dot,* clause d'*accroissement* au profit du survivant des coacquéreurs d'un immeuble (2) ; clauses d'*inaliénabilité,* de *solidarité* d'*indivisibilité*. Le contrat, c'est-à-dire l'accord conclu en vue de créer des obligations juridiques, devient l'acte de tous les instants ; il entre et s'installe dans notre vie ; de plus en plus, nous vivons juridiquement, contractuellement.

Mais, précisément parce qu'il gagne en fréquence et en étendue, en surface et en profondeur, le contrat se transforme rapidement ; il s'éloigne du type séculaire ; il se modifie dans sa *structure* et dans sa *technique ;* dans ses *effets* et dans son rayonnement ; et de plus en plus, il est contrôlé, conditionné par les pouvoirs publics ; le *dirigisme contractuel* revêt la valeur d'une méthode et presque d'une mystique et aussi, du même coup, le *socialisme contractuel*.

L'origine des transformations du contrat. — Pourquoi tant de transformations ? Presque toutes, elles dérivent, plus ou moins directement, mais sûrement, effectivement, d'un même phénomène qui les commande et qui les explique : les parties contractantes ne sont plus celles d'autrefois ; elles ont changé de figure ; si le contrat d'aujourd'hui n'est plus celui d'hier, c'est parce que les contractants contemporains ne sont plus ceux de la Rome antique, ni ceux du temps de Pothier, ni même ceux de 1804 ou de 1830 : ils sont d'autres individus que ceux-là, et, dès lors, ils ne peuvent plus contracter comme le faisaient ceux-là : *à contractants nouveaux, contrats nouveaux*.

Il y a encore un siècle, les contractants étaient des particuliers

---

(1) *G. Morin, op. cit.* à la note précédente.

(2) *V. J. Chol, La clause d'accroissement entre coacquéreurs d'immeuble,* thèse Lyon, 1933.

qui traitaient entre eux en cette qualité ; et qui traitaient sur la place dans un rayon limité ; et qui traitaient à égalité, à armes égales. Aujourd'hui, la plupart des conventions sont conclues entre professionnels d'une part et clients d'autre part ; ou bien de professionnels à professionnels, et il est advenu que, par suite du développement et de la concentration des entreprises, de l'accumulation des capitaux, ces professionnels sont devenus des groupements puissants, des entreprises géantes dont le cercle d'activité s'étend au loin, au-delà des mers, et qui seraient en mesure, si les pouvoirs publics n'y mettaient bon ordre, de dicter leurs volontés à une clientèle dispersée, composée de faibles individualités. Dès lors, la traditionnelle égalité devenait un leurre et une duperie ; la méthode libérale du « laisser faire, laisser passer » aboutissait à l'écrasement des pots de terre par le pot de fer ; force était de venir au secours du plus faible et de pratiquer une politique d'interventionnisme. C'est cette transformation économique, financière et sociale, qui donne la clef de presque toute l'évolution contractuelle de la période contemporaine : les contrats n'ont changé de configuration, de structure, d'efficacité et de rayonnement, que parce que les contractants ont changé de figure et même, peut-on dire, de personnalité.

1° — Ainsi s'explique d'abord l'apparition ou du moins l'essor des contrats dits « *d'adhésion* ». Certes, le contrat de gré à gré, que l'on pourrait dénommer le « *contrat paritaire* », à raison de l'égalité qui préside à sa préparation et à sa conclusion, n'a point disparu complètement de nos mœurs juridiques ; on le rencontre sur le marché de denrées ou dans la vente d'immeubles : là, la loi de l'offre et de la demande règne à peu près souverainement ; la conclusion de l'accord est précédée d'un libre marchandage. Mais, pour un grand nombre de compartiments contractuels, les choses se passent différemment : le projet de contrat est l'œuvre exclusive de l'une des parties, tandis que l'autre se borne à s'approprier l'offre impersonnelle, adressée au public, à y *adhérer ;* et de là la dénomination de « *contrat d'adhésion* ». Pour le client éventuel, c'est à prendre ou à laisser ; la prérédaction, rédigée par le professionnel, a un caractère rigide ; elle ne comporte pas de discussion, pas d'amendement possible ; on peut ne pas contracter — et encore cette liberté est-elle souvent théorique plutôt qu'effective ; mais du moment qu'on contracte, c'est aux conditions offertes, imposées par l'entrepreneur de transports, l'assureur (1), le grand magasin à prix fixes, l'employeur, l'éditeur, l'entrepreneur de spectacles. Comment en irait-il autrement alors que, le plus souvent, l'auteur de l'offre en série est investi d'un monopole, de droit ou de fait ? Comment discuter le prix d'un billet au guichet d'une gare de chemin de fer ou d'un théâtre ?

(1) V. *Ant. Missol, L'assurance, contrat d'adhésion,* thèse Lyon 1934.

En fait, le contrat d'adhésion est ainsi l'œuvre sinon exclusive, du moins prépondérante, de l'auteur de l'offre ; des deux contractants, l'un tient les leviers de commande, l'autre se contente d'entrer dans la combinaison ; l'initiative est toute d'un côté, la réceptivité de l'autre, mais, tout de même, et quoiqu'on l'ait contesté et qu'on le conteste encore (1), il y a bien contrat ; car, nulle part, la loi n'exige, entre les parties, l'égalité économique ; l'égalité juridique y suffit. Dans l'article 1101 du code civil, qui définit le contrat, il n'est dit, ni expressément, ni implicitement, que les rôles des parties, dans la préparation du contrat, seront de la même importance ; il ne faut pas confondre « tractations » et « contrat » ; du moment que nous consentons à nous obliger, nous sommes obligés, pourvu que notre consentement n'ait pas été altéré par un des vices que prévoit et que frappe la loi (2).

Seulement, s'il y a bien contrat, il n'en reste pas moins que la technique habituelle et traditionnelle de cette opération se trouve modifiée du moment qu'elle n'a pas été précédée de tractations effectives, qu'elle est aménagée et conclue en série et que l'une des parties a joué, dans la phase préparatoire, un rôle prépondérant, voire exclusif. Le contrat d'adhésion est une opération d'une structure particulière qui tend, dans sa formation, à l'unilatéralité et qui prend quelques libertés avec le vieux concept de l'autonomie des volontés.

2° — C'est aussi parce que les contractants disposent de moyens d'action puissants, parce qu'ils ont réalisé des groupements de personnes ou de capitaux, qu'on a vu apparaître des accords qui sont de véritables traités, qui instituent des régimes permanents et durables, et auxquels certains publicistes ont voulu refuser, pour cette raison, le caractère contractuel (3) : *conventions collectives de travail, ententes économiques de toute sorte, cartels, syndicats, trusts, holdings,* toutes conventions qui lient des multitudes et qui, d'autre part, instituent des situations durables, créent un *modus vivendi,* une institution. Ce n'est pas une raison suffisante, pensons-nous, pour leur dénier le caractère contractuel (4) ; de toute antiquité, on a vu des statuts permanents instaurés par voie de convention : baux de longue durée, prêts à longue échéance, contrat de rente, viagère ou perpétuelle, société. On ne distingue pas pourquoi un contrat serait impuissant à organiser

---

(1) V. *Duguit, Traité de droit constitutionnel,* 3ème éd. T. I. p. 371 ; *Hauriou.* note *Sirey,* 1908, 3, 17 ; Comp. *Saleilles, La déclaration de volonté,* art. 133, nos 89 et 90.

(2) *Sic. Dereux, De la nature juridique du contrat d'adhésion, Rev. trim.* 1910, p. 507 et s. ; *P. Esmein, op. cit.* nos 122 et s. *Ripert, La règle morale,* nos 55 et s. ; *Colin et Capitant, Cours de droit civil,* 7ème éd. t. II, no 9 ; *Demogue, op. cit.* t. II, no 631.

(3) *Duguit, op. cit.* t. I, p. 380, *Hauriou, Principes de droit public* 2ème éd. p. 196.

(4) Voy. pour les ententes économiques et en faveur de la conception contractuelle, *Tchernoff* ; *Ententes économiques et financières,* avant-propos, p. XIX et nos 196 et suiv.

une situation juridique permanente et durable, pourquoi les liens qu'il crée seraient nécessairement fugitifs. Mais il n'en reste pas moins que de telles opérations, par l'emprise qu'elles exercent sur une multitude de personnes et sur le temps, se différencient du type contractuel classique qui ne produisait d'effets qu'entre les parties (c. civ. art. 1165), c'est-à-dire entre un petit nombre de contractants effectifs. Il est certain que le principe de la *relativité des contrats* perd beaucoup de sa portée pratique lorsque les parties se comptent par milliers ou par dizaine de milliers ; mais le principe n'est-il pas mis complètement de côté, lorsque joue *la stipulation pour autrui* qui, pratiquée notamment par les compagnies d'assurances, investit d'une créance, d'un droit direct et immédiat, de véritables tiers, tels les bénéficiaires d'une assurance sur la vie au profit d'autrui ? De plus en plus, le contrat irradie au loin ; il fait sentir son action dans un avenir parfois éloigné et dans un cercle de personnes immense ; il se hausse à la taille de ceux qui l'utilisent et à la mesure des circonstances, du but poursuivi.

3° — C'est encore parce que les contractants ont changé de statut, parce que, de plus en plus, ils font œuvre de professionnels, que certaines opérations ont changé de nature juridique, et, notamment, que le *titre onéreux* a tellement progressé aux dépens du *titre gratuit.* Des opérations, essentiellement ou naturellement gratuites, comme le mandat et le dépôt, sont devenues, de nos jours, des contrats à titre onéreux, et devaient le devenir, étant pratiquées par des hommes de métier. Actuellement, le mandataire se présente sous l'aspect d'un avoué, d'un agent d'affaires, d'un agent de change, d'un banquier, d'un gérant d'immeubles, toutes personnes qui, exerçant une profession, ne songent plus à rendre ce « pur office d'amitié » qu'évoquait Pothier (1), mais qui comptent, très légitimement, sur une rétribution, sur un profit ... Le dépositaire contemporain s'appelle le magasin général, le garde-meubles, l'entrepreneur de transport, le banquier, le garagiste ; ce sont là des professionnels qui ne se piquent point de désintéressement et qui entendent être payés de leurs services. Dépôt et mandat se sont ainsi « professionnalisés », et le titre onéreux a fait reculer le titre gratuit (2).

4° — C'est encore parce que le contractant est devenu souvent un professionnel important, dont les opérations s'étendent au loin, que s'est posé, avec une acuité accrue, le problème de la structure et de la formation des *contrats par correspondance,* problème auquel la Cour de cassation de France a donné récemment une solution satisfaisante en consacrant la théorie dite de « la déclaration », ou de « l'émission » ; le contrat entre absents, cette opération dont Kant proclama l'impos-

---

(1) *Pothier, Traité du contrat de mandat,* n° 22.

(2) Sur ce mouvement et cette transformation, V, *L. Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé,* n^os^ 263 et suiv.

sibilité logique, est conclu aussitôt que l'offre est acceptée et avant même que l'acceptation ne soit parvenue au pollicitant ; on fait ainsi une économie de temps et aussi de difficultés relatives à la preuve du moment de la formation du contrat (1).

5° — Enfin, c'est parce que le pollicitant se présente sous l'aspect d'une puissante entreprise, armée d'un monopole, de droit ou de fait, que le législateur a dû intervenir pour mettre sa puissance au service de ce personnage impersonnel qui s'appelle le public, la clientèle, et que Tarde compare au chœur de la tragédie grecque (2) ; il faut venir à son secours afin d'éviter son exploitation, son écrasement ; et les pouvoirs publics sont amenés ainsi à faire de l'interventionnisme, du dirigisme contractuel.

Alors, on doit le reconnaître, la liberté contractuelle est soumise à une rude épreuve, et, avec elle, le vieux dogme de l'autonomie de la volonté ; quantité de clauses ont été proscrites que le faiseur d'offres avait une propension fâcheuse à glisser, parfois subrepticement, dans la prérédaction, dans le tarif, dans la police d'assurances, dans le titre de transport, et qui menaçaient de devenir de style : clauses élisives de la responsabilité ; clauses de déchéance à l'encontre du client ; clauses de nullité ; clauses abréviatives du délai de la prescription. C'est à cette politique de restriction que se rattachent des dispositions comme celle de la loi du 17 mars 1905 qui a frappé de nullité certaines clauses de non responsabilité insérées dans un titre de transport de marchandises (3) ; comme aussi quantité de prohibitions incluses dans la législation spéciale des loyers ; comme toutes les dispositions impératives de la loi du 13 juillet 1930, *relative au contrat d'assurance* terrestre (4) ou encore comme la défense faite au patron, par la loi du 5 février 1932, de sanctionner, par des amendes, les manquements aux prescriptions d'un règlement intérieur d'atelier (5). C'est encore dans le même esprit de protection et de restriction que la loi du 13 juillet 1930, précédemment cité, impose l'usage, dans les polices d'assurances, de caractères « apparents » (6), voire même « très apparents » pour ce qui est des clauses édictant des nullités ou des déchéances (7).

Cette politique d'interventionnisme, d'immixtion de l'autorité dans le champ contractuel, est d'ailleurs reprise et utilisée par la jurisprudence elle-même qui n'hésite pas à développer d'office le contenu obligatoire des contrats, à y inclure des obligations jusqu'alors insoupçonnées, telle une obligation de sécurité absolue dans le transport

---

(1) V. Req. 21 mars 1932 (D. P. 1933, 1, 65).
(2) *Tarde, op. cit.* p. 117.
(3) C. com. art. 103, s. 3.
(4) V. l'art. 2 de cette loi.
(5) L. 5 février 1932, art. Ier, complétant par un article 22 b, le livre I du Code de Travail.
(6) L. 13 juillet 1930, art. 8.
(7) Même loi, art. 9.

de personnes, à la charge du voiturier et au profit de ses clients (1) ; elle va même jusqu'à greffer sur ce contrat une prétendue stipulation tacite pour autrui qui permettra à la famille immédiate du voyageur, si celui-ci périt dans un accident de transport, de réclamer et d'obtenir une indemnité en faisant jouer la responsabilité contractuelle du voiturier, donc sans avoir à établir la réalité d'une faute par lui commise (2). Ainsi, les obligations des parties sont ce que le législateur et le juge veulent qu'elles soient : après l'économie dirigée, après la monnaie dirigée, nous avons de nos jours ce que j'ai cru pouvoir appeler le « contrat dirigé » (3).

Cette politique de superintendance et de contrôle n'est pas condamnable en principe ; il est naturel, il est souhaitable même que le législateur intervienne en vue d'aménager le contrat, par exemple, en vue d'assurer sa publicité, et l'on sait que des progrès appréciables ont été réalisés dans cette direction, notamment du fait de la loi du 23 mars 1855, qui a enfin institué dans notre droit, sous une forme générale, la transcription des actes translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de droits réels immobiliers. De toute façon, il faut reconnaître que le contrat est, pour une bonne part, un phénomène social dont la société, dont les pouvoirs publics ne sauraient se désintéresser. Seulement, il y a, en pareille matière, une mesure à observer, et surtout, il y a une moralité à respecter, des barrières à ne jamais franchir, et qui malheureusement, ont été violées à maintes reprises, dans le droit d'après-guerre et en tous pays. Partout, on a vu le législateur intervenir, sous forme de moratoires ou de revision des accords, notamment en matière de baux (4), de billets de fonds de commerce (5), pour soustraire le débiteur à l'exécution exacte d'engagements qu'il avait cependant librement assumés, et pour énerver ainsi la force obligatoire des contrats. C'est là une pratique déplorable qui ne saurait trouver d'autre excuse que dans une nécessité absolue et qu'il importe d'abandonner aussitôt qu'elle n'est plus indispensable, car, en déliant le « vinculum juris », le législateur, — ou le juge — sapent cette confiance qui est à la base du droit et qui fait le meilleur de son autorité ; ils ruinent la sécurité juridique, et, ce qui est plus grave encore, ils habituent, ils incitent les hommes à

---

(1) V. Civ. 21 novembre 1911 ; S. 1912, 1, 73, note de M. Ch. *Lyon-Caen ;* 6 décembre 1932, D. H. 1933, 35.

(2) Civ. 6 déc. 1932 et 24 mai 1933 ; D. P. 1933, 1, 137 et la note ; S. 1934, 1, 181, note de *M. P. Esmein* ; Req. 19 juin 1933, D. H. 1933, 429.

(3) *L. Josserand, Le contrat dirigé*, D. H. 1933, Chron, p. 89.

(4) Lois du 17 août 1917, du 9 mars 1918, du 4 janvier 1919, du 23 octobre 1919 (répression de la spéculation illicite sur les loyers), du 4 mai 1920, du 1er mars 1921, du 2 avril 1921, du 16 juillet 1921, du 6 janvier 1922, du 31 mars 1922, du 6 juillet 1923, du 29 décembre 1923, du 2 août 1924, du 6 juillet 1925, du 30 décembre 1925, du 31 mars 1926 du 1er avril 1926, du 21 juillet 1927, du 29 juin 1929, du 8 avril 1933, du 30 juin 1933, du 12 juillet 1933.

(5) Lois du 5 juillet 1933 et du 26 février 1934.

manquer à la parole donnée, donc à donner cette parole plus légèrement, plus facilement, avec l'arrière-pensée de n'y pas demeurer fidèles ; ils sont ainsi des facteurs d'immoralité et ils consomment le suicide du droit dont ils sont, par fonction et par prédestination, les artisans et les gardiens : envisagé sous cette forme, le dirigisme *contractuel* est à condamner sévèrement, parce qu'il est *anticontractuel,* parce qu'il réalise, non pas du socialisme juridique, mais bien de l'anarchie ; si le contrat veut être dirigé, c'est d'après un plan d'ensemble et suivant une action continue, avec un esprit de suite ; une politique de direction au jour le jour ou à la petite semaine est, en réalité, la négation même du dirigisme, car elle réalise ce qui est bien le pire, politiquement et juridiquement, la dictature dans l'anarchie.

C'est, tout au contraire, pour assurer le règne de la justice et pour moraliser le droit, que notre jurisprudence utilise, même en matière contractuelle, cette thèse de l'*abus des droits* dont il sera question à propos des délits, et aussi qu'elle développe avec bonheur le concept de la *cause* auquel elle rattache les mobiles extérieurs au contrat, les mobiles individuels, propulsifs de la volonté et de l'intention des parties ; du moment que ces mobiles sont condamnables et que le but poursuivi par les contractants est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, l'opération sera radicalement nulle, par exemple la libéralité consentie en vue d'établir, de continuer, de rémunérer des relations adultères ou bien dans celui d'alimenter le jeu : tant vaut la fin poursuivie, tant valent les moyens employés pour l'atteindre, et le mobile-but devient la pierre de touche de la valeur morale et aussi de la valeur juridique d'une convention (1).

On le voit, l'évolution qui s'est poursuivie dans le droit des contrats au cours du dernier demi-siècle, est d'importance ; il est possible de la condenser, de la schématiser dans les trois propositions suivantes :

1° — Si l'on envisage les *effets* produits par les conventions, ce n'est pas de décadence qu'il faut parler, mais au contraire de progression : de plus en plus, les contrats gagnent en intensité et en rayonnement, puisqu'ils tendent souvent à instituer des situations juridiques permanentes et durables ; puisqu'ils produisent, grâce à la jurisprudence, qui fait ici de *l'inflation juridique,* des obligations de plus en plus nombreuses, insoupçonnées des rédacteurs du code civil, telle l'obligation de sécurité mise à la charge du transporteur de personnes ; puisqu'enfin ils dépassent le cercle des parties contractantes, grâce, tant à l'aménagement des conventions collectives, qu'à l'essor de la stipulation pour autrui dont le domaine s'affirme immense et à peu près indéfini. On peut dire que le contrat entreprend manifes-

---

(1) V. *H. Capitant, La cause des obligations ; L. Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité,* 1927 ; *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé,* 1928.

tement, de nos jours, et sur le temps, et sur les tiers : le dogme de l'effet relatif se trouve ainsi profondément entamé.

2° — Mais si l'on s'inquiète de la *préparation* et de la conclusion de la convention, on aperçoit aussitôt que la médaille comporte un revers, et l'on comprend qu'il soit question de la décadence de la souveraineté du contrat ; ou, plus exactement, de la décadence du principe de l'autonomie de la volonté. Dans des cas de plus en plus nombreux, l'une des parties subit la loi de l'autre, tandis que l'une et l'autre sont soumises au contrôle des pouvoirs publics, législateur ou jurisprudence ; avec l'avènement et l'essor du dirigisme, le contrat change de physionomie, au moins dans sa genèse et dans sa formation ; il se socialise (1) ; il devient moins individuel ; on pourrait dire qu'*il devient moins contractuel,* puisqu'il tend à revêtir l'aspect d'un règlement dans lequel l'une des parties se contente d'entrer, sous des conditions fixées tant par l'auteur de la prérédaction que par les pouvoirs publics ; il y a toujours contrat, mais d'un type nouveau, plus officiel et plus rigide, simple épreuve d'un cliché tiré, en série, à d'innombrables exemplaires.

3° — Mais, malgré tout, et c'est notre dernière constatation, le concept contractuel demeure ; sa souplesse, son élasticité l'ont préservé de la décrépitude et de la mort, et aussi l'ingéniosité de la jurisprudence et de la doctrine qui ont opposé, à la révolution économique, à la révolte des faits, un conservatisme intelligent, fait de tradition et d'opportunisme : avec des formules anciennes, on a fait du nouveau ; sous un pavillon séculaire, on a abrité une marchandise de fabrication moderne; aux catégories traditionnelles on a ajouté des catégories nouvelles ; sous le signe du concept contractuel se multiplient et se différencient entre eux *les contrats,* infiniment variés et flexibles, mais répondant tous, sans exception, à la définition contenue dans l'article 1101 du code civil : un ordre juridique nouveau s'est installé dans une demeure millénaire, accueillante et extensible ; on a su réaliser la complexité dans l'unité.

II

LE DÉLIT (2)

Dans le domaine de l'illicite, l'évolution qui s'est poursuivie depuis

---

(1) V. *Emm. Lévy, La vision socialiste du droit,* 1926.

(2) V. outre les ouvrages déjà cités, principalement ceux de M. *Demogue* et de MM. *Henri et Léon Mazeaud ; Sourdat, Traité général de la responsabilité,* 6ème éd. 2 vol. ; *P. Esmein, Obligations,* t. VI, dans le *Traité pratique de droit civil français* de *Planiol et Ripert* ; *Lalou, La responsabilité civile,* 2ème éd. *Eug. Gaudemet ,Une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile* (Rev. trim. dr. civ. 1927, p. 893) ; *Maxime Chauveau, Examen synthétique des questions de responsabilité civile* (*Rev. crit.* 1933).

un demi-siècle environ, est encore plus saisissante, plus rapide et plus poussée que dans la région contractuelle ; elle présente aussi, du moins si on la considère d'un poste élevé et dans son ensemble, une plus grande unité, une courbe plus régulière et plus harmonieuse, puisqu'elle tend invariablement à assurer une plus complète, une plus constante réparation à la victime de tout dommage injuste. Ici, il ne saurait même être question, comme en matière contractuelle, de décadence, à aucun point de vue, en aucune mesure ; la souveraineté de la responsabilité entre tiers, de la responsabilité extra-contractuelle, s'affirme avec une puissance, un éclat sans cesse accrus : les progrès réalisés n'ont eu, pour contre-partie, réserve faite cependant des succès remportés par la théorie dite de la responsabilité contractuelle, aucune régression, dans aucune direction.

Point de départ — On sait le point de départ de cette constante et foudroyante évolution : les rédacteurs du code civil s'étaient approprié le système romain de la responsabilité aquilienne ; la disposition fameuse de l'article 1382, complétée, renforcée par celle de l'article 1383, plaçait la faute, la faute effective, la faute prouvée, à la base de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle ; la victime d'un dommage, demanderesse au procès, devait établir à la charge du défendeur : 1° la commission d'une faute ; 2° la réalisation d'un dommage ; 3° un rapport de causalité entre cette faute et ce dommage. C'est seulement si ce triptyque avait été assemblé et présenté au juge par le demandeur, que satisfaction pouvait lui être donnée.

Ce mot d'ordre : « Pas de responsabilité sans faute prouvée », conjugué avec l'adage : « *actori incumbit probatio* » est demeuré gravé à l'exergue du livre de la responsabilité ; les tentatives qui ont été faites pour l'effacer complètement semblent bien avoir définitivement échoué (1). Mais, de même que la règle prohibitive de la stipulation pour autrui a été réduite à la portion congrue, ainsi, quoiqu'à un degré moindre, le régime délictuel du code civil a été refoulé, amenuisé, sous les coups que lui ont portés le législateur, la doctrine et la jurisprudence, si bien qu'un statut nouveau s'est édifié sur des fondements anciens qu'il déborde et qu'il recouvre en partie.

Nécessité et raisons de l'évolution qui s'est accomplie dans le droit des délits. Ces raisons sont multiples :

1° — C'est d'abord la complexité de la vie contemporaine, la fréquence accrue des accidents et, plus généralement, des dommages causés à autrui. A la vie paisible d'autrefois a succédé une existence trépidante ; l'homme sédentaire a disparu pour céder la place à un être nouveau qui se déplace volontiers et qui utilise à cette fin des engins rapides et puissants, des véhicules qui se croisent et qui trop fréquemment se heurtent ou heurtent les piétons, non sans brutalité.

---

(1) V. dans le sens de l'objectivation générale de la responsabilité délictuelle, *Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897.

L'homme de la rue ne se sent plus en complète sûreté dans la rue ; de plus, avec le développement de la science et de l'industrie, on a vu substituer aux outils inoffensifs de jadis des machines dont la puissance est terrifiante. Le siècle du chemin de fer, de l'automobile, de l'avion, de la grande industrie et du machinisme, le siècle des transports et de la mécanisation universelle n'est pas précisément le siècle de la sécurité matérielle ; nous vivons de plus en plus *intensément* selon le conseil du président Théodore Roosevelt ; de plus en plus *dangereusement*, suivant la formule de Nietzsche.

Et alors, il arrive que, dépourvus de la sécurité matérielle, nous aspirons de plus en plus à la sécurité juridique : par une réaction instinctive, par un mouvement de défense spontané, nous nous tournons vers cette sécurité ultime ; le développement de la responsabilité est, en quelque mesure, fonction de l'insécurité matérielle ; vivant dangereusement, nous voulons du moins que, le danger venant à se réaliser, nous puissions avoir un recours, et un recours effectif contre l'auteur du dommage subi.

2° — Or, pour que le recours soit effectif, — et j'aborde ici un second facteur de l'évolution, — il importe que le fardeau de la preuve ne soit pas trop lourd pour les épaules de la victime. Et précisément, avec les progrès de la science, les accidents, non seulement se multiplient, mais encore deviennent obscurs dans leur origine ; ils tendent à l'anonymat. L'homme utilise des forces mystérieuses dont la nature profonde, dont l'essence intime lui échappent : comment demander à la victime des rayons X, du radium, d'un phénomène physique ou chimique quelconque, qu'elle administre la preuve d'une faute précise commise par l'utilisateur ? Il lui faudrait, pour cela, posséder des connaissances scientifiques ou techniques qui font parfois défaut au savant lui-même ou à l'homme de l'art.

3° — La tâche qui lui serait ainsi infligée serait d'autant plus irréalisable qu'elle a souvent, en face d'elle, un adversaire puissant, armé d'un contentieux bien organisé et qui possédera précisément les éléments de preuve qui lui font défaut : avec la concentration des entreprises, la lutte judiciaire entre la grande compagnie de transports et le voyageur accidenté ne se livre pas à armes égales.

4° — A côté, au-dessus de ces raisons qui expliquent le développement de la responsabilité à notre époque, une autre cause doit être signalée, qui est d'ordre moral celle-là et qui réside dans l'affinement de nos consciences et dans le développement du sentiment de la responsabilité. Nous n'acceptons plus, avec la belle philosophie de notre vieux Montaigne, que le dommage de l'un soit le profit de l'autre ; nous ne nous inclinons pas aussi aisément devant la décision du destin ; lorsqu'un accident survient, dont la victime n'a rien à se reprocher nous sentons d'instinct qu'il est dû réparation, nous voulons qu'elle l'obtienne ; nous avons soif de justice, d'équilibre juridique et, lorsqu'une catastrophe se produit, nous cherchons aussitôt un responsable ; nous ne nous inclinons plus aussi facilement devant les coups

du destin, mais nous avons la prétention d'en déterminer l'incidence définitive : il s'est produit comme une sécularisation, une humanisation de la responsabilité, qui en explique, dans une large mesure, l'évolution et l'essor.

5° — Enfin cet essor a trouvé un stimulant, un adjuvant puissant dans le développement même de l'assurance-responsabilité : le juge condamne plus volontiers et plus sévèrement l'auteur du dommage s'il sait que la réparation incombera, en définitive, à une compagnie d'assurances ; et d'ailleurs, l'assurance à son tour, a visiblement rebondi du fait même du développement de la responsabilité. C'est une sorte de course qui s'engage entre l'assurance et la responsabilité (1). *Procédés employés pour développer la responsabilité et la rendre plus effective.*—Les procédés auxquels on a eu recours sont nombreux, car le problème fut abordé de différents côtés ; mais ces procédés présentent ce trait commun de s'en prendre à la faute aquilienne et de s'attaquer à la directive séculaire : « pas de responsabilité sans faute prouvée par le demandeur ». La jurisprudence et la doctrine ont dû faire preuve d'ingéniosité ; généralement, elles se sont efforcées, tout en conservant le concept de la faute aquilienne, d'en tirer le maximum, tantôt l'étirant à l'excès, tantôt l'amenuisant à plaisir, au point qu'on a de la peine à la déceler et à la reconnaître.

On peut ramener les différents procédés techniques auxquels on a eu recours pour assurer la praticabilité de la responsabilité, aux catégories suivantes :

1) On a admis très facilement l'existence d'une faute ;

2) La jurisprudence a établi ou a reconnu des présomptions de faute ;

3) Le législateur français a éliminé parfois la notion de faute pour lui substituer le concept du risque, substituant ainsi le point de vue objectif à la position subjective ;

4) Enfin, la jurisprudence a étendu parfois outre mesure la responsabilité contractuelle pour placer sous son égide la victime d'un dommage : elle a ainsi fait passer le délictuel dans le contractuel.

Reprenons ces différents points :

1° — Et d'abord, c'est de plus en plus volontiers que la jurisprudence admet l'existence d'une faute ; dans cet ordre d'idées, il y a lieu de signaler deux théories d'une importance extrême, celle de l'abus des droits et celle des *fautes négatives.*

a) La théorie de *l'abus des droits* (2), vieille par ses origines,

---

(1) Donation. Les assurances illimitées de responsabilité, Revue générale des assurances terrestres.

(2) Sur cette théorie, V. *L. Josserand, De l'abus des droits,* 1905 ; *De l'Esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits,* 1927 ; *Henri* et *Léon Mazeaud* op. cit. t. 1 n° 547 et suiv. *Demogue, op.* Cit. t. IV n° 643 et suiv. *Campion, La théorie de l'abus des droits,* 1925.

contemporaine par son développement, est venue élargir le champ d'action de la faute en érigeant en principe que l'exercice d'un droit n'est nullement incompatible avec le concept de la faute, et que c'est commettre un délit ou un quasi-délit civil que d'exercer son droit d'une certaine façon, dans un certain but ou sans certaines précautions. L'adage : « *Neminem laedit qui jure suo utitur* » (1) est combattu à l'aide d'une maxime elle-même fort ancienne : « *summum jus summa injuria* ». Les droits ne nous sont pas concédés pour que nous en fassions un usage quelconque, pour que nous les exercions *ad libitum,* à tort et à travers ; produits sociaux, ils doivent être exercés socialement, *civiliter,* en fonction de leur esprit, de leur mission. Celui qui les exerce dans un esprit différent, par exemple en vue de nuire à autrui, engage sa responsabilité, du moins s'il cause un dommage : car les droits nous sont conférés sans garantie du gouvernement, sans garantie aucune ; nous les réalisons sous notre propre responsabilité ; il faut que nous observions la règle du jeu, sans quoi nous commettons une faute dont nous répondrons à l'occasion.

Cette thèse de l'abus des droits reçoit chaque jour des applications multiples et nouvelles ; on l'oppose au propriétaire qui construit une fausse cheminée pour assombrir le fonds du voisin (2), ou qui élève des ouvrages formidables pour mettre à mal les dirigeables sortis du hangar contigu (3), ou qui pratique des fouilles dans un fonds afin de tarir la source qui jaillit sur le fonds voisin (4) ; ou au plaideur de mauvaise foi, au plaideur impénitent qui fait de la procédure pour assouvir une rancune ou bien pour éterniser le procès et retarder l'heure de la justice (5) ; au créancier qui abuse des voies d'exécution en saisissant, pour le recouvrement d'une créance modique, tous les biens de son débiteur (6) ; au chef de famille qui fait servir la puissance paternelle (7) ou l'autorité maritale (8) à des fins égoïstes. Tous ceux-là, et bien d'autres encore n'usent pas de leurs droits, mais ils en abusent, car ils les détournent de leur destination, commettant

---

(1) Demolombe commentait cet adage dans les termes suivants : « Il en est ainsi, bien entendu, lors même que le fait licite, commis dans l'exercice d'un droit, causerait un dommage à autrui. Autrement il est clair que le droit lui-même n'existerait pas si celui auquel il appartient pouvait, en l'exerçant, encourir une responsabilité civile » (Demolombe t. XXX, n° 666).

(2) Colmar, 2 mai 1855 (D. P. 1856, 2, 9).

(3) Trib civ. Compiègne, 12 fév. 1913 (D. P. 1933, 2, 177, et la note) ; Amiens 12 nov. 1913 et Req. 3 août 1915 (D. P. 1917, 1, 79).

(4) Req. 10 juin 1922 (D. P. 1902, 1, 454 ; S. 1903, 1, II).

(5) Req. 5 juin 1926 (S. 1926, 1, 202) ; Civ. 8 juin 1926 (S. 1926, 1, 252) ; 27 juillet 1931 (D. H. 1931, 507) ; Req. 17 janv. 1933 (D. H. 1933, 116).

(6) Req. 26 déc. 1893 (D. P. 1895, 1, 529) ; Civ. 5 juillet 1911 (D. P. 1912, 1, 513, note de *Loynes*) ; Req. 20 mars 1929 (S. 1930 1, 45)2; 14 janv. 1930 (D. H. 1930, 114).

(7) Paris, 4 déc. 1894 (S. 1827, 2, 73, note *Wahl*) ; Lyon, 23 janv. 1907 (D. P. 1908, 2, 73) ; Lyon, 5 fév. 1909, (*Rev. trim. dr. civ.* 1909, p. 672).

(8) Paris, 5 janv. 1904, sous Cass, 8 nov. 1905 (S. 1907, 1, 145, note *Hémard*).

ainsi une faute qui engage leur responsabilité. C'est la fin qui justifie les moyens, mais ce ne sont pas les moyens qui justifient la fin. Ainsi se trouvent assouplis et moralisés la grande majorité des droits et ainsi se développe le domaine de la faute, laquelle peut être commise, non seulement en l'absence de tout droit, mais aussi, et plus souvent encore, dans l'exercice incorrect, abusif d'un droit.

b) Bien différente est la théorie que j'ai dénommée : théorie des *fautes négatives*. De plus en plus il advient que notre responsabilité soit engagée, non seulement par notre fait actif, comme si un chauffeur renverse un piéton ou comme si un écrivain, un orateur diffame son prochain, mais aussi par notre abstention, notre inertie ; à la faute positive vient s'ajouter et vient s'opposer la faute négative, qui consiste à nous abstenir d'un acte, d'une mesure, d'une intervention considérés comme obligatoires ; nous pouvons pécher par abstention, aussi bien que par action, par inertie comme par intervention. L'article 1383 du code civil en décide ainsi, et la jurisprudence donne de ce texte une interprétation de plus en plus large. Elle veut, elle exige que le propriétaire d'une chose susceptible de causer un dommage à autrui, la dote de tous les perfectionnements apportés par la science ; malheur à celui qui est routinier, à qui n'est pas à la page. Suivant une formule qui rend exactement compte de la situation, « est en faute celui qui ne se conforme pas au progrès » (1), que ce soit la compagnie de chemins de fer qui ne dote pas les cheminées de ses locomotives d'un dispositif susceptible d'arrêter les étincelles et de prévenir l'incendie des forêts riveraines de la voie ferrée ; ou bien le propriétaire d'une maison qui conserve un ascenseur de fabrication ancienne, et dangereux, alors qu'il devrait lui substituer un appareil plus moderne et plus sûr, ou tout au moins le transformer, le perfectionner ; ou encore le propriétaire d'un phonographe électrique qui trouble les émissions radiotéléphoniques du voisinage, alors que cet inconvénient pourrait être évité ou atténué en remplaçant le moteur bruyant par un moteur silencieux (2) ; ou enfin le commerçant qui installe une enseigne lumineuse sans prendre les précautions indispensables dans l'intérêt des tiers (3). Avec cette jurisprudence, nous voilà enserrés dans un réseau d'obligations innombrables dons nous devrons nous tirer de notre mieux, à peine d'engager notre responsabilité : les tribunaux, dans leur désir d'adapter le droit à la science, étendent

---

(1) *Pierre de Harven ;* article paru sous cet intitulé, dans la Revue générale (belge) *des assurances et des responsabilités*, janvier 1930.

(2) Douai, 1er déc. 1930 (Gaz. trib. 24 fév. 1931) ; pour le cas de conflit entre un appareil de radiothermie et un appareil radiophonique, v. Amiens, 21 déc. 1932 (D. H. 1933, 123).

(3) Trib. com. Seine, 14 novembre 1933 (S. 1934, 2, 3).

ainsi le domaine de la faute en augmentant le nombre et l'importance de nos devoirs envers les tiers, et en faisant notamment de la propriété un centre de multiples obligations positives.

2° — Notre jurisprudence a établi ou a reconnu des *présomptions de faute* ou des *présomptions de responsabilité,* cela en vue d'alléger le fardeau de la preuve, trop lourd pour les épaules de la victime ; parfois, elle va jusqu'à le supprimer complètement au moyen de toute une gamme de présomptions habilement aménagées. A la faute prouvée et effective; elle substitue la faute présumée, pour ne pas dire fictive.

Parmi ces présomptions, les unes sont *légales* tandis que d'autres sont l'œuvre exclusive du juge et rentrent donc dans la catégorie des *présomptions de l'homme.*

a) Les *présomptions légales* abondent dans le domaine de la responsabilité : elles sont inscrites, ou du moins la jurisprudence estime qu'elles sont inscrites dans les articles 1384, 1385 et 1386 du code civil.

On sait qu'aux termes de l'articles 1384, nous sommes responsables des personnes dont nous devons répondre : les parents répondent du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ; les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps que ceux-ci sont sous leur surveillance ; les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et leurs préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

D'autre part, d'après l'article 1385, le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, répond du dommage que l'animal, sauvage ou domestique, a occasionné à autrui, alors même qu'il se serait égaré ou échappé.

Puis c'est l'article 1386 qui veut que le propriétaire d'un bâtiment soit responsable du dommage causé par sa ruine, au moins lorsqu'elle est survenue à raison du défaut d'entretien ou d'un vice de construction.

Enfin, et surtout, c'est la disposition fameuse de l'article 1384 § I qui édicte, dans les termes les plus généraux, qu'on est responsable du fait des choses que l'on a sous sa garde.

Ainsi, responsabilité du fait d'autrui, du fait des animaux, du fait des bâtiments, du fait des choses inanimées, autant de chefs de responsabilité qui fonctionnent *de plein droit* parce que, déclare la jurisprudence, les parents, les instituteurs, les artisans, les commettants, le propriétaire ou le gardien, sont présumés en faute, ou, du moins, sont présumés responsables (1). Et cette présomption légale est absolue,

---

(1) Après avoir évoqué pendant bien des années la « présomption de faute », la Cour de cassation s'en refère actuellement à l'idée d'une « présomption de responsabilité » (Ch. réun. 13 fév. 1930, D. P. 1930, 1, 64 avec les conclusions de M. le Procureur général *Paul Matter* ; Civ. 24 juin 1930, D. P. 1930, 1, 137, note *Savatier*).

irréfragable, du moins en ce qui concerne les commettants, les gardiens d'animaux et les gardiens de choses inanimées ; elle exclut toute preuve contraire, réserve faite des cas de force majeure et de la faute de la victime. La situation de celle-ci est donc très favorable : il lui suffit d'établir que le dommage a bien été causé par le préposé, l'animal ou la chose, et c'est au défendeur qu'il appartiendra de se dégager en établissant le cas de force majeure ou la faute de la victime ; si bien qu'en réalité le fardeau de la preuve est déplacé ; il passe des épaules de la victime sur celles de son adversaire, le défendeur au procès (1).

Or, les textes qui établissent les prétendues présomptions légales ont été interprétés par la jurisprudence avec un très grand libéralisme. Par exemple, il a été jugé bien des fois que le commettant répond des actes de son préposé, non seulement lorsque celui-ci se confine exactement dans la tâche qui lui avait été assignée, mais aussi lorsqu'il la dépasse ou qu'il s'en écarte ou qu'il en *abuse ;* il suffit qu'il ait agi *à l'occasion de ses fonctions* ; les actes qui gravitent autour de la fonction, les actes para-fonctionnels engagent la responsabilité du commettant, à raison du lien de connexité qui les unit à la préposition, à raison aussi de la notion générale de *l'apparence* : celui qui crée une situation apparente en devient en quelque sorte le prisonnier et doit subir la loi de la situation réelle dont elle constitue l'image trompeuse, le mirage : l'apparence vaut parfois, et notamment en matière de préposition, la réalité (2).

Mais c'est surtout la disposition de l'article 1384 § 1 qui est interprétée par la jurisprudence française avec une grande complaisance : le gardien d'une chose quelconque répond, de plein droit, des dommages qu'elle cause. Certes, des efforts persévérants, tenaces, dignes d'une meilleure cause, ont été tentés en vue de limiter ce texte à une éventualité aussi réduite que possible (3) ; on a voulu le minimiser, le « grignoter » de toutes parts ; on a prétendu en limiter la sphère d'application aux meubles (4) ; aux choses atteintes d'un vice inhérent à leur nature (5) ; aux choses dangereuses (6) ; on

---

(1) V. sur ce point, pour la responsabilité des commettants, Civ. 11 mai 1848 (D. P. 1, 192) ; Crim. 30 août 1860 (D. P. 1860, 1 ; 518) ; 20 mai 1924 (D. P. 1925, 1, 93) ; pour la responsabilité du fait des animaux, Req. 2 juillet 1902 (D. P. 1902, 1, 431) ; Civ. 17 juill. 1917 (D. P. 1917, 1, 133) ; pour la responsabilité du fait des choses inanimées, Civ. 16 nov. 1920 (D. P. 1920, 1, 69, note *Savatier*) ; Ch. réun. arrêt précité du 13 fév. 1930 ; Civ. 30 mars 1933 (D. P. 1933, 1, 57, note *Savatier*).

(2) V. Req. 3 avril 1933 et Crim. 22 juin 1933 (D. P. 1934, 1, 5, note *L. Josserand*).

(3) V. notre chronique *Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées*, D. H. 1930, Chron.

(4) V. Req. 18 mars 1909 (D. P. 1909, 1, 461) ; 10 fév. 1925 (D. P. 1925, 1, 97, et la note) ; Civ. 21 fév. 1927 (D. P. 1927, 1, 97, note *Ripert*).

(5) Cass. belge, 2 mai 1904 (P. *sic*. 1904, 1, 246).

(6) *Sic. Ripert La règle morale*, n° 124 ; notes D. P. 1925, 1, 5 ; 1927, 1, 97).

a soutenu qu'il doit cesser de s'appliquer du moment qu'apparaît le fait de l'homme, lequel dominerait le fait de la chose, par exemple lorsqu'un accident est causé par une automobile alors qu'elle se trouve sous la direction de son conducteur (1). Mais toutes ces offensives, menées, au nom du concept séculaire de la faute, contre la thèse de la responsabilité du fait des choses, ont été rapidement condamnées par la Cour de cassation qui fait intervenir l'article 1384 § 1 à l'occasion de tout dommage causé par une chose inanimée quelconque, meuble ou immeuble (2), sans distinguer selon qu'elle était atteinte ou non d'un vice (3), ni suivant qu'elle était plus ou moins dangereuse (4), ni même selon qu'elle se trouvait, lors de l'accident, abandonnée à elle-même ou bien qu'elle était actionnée, propulsée par l'homme : notamment, le chauffeur, gardien d'une automobile, répond de plein droit des accidents causés par sa voiture, alors même qu'il se trouvait alors au volant ; le fait de l'homme s'intègre en pareil cas dans celui de la chose qui demeure prépondérant (5).

Si bien qu'en fin de compte toutes les choses inanimées sont tributaires de la disposition compendieuse de l'article 1384 § 1 et donnent lieu, à l'occasion, à une responsabilité de plein droit, aussi bien un vase (6), ou un arbre (7) qu'une automobile (8), une locomotive (9) ou une batteuse mécanique (10) aussi bien la balle d'un fusil (11) que celle d'un tennis (12) ; les gaz délétères (13) comme les corps solides ; et les feuilles elles-mêmes, lorsque, se détachant de l'arbre, elles viennent obstruer les conduites d'eau de la maison voisine (14) : en vérité, la responsabilité du fait des choses tend à l'universalité ; et l'on peut même dire que d'ores et déjà, elle la réalise.

b) A côté ; au-dessous des présomptions légales reconnues par

---

(1) V. les décisions citées D. P. 1922, 1, 25 ; 1925, 2, 106.
(2) V. Req. 6 mars 1928 (D. P. 1928, 1, 97, et la note).
(3) *Sic* Ch. réun., décision précitée ; Civ. 14 avril 1930 (D. H. 1930, 347).
(4) La formule « choses dangereuses » a disparu, depuis plusieurs années, des décisions consacrant la responsabilité du fait des choses.
(5) Arrêt précité des Chambre réunies, 13 février 1930.
(6) Trib. civ. Seine, 28 janvier 1899 (D. P. 1900, 2, 289).
(7) Grenoble, 10 fév. 1892 (S. 1893, 2, 205) ; Colmar, 21 juin 1923 (D. H. 1932, 482).
(8) Ch. réun. arrêt précité ; Civ. 24 juin 1930 (D. P. 1930, 1, 137) ; Req. 28 avril 1931 (S. 1931, 1, 246).
(9) Req. 17 juill. 1922 (D. P. 1923, 1, 172) ; Paris, 8 janv. 1932 (D. P. 1932, 2, 69).
(10) Req. 25 mars 1908 (D. P. 1909, 1, 73, note *Planiol*) ; Bordeaux, 13 janv. 1926 (S. 1927, 2, 61).
(11) Civ. 25 juin 1927 (S. 1928, 1, 89, note P. *Esmein*) ; Amiens 20 juin 1923 (D. H. 1933, 483).
(12) Poitiers, 25 octobre 1926 (S. 1927, 2, 73, note H. *Mazeaud*).
(13) Civ. 7 déc. 1931 (S. 1932, 1, 55).
(14) Limoges, 20 juin 1921 (D. P. 1922, 2, 49).

la jurisprudence, découvertes par elle dans les textes législatifs, il y a place pour les *présomptions de l'homme,* qui interviennent en application de l'article 1353 du code civil : il existe des faits qui portent en eux-mêmes la preuve de leur origine, qui sont pour ainsi dire signés, car ils excluent, par leur nature même, la faute, la négligence, l'intervention de la victime : tels les déraillements et les collisions de trains. Le fait dommageable devient alors un *fait fautif* ; l'entrepreneur de transports est présumé en faute, sauf à lui de se libérer en établissant le cas de force majeure : le fardeau de la preuve lui incombe totalement (1).

Ainsi, par le jeu de multiples présomptions, légales ou judiciaires, le domaine de l'adage « pas de responsabilité sans faute effective et démontrée » se resserre toujours davantage ; afin d'améliorer la situation de la victime, on se contente d'une faute probable, voire simplement possible, hypothétique, d'un fantôme de faute.

3° — Mais alors, ne convient-il pas d'aller plus loin, de bannir complètement du domaine de la responsabilité, au moins dans nombre de cas, cette notion de faute si malmenée, si amenuisée ? Ne faut-il pas en arriver à admettre que nous sommes responsables, non seulement de nos faits fautifs, mais de nos faits tout court, à supposer évidemment qu'ils aient causé à autrui un dommage injuste, anormal ? Le « faiseur d'actes », pour parler comme les Américains, ne doit-il pas répondre de ses actes ? Problème capital, qui est celui de l'objectivation de la responsabilité, de la substitution du point de vue objectif au point de vue subjectif, de la notion du *risque* à celle de la faute. Dans cette conception, quiconque crée un risque doit, si ce risque vient à se réaliser aux dépens d'autrui, en supporter les conséquences, indépendamment de toute faute commise. Une compagnie de chemins de fer ne commet pas de faute en faisant circuler des trains sur le réseau qui lui fut concédé ; cependant, si les trépidations des convois compromettent la solidité des maisons riveraines, si les fumées des locomotives noircissent une blancherie précédemment installée près de la voie ferrée, si les étincelles jaillies des locomotives incendient les forêts et les récoltes, ne sera-t-il pas juste d'accorder une indemnité aux victimes de ces dommages ? « *Qui casse les verres les paye* » ; qui crée un risque, dans son intérêt personnel ou dans l'intérêt de l'établissement, de la fonction qu'il gère, doit en supporter la réalisation. Le point de vue objectif prend ainsi la place du point de vue subjectif, et le risque notion concrète, se substitue à la faute, péché juridique.

Telle était bien la conception de l'éminent maître Saleilles ; il la développa notamment dans sa brochure, parue en 1897 : « *Les accidents du travail et la responsabilité civile.* Et cette vue généreuse a reçu d'importantes consécrations sur le terrain législatif. C'est la

(1) V. *L. Josserand, Les Transports,* 2ème éd. n° 937 et 938.

loi du 21 avril 1810 qui, dans son article 15, tel que le comprend la jurisprudence, inflige au concessionnaire d'une mine la responsabilité des dommages qu'il cause aux voisins par les travaux qu'il effectue, alors même qu'il n'aurait commis aucune faute et qu'il aurait pris toutes les précautions possibles (1) ; c'est toute la législation des accidents du travail qui, à partir de 1898, est venue consacrer, dans les domaines les plus divers, la notion du *risque professionnel* (2) ; c'est la loi du 3 mai 1921 qui vise les dommages causés, non plus à des ouvriers ou à des employés, mais à des tiers, par suite d'explosion, déflagration, émanation des substances explosives, corrosives, toxiques, se trouvant soit dans les établissements de l'Etat, soit dans les établissements privés travaillant pour la Défense nationale, fût-ce en temps de paix (3) ; c'est la loi du 31 mai 1924 sur la *navigation aérienne* laissant au compte de l'exploitant de l'aéronef les dommages causés aux personnes et aux choses situées à la surface, responsabilité de plein droit, libérée de toute idée de faute et reposant sur la seule notion du risque créé (4). Bien d'autres lois pourraient être rattachées au même mouvement d'idées : celle du 16 avril 1914 qui, modifiant la loi municipale du 5 avril 1884, répartit entre l'Etat et la commune les dommages résultant de crimes et délits commis à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements, envers les personnes ou contre les propriétés, et qui consacre ainsi la notion d'un *risque social* (5) ; celle du 8 juin 1895, modificative de l'article 446 § 1 du Code d'instruction criminelle, qui met à la charge de l'Etat le *risque judiciaire* ; celle du 20 juillet 1899 qui fait endosser à l'Etat le *risque universitaire,* en substituant sa responsabilité à celle des membres de l'enseignement public (6) : le concept du risque conquiert ainsi du terrain et réalise des gains importants sur le terrain législatif.

La jurisprudence française ne peut pas, ou ne veut pas être aussi hardie (7) ; gardienne des textes et des traditions, elle se fait un devoir de ne pas rompre ouvertement avec le passé ; suivant son habitude, elle fait œuvre de progrès tout en s'affirmant conservatrice ;

---

(1) Ch. réun. 23 juill. 1862 (D. P. 1862, 1, 267) ; H. et L. Mazeaud *op. cit.* t. 1, n° 650.

(2) Loi du 9 avril 1898 et lois subséquentes.

(3) La responsabilité établie par cette loi est complètement libérée de la faute ; elle est à base de risque (art. 5 s 1) ; et cependant, elle couvre intégralement le préjudice subi (art. 2 et 3).

(4) La responsabilité de l'exploitant d'un aéronef couvre le cas de force majeure lui-même et ne cède que devant la faute de la victime (art. 53 de la loi).

(5) Art. 106 à 109 de la loi municipale ; Bordeaux, 12 fév. 1934 (S. 1934, 2, 72).

(6) C. civ. art. 1384 *in fine*.

(7) On ne vise, par cette constatation, que la jurisprudence judiciaire ; mais le Conseil d'Etat, allant plus droit au but, étaye la responsabilité du fait des choses sur les dangers accrus de la circulation, donc sur l'idée de risque. *Sic.* Cons. d'Etat, 24 déc. 1924 (D. P. 1925, 3, 9 note *J. Appleton*) 29 déc. 1926, (S. 1927, 3, 105 ; note M. *Hauriou*).

ici encore, comme en matière délictuelle, elle fait du neuf avec de l'ancien et elle pratique l'art des transitions ; tout en maintenant, dans le langage de ses décisions, la faute aquilienne, elle sait, à l'occasion, la minimiser, la neutraliser. L'évolution de ses idées s'accuse nettement au sujet de l'interprétation qu'elle donne de l'article 1384 § 1 et pour la responsabilité des dommages causés par des choses inanimées : à l'origine, elle s'en tenait à la thèse séculaire, en rattachant ce texte aux articles qui le précèdent immédiatement, donc en subordonnant le succès de la demande à la preuve d'une faute commise par le défendeur ; puis vers la fin du XIXème siècle, elle lut dans cette disposition une présomption de faute secourable à la victime ; enfin, plus récemment, la Cour de cassation jugea expédient de substituer à la présomption de faute une présomption de responsabilité (1). La faute, d'abord effective, puis présumée, devient l'objet d'une éviction formelle ; elle disparaît de la formule jurisprudentielle qui, par son imprécision intentionnelle, convient à une responsabilité objective, libérée de toute faute, aussi bien qu'à une responsabilité objective, basée sur le risque. Ainsi se jalonne la route suivie par la jurisprudence, qui conduit de la faute effective au risque, en passant par la faute présumée et la présomption de responsabilité : les arrêts se dispensent de rendre à la faute aquilienne la politesse qu'ils lui faisaient jusque là en la nommant, mais ils la laissent dans une pénombre voisine de l'oubli et du néant. Dans la réalité, la responsabilité du fait des choses inanimées est devenue une responsabilité sans faute, comme celle qui découle du fait des animaux ou comme celle qui incombe au commettant à raison des actes de son préposé. Sur ces différents domaines, la praticabilité de la responsabilité marche de pair avec son objectivation (2).

4° — Il me reste à signaler un quatrième procédé auquel la jurisprudence a recours pour assurer cette praticabilité ; on vient au secours de la victime en substituant, à son usage, la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle et en améliorant ainsi très nettement sa situation au point de vue de la preuve. Pour en arriver là, on n'hésite pas à faire produire aux contrats des effets imprévus, des obligations jusque là insoupçonnées, afin que le dommage subi ait d'autant plus de chances de coïncider avec l'inexécution d'un contrat.

C'est ainsi que, dans le transport de personnes, la Cour de cassation décide que le voiturier, par exemple la compagnie de chemins

---

(1) V. sup. p. 44 note 1.

(2) On peut d'ailleurs relever les décisions qui rattachent littéralement la responsabilité du fait des choses à la notion du risque. (*Sic*. Chambéry, 12 juill. 1905, 2, 417 ; trib. civ. Lannion, 5 déc. 1905, D. P. 1906, 2, 249 ; trib. civ. Lectoure, 10 avril 1925, D. P. 1925, 2, 105, et la note ; Dijon, 16 octobre 1928 et Angers 21 mai 1928, D. P. 1929, 2, 41 et la note ; trib. civ. Alençon, 8 juill. 1930, D. H. 1930, 518).

de fer, assume, vis-à-vis de son client, une obligation de sécurité absolue ; elle est tenue, contractuellement, de le restituer à lui-même, au point de destination, non pas mort ou vif, mais sain et sauf ; sinon, elle a violé le contrat ; elle est donc responsable, de plein droit, de l'accident survenu au cours du transport, à moins qu'elle ne soit en mesure d'établir la faute de la victime ou le cas de force majeure ; ainsi le fardeau probatoire quitte les épaules du demandeur pour peser sur celles du voiturier, le défendeur à l'instance (1).

Pareille transposition du délictuel au contractuel est réalisée au profit de la clientèle des jeux forains (2) ; des spectateurs d'une ménagerie (3) ; du propriétaire dont la récolte est incendiée par la batteuse mécanique avec l'entrepreneur de laquelle il avait conclu une convention (4) ; du client d'un manège victime d'un accident de cheval au cours d'une leçon d'équitation ; du voyageur, dans ses rapports avec l'hôtelier (5) ; du preneur, dans ses relations avec le bailleur (6) ; peut-être aussi, quoique plus difficilement, du malade, vis-à-vis du médecin ou du chirurgien.

Notre jurisprudence a ainsi une tendance marquée à placer la responsabilité sous le signe du contrat ; elle s'efforce par là d'assurer à la victime une juste réparation : toute cette théorie, dite de la responsabilité contractuelle, agit sur la responsabilité à la manière d'un transformateur à haute tension ; elle intensifie le courant de la responsabilité en en modifiant la nature.

Ainsi, dans le domaine du délit, plus encore que dans celui du contrat, nous assistons à l'essor prodigieux d'une responsabilité qui bouscule les anciens concepts et qui, trop à l'étroit dans des cadres traditionnels, les distend et les déforme tout en paraissant les respecter : un ordre juridique nouveau s'institue, qui se dissimule sous des constructions juridiques savantes, qui progresse sournoisement dans des galeries souterraines, ingénieusement aménagées ; comme l'écrit mon collègue, le doyen Gaston Morin : « La doctrine, de même que la jurisprudence, s'est efforcée de donner comme déguisement à l'ordre juridique nouveau, le manteau de l'ordre juridique ancien, d'établir une harmonie rationnelle entre la doctrine individualiste sur le fondement du droit et les solutions juridiques qui, dans la réalité,

---

(1) Civ. 21 nov. 1911 (S. 1912, 1, 73, note Ch. *Lyon-Caen* ; D. P. 1913, 1, 249, note *Sarrut*) ; 6 déc. 1932 (D. H. 1933, 35).

(2) Nancy, 26 juin 1925, Paris 22 fév. 1926 (D. P. 1927, 2, 25, note *Lalou*) : Lyon, 7 déc. 928 (D. P. 1929, 2, 17 et la note) ; Orléans, 1er mars 1932 (S. 1932, 2, 160).

(3) Trib. civ. Boulogne sur Mer, 25 mars 1932 (D. H. 1932, 391).

(4) Paris 9 janvier 1933 (*Gaz. trib.* 19 avril).

(5) Lyon, 24 juin 1920 (D. P. 1922, 2, 40).

(6) Rouen 4 juin 1919 (S. 1913, 2, 145, note *Charmont*) ; Nîmes, 2 juillet 1929 (*Sem. jurid.* 1929, p. 1216).

se rebellent contre cette doctrine » (1). Partout, on rencontre des présomptions, soit de volonté, soit de faute qui, selon la remarque de mon savant collègue, « sont des applications de ce grand procédé de l'évolution juridique : les fictions grâce auxquelles on déguise les solutions juridiques nouvelles en les rattachant à des concepts anciens que l'on respecte en apparence, tout en altérant systématiquement leur contenu » (2). Les fictions, les simulations, les présomptions deviennent les procédés techniques auxquels on recourt pour frayer sa voie au progrès qui poursuit sa marche sournoise en s'appuyant sur les notions mêmes dont il consomme la ruine : il les embrasse, mais c'est pour les étouffer, ou parfois pour les rajeunir, pour les moderniser ; dans la lutte incessante entre le passé et le présent, c'est toujours le présent qui l'emporte, et c'est fort heureux : la vie continue.

III

L'obligation et la responsabilité (3)

Tentatives d'unification. — L'obligation et la responsabilité ont eu, au cours du dernier siècle, cette commune fortune de devenir le siège de tentatives d'unification ; d'une part, on a voulu ramener la responsabilité contractuelle à la délictuelle (4), d'autre part, on a prétendu que les droits réels s'analyseraient, en définitive, en des rapports obligatoires (5).

Les deux paradoxes ont eu le même sort ; mais ils n'ont pas été sans utilité, car ils ont conduit les juristes à analyser plus attentivement

---

(1) *G. Morin, Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif.* dans l'*Annuaire de l'Institut international de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1934-1935, p. 65.

(2) G. Morin, ibid 1 p. 66. La même idée fut exprimée dans des termes également excellents, par le très regretté professeur Eugène *Gaudemen*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* et sous la rubrique : *Une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile* ; mon très savant collègue remarquait que la jurisprudence « méfiante à l'égard des principes nouveaux, fidèle aux idées traditionnelles, attachée aux textes ... vient à s'assimiler les notions les plus neuves, et qu'elle devance parfois la doctrine sur le terrain pratique, en cachant toutes les hardiesses sous son apparente timidité » (*Rev. trim.* 1927, p. 897).

(3) V. outre les ouvrages précités de M. *Saleilles*, de MM. H. et L. *Mazeaud* et de M. *Demogue* : *Sourdat, Traité général de la responsabilité*, 6ème éd. 2. vol. ; *Barde, Des obligations*, dans le *Traité théorique et pratique de droit civil*, de *Baudry-Lacantinerie* ; *P. Esmein*, Obligations, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de *Planiol et Ripert* ; Eug. *Gaudemet, Une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile*, dans la *Rev. trim. dr. civ.* 1927, p. 893.

(4) Sic. *Grandmoulin. Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, thèse Rennes 1892 ; *Planiol et Ripert, Traité élémentaire de droit civil*, 11ème édition, t. II ; *P. Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle*, Rev. trim. 1933, p. 627, notamment p. 692 et note S. 1934, I, 81.

(5) Cette opinion a été défendue notamment par *M. Roguin* et par *M. Planiol.*

les concepts qui étaient en cause, à en scruter la nature, à aller jusqu'au fond du problème, et ainsi l'erreur aura servi la vérité.

Il est acquis, plus que jamais, que l'acte juridique est autre chose que l'acte illicite et qu'en conséquence la responsabilité contractuelle ne saurait être réduite, ramenée à la délictuelle (1), et la meilleure preuve en est fournie par la théorie dite de la responsabilité contractuelle : si l'on se donne tant de mal pour placer les intérêts de la victime sous l'égide du contrat, c'est évidemment parce que cette position juridique donnera un rendement supérieur à celui qu'on pourrait attendre de la responsabilité délictuelle ; et de même, lorsqu'on recherche si les deux ordres de responsabilité sont susceptibles de se juxtaposer, de concourir ou de se cumuler, pour un même rapport obligatoire donné, on résout, par cela même, dans le sens de l'affirmative, la question de la qualité, de la différenciation des deux responsabilités ; et, du même coup, on fait surgir un nouveau problème, celui de l'établissement, de la fixation des frontières à établir entre les domaines respectifs du contractuel et du délictuel, problème singulièrement ardu et véritablement crucial, sur lequel s'exerce, surtout depuis quelques années, la sagacité, la subtilité des civilistes (2).

La thèse de l'unicité des rapports juridiques n'a pas eu plus de succès que celle de l'unicité des responsabilités : le travail de dilatation du rapport obligatoire ne devait pas aboutir davantage que la tentative d'universalisation de la responsabilité délictuelle. Dire que la propriété, par exemple, se ramène à l'établissement d'un obligation négative qui incomberait à la collectivité vis-à-vis du propriétaire, c'est prendre la question à contre-sens et se servir de la longue-vue par le petit bout ; c'est transporter en un concept négatif une valeur essentiellement positive ; c'est présenter comme le postulat lui-même ce qui n'en est qu'un corollaire, un aspect indirect et dérivé; c'est confondre une source de lumière avec ses innombrables reflets, ou un son avec les échos qui se répercutent au loin ; c'est à peu près comme si l'on prétendait ramener la capacité juridique à l'absence des multiples incapacités dont les personnes peuvent être atteintes, ou bien le principe de la force obligatoire des conventions à l'exclusion de toutes les causes de nullité et de caducité, ou encore la santé d'une personne à l'absence des multiples maladies susceptibles de l'assaillir. En dépit de tous les systèmes et de tous les sophismes, le droit réel conserve la valeur d'un concept *positif* qui met le titulaire en rapport direct avec une chose sur laquelle il exerce une maîtrise, sur laquelle il lui confère

---

(1) V. *Sainctelette, Responsabilité et garantie* ; H. et L. *Mazeaud* op. cit. t. I nº 101 et suiv. ; André *Brun, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon 1931, p. 109 et suiv.

(2) V. la thèse précitée de M. André *Brun* et Jean *Van Ryn, Responsabilité aquilienne et contrats.*

un pouvoir juridique, s'exerçant sans intermédiaire, au lieu que l'obligation ne saurait se réaliser qu'à travers le débiteur : il y a, dans cet ordre d'idées, une différence, entre droits réels et droits de créance, qui est décidément irréductible. Mais, ici encore, le paradoxe n'aura pas été sans utilité, car il a conduit les juristes à scruter plus soigneusement les notions que l'on prétendait identifier, et à observer que certains droits réels, les droits de garantie, ne sauraient être mis sur le même plan que les droits principaux, car ils ne confèrent pas à leurs titulaires un pouvoir direct, une maîtrise sur la chose : l'hypothèque, le gage, si tant est qu'ils soient des droits réels, sont des droits réels inférieurs, de seconde zone (1).

En tout cas, l'obligation demeure cantonnée dans ses limites traditionnelles : comme à Rome et comme en 1804, elle est un rapport juridique entre des personnes dont certaines, les créanciers, sont à même d'exiger une prestation de certaines autres, les débiteurs.

La force astreignante de l'obligation. — Cette force est-elle de nos jours, et par rapport au droit du code civil, en progrès ou en déclin ? C'est à la fois par oui et par non qu'il convient de répondre à cette question.

En un certain sens, le créancier a vu sa situation s'affaiblir, soit à cause de l'abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale (2), soit à raison de l'immixtion excessive ou tendancieuse des pouvoirs publics dans le domaine contractuel : trop souvent, le législateur lui-même intervient pour permettre au débiteur, par conséquent pour lui donner la tentation de renier sa signature. Le « contrat dirigé » a pour corollaire nécessaire l'« obligation dirigée » ; quant au juge, on peut estimer qu'il accorde bien facilement à ce même débiteur des délais de grâce (3), et l'on sait que la théorie de l'imprévision, consacrée par le Conseil d'Etat, a bouleversé l'économie contractuelle (4) de même que la théorie allemande qui sous-entend la clause « *rebus sic stantibus* » a jeté le trouble dans les esprits (5).

Mais, à d'autres points de vue, la puissance astreignante de

---

(1) V. Maxime *Chauveau*, *Classification nouvelle des droits réels et des droits personnels*, Rev. crit. 1931 .

(2) Loi du 22 juillet 1867. Mais il est curieux de noter que le droit pénal vient, de plus en plus volontiers, au secours du droit civil afin d'assurer l'exécution de ses commandements : le service de l'obligation alimentaire est assuré par des sanctions pénales, voire par une peine d'emprisonnement (du 7 fév. 1924 et du 3 avril 1928) ; et l'on sait que la loi du 5 décembre 1901, complétant l'article 357 du code pénal, prononce une peine d'emprisonnement contre le père ou la mère qui, à la suite d'une instance en séparation de corps ou en divorce, ne représente pas l'enfant mineur à celui à qui la garde en a été confiée.

(3) C. civ. art. 1244 s. 2.

(4) Cons. d'Etat, 30 mars 1916 (S. 1916, 3, 17, note Maurice *Hauriou*).

(5) V. sur cette clause *P. Esmein*, dans le *Traité pratique de droit civil de Planiol et Ripert*, t. VI, n° 391 et s. ; *P. Roubier*, *Influence du changement des circonstances sur les contrats de droit public*, thèse, Lyon, 1913-1914.

l'obligation est en progrès, surtout dans le domaine contractuel : la théorie des *astreintes*, étendue aux engagements conventionnels, fournit au créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire une arme très efficace qui lui permettra souvent d'obtenir satisfaction ; l'exception *non adimpleti contractus*, dont le statut s'est précisé en se développant, réalise le même but (1) ; la *solidarité passive* est admise par notre jurisprudence de plus en plus largement, non seulement pour les délits et du moment qu'il y a communauté dans le dommage causé (2), mais aussi pour les contrats et en dépit de la disposition restrictive de l'article 1202 du Code civil qui exige une stipulation expresse ; la solidarité est reconnue entre débiteurs contractuels du moment que, l'inexécution du contrat étant imputable à tous, la faute de chacun aurait suffi à produire l'intégralité du dommage ; l'indivisibilité dans le résultat entraîne la solidarité dans le lien (3). D'autre part, la responsabilité du *tiers complice* de l'inexécution, de la rupture d'un contrat, est de plus en plus souvent mise en œuvre (4). Enfin, la jurisprudence admet la légitimité de *clauses pénales* énormes auxquelles elle fait sortir leur plein et entier effet : de telles stipulations ont une vertu préventive intéressante et conjurent une violation du contrat, rendue singulièrement onéreuse pour le débiteur.

IV

CONCLUSION

Cet exposé, à la fois trop long et trop succinct, a évoqué, au passage, les idées qui gravitent autour de ces vastes et complexes problèmes du droit des contrats, du droit des délits, de l'obligation et de la responsabilité ; idées qui souvent sont convergentes entre elles, tandis que parfois elles se contrarient et s'entrechoquent : c'est la tendance à l'objectivation de la responsabilité tandis que, cependant, le concept subjectif marque un point avec l'essor de la thèse de l'abus des droits ; c'est le développement de la responsabilité délictuelle, alors que, d'autre part, la responsabilité contractuelle remporte un avantage de plus en plus substantiel avec la reconnaissance d'une obligation

---

(1) V. la thèse de *M. Cassin*, Paris 1914 ; et *La Cause des obligations de M. H. Capitant.*

(2) Civ. 11 juill. 1892 (D. P. 1894, 1, 561) note *Levillain ;* Req. 2 juin 1930 (D. H. 1930, 377) ; 18 oct. 1932 (D. H. 1932, 523) ; Riom, 12 janv. 1885 (D. P. 1886, 2, 133. V. la thèse de M. LAFAY, Lyon, 1902.

(3) Req. 9 déc. 1929 (D. H. 1930, 117) ; 2 juin 1930 (S. 1931, 1, 250, 18 avril 1932 (S. 1932, 1, 222).

(4) V. Pierre *Hugueney*, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910.

de sécurité absolue, à la charge de certains professionnels et vis-à-vis de leurs clients ; c'est le crépuscule du dogme de l'autonomie de la volonté, de la liberté contractuelle, tandis que cependant cette volonté et cette liberté s'affirment par la création de catégories juridiques toujours plus nombreuses ; c'est l'affirmation verbale du maintien de la faute, en tant que source quasi-exclusive de la responsabilité, alors que, dans la réalité, ce concept s'estompe, et comme la fameuse peau de chagrin, se rétrécit d'autant plus qu'on en parle et qu'on en use ; c'est encore l'apparition, le développement d'une politique de dirigisme, en même temps que progressent d'autre part les idées de libéralisme et de tolérance, car des conventions, jadis considérées comme contraires à l'ordre public ont conquis ou sont en voie de conquérir droit de cité juridique : assurance sur la vie, clauses d'inaliénabilité (1) cession de clientèle médicale (2), promesse de ne pas s'établir, clause d'exclusivité d'approvisionnement, prix imposés, courtage matrimonial (3), stipulation d'intérêts sans limitation de taux (4) ; enfin, c'est le retentissement incontestable, de plus en plus marqué, des facteurs économiques sur la vie juridique, c'est la matérialisation du droit et des droits (5), cependant que des juristes s'efforcent au contraire de promouvoir, d'exalter « la règle morale » qui constitue, à toute époque, l'âme même du droit (6).

Ainsi, des courants opposés se dessinent et se heurtent, portant le témoignage de la complexité de cette matière des obligations, plus tumultueuse que jamais et en plein bouillonnement. Mais, au-delà de ces divergences et de ces contradictions apparaît l'idéal poursuivi et qui, celui-là, est un ; la réalisation de la justice, c'est-à-dire de l'équilibre des droits et des intérêts. Jamais les hommes ne furent, plus qu'à notre époque, assoiffés de justice ; mais il semble bien qu'ils se fassent de cet idéal, une conception nouvelle, plus collective, plus sociale que par le passé. Jadis, la responsabilité était un problème de justice individuelle ; le responsable était un délinquant, un coupable que l'on punissait parce qu'il avait commis une faute. De nos jours, la responsabilité civile tend à se dissocier complètement de la responsabilité pénale, à devenir un problème de *répartition de dommages* ; celui qui en supportera l'incidence définitive, jouera le rôle d'éditeur responsable, abstraction faite de toute démérite, de toute culpabilité.

---

(1) V. Et. *Bartin, Des conditions impossibles et illicites ; Tissier,* notes S 1904, 1, 225 ; 1905, 1, 513 ; thèses *Saignat,* 1896 ; *Rougier,* 1902 ; *Achard,* 1910.

(2) V. Cass. 13 mai 1861, S. 1861, 1, 326 ; Amiens, 3e nov. 1905, S. 1906 2, 298 ; Paris 16 nov. 1927, D. H. 1928, 91.

(3) V. Agen, 13 déc. 1909, S. 1910, 2, 211, trib. civ. Nice 22 déc. 1909 S. 1910, 2, 293 ; Colmar, 18 nov. 1933, Gaz. Pal 1934, 1, 194.

(4) L. 18 avril 1918 qui a suspendu *provisoirement* les dispositions portant limitation du taux conventionnel de l'intérêt et matière civile.

(5) *J. Péritch, La matérialisation des droits privés, Rev. trim.* dr. civ. 1913, p. 107.

(6) *G. Ripert, La règle morale ; J. Péritch, op. cit.*

Un dommage étant causé, il s'agit de savoir qui, de l'agent où de la victime, devra le supporter en définitive, qui sera responsable ; car, il faut bien comprendre que la victime elle-même, au cas où on lui refuse l'indemnisation, joue le rôle d'un responsable véritable (1). Le langage des arrêts est caractéristique à cet égard, lorsque, des fautes ayant été commises de part et d'autre, il est procédé à un « *partage de responsabilité* » entre l'auteur du dommage et la victime ; c'est donc que l'un comme l'autre sont responsables (2) ; toute la différence entre les traitements qui leur sont infligés consiste en ceci que la responsabilité de l'auteur du dommage se réalise sous une forme positive, en se concrétisant dans une dette de somme d'argent, au lieu que celle de la victime est négative, affectant la forme d'un refus d'indemnité, d'une absence de recours ; mais, de part et d'autre, la sanction existe, très effective, et, derrière elle, la responsabilité qui devient de moins en moins punitive pour s'affirmer toujours plus répartitive, plus distributive.

Ce phénomène est peut-être bien le plus important entre tous ceux dont le droit des obligations est devenu le centre ; il est éminemment favorable au développement de la responsabilité ; il contient en lui la justification de la notion du risque et de la capacité délictuelle de l'enfant comme de l'aliéné ; il tend à déplacer l'axe de la responsabilité et il peut donc prétendre à la valeur d'une directive générale, d'une politique de la responsabilité, et, spécialement, en ce qui concerne le présent rapport, d'une conclusion : ce sera la mienne.

NOTE DU COMITÉ DIRECTEUR :

Depuis l'impression de cet admirable travail, notre éminent collaborateur, M. Josserand, a été élevé à la dignité de conseiller à la Cour de Cassation. Un des derniers actes de son décanat a été de recommander M. Edouard Montpetit, secrétaire de l'Université de Montréal, pour un degré de docteur *honoris causa* de l'Université de Lyon. Nous profitons de l'occasion pour adresser à M. Josserand nos félicitations pour l'honneur qui lui a été conféré, et nos remerciements pour celui qu'il a procuré à un de nos plus distingués compatriotes.

---

(1) Contra, H. et L. *Mazeaud*, op. cit. t. I, nos 4 et 5.
(2) Sic. Req. 24 avril 1934 (D. H. 1934, 314).

L'ÉVOLUTION DU RÉGIME DES BIENS DEPUIS LE CODE CIVIL

Rapport de

M. MAURICE PICARD,

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

On sait que, par réaction contre les conceptions d'origine féodale qui, par la distinction du domaine utile et du domaine direct, avaient rendu la propriété foncière dépendante et l'avaient d'autre part assujettie à une multiplicité de droits réels dont la complexité extrême nuisait à son exploitation normale, le code civil a entendu revenir à la conception individualiste du droit romain.

Il a donc défini le droit de propriété comme un droit absolu dans son principe et lui a assigné pour domaine les choses corporelles.

Mais, depuis 1804, l'évolution s'est poursuivie. Elle s'est poursuivie sous l'influence des transformations survenues dans l'organisation économique et sociale, sous l'influence aussi des conceptions nouvelles qui s'efforçaient de traduire l'esprit de ces transformations, non sans le déformer parfois. Mais si les caractères du droit se sont peu à peu et de plus en plus profondément modifiés, le principe même de la propriété individuelle est demeuré puissant, et la conception du Code civil a résisté aux attaques et aux atteintes qu'elle a subies (1).

On peut caractériser cette évolution par trois traits principaux.

D'abord, le contenu du droit de propriété à été progressivement limité à l'effet d'assurer la prédominance de l'intérêt collectif sur l'intérêt de son titulaire. Mais en même temps, le développement des forces économiques a obligé le législateur à étendre le droit de propriété, sous des formes d'ailleurs nouvelles, à des biens qui, apparaissant sur la scène économique, demandaient à être juridiquement protégés. Le domaine de la propriété s'est ainsi accru à mesure que l'intensité du droit s'atténuait.

D'autre part, le législateur s'est préoccupé d'organiser sur des bases plus rationnelles et en vue d'un meilleur rendement économique la propriété immobilière, dont le code de 1804 avait négligé d'assurer la publicité, et surtout la propriété mobilière qui avait été presque complètement négligée.

Enfin, le législateur s'est efforcé de faciliter à tous l'accession à la propriété, en édictant une longue série de mesures en faveur de la petite propriété.

---

(1) A. Mestre, Remarques sur la notion de propriété, d'après Duguit, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, p. 163 et s.

LIMITATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ ET EXTENSION DE SON DOMAINE

A — Le droit de propriété a dû se plier, à toutes les époques, aux exigences de l'intérêt supérieur de la collectivité. Le Code civil lui-même, tout en consacrant la conception du *dominium* romain, avait réservé les limitations que la loi et les règlements étaient en droit de lui apporter dans l'intérêt de tous. Mais ces limitations n'ont cessé de se multiplier, surtout depuis la fin du siècle dernier, à tel point que l'on peut se demander s'il n'en résulte pas une transformation dans la conception du droit lui-même.

L'intervention du législateur s'est manifestée dans trois domaines différents :

1° — D'abord *l'expropriation pour cause d'utilité publique,* prévue par les lois révolutionnaires et par le Code civil et organisée par la loi du 3 mai 1841 avec le maximum de garanties pour les propriétaires, a été étendue à de très nombreux cas en vue d'accomplir des travaux nécessaires à l'intérêt public, et la conception de l'intérêt public a pris un sens toujours plus large.

Il y a eu, en effet, à la fin du XIXe siècle et au commencement du XXe, une large extension des cas d'expropriation sous l'influence des idées interventionnistes. Citons les principales : fouilles présentant un intérêt historique ou artistique (lois des 30 mars 1887 et 31 décembre 1913) ; améliorations agricoles ou urbaines (loi du 22 décembre 1888 sur les associations syndicales des propriétaires) ; acquisition de sources d'eau potable (loi du 15 juin 1902) ; travaux d'assainissement ou d'embellissement dans une station hydro-minérale (loi du 13 avril 1910) ; travaux d'hygiène (lois des 15 février 1902 et 19 juin 1915) ; établissement d'aérodromes publics (loi du 31 mai 1924) ; établissement de terrains sportifs (loi du 25 mars 1925). Et il y a lieu d'ajouter la disposition de l'importante loi du 6 novembre 1918 qui déclare que « l'utilité de l'expropriation peut être déclarée non seulement pour les superficies comprises dans le périmètre des ouvrages publics projetés, mais encore pour toutes celles qui sont reconnues nécessaires pour assurer à ces ouvrages leur pleine valeur immédiate et d'avenir » (article 2), et que cette utilité peut être aussi déclarée « pour les immeubles qui, en raison de leur proximité d'un ouvrage public projeté, en devront retirer une plus-value dépassant 15% » (article 2 bis).

Il y a plus : la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique a été mise au service de certaines *entreprises privées.* La loi du 27 juillet 1880 accorde aux concessionnaires de mines le droit d'utiliser l'expropriation pour l'établissement de canaux de navigation ou de chemins de fer modifiant le relief du sol et destinés au transport du minerai ; le même droit a été accordé par la loi du 16 octobre 1919 aux concessionnaires d'usines hydro-électriques.

2° — Les limitations apportées à *l'exercice* du droit de propriété ont été beaucoup plus considérables. Elles sont, en fait, innombrables.

Elles ont pour objet soit de restreindre l'exercice du droit quand un intérêt public l'exige, soit d'assurer à la propriété elle-même un meilleur rendement, soit d'empêcher que le propriétaire ne cause à autrui par l'exercice de son droit un dommage anormal et excessif. Elles tendent donc vers une organisation plus stricte de la propriété dans laquelle l'intérêt collectif joue un rôle prédominant.

Ainsi la police de la propriété bâtie, exercée en général par les autorités municipales, a vu son domaine et ses prérogatives s'étendre considérablement. Elle a pour mission de protéger, non plus seulement la sécurité et la salubrité publiques en imposant au constructeur des mesures en faveur de la solidité, de l'incombustibilité ou de l'hygiène de son immeuble, mais encore l'esthétique et l'urbanisme. Déjà, en vertu de la loi de 1911, l'Administration s'était vu donner, pour Paris et les grandes villes, le droit d'imposer aux constructeurs les mesures propres à sauvegarder les « perspectives monumentales » ; mais les lois d'urbanisme du 14 mars 1919 et du 19 juillet 1924 ont imposé aux municipalités l'obligation beaucoup plus large de dresser des plans d'aménagement, d'extension et d'embellissement des villes, ainsi que des programmes de servitudes. L'Administration peut ainsi interdire de construire sur l'emplacement des voies futures, et imposer aux immeubles à construire sur les autres terrains toutes servitudes d'ordre hygiénique, esthétique ou même archéologique qui peuvent favoriser le développement rationnel et harmonieux de la cité.

D'autres atteintes à la propriété revêtent une gravité particulière en ce qu'elles modifient profondément la structure même du droit de propriété. Les nombreuses lois sur les loyers, qui s'échelonnent de 1915 à 1933 et qui ont imposé aux propriétaires l'obligation de conserver leurs locataires en dehors des conditions du bail primitif et de se contenter d'un loyer arbitrairement fixé, de même que les lois qui ont édicté la révision des baux ruraux, ont non seulement porté la plus grave atteinte au principe du respect des contrats, mais ont encore réalisé, dans une certaine mesure, un véritable démembrement de la propriété au profit des locataires, qui ont acquis des droits opposables au propriétaire en dehors des accords consentis. Il en est de même de la loi sur la propriété commerciale du 30 juin 1926 qui a consacré le droit au bail des locataires commerçants et, en provoquant un gonflement excessif de la valeur des fonds de commerce, a contribué à la hausse des prix de détail et entrainé des complications dont les récentes lois sur les billets de fonds montrent aujourd'hui toute la gravité.

En réalité, toutes ces mesures ont entrainé une véritable expropriation partielle sans indemnité et diminué dans des proportions notables la valeur de la propriété immobilière.

3° — Enfin, certains biens ont été soustraits au droit de propriété,

à cause de l'intérêt qu'ils présentent pour la collectivité. Ils ont été érigés en « *richesses nationales* », que les individus ne peuvent exploiter qu'en vertu d'une concession ou d'une autorisation de l'Etat, et dont ils ne peuvent plus acquérir la propriété. Ainsi en est-il pour les mines et gisements de pétrole que la loi du 9 septembre 1919 a soumis à un régime de concession, bien différent de celui qu'avait organisé la loi du 21 avril 1810, en ce sens que le concessionnaire n'a plus, aux termes de ladite loi, la qualité ni les pouvoirs d'un propriétaire.

Ainsi en est-il pour l'énergie hydraulique que l'Etat concède désormais en conservant pour lui le droit de propriété (loi du 16 octobre 1919) (1).

B — Si le contenu du droit de propriété a été ainsi limité par des mesures de plus en plus graves, il faut reconnaître qu'en revanche son domaine s'est accru considérablement. Il s'est, en effet, étendu, au cours du siècle dernier, à des biens nouveaux qui, à raison de leur valeur économique, demandaient à être protégés. Nous faisons surtout allusion à la *propriété littéraire, artistique et industrielle* et au *fonds de commerce*. Certes, il n'est pas exact, d'un point de vue purement technique, de qualifier de propriété les droits dont ils sont l'objet. Le droit de propriété demeure, en théorie, limité aux choses corporelles. Aussi les propriétés incorporelles sont-elles qualifiées de droits intellectuels et c'est pour elles que cette catégorie a été imaginée. Mais il ne faut pas être dupe des mots. Il s'agit, en réalité, de biens suscepti-

---

(1) Complétons cet exposé par quelques indications sur le régime des eaux en général.

Le Code civil n'avait consacré à cette matière si importante pour la collectivité que quelques articles. Il n'avait eu en vue que les intérêts des particuliers, propriétaires absolus en principe des eaux qui jaillissent dans leur fonds et ayant des droits étendus sur les cours d'eau non navigables ni flottables qui bordent ou traversent leurs propriétés. En effet le droit français établit une distinction essentielle entre les cours d'eau navigables et flottables, lesquels font partie du domaine public de l'Etat, et les cours d'eau non navigables ni flottables que la jurisprudence considérait comme rentrant dans la catégorie des *res communes*.

Une réglementation plus complète établissant d'une façon précise, à côté des droits des particuliers, ceux de la collectivité sur cet élément indispensable à la vie des hommes, était nécessaire. Le Premier Empire en avait commencé l'étude en 1808, mais la question est restée en suspens jusqu'à une loi du 8 avril 1898, d'ailleurs incomplète et assez mal rédigée (voir les articles 642 et 643 du C. c.) qui, demeurant fidèle à la Conception du Code civil, a subordonné l'intérêt social à celui de la propriété privée, en donnant aux riverains la propriété du lit des cours d'eau non navigables ni flottables.

Les rédacteurs de cette loi n'avaient pas abordé la question de l'utilisation de la force motrice des cours d'eau qui était alors cependant à l'ordre du jour. Cette question si importante n'a été réglementée par le législateur que postérieurement et a donné lieu à la loi du 26 octobre 1919 relative à l'utilisation de la force hydraulique dont il est parlé au texte. Cette loi décide que nul ne peut disposer de la force motrice produite par les cours d'eau non navigables ni flottables sans une concession ou une autorisation de l'Etat, qui ne peut s'étendre au delà de 75 ans.

bles d'appropriation, et les droits qui sanctionnent cette appropriation ne sont pas autre chose que des formes particulières de la propriété. Le langage courant ne se trompe pas lorsqu'il parle de propriété littéraire, artistique, industrielle, de propriété commerciale ou de propriété scientifique.

Organisation de la propriété

A. *Propriété immobilière.* — Dans son organisation de la propriété immobilière, le code civil, inférieur sur ce point à la législation révolutionnaire, avait négligé une question capitale : la publicité des transmissions, élément indispensable du crédit. Alors qu'il maintenait, imparfaitement d'ailleurs, la publicité hypothécaire, il avait supprimé la transcription des actes à titre onéreux. La loi du 23 mars 1885 a complété l'œuvre du code. La publicité des transmissions est indispensable dans une bonne organisation de la propriété et des droits réels immobiliers, et nos lois actuelles apparaissent d'ailleurs sur ce point bien insuffisantes. Mais l'étude d'une réforme d'ensemble n'a pas encore abouti. La Commission extraparlementaire, instituée en 1891 sous le titre de Commission du cadastre, a admis l'institution de livres fonciers, mais on a reculé devant l'énormité des frais qu'aurait entrainés la réfection du cadastre. En 1929, la Société d'Etudes législatives a repris la question afin d'arriver à l'unification du régime français et du régime spécial d'Alsace-Lorraine, et il est permis d'espérer que le législateur ratifiera ces conclusions.

Réglementation de la propriété rurale. — De nombreuses lois ont été votées depuis la fin du XIXe siècle en vue du réglementer d'une façon plus complète que n'avait fait le Code civil les questions concernant la propriété rurale. Ces lois doivent constituer dans leur ensemble un Code dénommé *Code rural* qui est toujours en voie de formation et réunira un jour toutes les dispositions concernant la propriété rurale.

Parmi ces lois, on peut citer : 1° — *La loi du 20 août 1881*, modifiant les articles du Code relatifs à la mitoyenneté des clôtures, aux plantations et au droit de passage en cas d'enclave ; 2° — *La loi du 4 avril 1889*, sur les animaux employés à l'exploitation des propriétés rurales (bestiaux, chèvres, animaux de basse-cour) ; 3° — *La loi du 18 juillet 1889*, sur le bail à colonat partiaire ; 4° — *La loi du 25 juin 1902*, sur le bail emphytéotique. Il convient de mentionner aussi les lois sur le *crédit agricole.*

Il convient de mentionner aussi les lois sur le *crédit agricole.*

B. *Propriété mobilière.* — D'autre part, le Code civil avait laissé la propriété mobilière dans un état que l'on peut qualifier d'inorganique, car il lui a donné comme seul appui la possession (articles 1141 et 2279 C. civ.). Sans aller jusqu'à dire qu'en matière mobilière la pos-

session existe seule, il faut reconnaître que la propriété d'un meuble se confond le plus souvent avec sa possession.

On constate cependant chez le législateur moderne une tendance vers l'organisation d'une *véritable propriété mobilière,* assise sur d'autres bases, tout au moins à l'égard des meubles pour lesquels on peut concevoir l'existence d'un titre de propriété et une protection efficace de ce titre. Cette organisation existe aujourd'hui pour les *navires,* dont la propriété est constatée par l'inscription au registre des soumissions de francisation et ne se transmet que par la mutation en douane, pour les *bateaux de rivière,* qui sont soumis à l'immatriculation obligatoire et à la publicité des transmissions de propriété (Loi du 5 juillet 1917, articles I et 16 et loi du 19 juillet 1934), pour les *aéronefs* (loi du 31 mai 1924, articles 3, 11 et 12), pour les *objets historiques* (loi du 31 décembre 1913). Elle est susceptible de s'étendre à d'autres meubles, notamment à ceux qui font l'objet d'un recensement administratif (automobiles, chevaux de course). Et il est possible que sous l'empire de préoccupations fiscales le législateur songe à constater et organiser la propriété des titres au porteur (1).

Mesures prises en faveur de la petite propriété

Depuis la fin du XIXe siècle, le législateur a pris de nombreuses mesures en vue : 1° de pousser au développement de la petite propriété urbaine et rurale ; 2° d'empêcher que cette petite propriété, une fois constituée, ne se divise par l'effet du partage au moment du décès du chef de famille.

1° — *Mesures destinées à augmenter le nombre des petits propriétaires.*

Les efforts du législateur pour augmenter le nombre des petits propriétaires ont trouvé chez nous un terrain tout-à-fait propice. La France est depuis longtemps, dès avant même la Révolution, un pays de petite propriété, et le législateur n'a pas besoin de mesures de contrainte pour se procurer la terre nécessaire aux petits propriétaires qu'il veut instituer, comme il est obligé de le faire dans les pays tels que la Roumanie, la Tchécoslovaquie, la Pologne, où le sol est entre les mains de grands propriétaires. Dans ces pays qui poursuivent la même politique agraire, on est obligé de recourir à l'expropriation. Chez nous au contraire, le morcellement se fait tout seul parce qu'il y a une nombreuse réserve de petits propriétaires, laborieux, économes, étroite-

(1) Signalons encore la loi du 17 juin 1872, modifiée par celle du 8 février 1902, sur les titres au porteur perdus ou volés qui a pour objet de permettre au propriétaire de ces titres de les revendiquer et d'en toucher les revenus au moyen d'une double opposition destinée à en empêcher la négociation, le paiement des coupons et le remboursement à un tiers porteur du capital devenu exigible.

ment attachés à la terre, toujours prêts à acquérir une nouvelle parcelle. Il se fait aussi par la vertu du Code civil, dont on a peut-être à tort critiqué les dispositions relatives au partage forcé et à la composition des lots, car ce sont ces dispositions qui assurent la division du domaine paternel entre les enfants et augmentent ainsi à chaque génération le nombre des propriétaires du sol. Sans doute, cette machine à morceler la terre tend à la réduire en poussière, mais il est possible d'arrêter à une certaine limite ce sectionnement.

Trois groupes de lois se rattachent à ce mouvement législatif destiné à développer la petite propriété. Ce sont : a) celui des lois sur les *habitations à bon marché ;* b) la loi sur la constitution du *bien de famille insaisissable ;* c) le groupe des lois d'*encouragement à la petite propriété.*

a) *La législation sur les habitations à bon marché,* inaugurée par la loi du 30 novembre 1894, complétée par celle du 12 avril 1906 et par une série de textes postérieurs (1) a pour but principal de favoriser la construction de maisons salubres et à loyer réduit, que ces maisons soient destinées à être acquises ou simplement louées par les ouvriers.

Mais elle cherche aussi à conduire l'ouvrier, par un système d'amortissement, à la propriété de sa maison, et c'est pour cela que nous la mentionnons ici.

b) La loi du 12 juillet 1909 sur la constitution du *bien de famille insaisissable* permet au petit propriétaire de soustraire sa maison, quand sa valeur ne dépasse pas 8 000 Francs, aujourd'hui 40 000 Francs, aux poursuites éventuelles de ses créanciers. On croyait par là consolider la petite propriété, la soustraire aux vicissitudes économiques de son titulaire, assurer un foyer stable à la famille ouvrière et paysanne. Cette belle conception n'a rien donné. Il faut croire qu'elle ne convient pas à un pays comme le nôtre, alors qu'il semble qu'elle ait eu ailleurs de nombreuses applications. Cela prouve combien il est difficile de transplanter une institution d'un milieu dans un autre, qui en diffère par les mœurs et les habitudes.

c) *Les encouragements à la petite propriété* ont eu pour première expression la loi du 10 avril 1908 qui a pour objet essentiel de faciliter aux salariés, notamment aux ouvriers agricoles, l'acquisition d'un lopin de terre et la construction d'une maison, en leur procurant des prêts hypothécaires à long terme et à un taux minime. Le crédit est distribué aux intéressés par l'intermédiaire de sociétés de crédit immobilier dont la loi prévoit la création et qui reçoivent des avances de l'Etat.

Contrairement à la précédente, cette loi a produit déjà d'appré-

(1) La législation sur les habitations à bon marché et la petite propriété a été codifiée par la loi du 5 décembre 1922. Cette loi a été modifiée par les lois du 6 décembre 1923 et 10 avril 1925.

ciables effets, mais surtout au profit des ouvriers industriels, auxquels elle a facilité la construction ou l'acquisition de maisons à bon marché.

Elle a été complétée par la loi du 13 juillet 1928, dite loi Loucheur.

Tandis que la loi de 1908 s'adresse à une clientèle de salariés, *une seconde loi du 19 mars 1910*, remplacée depuis par celle du 5 août 1920, vise la catégorie des exploitants agricoles. Elle organise aussi un système de prêts à long terme, mais destinés cette fois à faciliter l'acquisition, l'aménagement, la transformation et la reconstitution des petites exploitations rurales ; et cela dans la limite de 8 000 Frs d'abord, de 40 000 Francs aujourd'hui (loi du 9 avril 1921). Il s'agit là de petites et moyennes entreprises dont les chefs ont besoin d'un concours pour augmenter soit un domaine insuffisant, soit un capital d'exploitation trop faible, concours que leur assureront les caisses de crédit agricole.

Il convient aussi de signaler qu'une loi du 31 octobre 1919 autorise les départements et les communes à acquérir des domaines ruraux pour les lotir et les revendre.

Enfin la loi du 13 juillet 1928, dite loi Loucheur, tend a accélérer ce mouvement.

Tout ce mouvement législatif en faveur de la petite propriété forme un courant parallèle à celui de la législation ouvrière proprement dite. En même temps que le législateur édicte des mesures de protection du salaire et des intérêts économiques de la classe des salariés, il se préoccupe de faciliter leur accession à la propriété individuelle, qui donne à la famille ouvrière une vie plus stable, plus digne, et développe chez elle l'esprit d'économie et d'épargne. Cette conception a une autre efficacité que celle des fameuses actions de travail imaginées par la loi du 26 avril 1917 et demeurées jusqu'ici sans application.

2° — *Modifications des règles du Code civil sur le partage des successions.*

La mort du propriétaire met la petite propriété en péril, car le Code civil permet à chaque enfant d'en exiger le partage ou, s'il est impossible, l'aliénation. Ce système de morcellement à l'excès présente ici un danger incontestable. Il faut donc en écarter l'application et établir un régime successoral particulier pour la petite propriété. C'est ce qu'ont fait les lois précitées du 12 novembre 1906, du 10 avril 1908, du 12 juillet 1909 (voir article 61 de la loi de codification du 5 décembre 1922). La maison d'habitation, le petit domaine, sont soustraits à l'interdiction d'indivision prolongée en faveur du conjoint survivant ; ils sont également soustraits au partage en nature et à la licitation, les héritiers et le conjoint survivant pouvant exercer une faculté de reprise globale sur estimation. Ces dispositions n'ont du reste pas produit grand effet ; elles ont été hâtivement élaborées, sans vue d'en-

semble ; elles demanderaient une nouvelle étude plus approfondie.

Toutes les mesures législatives que nous venons de rappeler tendent, en somme, les unes à développer et organiser le droit de propriété, les autres à en diminuer la valeur, soit en autorisant plus facilement qu'autrefois sa suppression, soit en limitant d'une façon plus rigoureuse son exercice, soit en soustrayant à son emprise des biens économiquement fort importants. Et il faut ajouter que, si la propriété individuelle est transmissible après le décès de son titulaire, ce qui est un élément essentiel du droit, des lois fiscales récentes ont augmenté dans de telles proportions les droits de mutation et taxes successorales qu'il se produit au décès un prélèvement important de l'Etat sur la fortune privée.

On tente parfois d'expliquer ces tendances législatives différentes en déclarant que la propriété s'est juridiquement transformée et ne doit plus être considérée aujourd'hui que comme une fonction sociale : le propriétaire, détenteur d'une richesse, ne devrait être juridiquement protégé que dans la mesure où il remplit la fonction qui lui est confiée (1). Ainsi s'expliqueraient à la fois l'augmentation de ces fonctions et les limitations apportées à leur exercice.

Une pareille théorie repose sur une négation générale des droits subjectifs. Quelle que puisse être sa valeur en législation, et à supposer qu'elle justifie certaines interventions du législateur, il paraît certain qu'elle est étrangère au droit positif français. L'existence de restrictions apportées au droit de propriété, dont certaines revêtent d'ailleurs un caractère démagogique, ne prouve rien contre le caractère subjectif du droit.

---

(1) Duguit, Le droit social, le droit individuel, 2ème éd. 1911, p. 17 et s. ; Les transformations du droit privé, 1912, p. 147 et s.

LE MARIAGE DES FRANÇAIS À L'ÉTRANGER

Rapport de

M. LE PROFESSEUR ELEMER BALOGH

Membre et secrétaire général perpétuel de l'Académie Internationale de droit comparé, membre correspondant de l'Académie des sciences morales et politiques d'Espagne et de l'Office français de législation étrangère et de droit international.

---

1. Le Code civil français ne s'occupe pas beaucoup du conflit des lois. En dehors de la fameuse règle de l'art. 3 du titre préliminaire dont les formules laconiques (1) sont à la base de tout le système coutumier du droit international privé français actuel, nous n'y trouvons presque rien. Deux articles, 999 et 1000, sur les testaments faits à l'étranger, deux articles, 2123, 2128, refusant aux jugements rendus en pays étrangers et aux contrats passés en pays étrangers la force de donner hypothèque sur les biens de France, voilà toutes les règles concernant le droit patrimonial international dans le Code civil.

Quant au droit des personnes, nous trouvons deux articles sur les actes de l'état-civil des Français faits en pays étrangers, 47, 48 ; et deux articles sur le mariage, particulièrement sur les formalités relatives à la célébration du mariage contracté en pays étranger entre français et entre français et étranger, 170, 171. Les quatre articles 47, 48, 170, 171 sont connexes, parce que les actes de mariage sont aussi des actes de l'état-civil et que toutes ses prescriptions sont l'application de la règle « locus regit actum ».

La règle « locus regit actum » est ancienne (2), et c'est parce qu'il s'agit de déterminer le champ d'application de cette ancienne règle que le législateur de 1804 a réglé justement le problème du mariage des Français à l'étranger. Il a négligé beaucoup de sujets qui ont au moins la même importance, mais pour lesquels il n'y avait pas encore une règle prouvée, susceptible d'être consacrée par une loi

---

(1) « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

« Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résident en pays étranger ».

(2) Quant au mariage, elle se trouve proclamée par Pothier, Traité du Contrat de Mariage, N° 363, sous réserve toutefois qu'il n'y ait pas fraude (Œuvres de Pothier par M. Bugnet, VI, 1846, p. 164) ; cf. déjà les arrêts du 26 mars 1624 et du 28 juin 1634 rapportés par Bouhier, Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne, I, 1742, ch. XXVIII, nos 64 et 65, p. 557 ; Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé, 2ème édition, III, 1912, p. 529 note 1.

formelle. La règle « locus regit actum » elle-même, dans sa généralité, n'est pas prononcée par une disposition générale dans le Code, parce qu'on savait encore moins qu'aujourd'hui comment déterminer les limites de son application. Seulement pour le mariage, institution dont l'examen juridique était toujours avancé par les travaux des canonistes, il y avait une tradition, et c'est cette tradition qui est avant tout consacrée et conservée par l'art. 166 Code civ., à savoir : la restriction de la règle « locus regit actum » à la forme extrinsèque, le statut personnel régissant la capacité, les formes intrinsèques et habilitantes, et aussi la procédure des bans. Dans tout cela, il n'y a que le remplacement de la loi du domicile par la loi nationale (1) et la sécularisation du mariage, et peut-être, l'exigence de la publication en France comme innovation. La sécularisation a comporté l'institution des registres publics des mariages (2), ce qui a engendré la règle de l'art. 171. Une loi du 20 novembre 1901, enfin, a réglé le mariage diplomatique.

2. Les règles du Code civil sur le mariage des Français à l'étranger ne sont donc pas très révolutionnaires (3). Au contraire, elles ne contiennent que des dispositions éprouvées déjà, pour la plupart, depuis longtemps. Mais, néanmoins, elles ont soulevé, dès leur mise en vigueur, des difficultés considérables. Les anciennes controverses se sont conservées et des nouvelles s'y sont ajoutées. De nouvelles situations se sont présentées dans lesquelles l'application des vieilles règles engendrait de nouvelles questions ou faisait apparaître sous un nouvel angle des questions déjà connues.

L'adaptation des règles anciennes à des besoins nouveaux, c'est le problème qui est surtout intéressant. C'est pourquoi nous ne nous occuperons pas ici de donner un exposé détaillé de tous les problèmes qui sont nés de l'application des dispositions des articles 170 et 171 Code civil en résumant toute la doctrine et la jurisprudence de 1804 jusqu'à nos jours. De tels exposés existent déjà. Je renvoie notamment à l'article de M. Goulé dans le Répertoire de droit international publié par MM. A. de Lapradelle et Niboyet (4), qui d'une manière tout-à-fait excellente relève l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence. Mais, naturellement, cette dissertation terminée en 1930, ne peut pas

---

(1) Mais déjà Pothier l. c., N° 363 p. 164 et ailleurs distingue les Français des étrangers et attribue donc de l'importance à la nationalité.

(2) Il y en avait déjà sous l'ancien régime mais tenus par le clergé, cf. Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, avec le concours de Julliot de la Morandière, I, 8ème éd. 1934, N° 384, p. 396.

(3) Les déclarations des 16 juin et 6 août 1685, qui défendaient aux Français de se marier à l'étranger sans une autorisation du Roi (Cf. Le Ridant, Code matrimonial). Nouv. éd. par M. Armand Camus (1770. I. p. 136-139), ont été déjà abrogées tacitement par la loi du 20 septembre 1792 (20-25 septembre 1792). — Décret qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens. (Titre IV. Mariages.) Cf. aussi A. Verger, Des mariages contractés en pays étrangers, etc., 2ème ed., Paris, 1883, p. V et s.

(4) Tome IX, 1931, p. 24 et s., sub v. Mariage.

encore contenir les changements et l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence des cinq dernières années. C'est donc à ces changements et à cette évolution que nous avons cru devoir consacrer notre travail avant tout ; et, en outre, nous avons eu égard à quelques doctrines et controverses spéciales qui, malgré leur grand intérêt théorique et pratique, ne peuvent être envisagées que sommairement dans les travaux qui se proposent de donner une vue d'ensemble complète de la doctrine et de la jurisprudence concernant toutes les questions sur le mariage des Français à l'étranger.

3. La première règle contenue dans l'article 170, c'est que « le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays ». Dès lors un Français peut se marier à l'étranger devant l'officier de l'état-civil étranger ou devant un prêtre, pourvu qu'il soit compétent d'après la lex loci. Ce point n'est pas contesté. Mais la première difficulté surgit lorsque se pose la question de savoir si une célébration religieuse peut être considérée comme « forme usitée dans le pays », si, dans ce pays, aucune cérémonie religieuse n'est pratiquée à l'occasion du mariage, dont la conclusion s'opère, au contraire, sans aucune formalité ou accompagnée de rites inapplicables au mariage d'Européens.

Un tel cas a occupé la Cour de Paris. Le 16 juillet 1904, au cours d'un voyage d'exploration à travers la Mongolie et le Thibet, le Comte Jacques Bouly de Lesdain avait fait bénir par deux missionnaires belges à Chabernoov son union avec mademoiselle Mabel Bailey, sa compagne de voyage. Dans son arrêt du 24 avril 1926 (1) la Cour a prononcé que la faculté donnée par la loi aux Français de contracter mariage à l'étranger devant les agents diplomatiques et les consuls n'est pas exclusive de la faculté qu'ils ont toujours de procéder dans la forme voulue par la législation locale ; qu'un Français et une Française, ou un Français et une étrangère peuvent, en conséquence, contracter un mariage valable, devant un prêtre, si la loi du pays où ils procèdent ainsi admet la validité du mariage purement religieux ; mais qu'en Mongolie aucune cérémonie religieuse n'est pratiquée à l'occasion du mariage des habitants du pays ; qu'ainsi la dame Bailey ne saurait se prévaloir de la règle « locus regit actum » pour faire attribuer un effet de droit à la bénédiction que les prêtres missionnaires de Chabernoov ont donnée à son union. Cette solution ne me semble pas satisfaisante. Et voilà pourquoi : La Cour n'établit d'aucune façon quelle forme locale aurait été à la disposition des parties. Peut-être les indigènes, en Mongolie, usent-ils de certains rites lors de la célébration d'un mariage. Mais est-ce que la Cour veut soumettre un citoyen français à de tels rites, dont la valeur juridique est très douteuse même en ce qui con-

(1) S. 1926, II, 93 ; D, H. 1926, 368 ; D. P. 1927, II, 9 avec une note de M. Jean Escarra ; Clunet 1927, 429 ; Darras 1927, 67.

cerne le mariage des indigènes ? Ou bien ces rites sont aussi sans importance juridique pour les indigènes, et la seule exigence en Mongolie est qu'un consentement soit donné en présence de témoins ou même sans témoins. S'il en est ainsi, le mariage serait valable, parce que le consentement a été donné et la présence des prêtres ne peut pas lui enlever la validité ; au contraire, ceux-ci étaient peut-être indispensables, non pas à titre de prêtres, mais comme témoins. Ou bien ces rites sont, en principe, indispensables et essentiels.

Mais alors se pose une question plus générale. Cette question est celle de savoir comment peuvent se marier des Français dans un pays qui ne connaît pas l'institution du mariage dans le sens européen de ce mot, ou qui ne donne pas aux Français la possibilité de contracter mariage faute d'une forme qui leur soit accessible. Avec juste raison M. Escarra dans sa note magistrale ne croit pas qu'on puisse prendre au sérieux l'union de deux Français célébrée en présence du sorcier d'une tribu nègre suivant des rites grotesques ou répugnants. Si ces formes sont regardées dans ce pays comme indispensables à la validité du mariage, les Français n'y ont aucune possibilité de se marier dans une forme locale, même si on peut considérer comme mariages les unions contractées dans ces rites par les membres de la tribu. Est-ce que vraiment les Français dans une telle situation ne peuvent se marier que par-devant un agent diplomatique de la France, peut-être très éloigné? En fait M. Escarra estime que cette solution, si regrettable qu'elle soit, s'impose. Je ne le crois pas. La règle « locus regit actum », il est vrai, ne donne que le choix entre la forme locale et la forme nationale. Mais à défaut d'une forme utilisable d'après cette règle, on doit accorder aux futurs époux la faculté de se marier dans une forme qui se rapproche le plus possible de la forme nationale, c'est-à-dire, à défaut d'un officier de l'état-civil il faut, du moins, chercher des témoins. Mais, avec cette réserve, il faut admettre le mariage par le pur consentement. Cette doctrine d'après laquelle on peut, faute d'une autre manière possible, et dans un pays où l'institution du mariage est inconnue, où le droit et les coutumes exigent pour conclure un mariage des formalités qu'on ne peut pas imposer aux étrangers, cette doctrine, dis-je, d'après laquelle on peut se marier sans aucune formalité, par le simple consentement, est déjà répandue (1). Il est vrai qu'elle ne trouve aucun fondement dans les textes. Toutefois il ne semble pas admissible de se tenir dans le droit

(1) Cf. en France : Surville, Cours de droit international privé, 7ème éd. 1925, N° 284 II, p. 400 ; en Belgique : Poullet, Droit international privé, 2ème éd. 1928, N° 360, p. 464 ; en Angleterre : Westlake : A treatise on private international law, 7th ed. by Norman Bentwich, 1925 § 26, p. 63 ; Dicey, A Digest of the law of England with reference to the conflict of laws, 4th ed. by Keith, 1927, Rule 182 subclause III, p. 696 ; au Canada : Falconbridge, Conflict of laws as to nullity and divorce : Dominion Law Reports, The « All Canada » Series, (1932) 4, p. 9 ; en Allemagne : Mezger, Zur Frage der Anerkennung russischer und orientalischer Ehen, Zeitschrif für Ostrecht, 1934, p. 42.

international privé, branche du droit encore en pleine évolution, à la rigueur des textes. Etant donné qu'il s'agit de cas tout-à-fait exceptionnels que le législateur ne pouvait pas prévoir, il faut recourir au but social des lois écrites. La règle « locus regit actum », consacrée par l'article 170, a justement pour but de rendre possible le mariage partout. Donc, il n'est contraire qu'à la lettre de cette règle de permettre un mariage purement consensuel, même quand un tel mariage est contraire à la lex loci, pourvu que celle-ci ne puisse pas être observée.

L'arrêt de la Cour de Paris du 24 avril 1926 ne peut donc pas être approuvé, même si on fait abstraction de l'erreur de cet arrêt quant à la conception du mariage en Mongolie. En fait, en Mongolie, ni la première ni la deuxième des deux alternatives traitées dans le précédent n'est réalisée. Au contraire, les mariages religieux, bénis par des prêtres catholiques, y ont toujours été reconnus valables, pouvu qu'ils soient contractés par des individus appartenant à l'église catholique, comme l'a démontré M. Escarra dans sa note précitée.

4. Mais cet arrêt est intéressant encore à un autre point de vue. Il dit que grâce à ses connaissances juridiques, Bouly de Lesdain pouvait savoir l'inefficacité de la cérémonie de Chabernoov. La Cour n'aperçoit pas qu'ici se pose une autre question très délicate : la question de savoir si un mariage contracté par une cérémonie religieuse, laquelle est censée être dépourvue de tout effet juridique pour une des parties, n'est pas nul, même si cette opinion est fausse. On pourrait soutenir que dans cette hypothèse, il n'y a pas de consentement, ou, du moins, que le consentement est entaché d'un vice. En fait, en Allemagne, la Cour Suprême a adopté cette théorie. Elle a considéré un tel mariage comme entaché d'une nullité relative en faveur de la partie qui s'est trompée. Dans une décision fameuse du 17 novembre 1924 (1), le Reichsgericht a déclaré bien fondée la demande en nullité intentée par un mari qui avait épousé en Lithuanie une ressortissante de ce pays devant le prêtre orthodoxe. Le mari savait bien qu'un tel mariage est valable en Lithuanie ; ce qui rend le cas particulièrement grave et le distingue encore du cas soumis à la Cour de Paris, mais il croyait qu'un tel mariage ne produirait aucun effet en Allemagne. Cette erreur suffit, selon le Reichsgericht, pour lui donner le droit d'attaquer plus tard le mariage. Cette attitude de la Cour Suprême de Leipzig est regrettable (2). Elle favorise la mauvaise foi. Celui qui dé-

---

(1) Juristische Wochenschrift 1925, p. 1639 N° 3 ; Clunet 1925, 1057.

(2) Contre cette décision la plupart des auteurs : H, Mitteis, Die Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts dans : Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 1929, III, p. 191 ; Wieruszowski dans Juristiche Wochenschrift 1925, p. 1639 et Jacobi p. 2447 (notes) ; Nussbaum, Deutsches Internationales Privatrecht, 1932, § 23 I, p. 141 note 5 ; Lewald, Deutsche internationales Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung dargestellt, 1930, p. 86 ; Frankenstein, Internationales Privatrecht, III, 1934, p. 205. Pour la décision cependant Wolff dans Kipp et Wolff, Das Familienrecht (Enneccerus, Kipps und Wolff,

clare vouloir contracter mariage sait qu'il s'agit d'une célébration de mariage, et, s'il croit que ce mariage est nul au regard de sa loi nationale, ce n'est pas une erreur mais une simulation. En vérité, il ne veut pas contracter mariage, mais tromper l'autre partie. Avec juste raison donc, la Cour de Paris n'a pas eu égard à l'opinion du mari sur la validité de la cérémonie religieuse pour en déduire la nullité, en supposant même qu'elle fût en vérité valable d'après la loi du pays, comme c'est le cas.

5. Dans le précédent nous avons déjà donné une réponse implicite à la question de savoir si la règle « locus regit actum » s'applique aussi quand la loi du lieu n'exige aucune formalité. Ce point aujourd'hui n'est plus controversé. Une jurisprudence déjà séculaire (1), une doctrine unanime affirment la possibilité pour des Français de se marier par le pur consentement, pourvu que cela suffise d'après la lex loci. A défaut d'un acte écrit de la célébration du mariage, la transcription sur les registres publics requise par l'article 171 peut être remplacée, dans ce cas, par une simple mention de l'existence du mariage (2).

Mais cette application de la règle « locus regit actum » a des limites. Elle ne doit pas empiéter sur le domaine des questions de fond. Il est inadmissible que, sous prétexte de permettre aux futurs époux de se servir des formes usitées dans le pays de la célébration, on les dispense de prouver qu'il y avait vraiment un consentement sérieux entre eux. Si donc dans quelques Etats des Etats-Unis de l'Amérique la cohabitation et la réputation sont d'une part indispensables mais d'autre part suffisantes pour prouver un mariage, de sorte que la preuve contraire est exclue, le juge français ne peut retenir de cette règle, quant au mariage des Français contracté dans ces états, que la nécessité de la cohabitation et de la réputation, ainsi que l'a fait avec juste raison, l'arrêt fondamental Cass. req. 20 décembre 1841. Mais la preuve de la cohabitation et de la réputation étant établie, il me semble inadmissible que le juge français dispense les époux d'une preuve qui porte directement sur le fait de la célébration, si sa conviction qu'il y en avait une n'est pas encore suffisamment acquise, et il semble encore plus inadmissible que le juge interdise une preuve contraire (3). S'il faut respecter les règles en vigueur dans le pays où l'acte juridique a été passé quant au mode de la preuve, de sorte qu'on ne peut pas admettre des preuves interdites par ces règles ou interdire des modes de

---

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, IV), 7ème éd., 1931, § 25, I, p. 77 note 8 et Raape, v. Staudingers Komm, z, BGB, und dem E G BGB., 8ème éd. VI 2 1931, p. 253.

(1) La première décision nette est Cass. Req. 20 décembre 1841, S. 1842, I, 321 ; Cf. Goulé l. c., N° 152, p. 46.

(2) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, Traité théorique et pratique de droit civil, Des personnes, III., 3ème éd., 1907, N° 1604, p. 247 ; N° 1612, p. 250.

(3) Cf. pourtant Bartin dans Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 5ème éd., VII, 1913, 468, p. 169.

preuve admis par elle, il en est tout autrement quant aux règles qui prescrivent que le juge doit se contenter de preuves déterminées, et ne doit pas admettre de preuves contraires. De telles règles contiennent des présomptions légales ou même des fictions. Elles touchent le fond, car elles ne concernent pas le mode de la preuve mais l'objet ; elles dispensent de la preuve des conditions de fond ceux qui peuvent prouver les faits dont dépend la fiction ; elles diminuent donc l'importance des conditions de fond, la règle « locus regit actum » par suite, ne leur est pas applicable (1).

C'est pourquoi la décision la plus récente portant sur un prétendu mariage par pur consentement, contracté dans l'Etat de New-York est très louable. Il s'agit d'un arrêt de la Cour de Paris (1ère Ch.) du 20 novembre 1928 (2). La Cour dit très sagement, que « les juges requis de dire s'il y a eu ou non contrat de mariage entre deux personnes habitant dans ce pays, ont à rechercher uniquement et par tous moyens de preuves, si le contrat s'est formé entre elles par le concours de leurs volontés, concours de volontés qui, en dépit de toutes les simplifications, reste la condition forcée de tout contrat », et un peu plus loin « que dans l'attitude extérieure des intéressés, on ne saurait trouver qu'une présomption de volonté, présomption susceptible d'être combattue par des preuves contraires » et « que les indices fournis par cette attitude et au moyen desquels on essaie de découvrir le consentement que les parties auraient donné au mariage ont une portée et une force, variables selon les circonstances, le caractère des intéressés, leurs antécédents et les idées ou sentiments qu'ils tiennent soit de leur éducation, soit de leur nationalité ».

Malheureusement, on ne trouve pas toujours dans les jugements ni d'ailleurs dans la doctrine, une distinction si nette entre les conditions de forme et les modes de preuve d'une part et les conditions de fond et l'objet de la preuve d'autre part. Toutefois, dans la jurisprudence française, je ne connais pas un jugement où on a vraiment déclaré prouvé un mariage de Français, bien que seules la cohabitation et la réputation aient été établies, sauf peut-être un arrêt de la Cour de Bordeaux (Ch. réunies) du 14 mars 1849 (3), mais qui n'est pas très net, l'arrêt Cass. req. 13 janvier 1857 (4) qu'on cite souvent dans le même sens (5) portant sur un mariage entre ressortissants des Etats-Unis (6).

6. Nous venons d'aborder la question des preuves. D'après

---

(1) Cf. A. Rolin, Principes de droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil, II, 1897, N° 577, p. 80 s.
(2) D.H. 1929, 24 ; Clunet 1929, 1050.
(3) S. 1852, II, 407 ; D.P. 1852, II, 13.
(4) S. 1857 I, 81 ; D.P. 1857 I, 106.
(5) Cf. par ex. Bartin, l. c., § 468, p. 169.
(6) Cf. Cour de Bruxelles 29 juillet 1909, Clunet 1912, 583.

une doctrine et une jurisprudence unanimes les modes de preuve sont régis en France par la loi du pays où l'acte à prouver a été passé. Cette règle se trouve prononcée dans presque tous les arrêts qui s'occupent d'un mariage nudo consensu. Mais la véritable importance de cette règle ne s'y montre pas, car il va de soi qu'en admettant la conclusion d'un mariage par le pur consentement on admet la preuve de ce mariage par d'autres moyens que la représentation d'un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état-civil selon l'article 194 Code civil. La vraie portée de cette règle apparaît dans des cas où il s'agit des mariages contractés dans un pays où la forme de célébration est de la même rigueur que celle du droit français, mais où les règles sur la preuve sont plus larges, ou bien dans des cas où il s'agit des mariages contractés dans un pays dont les règles sur la preuve du mariage sont encore plus sévères que les règles françaises. De tels cas se sont produits après la révolution russe qui a perpétré très souvent la destruction des registres de l'état-civil, de sorte que les parties qui se sont mariées en Russie ne peuvent plus se procurer un extrait des registres de l'état-civil. On a admis que des Français mariés en Russie pouvaient prouver leur mariage par tous moyens selon l'article 46 Code civil (1), mais seulement en vertu du caractère facultatif de la règle « locus regit actum » (2). Plus nette encore est l'attitude de l'arrêt tout récent de la Cour de Paris (1ère Ch.) du 16 mars 1934 (3). Dans cette décision on n'a pas invoqué le droit français en s'appuyant sur le caractère facultatif de la règle « locus regit actum » ce qui était d'ailleurs impossible, les parties étant russes. mais on a examiné les dispositions de la législation russe et on a trouvé que, sous l'empire des tzars, le mariage était, en Russie, un sacrement, et que, si une transcription en était effectuée sur les registres de la paroisse, il n'en pouvait pas moins être prouvé par tout autre moyen. On a admis ces moyens, considérant que lorsqu'il s'agit d'un mariage contracté en pays étranger la preuve doit être rapportée suivant les formes prescrites par la loi du lieu ou il a été contracté.

7. Aussi la publication d'un mariage rentre-t-elle dans les formes du mariage, dans le sens qu'a ce mot dans le droit international privé français (4). C'est une erreur de quelques auteurs allemands (5) de

---

(1) Article 46 : « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins : et dans ces cas, les mariages ... pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins.

(2) Cour de Lyon. 27 juillet 1921. DP. 1921, II, 123 conf. par Cass. req. 14 novembre 1922, S. 1924 I 71 ; Clunet 1923, 304.

(3) Gazette des Tribunaux des 9 et 10 mai 1934 ; Recueil de la Gazette des Tribunaux 1934, 1er sem. II 256.

(4) Cf. Bartin l. c., § 468 p. 170 note 19 ; Niboyet, Manuel de droit international privé, 1928, N° 615, p. 724.

(5) Par ex. Raape, l c., p. 249 ; Wolff, Internationales Privatrecht 1933, p. 78 et p. 117, note 2.

croire que la règle de l'article 166 qui impose aux Français la publication de leur union en France en fait une condition de fond. Il s'agit tout simplement d'une exception à la règle « locus regit actum ». La question n'est pas dépourvue de tout intérêt pratique. Si, dans le droit français, la publication était une condition de fond, l'officier de l'état-civil français devrait, quand les étrangers veulent se marier en France, exiger la publication d'après la loi nationale, du moins si cette loi nationale contient une règle correspondant à l'article 170 Code civil, c'est-à-dire si elle impose aussi à ses nationaux la publication dans la patrie. Mais peut-être le devrait-il quand la loi nationale étrangère ne l'exige pas, car le juge ou l'officier français, d'après l'opinion dominante (1), doit toujours qualifier d'après la lex fori, donc considérer les règles des lois étrangères sur la publication comme règles de fond si ses propres règles sur la publication sont des règles de fond. A l'inverse, l'officier de l'état-civil allemand, qui, d'une manière plus juste, qualifie d'après la lex causæ (2) devrait surveiller la conclusion des dispositions sur la publication du mariage des Français en France. Car d'après la conception allemande, la question de savoir si une règle est une règle de fond est tranchée par la loi compétente pour les questions de fond, ce qui n'empêche pas d'ailleurs que la loi compétente pour les questions de forme décide à la fois s'il s'agit d'une règle de forme. Donc, si d'après le droit français les règles sur la publication étaient vraiment des règles de fond, le juge allemand devrait, lui aussi, les faire observer par les futurs époux français, la loi française étant compétente pour régler les conditions de fond pour le mariage des Français. Bien entendu, cela ne dispenserait pas les Français de l'observation des règles allemandes sur la publication, car ces règles sont des règles de forme au regard du droit allemand, seul compétent pour régler les conditions de forme pour les mariages contractés en Allemagne. Mais en fait, en France comme en Allemagne, les étrangers sont admis à la célébration du mariage après avoir observé seulement les règles de la loi locale sur la publication.

8. La question de la sanction de la règle de l'article 170 sur la publication en France a occupé les esprits beaucoup plus que cette question de qualification, dont la portée n'a pas été connue. Car l'article même n'en dit rien. On pourrait en déduire, par voie d'un argument a

---

(1) Cf. Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, Clunet 1897, 225 et s., 466 et s., 720 et s., spec. p. 236 et s., 480 et s., et les autres références dans le Répertoire de droit international, X, sub vo Qualifications, p. 369 et s., spec. N° 11, p. 370.

(2) Cf. Wolff, l. c., p. 37 et l'arrêt du Reichsgericht du 7 juillet 1932, Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Yahre 1932, Bearbeitet von Fritz Deike, Zeitschrift für auslandisches und internationales Privatrecht, Sonderheft 1932, Berlin, 1933, N° 6, p. 16 et s. ; Nouvelle Revue de droit international privé, 1934, 121 avec une note de M. Mezger. Cf. cependant RG. 6 juillet 1934, RGZ. 145, 121.

contrario, la nullité de tout mariage contracté sans les publications prescrites. Mais cette solution exagérée a toujours été refusée par la plus grande partie de la doctrine et de la jurisprudence (1). D'autre part, on ne pouvait pas laisser sans sanction la règle de l'article 170, car elle perdrait alors toute sa valeur. La sanction de l'article 192 qui menace les parties contractantes d'une amende proportionnelle à leur fortune si le mariage n'a pas été précédé de la publication requise ou si les dispenses permises par la loi n'ont pas été obtenues ou si les intervalles prescrits entre les publications et célébration n'ont point été observés (Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Yahre 1932. Bearbeitef von Fritz Deike), ne suffit pas. En tant que l'article 192 frappe d'une amende l'officier de l'état-civil, il devient inopérant à l'égard des mariages contractés à l'étranger. Et c'est justement là le danger. Il est à craindre que les époux qui ne peuvent pas trouver en France, un officier de l'état-civil pour célébrer leur mariage contraire à la loi, se rendent à l'étranger en se fiant sur ce que la disposition de l'article 170 n'a pas de sanction.

C'est pourquoi la Cour de Cassation (Ch. req.), dans les arrêts du 9 mars 1831, 6 mars 1837, 17 août 1841 (2), a jugé que les publications sont de nécessité absolue pour des mariages faits en pays étranger. Mais en 1866, la Cour de Cassation est revenue sur cette solution par deux arrêts du 19 février et du 20 novembre (3). Elle a adopté la formule suivant laquelle les juges peuvent rejeter la demande en nullité, si une intention de frauder les dispositions de la loi française n'est pas établie. Un arrêt du 28 mars 1854 (4) contient déjà l'obiter dictum : « Si on doit reconnaître avec la jurisprudence que même l'absence des publications pourrait, en certains cas, n'être pas considérée comme entraînant la nullité du mariage, il appartient aux juges français d'examiner et d'apprécier les circonstances dans lesquelles le mariage a été contracté et de rechercher si la conduite des époux présente un caractère de bonne foi, ou si cette conduite n'a eu d'autre but que de les soustraire ouvertement et à dessein aux obligations imposées par la loi, et de faire impunément à l'étranger ce qu'il leur était impossible de faire en France ». On peut même dire que la Cour de Cassation a abandonné sa théorie au lendemain même de sa décision du 17 août 1841, où le conseiller rapporteur avait encore déclaré que la question ne pouvait plus être sérieusement discutée ; car dans l'arrêt du 18 août on trouve déjà, « que le Code a entendu laisser aux tribunaux l'appréciation des conséquences plus ou moins graves du défaut de publication, suivant l'intention présumée des par-

---

(1) Cf. Bartin l. c., § 468. p., 170 note 19.
(2) S. 1831, I, 142 ; S. 1841, I, 682.
(3) S. 1866, I, 206 et 442 ; adde 8 mars 1875 I 171.
(4) S. 1854, I, 295.

ties qui auraient commis l'infraction, et la qualité des personnes qui s'en prévaudraient » (1).

La jurisprudence est aujourd'hui tout-à-fait ferme dans ce sens et les formules rapportées sont devenues presque de style dans les jugements et arrêts. Mais étant donné que ces formules sont un peu vagues, il faut encore essayer de déterminer d'une façon plus précise les cas dans lesquels la jurisprudence annule un mariage à cause du défaut des bans prescrits par l'article 170.

9. La jurisprudence fait appel à la théorie de la fraude à la loi. D'après cette théorie la règle « locus regit actum » protège des parties qui se trouvent par hasard dans un pays étranger contre les nullités de leurs lois nationales, mais elle ne peut être invoquée pour maintenir des actes que les Français seraient allés passer à l'étranger dans le but de s'affranchir de formalités ou de conditions prescrites par la loi de leur patrie (2). Cette théorie est très dangereuse car elle donne une grande place à l'appréciation souveraine des circonstances de la cause par le juge du fait (3). Je ne sais donc pas, s'il faut approuver un arrêt de la Cour de Cass. (Ch. req.) du 5 juillet 1905 (4), qui confirme un arrêt de la Cour de Paris du 14 mai 1902 annulant un mariage d'un majeur de 25 ans en Angleterre qui, après avoir notifié à sa mère un acte respectueux, a fait procéder aux publications légales, pour le seul motif « qu'il s'est rendu à Londres dans le but de se soustraire à l'obligation qui lui était imposée de demander aux tribunaux français la main-levée de l'opposition que sa mère, usant du droit que lui conférait l'article 173 du Code civil, avait signifiée à l'officier de l'état-civil ». Mais cet arrêt est isolé. Et la jurisprudence moderne semble devenir de plus en plus prudente dans l'application de la théorie dangereuse de la fraude à la loi. D'abord, pour qu'elle prononce la nullité, il faut qu'il y ait absence de publications, de sorte que la théorie de la fraude, quant au mariage, se restreint à la sanction de l'article 170 Code civil. De plus, il faut que le mariage soit contracté en violation d'une disposition de la loi française. Bien entendu, ces dispositions ne peuvent pas être les empêchements dirimants du Code civil, car les règles irritantes, d'après les termes même du Code civil, n'ont pas besoin de la théorie de la fraude à la loi, elles ont en elles-mêmes la force de frapper de nullité les mariages, même ceux contractés à l'étranger (5). D'autre part, il ne suffit pas que la publication ait été omise pour frauder une disposition française qui ne concerne pas le mariage. Un mariage n'est nul que parce qu'on a

---

(1) S. 1841, I, 872.
(2) Cf. Bartin 1, c., § 460, p. 72, note 20.
(3) C'est pourquoi la théorie de la fraude à la loi et notamment son application au mariage a toujours eu des adversaires, Cf. André Weiss 1. c., p. 534 s.
(4) S. 1906, I, 141 ; Clunet 1906, 1145 ; Darras, 1905, 714.
(5) Cf. Bartin, 1. c., p. 173.

fraudé une règle interdisant le mariage. Dans la plupart des cas il s'agit des règles concernant le consentement des parents aboli par la loi du 7 février 1924 ou les actes respectueux supprimés par la loi du 21juin 1907 (1). On allait les éluder en se mariant en Angleterre où le consentement des parents est considéré comme forme et où, par conséquent, les Français aussi par application de la règle « locus regit actum », sont admis au mariage sans avoir besoin de justifier du consentement des parents ou de l'accomplissement des actes respectueux requis par leur loi nationale (2). Je crois donc qu'on peut résumer la tendance de la jurisprudence actuelle dans la formule qu'elle rend irritantes toutes les règles qui sont seulement prohibitives sur la conclusion du mariage quand on veut les frauder en se mariant en pays étranger sans avoir fait procéder aux publications prescrites par l'article 170 Code civil.

10. Analysons, enfin, les deux derniers arrêts, à ma connaissance, qui portent sur la question. L'un devait annuler, l'autre pouvait maintenir un mariage contracté dans les Etats-Unis. Le premier arrêt est de la Cour de Cass. (Ch. req.) du 7 janvier 1929 (3). Il rejette un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Angers du 29 mars 1927, parce qu'il y est constaté « que les époux, âgés de 23 et 21 ans, ont contracté mariage à New-York, sans avoir obtenu l'assentiment de leurs parents, sans avoir fait précéder l'union d'aucune publication légale en France, et dans le seul but de faire fraude à la loi française et de se soustraire à ses exigences ». On voit que la Cour relève justement les trois éléments que nous avons désignés ci-dessus comme indispensables pour l'annulation, à savoir l'omission des publications, la violation d'une disposition sur les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage et le concert frauduleux des deux époux.

Le second arrêt est de la Cour de Rennes (1ère Ch.) du 12 janvier 1933 (4). Ce qui est intéressant dans cet arrêt, c'est qu'il s'agit d'un cas où il y avait vraiment une fraude, car le défaut de publications tenait à ce fait que le mari, étant insoumis, craignait de faire connaître sa résidence à l'autorité militaire ; néanmoins la Cour a déclaré le mariage valable, parce que « la fraude ainsi commise aurait été une fraude à la loi sur le recrutement de l'armée et non à la loi sur le mariage ».

11. Quelle est la nature de cette nullité engendrée par la fraude des parties ? Cette question est un peu négligée par les auteurs. S'agit-il d'une nullité absolue ou d'une nullité relative, d'une nullité de forme ou de fond ? Quant à la première question, les décisions ne

---

(1) Cf. le cas typique Cass. req. 5 juillet 1905 et 3 janvier 1906. D.P. 1905, I, 471 ; 1906, I, 207 ; S. 1906, I, 141 et 142.
(2) Cf. la dissertation approfondie de M. Falconbridge l, c., p. 10-12.
(3) S. 1929, I, 104 ; D.H. 1929, 50.
(4) Clunet 1934, 123.

sont pas toutes dans le même sens (1). Je crois que la nature de la nullité dépend de la disposition éludée. S'il s'agit d'une règle qui sert plutôt l'intérêt de quelques personnes déterminées que l'intérêt général, celles-ci seulement peuvent attaquer le mariage. Dans le cas le plus fréquent, celui où les époux voulaient éluder les règles sur le consentement des parents au mariage des enfants majeurs, il faut appliquer par analogie les règles des articles 182 et 183 visant le défaut du consentement pour le mariage des mineurs, c'est-à-dire qu'il faut accorder l'action en nullité aux parents et à celui des deux époux qui avait besoin du consentement (2).

La nullité est à la fois une nullité de fond et de forme. Elle est une nullité de fond en tant qu'elle punit des contraventions aux règles de fond, une nullité de forme en tant qu'elle ne les punit que sous la condition que les parties les aient rendues possibles, ou du moins plus faciles, en omettant de faire procéder aux publications. Il s'ensuit de là que cette nullité ne peut pas seulement être couverte par les règles de fond, par exemple l'article 183 Code civil (3), mais qu'elle doit l'être aussi par la règle de l'article 196 qui ne vise que les vices de forme (4). Ici se montre l'importance de ce que nous avons constaté précédemment sous le paragraphe 7, à savoir que les règles sur la publication en France des mariages des Français en pays étranger sont des règles de forme, et que la fraude ne doit être considérée que quand elle est accompagnée d'une violation de ces règles sur la publication. De cette manière, nous pouvons appliquer la règle de l'article 196 sans difficulté. Bien qu'elle semble se rapporter exclusivement à l'écrit constatant le mariage, on l'applique généralement aux nullités qui affectent la célébration même. On y trouve consacrée la règle ancienne énoncée déjà par Pothier (5), et qui défend aux époux d'attaquer leur lien pour vices de forme quand la possession d'état, unie à l'acte de mariage, prouve qu'ils l'ont volontairement et publiquement accepté. L'application de l'article 196 aux mariages célébrés à l'étranger, en tant qu'il s'agit de couvrir le vice résultant du défaut de publications en France, n'a jamais fait de doute, et, dans la pratique (6) c'est même à ces

---

(1) Cf. Bartin l. c., § 468, p. notes 22 et 23.

(2) Cf. dans ce sens par ex. Cass. req. 10 mars, 17 et 18 août 1841 ; S. 1841, I, 302. 681 et 872.

(3) « L'action en nullité ne peut être intentée... toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage ».

(4) « Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état-civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte ».

(5) l. c., N° 362, p. 473.

(6) Cf. Cour de Paris, 24 avril 1874 ; S. 1875, II, 49 et la note ave référence : Bartin l. c. p. 173-174, note 23.

mariages qu'elle a été appliquée le plus souvent.

12. On a voulu justifier cette application de l'article 196 par la théorie que la règle de l'article 196 est une règle de fond (1), en soutenant que toutes les règles concernant les conditions d'exercice des actions en nullité ou la détermination des personnes ayant qualité pour agir rentrent dans les règles de fond. Mais cela n'est pas exact. On ne peut pas dire, d'une manière générale, que les règles concernant le droit d'exercer les actions en nullité touchent le fond. Cela dépend si la nullité est une nullité de fond, c'est-à-dire une nullité qui est la sanction d'une règle de fond. La disposition de l'article 196, qui ne couvre que les vices de forme, est donc sûrement une règle de forme, elle peut néanmoins être appliquée aux mariages des Français à l'étranger en tant que leur forme n'est pas régie par la loi du lieu, mais, en vertu de l'article 170 Code civil, par la loi française. A l'inverse, et c'est là qu'apparaît l'importance de la solution, l'article 196 doit également être appliqué aux mariages des étrangers célébrés devant l'officier de l'état-civil français. Jusqu'ici il n'y a pas de jurisprudence concernant cette hypothèse. Dans l'arrêt Cass. req. 9 mai 1905 (2), cité par Niboyet et Lerebours-Pigeonnière, on ne trouve que le principe banal que l'article 196 n'est pas applicable aux mariages des étrangers célébrés à l'étranger. On peut en arguer seulement que la disposition de l'article 196 n'est pas une règle d'ordre public international français. Un arrêt de la Cour de Paris du 15 mai 1931 (3) avait à juger un mariage contracté en France. La Cour refusa la fin de non-recevoir tirée de l'article 196 sous le prétexte que cet article vise exclusivement le mariage contracté entre Français. Mais, en réalité, l'article 196 était inapplicable parce que le mariage n'était pas célébré devant l'officier de l'état-civil mais devant le consul.

Même si on croit qu'un mariage célébré à l'étranger puisse être annulé pour fraude à la loi française, les publications ayant eu lieu ; même si on croit qu'il faille éviter que les parties puissent faire procéder aux bans et ensuite se rendre à l'étranger et y contracter mariage sans se soucier des oppositions provoquées par les publications, comme il est arrivé dans l'espèce sur laquelle avait à statuer la Cour de Cass. dans l'arrêt précité du 5 juillet 1905 (4) ; même si on est, dès lors, de l'avis que le défaut de publication n'est que l'indice de l'intention d'échapper à une disposition qui empêche ou retarde le mariage désiré, intention qui par elle seule rend nul le mariage contracté en violation de la disposition éludée ; même, dis-je, si on soutient cette opinion, on peut appliquer l'article 196 à titre de règle de forme. Car envisagée sous

---

(1) Bartin, l. c., § 468, p. 174-176 : Nibovet l, c., N° 612. p. 722 ; Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, 2ème éd. 1933, N° 324, p. 359.

(2) S. 1906, I, 163 ; D. P. 1905, I, 367.

(3) D.H. 1931, 402.

(4) S. 1906, I, 141 ; Clunet 1906, 1145 ; Darras 1905, 714.

cet angle également, la nullité reste une nullité de forme encourue en vertu de la loi française tant que la fraude écarte la possibilité de se marier à l'étranger dans la forme locale. Quant aux mariages contractés à l'intérieur de la France, c'est l'idée de la théorie sus-visée, il suffit que quelques règles soient prohibitives seulement. Les officiers de l'état-civil français les respecteront comme des règles irritantes. Il n'en est pas de même pour les mariages contractés à l'étranger dans une forme locale. Pour rendre tout-à-fait inopérantes les règles prohibitives, il faut donc empêcher que les parties exercent la faculté que leur donne la règle « locus regit actum » de se marier à l'étranger dans une forme locale. C'est pourquoi on a introduit la notion de la fraude en disant que dans cette hypothèse les règles prohibitives deviennent irritantes, ou, ce qui est seulement une autre expression, que dans cette hypothèse la règle « locus regit actum » n'intervient pas. L'application de la règle « fraus omnia corrumpit » est une restriction de l'autre règle « locus regit actum ». L'article 196 rétablit dans une certaine mesure l'empire de la règle « locus regit actum ». Il dit, en tant qu'il est appliqué dans notre hypothèse, que la possession d'état couvre la fraude. Il couvre une nullité de forme, car la nullité résulte de ce que la forme locale est devenue insuffisante à cause de la fraude. Toutefois cette nullité de forme n'est pas édictée par la loi locale, mais au contraire par la loi française. L'application de l'article 196, à titre de règle de forme, est donc pleinement justifiée ; peu importe d'ailleurs où s'est réalisée la possession d'état, pourvu qu'elle ait le caractère continu et constant qu'en exige la jurisprudence de la Cour de Cass. (1).

13. Certains auteurs veulent substituer à la théorie de la fraude à la loi la théorie de la clandestinité en vertu de l'article 191 Code civil (2), ou croient du moins que cet article peut également justifier la jurisprudence (3). Mais l'article 191 est conçu comme suit : « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public ». Il frappe donc d'une nullité absolue la clandestinité. Cette nullité est facultative, c'est vrai, car l'article 193 qui énonce les personnes susceptibles d'être punies pour la clandestinité ajoute que les peines sont encourues « lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage ». Toutefois, la nullité reste une nullité absolue qui peut être

---

(1) Cf. l'arrêt précité du 7 janvier 1929 ; S. 1929, I, 104 ; D.H. 1929, 50 Elle doit avoir continué jusqu'au moment de la demande en nullité. Cass. req. 28 novembre 1899 ; S. 1901, I, 21 ; D.P. 1900, I, 472.

(2) Par ex. Niboyet l. c., N° 616, p. 726, Colin et Capitant 1, c., N° 157, p. 177 ; Contra Bartin l. c., p. 172, note 20.

(3) Par ex. Lerebours-Pigeonnière l. c., § 468, N° 324, p. 359.

demandée par tous ceux qui y ont un intérêt, même si on joint à la théorie de la clandestinité la théorie de la fraude à la loi, comme l'a fait la Cour de Montpellier dans un arrêt du 21 juin 1928 (1), en déclarant que la clandestinité n'est suffisante, dans le sens de l'article 193, que s'il y a fraude.Conséquemment la Cour de Montpellier a déclaré recevable une action en nullité intentée par des enfants nés d'un précédent mariage, pourvu qu'ils y soient poussés par un intérêt pécuniaire né et actuel. La conséquence de cette théorie n'est donc pas la même que celle qui résulte de la théorie pure de la fraude, car, comme nous l'avons démontré, la nullité, d'après la théorie de la fraude, n'est pas seulement facultative mais peut être aussi relative.

On peut encore imaginer des cas de clandestinité où il n'y a pas fraude et des cas de fraude où il n'y a pas clandestinité. Mais la raison péremptoire qui rend inadmissible l'explication de la jurisprudence par l'article 191 Code civil, c'est que l'article 191 n'est que la sanction de l'article 165 Code civil qui prescrit que le mariage soit célébré publiquement devant l'officier de l'état-civil, etc... Mais cette disposition est certainement une règle de forme qui ne vaut donc pas pour les mariages célébrés en pays étranger. On ne peut pas transporter aux mariages célébrés en pays étranger la sanction d'une règle concernant la procédure de la célébration du mariage en France.

14. L'autre exception à la règle « locus regit actum » se trouve dans l'article 171 Code civil, dans lequel il est prescrit que dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger dans les formes usitées dans le pays sera transcrit sur les registres publics des mariages du lieu de son domicile, et qu'il sera fait mention de cette transcription en marge de l'acte de naissance de chacun des époux. La loi parle du mariage contracté « dans les conditions prévues par le paragraphe Ier de l'article précédent », c'est-à-dire de l'article 170, mais on s'accorde à dire que cela signifie seulement contracté « dans les formes usitées dans le pays étranger » et n'empêche pas la transcription d'un mariage contracté en violation des règles du Ier paragraphe de l'article 170 sur la publication et sur l'observation des dispositions contenues au chapitre sur les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage (2).

L'article 171 veut faciliter la preuve du mariage contracté dans une forme locale étrangère. La question se pose de savoir si, même après l'expiration du délai de trois mois fixé par la loi, la transcription peut être effectuée. Considérant le but indiqué de cet article, on admet en général cette transcription ; mais une lettre du grand juge du 5 germinal an XII (3), prescrit qu'une transcription à faire hors du

---

(1) D.H. 1928, 552.
(2) Cf. Bartin l. c., § 469, p. 177, note 24 bis.
(3) Rapporté par Merlin, Répertoire, sub verbo Mariage, sect. III, §, 1, N° IV, p. 579-580.

délai indiqué par l'article 171 constitue une rectification des actes de l'état-civil, et ne peut, dès lors, avoir lieu qu'après autorisation de justice, c'est-à-dire en vertu d'un jugement de rectification, ce qui est pourtant contesté (1).

L'article 171 est sans sanction. C'est aujourd'hui universellement admis (2). Mais, néanmoins, l'accomplissement de la transcription n'est pas sans importance. C'est un indice contre l'intention frauduleuse, comme, à l'inverse, l'omission de la transcription laisse soupçonner une telle intention. Récemment cela a été relevé de nouveau par l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier dont nous venons de parler. Mais on ne doit pas exagérer cette idée. Seule importe, du point de vue juridique, l'intention frauduleuse ou, si l'on veut, la clandestinité à l'occasion de l'acte même de la célébration du mariage. Une fois le mariage célébré, en violation d'un empêchement qui n'est pas dirimant, la transcription ne peut rien changer. Les époux peuvent bien l'effectuer en sachant que rien ne peut plus leur arriver. Ils paient peut-être volontiers l'amende prévue à l'article 192 si la validité de leur union est, par cela, garantie. Leur but d'éluder la loi française est atteint. S'ils rendent public le succès, cela ne prouve en aucune façon qu'ils n'ont pas eu la mauvaise intention.

15. Les Français qui veulent se marier à l'étranger peuvent aussi faire célébrer le mariage par les agents diplomatiques et consuls français. Cette question est aujourd'hui réglée par les deux paragraphes que la loi du 29 novembre 1901 a ajoutés à l'article 170 et que je me borne à citer : « Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger entre un Français et une étrangère, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France conformément aux lois françaises. Toutefois les agents diplomatiques ou les consuls ne pourront procéder à la célébration du mariage entre un Français et une étrangère que dans les pays qui seront désignés par décret du Président de la République ».

On décide par analogie qu'une femme française peut, dans les pays désignés de la façon prévue par le dernier alinéa de l'article 170 Code civil, épouser un étranger devant le Consul de la nationalité du futur époux (3).

16. Je n'examinerai pas non plus d'une manière détaillée le mariage des militaires et des marins français qui se trouvent sous les drapeaux en territoire étranger, mariages réglés par les art. 93 ss. Code civil.

---

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie et Rousques-Fourcade, l. c., N° 1614, p. 251 et s. ; Ed. Lévy, note sous jugement du Trib. civ. du Pas-de-Calais, 17 mars 1928, Clunet 1929, 95.

(2) Les deux dernières décisions là-dessus sont : Tribunal Civil du Havre du 29 décembre 1928, D.P. 1930, II, 44 et l'arrêt précité de la Cour de Montpellier du 21 juin 1928, D.H. 1928, 552.

(3) Cf. Lerebours-Pigeonnière l. c., N° 325, p. 360.

Il convient cependant d'attirer l'attention sur un arrêt déjà ancien de la Cour de Cassation (1), qui porte qu'un militaire en expédition peut valablement contracter mariage, en pays étranger, avec une étrangère devant l'officier de l'état civil du pays, et qu'il n'est pas nécessaire que le mariage soit célébré par l'officier de l'état civil de l'armée. Cette théorie semble très raisonnable, car souvent le mariage célébré par l'officier de l'état civil de l'armée ne sera pas reconnu dans le pays étranger, ce qui entraîne des complications fâcheuses, notamment quand c'est une femme ressortissante de ce pays étranger que le soldat français épouse. Néanmoins, la théorie de la Cour de Cass. est contestée par quelques auteurs (2).

L'arrêt précité offre le plus grand intérêt, parce qu'il touche encore à deux autres problèmes : C'est l'un des premiers arrêts qui aient appliqué l'article 196 Code civil pour valider un mariage nul quant à la forme, question dont nous avons déjà parlé sous le N° 11. D'autre part, cet arrêt se prononce sur la possibilité qu'ont les époux convaincus que la célébration de leur mariage n'était pas valable, de le contracter de nouveau. L'arrêt a établi qu'il est loisible aux parties de se garantir de cette manière contre toute attaque dont leur union pourrait être l'objet. Mais les tiers auront toujours le droit de se prévaloir de la validité de la première célébration, et si la première célébration était valable, le nouveau mariage ne peut produire aucun effet. Les époux ne peuvent pas, notamment, sous prétexte que leur union antérieure était nulle, en contracter une nouvelle en stipulant de nouvelles conventions matrimoniales afin de tourner ainsi le principe de l'immuabilité du contrat de mariage (3).

17. Passons des règles de forme aux règles de fond. Elles relèvent non pas de la loi du lieu de la célébration, mais de la loi nationale ; ce qui est exprimé dans l'article 170 Code civil par les mots: «Pourvu... que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent ». Le chapitre précédent porte sur les « qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ». Il règle notamment l'âge, le consentement des époux, l'empêchement du lien d'un mariage antérieur non encore dissous, l'empêchement de la parenté et de l'alliance, et le consentement des parents. Il faut supposer également que les empêchements non réglés dans ce chapitre suivent les Français à l'étranger en vertu de la disposition générale de l'article 3, alinéa 3, Code civil précité. Dès lors une Française doit aussi à l'étranger respecter les délais prévus par les articles 228 (viduité) et 296 (divorce) Code civil. Toutes les règles de la loi fran-

---

(1) Cass. civile ; 23 août 1826, S. 1825-1827, I, 19.

(2) Cf. Lerebours-Pigeonnière l. c. N°. 325, p. 360, mais il admet aussi une exception si la fiancée est une étrangère.

(3) Cf. dans le même sens Cass. req. 24 juillet 1827, S. 1870, I, 330, D.P. 1873, I, 208.

çaise concernant les empêchements, les conditions intrinsèques et habilitantes sont donc applicables au mariage des Français à l'étranger ; le sont également, les règles sur le consentement (Cf. l'art. 146) des époux, les vices de ce consentement et leur sanction.

La seule difficulté est soulevée par les mariages entre Français et étrangers. A mon avis, il ne peut exister aucun doute que chacun des époux doit remplir les conditions et qualités requises par sa propre loi nationale, mais qu'il doit avoir également les qualités dont le pays étranger — pays national de l'autre époux — fait dépendre la capacité d'épouser un de ses ressortissants (1). D'après l'opinion dominante, l'acte serait valablement conclu pourvu que chaque partie remplisse les conditions prescrites par sa loi personnelle, sans tenir compte des règles de la loi étrangère sur les qualités que doit avoir l'autre partie (2), ceci sous le prétexte que la loi étrangère excède sa compétence en interdisant le mariage aux sujets qui lui sont soumis, à cause d'un empêchement réalisé dans la personne de l'autre époux. En vérité, dit-on, une loi étrangère interdisant à ses sujets le mariage avec une Française divorcée, par exemple, ne règle pas la capacité de son ressortissant mais celle de la Française en la soumettant à la règle de l'indissolubilité du mariage. Mais ce n'est pas toujours vrai. Si la loi étrangère reconnaît un mariage entre un Français et une Française divorcée, mais non pas un mariage entre un ressortissant et une Française divorcée, cela montre bien qu'il ne s'agit pas ici d'une extension de la règle de l'indissolubilité du mariage au mariage des étrangers, règle que le juge français ne doit pas respecter, mais d'une règle spéciale concernant le mariage d'un propre ressortissant (3).

18. Des problèmes particulièrement graves se posent lors des mariages contractés par des Français dans les colonies. Il y est presque toujours interdit aux Français de se marier dans les mêmes formes que les indigènes. S'ils se marient dans ces formes il faut distinguer deux cas. 1°) Si le mariage a été célébré devant un officier de l'état-civil mais qui n'était compétent que pour les mariages des indigènes, on considère le mariage comme ayant été contracté devant un officier public incompétent et on applique la disposition de l'article 191. Il y a donc une nullité absolue mais facultative qui peut être couverte par la possession d'état conformément à l'article 196 du Code civil (4). Toutefois. on exige que les époux aient été de bonne foi quant à la compétence de l'officier de l'état-civil, ce qui est un peu étrange étant donné que généralement, comme nous venons de le voir, la possession

---

(1) Cf. dans ce sens Arminjon, Précis de droit international privé, 2ème éd. II, 1934, N° 214, page 573 avec références.

(2) Lerebours-Pigeonnière l. c., N° 327, p 363, 364 ; Niboyet l. c., N° 612, p. 722, 723.

(3) Cf. Champcommunal. Un conflit de lois nouveau. Darras 1921, 41-57.

(4) Cf. Cour de Saïgon, 11 juillet 1930, Clunet 1933, 138 avec note et références.

d'état est justement invoquée pour couvrir des nullités résultant d'une fraude. 2°) Si le mariage a été contracté sans l'intervention d'un officier public, il est radicalement nul, inexistant, dans ce sens que chacun peut se prévaloir de la nullité sans qu'il ait besoin d'obtenir un jugement et que la nullité ne peut jamais être couverte.

Mais ici se pose la question de savoir si un tel mariage peut du moins produire les effets d'un mariage putatif, conformément aux dispositions des articles 201 et 202 Code civil (1). D'après une jurisprudence déjà ancienne, le mariage inexistant peut produire aussi les effets d'un mariage putatif (2). Tout récemment la Cour de Cass. (Ch. req.) a confirmé cette jurisprudence par un arrêt du 14 mars 1933 (3), en attribuant les effets d'un mariage putatif à un mariage célébré more judaico en Algérie. Mais le jour même de cette décision la même Chambre a rendu un autre arrêt par lequel elle a confirmé un arrêt de la Cour de Nîmes du 17 juin 1929 (4) qui a déclaré non susceptible des effets d'un mariage putatif l'union d'un Français avec deux femmes indigènes de la Guinée contractée d'après les coutumes des indigènes (5). La Cour de Nîmes avait refusé l'offre de preuve de la bonne foi des femmes indigènes en déclarant que la bonne foi concernant une telle union ne produit pas les effets énoncés dans les articles 201 et 202 Code civil, et qu'il est dès lors impossible que les femmes aient été de bonne foi dans le sens de ces articles. A tort l'arrêt confirmatif de la Cour de Cass. déclare qu'il s'agit ici d'une question de fait. Il s'agit bien d'une question de droit. Mais les développements de l'arrêt de la Chambre des Requêtes montrent que celle-ci n'a pas seulement rejeté le pourvoi parce qu'il s'agit d'une question de fait, mais aussi parce qu'elle trouvait bien fondé le raisonnement de la Cour de Nîmes. En fait, on ne peut que l'approuver malgré la critique très vigoureuse que M. Solus, l'éminent professeur de la Faculté de Paris, a dirigée contre les arrêts de la Cour d'Appel et de la Cour de Cassation dans les notes précitées. En réalité il n'y a aucune contradiction entre ces deux arrêts et la jurisprudence sur la protection de la bonne foi des parties à un mariage inexistant. Car les effets d'un mariage putatif ont été accordés aux époux qui se sont mariés dans des formes prescrites par une loi qui connaît bien l'institution du

---

(1) Art. 201 : « Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi ». Art. 202 : « Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage ».

(2) Cf, Cass. civile, 30 juillet 1900, S. 1902, I, 225 ; D.P. 1901, I. 317.

(3) S. 1933, I, 168 ; D.H. 1933, 219 ; Cf. dans le même sens Cour d'Alger, 1er février 1933, Revue critique de Droit International 1934, 433, avec une note de M. Chauveau.

(4) S. 1929 II, 129, avec une note de M. Solus.

(5) S. 1934, I, 161, avec le rapport du Conseiller rapporteur Pilon et une note de M. Solus ; D.P. 1933, I, 28 avec le rapport du Conseil rapporteur Pilon.

mariage et dont les règles seulement n'étaient pas compétentes dans l'espèce. Au contraire, dans le cas soumis à la Cour de Nîmes, il résultait de ce que les parties ont choisi la forme des indigènes qu'elles ne voulaient et ne croyaient contracter qu'une union qui n'est pas, à vrai dire, un mariage.

Toutefois, il y échet de relever que le fait qu'un mariage contracté dans une colonie ou ailleurs est polygame, n'empêche pas, à mon avis, qu'il ait le caractère d'un mariage vrai et légitime. L'opinion dominante admet seulement qu'on ne doit pas refuser tout effet aux unions polygamiques contractées régulièrement à l'étranger et qu'il faut leur donner certains effets pécuniaires, par exemple, de recevoir une action en pétition d'hérédité de la veuve. Mais en principe on prétend qu'un mariage avec plusieurs épouses n'a rien de commun avec l'institution occidentale du mariage (1). Cette théorie me semble d'une part exagérée, d'autre part inconséquente. Il n'y a presque rien de plus immoral que d'accorder des effets pécuniaires à une union de sexes qu'on ne peut pas ou qu'on ne veut pas considérer comme mariage, et on est tout-à-fait dans l'arbitraire quand il s'agit de déterminer de plus près quels sont les effets qu'il faut attribuer, par exception, à l'union polygamique. De plus on oublie que non seulement le mariage où il y a déjà plusieurs épouses est polygame, mais que l'est aussi celui où le mari qui jusqu'alors n'a qu'une femme a le droit d'en prendre plusieurs, car la question de savoir si un mariage est polygame ou non doit être une question de droit et non pas une question de fait (2). En conséquence devraient être considérés comme des pays qui ne connaissent pas l'institution du mariage, et où par conséquent les Français ne peuvent se marier qu'en vertu de la règle ci-dessus développée sur les mariages dans les pays où n'existe pas cette institution, tous les pays qui ne connaissent que le mariage où le mari a toujours le droit de prendre plusieurs femmes. A l'inverse, les ressortissants de ces pays ne pourraient pas contracter de vrais mariages même en France, car l'effet de leur mariage étant régi par leurs lois nationales, même les unions contractées devant l'officier de l'état-civil français ne privent pas le mari de son droit de prendre encore d'autres femmes. Peut-être pourrait-on éviter ce résultat en appliquant l'ordre public et la règle que le mariage devant un officier de l'état-civil français empêche tout autre mariage valable (3), bien que cette règle ne vise que le droit colonial.

Si on avait envisagé toutes ces complications, on n'aurait pas persisté sur la disqualification des unions polygames. Naturellement, on ne peut pas permettre qu'un Oriental épouse en France une seconde femme ; mais justement cette solution, la seule qui intéresse, est

---

(1) Cf. par ex. Lerebours-Pigeonnière l. c., N° 279, p. 298 ; N° 328, p. 365.

(2) Cf. la décision de la Haute Cour anglaise Hyde v. Hyde 1867, L.R. 1 P. & D 130.

(3) Cf. Cass. crim. 14 février 1929, S. 1930, I, 280.

difficile à justifier quand on ne reconnaît pas que le mariage polygame est aussi un mariage vrai et légitime. Je me rattache donc à la théorie qui a été récemment soutenue, notamment en Allemagne (1), et d'après laquelle les mariages polygames sont en principe pleinement valables, sauf cependant de recourir à l'ordre public pour empêcher qu'une nouvelle union ne soit formée devant un officier de l'état-civil pendant qu'existe encore une union antérieure.

Ce n'est donc pas le caractère polygame d'un mariage qui seul peut empêcher sa reconnaissance, mais, comme M. Solus le dit lui-même dans sa note à l'arrêt de la Chambre des Requêtes, le mariage des indigènes de Guinée a encore d'autres traits qui répondent à des conceptions dont la morale française s'offense. La croyance à l'existence d'un tel mariage n'est donc pas la bonne foi sur l'existence d'un mariage légitime, réel et valable, qui est la condition indispensable d'un mariage putatif. Le respect des institutions indigènes ne peut pas aboutir à la reconnaissance de ces unions en dehors de la colonie. Naturellement personne ne veut punir un indigène qui entre dans une telle union. Mais, tandis que le mariage de droit juif et musulman reste toujours un mariage au regard des droits occidentaux, une telle union ne mérite pas ce nom. Il est très raisonnable de protéger la bonne foi concernant un lien contracté devant le kadi ou le rabbin, mais non pas l'ignorance du vice qui entache une union conforme aux coutumes des indigènes de Guinée. Dans la première hypothèse seulement on contracte un mariage et on se trompe seulement sur une règle de forme et sur la validité.

M. le Conseiller Pilon, dans son rapport, et M. Lerebours-Pigeonnière (2) ont invoqué un autre argument contre l'application de l'article 202 dans l'espèce. Ils ont prétendu que, d'après le droit international privé français, la bonne foi de l'un des époux ne peut pas faire produire les effets d'un mariage putatif si la loi personnelle de cet époux ignore le mariage putatif. Cette théorie ne me semble pas convaincante. Je fais abstraction de ce qu'il s'agit dans l'espèce d'un conflit colonial, comme l'a relevé M. Solus, très justement, en exagérant cependant, à mon avis, la différence entre les conflits coloniaux et internationaux. Mais je ne peux pas admettre que d'après le droit international français, c'est la loi de l'époux de bonne foi qui est compétente pour déterminer s'il y a mariage putatif ou non. Je ne peux pas insister sur cette question très contestée. Une des dernières déci-

---

(1) Cf. Mezger, Zur Frage der Anerkennung russischer und orientalischer Ehen, Zeitschrift für Ostrecht, 1934, p. 44-45 ; Frankenstein, Compte-rendu de l'ouvrage de M. Wolff, Internationales Privatrecht, ibid., p. 60-61 ; adde, Valéry. Examen critique des remarques sur l'ordre public de M. Pierre Louis Lucas, Rev. dr. int. lég. comp., 1934, 198, note 7, dont l'argumentation nous semble cependant prêter à la critique.

(2) L. c., N° 331, p. 367.

sions qui portent sur cette question est l'arrêt de la Cour de Paris dans l'affaire Bouly de Lesdain du 24 avril 1926 que nous connaissons déjà. La Cour dans cet arrêt a fait se produire au profit de la femme de bonne foi, les effets du mariage putatif conformément à l'article 202 Code civil, quoique la femme fût de nationalité américaine. De même le Tribunal civil de la Seine a appliqué l'article 201 Code civil à un mariage entre deux étrangers contracté en France (1) et déjà, dans une décision antérieure (2) en faveur d'une femme de nationalité américaine et d'un Français. Pour l'application de la loi de l'époux de bonne foi, une seule décision peut être invoquée à bon droit. Elle a été prononcée par le Trib. civ. de Blida le 31 décembre 1931 (3) ; elle a été confirmée par l'arrêt de la Cour d'Alger du Ier février 1933 précité, mais le motif de la Cour d'Alger était que dans un conflit entre le droit français et le droit indigène, le droit français l'emporte. C'est donc comme loi de la Métropole et non pas comme statut personnel de l'époux de bonne foi, que la loi française a triomphé dans l'espèce. Les autres décisions qu'on invoque parfois en faveur de l'application de la loi nationale de l'époux de bonne foi sont toutes équivoques. Dans les cas qui ont fait l'objet de ces décisions, la loi nationale coïncide ou à la loi entrainant la nullité ou à la loi française, de sorte qu'on ne sait jamais quelle est la vraie raison de son application, vu surtout que les motifs ne le disent pas. La solution la plus juste et la plus logique me semble celle d'après laquelle la nullité étant l'effet de la violation d'une disposition de la loi compétente, cette loi a également compétence pour déterminer l'étendue et les conséquences de la nullité (4). L'argument qu'on oppose à la thèse suivant laquelle c'est la loi édictant la nullité qui est également compétente pour régler les effets de la bonne foi des époux est le suivant : La nullité peut être édictée à la fois par les lois nationales de l'un et de l'autre époux et dans ce cas-là il faut savoir si on doit appliquer la loi du mari ou celle de la femme (5). Mais ce raisonnement méconnaît que dans un conflit semblable on applique toujours la loi la plus sévère. Comme il est indispensable pour la validité du mariage que les deux lois nationales soient observées, il faut pour que l'union ait du moins les effets d'un mariage putatif qu'elle réunisse les conditions exigées par les deux lois. Je conclus de cette théorie que s'il s'agit d'une nullité de forme d'un mariage entre Français, la protection de la bonne foi relève de la loi de la célébration ou

---

(1) 15 mars 1932, D.P. 1934, II, 75 précité.
(2) 17 novembre 1926, Clunet 1928, 405.
(3) D.P. 1932, II, 113 avec une note de M. Chauveau.
(4) D'ailleurs dans la plupart des législations, la protection de la bonne foi dépend du caractère de la nullité, et il existe donc un lien particulièrement étroit entre la règle irritante et la règle concernant le mariage putatif ; Cf. les §§ 1345 et 1699 Code civil allemand.
(5) Arminjon, l, c., N° 215, p. 576-577.

de la loi française en tant qu'elle est plus favorable, ce qui sera la règle parce que le droit français, comme nous venons de le voir, accorde l'effet du mariage putatif même aux parties à un mariage inexistant. Si un époux est étranger, la loi française ne peut intervenir que si le mariage est valable au regard de la loi nationale de l'époux étranger. Car l'application de la loi française ne se justifie pas par l'ordre public, mais parce que la règle « locus regit actum » a un caractère facultatif (1), même quand les parties sont de nationalités différentes, étant donné la possibilité d'accomplir à la fois les formes exigées par les deux lois nationales différentes au lieu de la forme locale (2).

Dans *Berthiaume c. Dastous*, les tribunaux de la province de Québec et le Conseil Privé ont été appelés à se prononcer sur la question inverse, savoir, la validité du mariage, en France, de deux personnes domiciliées dans la province de Québec. Ce mariage fut précédé d'un avis de trois mois donné à l'ambassade anglaise, dont certificat, signé par le consul général d'Angleterre à Paris, fut remis à un prêtre de la paroisse où résidait la mariée, qui le considéra l'équivalent d'un acte de mariage, et bénit l'union conformément à la loi de la province de Québec. Devant les tribunaux de la province de Québec, saisis d'une demande en séparation de corps instruite à Québec, après que les tribunaux français se fûssent déclarés incompétents, le défendeur plaida nullité du mariage. Sa prétention, repoussée par les tribunaux du Québec (66 Cour Supérieure, 241 ; 45 Cour d'Appel, 391, sauf une dissidence), fut maintenue par le Conseil Privé d'Angleterre, qui exigea les formes requises par la *lex loci celebrationis* (1930 Appeal cases, 79). Voir la discussion de la question par M. Eugène Audinet, professeur à la Faculté de Droit de Poitiers, dans le *Recueil des Cours* de l'Académie de La Haye, XI, aux pages 200 à 204.

---

(1) Contra Arminjon 1, c., N° 60, p. 200 s., mais il fait dépendre également les règles sur le consentement des époux de la loi locale, donc, pour lui, la lex loci et la lex causae se confondent.

(2) Cf. cependant, Douai 18 novembre 1903 dans Cass. req. 9 mai 1905, S. 1906, I. 163 ; D.P. 1905, I, 367 ; Lerebours-Pigeonnière, 1. c., N° 246, p. 250 ; Bartin, 1. c., § 468, p. 174 note 23.

QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPLICATION AUX FAITS DES MÊMES PRINCIPES JURIDIQUES PAR LES JURISPRUDENCES BELGE ET FRANÇAISE

Rapport de

M. XAVIER JANNE,

Professeur à l'Université de Liège
et délégué du Gouvernement Belge

Je suis heureux de saluer, au nom de la Belgique et de son Gouvernement, les juristes canadiens et français qui sont réunis ici, dans une pensée commune de glorifier les principes juridiques du Droit Civil établis par le Code Napoléon.

Notre communauté juridique n'est pas seulement basée sur un fonds commun de principes qui gouvernent nos divers états sociaux ; elle a été renforcée par les sacrifices communs, exposés pendant la Grande Guerre, par toute nos Nations unies pour la sauvegarde de la civilisation et du droit.

Les principes de logique nous apprennent que notre constitution intellectuelle n'autorise que deux processus possibles de raisonnement : celui qui part de l'ensemble des phénomènes observés pour arriver à la formule d'un principe général, d'une loi (induction), et ensuite celui qui s'appuie sur une affirmation synthétique pour en déduire une application à un phénomène particulier (déduction).

L'induction suppose une examen consciencieux et persévérant des faits pour situer la permanence des principes qui les régissent universellement. Les découvertes scientifiques des savants sont aussi les résultats d'une observation méthodique et intelligente des phénomènes ayant abouti, à la longue, à la proclamation d'une loi scientifique certaine. Voyez notre note dans la REVUE INTERNATIONALE DE PHILOSOPHIE DU DROIT DE ROME - 1933 - page 740.

Le législateur dans l'ordre social, dans le gouvernement de la communauté humaine, joue un rôle identique à celui du savant qui proclame un principe scientifique, après un minutieux travail d'analyse. Il doit examiner les phénomènes sociaux, découvrir la permanence de certains d'entre eux, pour établir une base qui va être fixée dans un texte écrit et, partant, immobile.

Le législateur doit évidemment procéder à un examen méticuleux et complet de tous les phénomènes sociaux, sans quoi son induction sera mal bâtie et le principe légal qui en découle sujet à des interprétations contradictoires.

La valeur de la rédaction législative traduisant la pensée de son rédacteur, sera en proportion de la valeur de l'analyse qui a été mise en œuvre, et c'est souvent la multiplicité des interventions parlementai-

res, et le droit d'amendement qui en est la conséquence, qui contrarient la perfection d'une rédaction dans l'élaboration d'une législation ; de là, la faiblesse d'un régime parlementaire démocratique pour la confection idéale d'une formule légale.

Cette induction, même supposée parfaite, n'implique cependant pas une permanence éternelle des principes figés dans le texte : la vie sociale n'est pas immuable et il arrive que de nouvelles situations politiques ou économiques exigent la réfection du texte d'une loi ; l'induction primitive n'est plus en harmonie parfaite avec les faits sociaux récents : elle exige une remise au point pour la construction du nouveau principe législatif à proclamer. La vie sociale est dans le « devenir », elle bouge, alors que le texte reste figé dans sa rédaction et « demeure ».

Voilà donc le principe du raisonnement inductif bien déterminé dans les différentes branches de l'activité intellectuelle de l'homme, soit le savant ou le législateur.

Reste à voir maintenant la portée du raisonnement déductif partant du principe général formulé, pour en appliquer la portée aux cas particuliers qui vont se manifester. Il s'agira ici essentiellement du raisonnement syllogistique partant du principe posé par le savant ou le législateur à titre de majeure. La seconde prémisse: « mineure » envisagera le cas spécial rentrant dans la portée de la majeure et la conclusion sera l'inclusion indiscutable de la seconde dans le domaine d'application de la première.

Le syllogisme est appliqué, dans le domaine médical, par le médecin traitant, dont le raisonnement part de la majeure, principe découvert par le savant. Exemple : loi pathologique ou thérapeutique. L'examen du malade, son auscultation, constituera pour lui la fixation de la mineure, mais ici le praticien veillera à examiner tous les symptômes morbides possibles, car il faut surprendre une situation pathologique « stable » dans le flux incessant et agité de la vie, et il y a lieu de se mettre en garde contre les « idiosyncrasies », pour unir cependant cette prémisse au principe permanent de la majeure et en tirer la conclusion qui en sera le diagnostic ; il faudra beaucoup de science et d'esprit d'observation, sinon le syllogisme sera erroné et amènera une fausse conclusion.

Le magistrat chargé de la rédaction d'un jugement, ou l'avocat choisi pour dresser les conclusions, sont les véritables médecins du droit : un état « pathologique » du droit a donné lieu au procès en cours, on discute à la barre l'interprétation du principe figé dans un texte, partant de la rédaction de ce principe par le législateur, le juge ou l'avocat doivent en traduire l'application à une espèce déterminée, qui sera la mineure du syllogisme. Combien cet examen du « fait » litigieux devra être rigoureux pour que les « motifs » des conclusions ou du jugement cadrent exactement avec le principe général, et en tirent — sous forme de dispositif — une conclusion inéluctable. Rien n'est plus difficile à rédiger que cette union, dans les motifs, d'une

décision judiciaire: entre le principe immobile du texte qui « demeure » et la mobilité du fait litigieux qui « devient ». Il y a comme une union de l'esprit à la matière qui demande une loi bien faite d'abord, et une interprétation syllogistique de cette loi au fait scientifiquement adéquate à la situation. Le texte ressemble à la pensée cartésienne et reste immuablement fixé aussi longtemps qu'une intervention législative nouvelle n'est pas arrivée ; le fait humain auquel le principe est applicable est essentiellement mobile et doit s'apprécier isolément pour chaque cas particulier. Le pouvoir du juge, dominé par le syllogisme, ne peut être réglementaire et sa décision ne peut avoir de valeur sociale que pour l'espèce envisagée. Mais la vie sociale a aussi ses idiosyncrasies et une «espèce» judiciaire n'est jamais complètement semblable à une autre espèce. Quelle difficulté que de poser un diagnostic judiciaire qui doit consister en une union parfaite des prémisses : principe et fait particulier.

Le juge ne crée donc pas la loi et ne jouit d'aucun pouvoir réglementaire. Sa décision n'a de portée, comme tout raisonnement déductif, qu'au seul cas pathologique du droit qu'il envisage. Tout au plus pourra-t-on affirmer que son pouvoir d'appréciation du principe sera élargi ou diminué par suite du manque de fixité, ou de l'imprécision d'un texte légal.

Le juge anglais, lui, a plus de pouvoir, son appréciation du principe est plus étendue, mais cette souplesse d'application, qui semble bonne en elle-même vu la souplesse du principe, paraît compensée par l'insécurité même des solutions à préconiser pour la direction des phénomènes futurs de la vie juridique.

Cette introduction nous laissera l'impression que les interprétations judiciaires peuvent parfois varier lorsque les principes législatifs comportent une rédaction identique.

En France et en Belgique, c'est le Code Napoléon qui est à la base de toutes les disciplines du Droit Privé : c'est dire que toute notre jurisprudence belge est imbue des doctrines formulées par les célèbres jurisconsultes du Tribunat et du Conseil d'Etat qui, eux-mêmes, puisaient leur formation scientifique dans les solides disciplines de Rome, modifiées d'ailleurs par les opinions des auteurs du Droit Coutumier, notamment DUMOULIN et POTHIER.

Les grandes ordonnances de Louis XIV ont eu aussi leurs effets et il est intéressant de constater que ces ordonnances ont également influencé le droit canadien et la confection de son Code de 1866. (Voyez Revue du Droit, Québec 1932, page 202).

Le Répertoire de Dalloz, le Recueil Sirey, les arrêts et les jugements des juridictions françaises sont très souvent invoqués devant notre Juridiction nationale, à l'appui de telle ou telle argumentation, de conclusions ou de plaidoiries.—Est-ce à dire que, par suite de cette communauté de conceptions juridiques, il y ait similitude absolue d'application des principes aux espèces envisagées en France ou en Belgique ? ce serait aller trop loin de l'affirmer et nous allons voir que

sous l'empire de certains phénomènes — principalement d'ordre économique — nos Cours et Tribunaux n'ont pas toujours adopté uniformément et suivre les raisonnements déductifs invoqués par les magistrats français dans leurs décisions judiciaires.

Nous ne parlerons pas de certaines lois, assez rares il est vrai, qui ont institué chez nous des constructions juridiques inconnues du législateur français. Citons, en passant, un exemple dans le cycle du droit des personnes : l'institution du divorce par consentement mutuel, et, dans le droit commercial, celle du concordat préventif à la faillite, dont la France se passe en utilisant fréquemment la procédure du sursis.

Mais nous ne voulons pas nous arrêter à ces cas législatifs distincts et nous voulons seulement nous en tenir à l'application différentielle par les Tribunaux des « mêmes » principes de lois.

Je crois qu'un travail identique pourrait intéresser les jurisprudences française et canadienne, pour autant que le Code Civil du Bas-Canada ait reproduit les principes du Code Napoléon. On sait d'ailleurs que certaines influences spéciales — notamment la législation anglaise — ont eu là-bas une influence que nous ne retrouvons pas en Belgique.

Je m'arrêterai — à titre exemplatif — à deux ou trois problèmes que j'ai eu l'occasion d'examiner dans ma vie professionnelle du Barreau, et qui reflètent, chez les auteurs des décisions, des préoccupations différentes.

1. Voici une première espèce tirée de notre Jurisprudence de la Cour d'Appel de Liège : celle-ci, à l'encontre des décisions de la Cour de Douai, déclare que la tradition de la chose : du vendeur à l'acheteur n'a pas besoin d'être réalisé « matériellement » pour constituer juridiquement la valeur d'une tradition.

Voici l'espèce jugée :

On sait que les opérations du négoce des laines nécessitent pratiquement les bons offices et l'intervention répétée des conditionnements publics : ces établissements ont pour mission principale de contrôler le degré hydrographique des laines, mais ils servent en même temps d'entrepôts où les marchandises sont l'objet de nombreuses mutations de propriété.

Le vendeur met à la disposition de l'acheteur des laines déposées au Conditionnement : cette mise à la disposition constitue-t-elle un simple permis d'enlèvement ou a-t-elle la valeur juridique d'une tradition. On conçoit l'importance de la distinction.

On sait que d'après le droit français, l'accord des parties sur la chose et sur le prix transfère la propriété directement du vendeur à l'acheteur, indépendamment de la livraison ou du paiement du prix. (Article 1583 du Code Civil). Ce principe consensuel n'était pas celui du droit romain, qui exigeait — comme on le sait — le caractère réel de la vente pour lui donner sa pleine valeur translative. Aussi longtemps que la livraison n'était pas consommée, la chose — objet du contrat — restait aux risques du seul vendeur.

On a dit que le constitut possessoire du vendeur, par sa fréquence, avait été la transition entre le principe réel du droit romain et le principe consensuel du Code Napoléon. Le fait de contracter « comme si » la chose avait été livrée (le vendeur restant dépositaire au nom de l'acheteur) aurait fini par être supposé par l'usage et le constitut possessoire serait arrivé à être toujours sous entendu, consacrant ainsi le rôle prépondérant de la seule volonté dans la perfection du contrat de vente.

Mais si l'accord sur la chose et sur le prix transfère la propriété à l'acheteur et la met à ses risques, on sait que *la tradition effective* de la chose joue quand même un rôle au point de vue du droit de « rétention » ou de « revendication » du vendeur qui n'est pas payé.

Le vendeur d'une chose non payée par l'acheteur qui en a conservé la possession, peut la retenir ou la reprendre lorsqu'il aura fait résoudre judiciairement le contrat pour inexécution des prestations de l'acheteur. (Articles 1184 - 1613 - 1658 du Code Civil, Article 570 de la loi belge de 1851 sur les faillites). Cette rétention ou cette revendication est une sorte de saisie de la chose avec privilège, « sorte » de saisie, puisque l'on ne peut « revendiquer ou retenir » une chose dont on a perdu la propriété.

La tradition fixe donc le moment où le droit de rétention ou de revendication peut être encore utilisé par le vendeur non payé.

La Jurisprudence de la Cour d'Appel de Douai estime que, pour que cette tradition entraîne comme conséquence la disparition des prérogatives du vendeur non payé, il faut obligatoirement que la chose ait été livrée matériellement, c'est-à-dire qu'elle ait été déplacée matériellement et soit entrée en possession de l'acheteur.

La Jurisprudence Belge, au contraire, croit que l'avis de mise à la disposition fait par le vendeur au Conditionnement équivaut à une tradition effective ; elle estime donc que le Conditionnement Public représente à la fois le vendeur et l'acheteur et que la signification par le vendeur, au Conditionnement, de mettre les laines à la disposition de l'acheteur, équivaut à une tradition réelle : voilà donc le même principe sur « la tradition » différemment interprété.

La Jurisprudence française paraît plus s'adapter au texte même et au principe juridique, mais semble plus loin des nécessités économiques actuelles, car, s'il faut que les laines, mises à la disposition au Conditionnement, subissent un déplacement « matériel » pour passer de la possession de l'acheteur à celle du vendeur, des frais de manutention vont être exigés et on se demande si ce formalisme ne rappelle pas un peu le formalisme de la loi des XII Tables !

La Jurisprudence belge, au contraire, s'attache à la notion de tradition feinte équivalant à la tradition réelle, et elle invoque, à l'appui de sa thèse, d'autres hypothèses de même genre, par exemple le cas où la lettre de voiture remise au destinataire équivaut pour lui à une prise de possession des marchandises transportées.

Les magistrats français sont donc plus enclins à respecter le

texte rigoureux de la loi, et les magistrats belges semblent assouplir ce même principe aux nécessités actuelles de la vie économique.

Nous avons publié sur cette question, dans le recueil « La Jurisprudence du Tribunal de Commerce de Verviers » une petite étude comparative intitulée : De la mise à la disposition des laines au Conditionnement Public. (Année 1932 nº 1-2-3 »).

2. Un autre exemple peut être fourni par le texte de nos lois sur les sociétés.

Les lois françaises et belges admettent que, dans la composition d'un capital de société anonyme, on crée — à côté des actions de capital proprement dites — d'autres actions sans désignation de valeur, dont les statuts sociaux fixent souverainement les droits.

A côté des actions de capital peuvent donc exister des actions de dividende ou des parts de fondateur.

Les statuts de la société peuvent-ils donner aux porteurs d'actions de second rang — c'est-à-dire aux actions de dividende et aux parts de fondateur — le droit de vote aux assemblées générales tant ordinaires qu'extraordinaires ?

La jurisprudence française repousse cette faculté, soutenant que le capital seul de la société anonyme constitue le fondement même de l'existence sociale et donne aux seuls actionnaires de capital le droit de vote. Selon cette direction, il y a une question d'ordre public à limiter aux seuls propriétaires du capital social le droit de disposer des destinées de la société.

En Belgique, au contraire, on estime que le principe de la volonté des parties est souverain, et que, dans le domaine du vote aux assemblées, l'ordre public n'est pas intéressé, parce qu'il s'agit de réglementer des droits qui concernent exclusivement les associés et qui n'intéressent pas les tiers. On admettrait donc la validité des statuts d'une société qui — à côté du droit électoral du porteur des actions de capital — donnerait également, si les statuts le stipulaient, le droit électoral au porteur d'actions de dividende ou de parts de fondateur.

3. *Clause Compromissoire.* L'article 1006 du Code de Procédure Civile déclare que : le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité.

La Cour de Cassation de France estime que la clause compromissoire, comme le compromis lui-même, doivent toujours énoncer le nom des arbitres, à moins que les parties n'aient été d'accord pour laisser le soin du choix à un tiers, et si elles ne mentionnent pas l'objet du litige, la clause est nulle. On ne peut s'engager à soumettre à l'avance, à une juridiction exceptionnelle, un litige dont on ne prévoit pas la nature ni la portée.

En Belgique, au contraire, la Cour de Cassation déclare que la clause compromissoire n'est pas défendue et n'exige aucune des formalités de l'article 1006 du Code de Procédure Civile, celles-ci ne concernant que le seul compromis.

Nous croyons toutefois qu'en matière commerciale la jurisprudence

ce française, pour des raisons d'ordre pratique, a tendance à admettre la validité de la clause compromissoire en dehors des formalités prévues.

La Cour de Cassation française a aussi admis que la clause compromissoire, nulle selon elle, ne présentait cependant pas le caractère d'une nullité d'ordre public lorsque le droit international privé permettait l'invocation du Droit Belge, conformément à la Convention Franco-Belge du 8 juillet 1909. (D. P. 1906, I, 395).

4. La Jurisprudence belge déclare qu'en matière de litige relatif aux lettres de change, lorsque le tireur est tombé en faillite avant l'échéance, le bénéficiaire a le droit de contrepasser de suite dans sa comptabilité, le montant de l'effet qu'il possède : du crédit au débit du tireur, sans attendre l'échéance et le paiement du tiré, ceci pour sauvegarder le « crédit » du titre qui donne formellement la garantie solidaire du tireur au bénéficiaire : celui-ci a considéré le crédit du tireur plutôt que du tiré pour prendre l'effet à l'escompte.

La Belgique envisage surtout le crédit du banquier si nécessaire à son industrie, richesse de la nation. Si le banquier hésite à prendre à l'escompte parce qu'on lui déniera le droit éventuel de contrepasser, le crédit des affaires pourra en souffrir.

La Cour de Cassation de France, au contraire, répond qu'il faut aussi veiller à l'intérêt des autres créanciers du tireur qui est en faillite, notamment à l'intérêt des fournisseurs de produits qui ont bien voulu vendre à crédit. L'obligation du remettant, garant solidaire, n'est pas une obligation à terme, mais une obligation « conditionnelle ». Elle dépend essentiellement de la carence du tiré. Il faudra donc attendre que le tiré ait déclaré ne pas vouloir payer avant de débiter le tireur en compte ; tout au plus pourrait-on admettre auparavant un contrepassement à simple titre conservatoire.

5. La Jurisprudence belge a voulu voir aussi, pendant un certain temps, dans l'article 1154 du Code Civil, une prohibition absolue de l'anatocisme pour les comptes-courants ouverts par les banquiers et arrêtés semestriellement ou trimestriellement. Actuellement elle s'est ralliée à la thèse de la Cour de Cassation de FRANCE qui stipule que la prohibition de l'article 1154 du Code sur l'anatocisme ne peut s'appliquer au compte-courant, contrat sui generis, qui n'a pas été envisagé par les rédacteurs de cette prescription légale.

Voilà quelques distinctions pour les questions visant le droit obligationnel proprement dit.

A côté du droit conventionnel, on peut apercevoir aussi des différences de jurisprudence dans l'application de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle.

Notre jurisprudence belge est aussi hésitante entre le principe de la théorie objective et de la théorie qui reste à la notion classique de la responsabilité.

Comme nous le verrons, la jurisprudence française est plutôt disposée à adopter la thèse de la présomption de faute.

Notre Cour de Cassation de Bruxelles déclare que quand l'homme, *par son fait,* commet un dommage à autrui, il est tenu de le réparer. Il suffira à la victime de prouver quel est l'auteur du fait, et cet auteur n'aura d'autre recours pour éluder sa responsabilité que de prouver la force majeure.

Si le dommage est causé par le fait immédiat de la chose, la victime n'aura qu'à prouver qu'elle est due au fait de l'homme : l'homme répondant de son acte illicite et la chose n'étant qu'une extension de l'activité humaine, tout accident devra forcément être réparé.

On a répondu à cette théorie qu'un dommage n'est pas toujours forcément causé par un fait illicite, et qu'il peut être la résultante de plusieurs actes se présentant tous avec l'apparence de la licéité. En ce cas, il sera nécessaire, pour démontrer lequel de ces actes est l'acte illicite entraînant la responsabilité, de faire intervenir la notion d'imprudence ou de négligence. L'arrêt de Cassation 4 juillet 1929 et ceux des Cours d'Appel, semblent plutôt rester partisanes de la seconde théorie, qui respecte la notion classique de la responsibilité.

Pour se conformer aux prescriptions de l'article 1382 du Code Civil, la victime doit prouver la faute. Ce mot « faute » implique un élément moral de culpabilité, qui doit être envisagé non pas d'une manière générale et théorique, mais dans chaque cas déterminé. S'il est exact que le fait de porter atteinte à l'intégrité de la personne ou de la propriété d'autrui constitue la violation d'un droit, ce fait n'est pas nécessairement fautif : Exemple : aliénés causant un dommage.

Le nouveau Code Polonais des Obligations contient sur ce point des indications précises (Voyez Bulletin Trimestriel de la Société des Législations Comparées, 1934, page 205).

La Cour de Cassation française a adopté une troisième théorie : la victime ne doit plus prouver la faute dans le chef de l'auteur du dommage, c'est ce dernier qui sera « présumé » en faute. Elle délaisse l'article 1382 et applique la règle de l'article 1384 alinéa Ier, qui ne visait jusqu'ici que les choses inanimées. Celui qui a une chose sous sa garde sera présumé responsable du dommage causé, non seulement à raison du vice de la chose, mais du danger qu'elle présente.

La Cour de Cassation s'attache donc plus spécialement au fait de la chose qu'au fait de l'homme. On voit ici la tendance de la jurisprudence française agir sous la pression des nécessités sociales : vouloir renforcer la situation de la victime malgré l'absence de textes précis.

En ce qui concerne les législations étrangères, les trois théories ont été adoptées.

La loi autrichienne du 9 avril 1908, dont s'inspire la loi allemande du 3 mai 1909, établit le principe de la responsabilité de l'auteur du dommage à raison de son fait.

Le Droit Espagnol et le Code des Obligations Suisse, s'en tiennent au principe classique qu'il faut prouver la faute de l'auteur

du dommage.

La Jurisprudence Canadienne paraît exiger la règle de la faute commune, que les législateurs des différentes provinces ont substituée au système du droit anglais (Voyez MIGNAULT, La Revue du Droit, Québec 1932, page 209).

Enfin la loi canadienne du 30 juin 1912 et la jurisprudence anglaise semblent donner leur préférence à la notion de la présomption de faute.

Notons qu'en Belgique, pour mettre fin à ces incertitudes, une proposition de loi a été formulée, mettant en avant la théorie du risque: le conducteur d'un véhicule, par exemple, serait responsable de l'accident causé à des personnes ou à des choses par ce véhicule, et il ne pourrait être exonéré de cette responsabilité qu'en prouvant la faute de la victime, le cas fortuit ou la force majeure.

Le projet n'admet pas le principe de la réparation forfaitaire : il la trouve injuste et peu équitable. Par contre — et c'est là une innovation — il impose l'assurance obligatoire.

Dans ce domaine nous sommes en pleine évolution et les différentes tendances des jurisprudences et même des principes législatifs qu'on peut observer dans ce domaine, indiquent que la situation se transforme sous la pression de faits nouveaux : notamment la circulation automobile.

On voit combien l'étude comparative des lois ou de la jurisprudence peut amener de réflexions intéressantes et donner des notions nouvelles sur les tendances juridiques profondes de chaque Etat.

Le Canada précisément présente, à ce point de vue là, une importance très particulière, pour celui qui désire faire des études comparatives, par la juxtaposition, dans le même Etat, des principes du droit civil français et de la Common law anglaise.

C'est précisément en affrontant les législations latine et anglo-saxone, si profondément différentes, qu'une étude comparative peut amener des résultats fructueux.

En esquissant certaines différentiations de la jurisprudence belge et française, nous n'avons montré qu'un des tout petits aspects de ce problème, qui peut présenter un intérêt scientifique et pratique de tout premier ordre.

L'Institut International de Rome pour l'unification du droit privé montre que l'étude comparative ne doit pas seulement rester dans le domaine de la théorie, mais que, dans un avenir évidemment très éloigné, elle aura l'avantage, par la confrontation des opinions juridiques différentes, de pouvoir chercher un terrain d'entente et amener l'établissement de principes communs. On aura ainsi énormément favorisé le développement de la conscience juridique et le crédit des affaires.

ASPECTS OF THE LAW OF DOMICILE IN FRANCE AND QUEBEC

Presented by

MR. WALTER S. JOHNSON,
Member of the Montreal Bar.

International law, in a surprising degree, depends on rules which had their origin and development in Roman and French law. When in 1676, Sir Leoline Jenkins gave the first exposition of the law of domicile in England, and spoke of « domicile » as « a term not vulgarly known », there was already in France an immense literature upon the subject drawn from Roman sources and influenced by historically very ancient racial, political and social phenomena. If England was late in coming upon the problems which the law of domicile was designed to solve, it was because she was not divided into provinces with territorial laws. With the expansion of her colonial empire, the subject rapidly became of great importance. But in Quebec we draw nothing of principle in the matter of domicile from the law of England.

It is worthy of note, too, that the Roman law of the Digest and the Code provided the foundation of theory and example upon which our modern conception of the law of domicile is based ; though the universal extent of the Roman Empire made it impossible that questions of domicile could arise between subjects of Rome and those of another state. In administering the Empire, it became necessary to lay down certain principes governing the duties of citizens to fill public offices and pay taxes. It early became the rule that everyone who had his *domicilium* in a given place should, on demand, accept and carry out the duties of the public offices in that place ; and what taxes a man should pay and how he should be assessed, also depended to some extent on his *domicilium*.

Hence the criteria of domicile, and the circumstances to be relied upon in determining it, were methodically examined by Roman jurists. The Code Napoléon and the Civil Code of Quebec, word for word, agree that :

> « The domicile of a person for all civil purposes, is at the place where he has his principal establishment ».

That is a condensation in precise language of the ringing and rhythmic definition of the Law *de Incolis* :

« In whatsoever place an individual has set up his household gods, and made the chief seat of his affairs and interests; from which, without some special avocation, he has

no intention of departing; from which, when he has departed, he is considered to be from home ; and to which, when he has returned, he is considered to have returned home : in this place, there is no doubt whatever, he has his domicile ».

How the domicile rule came to be applied to determine a man's status and capacity, instead of his liability to taxation, is a long and intricate story. I suggest it here in a sentence or two. The Germanic peoples who overran France after the fall of the Western Empire, clung to their theory of the personality of laws ; so that the Frank, the Burgundian, the Lombard or the Roman living, say in Paris, was governed not by the local law, but by that of his nation. Feudalism, on the other hand, as it developed, suppressed the theory of personality, and replaced it by the rule of territoriality ; so that every person within a feudal territory was governed in all respects by the local or territorial law. Meanwhile, during those centuries, the Canon Law was being developed. The mediæval Church in its efforts to control the persons and the property of its faithful in a theocratic state, inquired not whether a man was a subject or an alien : for the purpose of church discipline, the collection of tithes, the control of marriage, and so on, it was much more important to know where a man's home or principal establishment was to be found. The Canonists, accordingly, applied and refined upon the old Roman rules of domicile of which the criterion was the permanent residence.

For centuries, this evolution in the Canon Law went on side by side with the secular law, along parallel lines. But as France became less insular, as friendly intercourse, trade and travel between neighbouring provinces of France and between France and neighbouring countries became more common, conflicts arose. So that if a man moved about France alone and accumulated property in different provinces, each of which had its own system of laws, it began to be very material for him or for his heirs to fix by some constant principle what was his status or capacity, by what law were his person, his property, his contracts, his will, to be governed.

When the secular courts were at last forced to consider and decide these conflicts, practical jurists and theoretical jurisconsults set themselves to formulate definite rules as to domicile ; and the Roman tradition, enhanced and enlarged by the Canonists during several centuries, was available for their guidance. And one of the rules which they evolved, clearly settled in principle and in practice, long before the Code Napoléon, was that if a person were a minor, or could make a will, or marry, under the Coutume of Orléans, his domicile, his status and capacity by the law of his domicile were to be recognized if he found himself in Paris.

When the numerous conflicting Coutumes were abolished and France was given a unitary law in the Code Napoléon, domicile as the

test of status and capacity disappeared, and nationality was substituted. The status and capacity of a French national, though he were in another country, remained subject to the law of France. The jurisprudence, in the absence of a text, has established the rule that in France the status and capacity of a foreigner will be governed by his personal, i. e. his national law. He may, by consent of the state, acquire a domicile in France and thus acquire certain civil rights and civil recognition; but his status and capacity, if questions as to these arise, are referred to the law of his nation.

Before I comment upon this rule as to nationality and explain our Quebec rule for determining status and capacity, I should like to mention one or two other differences and similarities. For example, the rules governing a change of domicile are similar. By either code, change of domicile is effected by actual residence in another place, coupled with the intention of the person to make it the seat of his principal establishment. The proof of the intention results from the declarations of the person and from the circumstances of the case. The court is left to decide, after weighing the facts and the circumstances. The Code Napoléon permits a person to make complete proof of his intention by signing a declaration of his intention before the mayor of his abandoned domicile, and another before the mayor of his new domicile of choice. Our Codifiers did not adopt this rule. They contented themselves by saying that such a declaration might be evidential. Yet it need hardly be remarked that a declaration of the kind would be ineffective, though made under oath, without *bona fide* acts showing a real intention to reside, in fact, actual residence, in the alleged domicile of choice.

The conduct of the person, the fact of residence, is a most vital check upon the expression of intention.

To go back now to domicile as the test of status and capacity. The Civil Code of Quebec lays down two fundamental rules :

1. A person domiciled out of Quebec remains, as to his status and capacity, subject to the law of his foreign domicile.

Hence a person who is in this province, or who, being abroad, brings an action or claims a right, but who is domiciled elsewhere, cannot assume, nor is he bound by, the status, the capacity or the incapacity which he would have by our law if he were domiciled here. He need not inquire whether by our law he has the capacity to make a given contract ; if the question arises, he must establish his capacity by his personal law. If by his personal law he is a major, he may in Quebec contract as such, though by our law he would be a minor and incapable. On the other hand, if he did not prove his capacity by the foreign law, our courts would assume the identity of the foreign and our own law, and deem him a minor and incapable.

The counterpart of this rule in French law is, that persons of

foreign nationality who may be in France remain, as to their status and capacity, governed by their foreign national or personal law. The fact raises an interesting problem. In our law as in that of England and the United States, which refer status and capacity to the law of the domicile, we hold, and for the sake of logic we are bound to hold, that no person can at any time be without a domicile. We go further and secure this result, by attributing to every individual, as soon as he is born, a domicile of origin which, if he is legitimate, is the domicile of his father, and, if illegitimate, that of his mother. That domicile clings to him until a change of domicile is clearly effected. It is customary to pride ourselves upon that excellent rule, and to say that thereby we evade entirely the difficulties of continental legal systems, which may have to decide what national law is to govern the status and capacity of a person with more than one or with no nationality.

But we do not escape entirely a somewhat parallel difficulty. For we can imagine a person whose domicile of origin is unknown, and who cannot be shown to have a principal establishment anywhere. We resort to the maxim *Boni judicis est ampliare jurisdictionem* : the actual residence may have to be accepted. Thus his succession would probably be deemed to open at the place of his residence, if known, or at the domicile of one of the heirs, at the choice of a plaintiff. And for the annulment of a marriage, where there was extreme doubt as to the domicile, our courts have assumed jurisdiction.

The second of these fundamental rules is this :

> 2. A person, as long as he remains domiciled in Quebec, is governed, even when absent, by our laws respecting his status and capacity.

In terms of domicile, this is the counterpart of article 3 of the Code Napoléon which enacts that his national law as to his status and capacity continues to govern a French national even when absent. In a word, a person domiciled in Quebec, or a French national, cannot claim, in Quebec or in France, respectively, the result of his actions permissible under a foreign law which his status and capacity under his personal law deny to him. He may succeed before the court of his personal law for the enforcement of a transaction made abroad, only if in making it he has acted within the status and capacity which his personal law assigns to him.

Serious conflicts arise where this rule based on domicile comes into conflict with the rule of French law, that status and capacity depend upon nationality.

Take the case of a French national who is domiciled, within the intent of our law, in this province. In our view, his status and capacity are governed by our law, not by that of France. In France, the courts regard his status and capacity as governed by French law. The man is caught between the laws of two countries, each of which insists upon

controlling his status and capacity. He marries in Quebec at the age of seventeen. Here the minimum age is fourteen. His marriage is illegal in France, where the minimum age is eighteen. He may escape this sanction by a change of nationality before his marriage ; but as he is a minor the change can only be made for and not by him. Nor must the nationality be changed in fraud of French law. He may also escape the sanction by remaining out of France and in a country which like Quebec refers status and capacity to the domicile ; and by care that his marriage status and rights be not urged in France. But this sanction in French law has equal validity with that of our law, which would not recognize a marriage abroad by a person domiciled in Quebec whose marriage our law forbids for lack of capacity.

Our rule that a person domiciled abroad is, as to his status and capacity, governed by his foreign personal law, may compel our courts to decide what in fact is the domicile. A person may allege a foreign domicile. But our courts will fix his domicile absolutely according to our views of domicile. The question will arise often in the case of alleged foreign divorces.

Our courts will recognize a foreign divorce granted by the *bona fide* international domicile of the consorts, by which we mean always the domicile of the husband. Thus in a proper case, the court of the forum (and this is true in Quebec as throughout Canada) may decide that the foreign court which has decreed a divorce did not have jurisdiction based on the international or genuine domicile of the divorced person. The court would inquire whether the alleged domicile was domicile in the sense known to English law — whether, i. e., it was at the place which was in fact his permanent home, his principal establishment, not for a mere special and temporary purpose, but *animo manendi sine animo revertendi.*

Our courts are not bound by the conception of the foreign law or court as to the constituents, indices or conditions of domicile or jurisdiction sufficient for divorce. The foreign court may found its jurisdiction upon some local rule of municipal law — as that residence for one year shall afford jurisdiction, or that residence for one year shall constitute domicile so as to afford jurisdiction. The foreign court may decree a divorce valid within its jurisdiction, as in any other which accepts the decree as valid. But the decree cannot, when it trenches upon the interests of any other country to whose tribunals the spouses are amenable, claim extra-territorial authority.

Moreover, if a person domiciled in Quebec purports to effect a change of domicile,, our courts may deny that a valid and effective change has been made. Of course, if a valid and effective change is made, the person will be recognized even in Quebec as having the status and capacity allowed him under his new personal law. We would scrutinize carefully the *bona fides* of the alleged change ; and

would not recognize a change made in fraud of our law. The difficulty is to say when there has not been good faith, and when there has been fraud.

For example : a person domiciled in Quebec can secure a valid divorce only by an Act of the Dominion Parliament. But suppose that he takes an actual domicile of choice in the United States, intending to remain there indefinitely and to make it the seat of his principal establishment ; but he has made the change because he can there secure a divorce which he proceeds to do. Is the divorce to be refused recognition in Quebec ?

The issue is to be sharply distinguished of course from one where a false pretence is made to a foreign court that the *bona fide* domicile is of that forum in order to induce the court to accept jurisdiction. We would not recognize the divorce so obtained. But the deliberate acquisition of a genuine domicile is not a fraud upon the foreign court. Dicey lays down that the efficacy of the change cannot be impugned because the motive was to obtain a divorce. In English law, that view can no doubt be supported on the thesis that there is no restraint upon the right of a person *sui juris* to change his domicile at will, and his motive is his own private affair. In Quebec, I believe the strong tendency would be to refuse recognition.

But if having made a genuine change of domicile without the motive of evading our law, he thereafter has cause for and obtains a divorce in the court of his new domicile, recognition should be accorded it. Nevertheless, the view has been put forward that, if he were domiciled in Quebec at marriage, the marriage has received an indelible impress of indissolubility ; so that a divorce other than one by the Dominion Parliament, must be deemed invalid. That view I have not space to discuss here, beyond expressing the opinion that in principle it is unsound, though certainly within the right of our courts to enforce.

This right to control the status and capacity of persons who because of their domicile here are *nos justiciables,* had an interesting interpretation by our Court of Appeal not long ago. I have already said that a foreign divorce will not be recognized in Quebec unless pronounced by the court of the common domicile of the consorts. Thus a wife whose husband is domiciled here, cannot select a foreign forensic domicile, though permitted by the foreign law, and there obtain a divorce valid in Quebec. Her domicile in our law is in Quebec with her husband.

But our law gives a wife, separated from bed and board, the absolute right to take a domicile of choice — anywhere. Having secured such a separation, suppose that she decides to remain domiciled in Quebec. Her husband departs and, as he is entitled to do, takes a domicile of choice in the United States. There, seven years later, he

secures a divorce, as is permitted in some states, on an allegation that his wife has refused to follow him to his new abode and has deserted him. In such a case, the Court of Appeal held, proof of that allegation was a fraud on the foreign court ; since a wife separated under our law and free to retain her Quebec domicile, could not be truly said to have deserted her husband by declining to follow him. Moreover, the court said, as we will recognize only a divorce granted by the court of the *bona fide* common domicile, the foreign judgment cannot affect the status in Quebec of the wife who, being thereto in law entitled, retains her Quebec domicile.

Owing to our federation of nine provinces, each as regards the other in matters of domicile a foreign country, conflicts will occur when a foreign country refers status and capacity to nationality. A Frenchman domiciled in Quebec becomes a British citizen in Canada by naturalization. If he has a lawsuit in France, his capacity there will be deemed that of his national law. But we have no Canadian national law regulating the matter in all its aspects ; and the law of Quebec, his domicile, must be accepted in France, of necessity, as being that part of his national law which defines his status and capacity. Phrased in another way, it could be said that the Quebec law is that part of the law within the federation of which he is a national, by which, in view of his domicile when naturalized, he contemplated that his status and capacity would be controlled.

It cannot too clearly be remarked, for the benefit of practitioners of a country which refers status and capacity to the national law, that a person domiciled somewhere in Canada must be deemed, nevertheless, to be domiciled not in the Dominion but in the particular province where he has his principal establishment. The question has been authoritatively decided by the Privy Council (1). The case involved the validity of a divorce.

The spouses were married in Ontario, where the husband was domiciled. Four years later they went to the United States. The next year the wife removed to Alberta where she resided continuously until the hearing of this case. The husband never acquired a domicile in Alberta, but an action by the wife for a separation from bed and board was served upon him there. She then took an action for divorce, substitutional service being permitted. The trial Judge dismissed the action for lack of jurisdiction, the husband not being domiciled in Alberta. The case found its way to the Privy Council. There it was strongly urged for the wife that the domicile of persons settled in any province is domicile, not in the particular province, but in the Dominion :

« in such sense that rights dependent upon domicile

---

(1) Attorney-General of Alberta v. Cook, (1926) A.C. 444.

within the Dominion may be determined in any court in the Dominion having jurisdiction locally over the subject-matter, and that each such court may summon before it a person domiciled within the Dominion, and deal with such person in matters of status according to the laws in force within the territorial area of its jurisdiction ».

The Privy Council held that :

« Uniformity of law, civil institutions within ascertained territorial limits, and juristic authority in being there for the administration of the law under which rights attributable to domicile are claimed, are indicia of domicile, all of which are found in the provinces. Unity of law in respect of matters which depend on domicile does not at present extend to the Dominion. The rights of the respective spouses in this litigation, therefore, cannot be dealt with on the footing that they have a common domicile in Canada, but must be determined upon the footing of the rights of the parties and the remedies available to them under the municipal law of one or other of the provinces ».

In this brief sketch, intended only to bring to your notice a few contrasts in the matter of domicile as between Quebec and France, the dear motherland of our civil law, much has to be left unsaid. But you will be content, my *confrères* of the Bar of old France, that we cherish as our most precious heritage the Coutumes, Codes and jurisconsults which through an evolution during fifteen centuries have made the civil law of France and of Quebec what they are today — the most humane, the most historically continuous, the most scientific, of all the legal systems of the world.

LA LOI DU MARIAGE DANS LA PROVINCE DE QUÉBEC

Rapport présenté par
L'HONORABLE JUGE C. E. DORION,
de la Cour du Banc du Roi.

LA LOI ANTÉRIEUR AU CODE CIVIL

Le mariage occupe une place considérable dans le code civil. Outre le titre consacré au mariage, à ses conditions d'existence, au contrat de mariage proprement dit, il contient un autre titre concernant la preuve des mariages et la tenue des registres de l'état civil ; et enfin, le titre des conventions matrimoniales consacré à la disposition et à l'administration des biens des époux. C'est ce qu'on appelle improprement le contrat de mariage. Nous n'aurons pas à nous occuper de ce titre.

Le sujet méritait bien toute cette attention de la part du législateur puisque la famille est la cellule embryonnaire de l'Etat, et que la paix et la prospérité publiques lui sont intimement liées.

Le mariage, contrat civil, est aussi primordialement un acte de religion. Il l'était dans la cité antique. Il l'est encore plus dans les pays chrétiens et dans la religion dont est sortie la civilisation moderne. Au point de vue du droit civil, il intéresse la famille, le patrimoine, les héritages et successions.

Il a conservé ce double caractère dans nos lois. Le mariage civil n'y existe pas et jamais ces mots n'ont été prononcés devant nos tribunaux ; mais certains arrêts récents, par une interprétation abusive, l'y ont introduit sans le nommer.

L'histoire de notre législation sur le mariage offre un intérêt particulier à cause des conditions spéciales créées par la conquête.

En 1763, au moment de la cession du Canada à l'Angleterre, le mariage était régi par la loi française. Le droit français de l'époque reconnaissait les règles du droit canonique et laissait aux tribunaux ecclésiastiques la connaissance des causes concernant le mariage. Il en était de même dans tous les pays où la civilisation chrétienne avait pénétré. Les coutumiers, et en particulier la coutume de Paris, qui est encore la loi de la province de Québec, ne disent rien du mariage. Ils n'en parlent qu'au point de vue des conventions matrimoniales (contrats de mariage), c'est-à-dire du régime des biens des époux, ce qui est essentiellement de droit civil.

Les ordonnances des rois de France ont réglementé la tenue des registres de l'état civil.

Les ordonnances ont aussi légiféré sur la célébration du mariage et les formalités qui doivent l'accompagner. Ces dispositions concernent les publications des bans, la présence du propre curé des parties, etc ... Elles sont, en somme, conformes aux décrets du Concile de Trente.

Sur un point, cependant, l'ordonnance de 1639 contient une disposition contraire au droit canonique : elle défend sous peine de nullité le mariage des mineurs sans le consentement de leurs parents. L'Eglise défend également de célébrer semblable mariage, mais elle ne le déclare pas nul. Cet empêchement créé par le droit civil existe encore dans notre droit (1).

L'Eglise catholique avait donc le monopole de la célébration des mariages en France, puisque seul le mariage catholique y était reconnu. La même règle était suivie dans les pays protestants, suivant l'axiome généralement recu *Cujus regio, ejus religio*. La religion était religion d'Etat. Ainsi l'Eglise anglicane avait seule le droit de célébrer les mariages en Angleterre et de les enregistrer, à l'époque de la conquête du Canada. Quant aux empêchements de mariage, ils étaient réglés par le statut de Henri VIII (22 Hen. VIII, ch. 38) qui limitait les empêchements de parenté à ceux du Lévitique.

Lors de la cession de la Nouvelle France à l'Angleterre, les habitants de ce pays étaient donc soumis aux lois civiles françaises, et, partant, aux lois concernant le mariage ; et la religion catholique était seule reconnue.

Qu'allait-il advenir d'elle après la cession ? Comment seraient conciliés les lois et les intérêts religieux des anciens sujets du roi de France et ceux des nouveaux habitants d'origine anglaise et protestante ?

On y avait pourvu en partie par le traité de Versailles, qui garantissait aux catholiques le libre exercice de leur religion, et cela comportait déjà la reconnaissance du mariage catholique. Ils gardaient aussi la possession de leurs biens, sous le régime des lois existantes, conformément au droit international.

Mais d'autres garanties furent ajoutées à celle du droit international et du Traité.

« *L'Acte de Québec* », loi du Parlement d'Angleterre promulguée en 1774, déclare que « les sujets français jouiront du libre exercice de *la religion de l'Eglise de Rome,* et de leurs biens et possessions, coutumes et usages concernant ces biens, et de tous leurs autres droits civils ; et que pour les litiges en ces matières on devra suivre les lois du Canada (2) ».

L'Acte de Québec de 1791 répète la disposition concernant la liberté religieuse (3).

Tout cela est hors de question, et l'on n'a jamais hésité, ni dans la

---

(1) Ord. de Blois 1579 ; Edit de déc. 1606 ; Déclar. de nov. 1639 ; Ord. de 1667 ; Edit de 1697 ; code civil, art. 119.

(2) 14 Geo. III, ch. 83, secs. 5 et 8.

(3) 31 Geo. III, ch. 31, sec. 35. Les garanties données dans le traité de Paris s'étendaient, non seulement à la province de Québec, mais à toute la Nouvelle-France ; l'acte de Québec de 1774 s'appliquait à tout le territoire de la ci-devant province de Québec, de même que l'acte de Québec de 1791.

législation ni dans les décisions des tribunaux, à le reconnaître.

En 1866, le Parlement de la Province du Canada à reproduit dans la rédaction du code civil de la province du Bas-Canada, promulgué le 1er août de cette année, les lois civiles françaises, applicables à tous les sujets anglais et français, comme elles l'avaient été depuis la conquête.

Le code civil comprend les lois sur le mariage, avec des dispositions particulières conformes à la liberté religieuse et à la loi antérieure, qui admettaient les rites de toutes les religions. Il n'y est pas question du mariage sans rites religieux ; le mariage purement civil n'y est pas reconnu.

Il n'est question directement dans le code que de la loi civile et des recours aux tribunaux civils. Mais puisque le Code ne reconnaît que le mariage religieux et en accepte les conditions, il résulte que c'est la loi religieuse des parties que les tribunaux civils sanctionnent dans les contestations qui leur sont soumises. Ainsi, les procès entre catholiques au sujet du mariage sont jugés suivant les règles de leur religion, et les procès entre protestants, ou membres d'une autre religion, sont jugés suivant leurs lois respectives.

Les mariages étant célébrés devant l'Eglise, c'est le ministre de chaque religion qui est reconnu par le code comme le fonctionnaire de l'acte civil qu'est aussi le mariage.

Ce sont aussi les ministres de chaque religion qui sont chargés de la tenue des registres de l'Etat civil et qui rédigent l'acte de mariage suivant les prescriptions du code.

TENUE DES REGISTRES

Après la conquête, les catholiques seuls possédaient des registres de l'état civil légalement reconnus par l'ordonnance de 1667.

Ce n'est qu'en 1795 que l'on songea à régulariser les registres jusque là tenus dans les congrégations protestantes. Seuls, parmi ces Eglises, les anglicans pouvaient prétendre que leurs registres étaient officiels en vertu de la loi de l'Eglise d'Angleterre. Car les ministres anglicans restent soumis dans toutes les possessions anglaises au *primat* et au *souverain d'Angleterre* en matière religieuse.

Quant aux Eglises dissidentes, elles n'étaient pas reconnues en Angleterre, et les dissidents se mariaient ici au Canada, comme ils le pouvaient, soit devant ceux qui agissaient comme ministres de leur religion, soit même devant les juges de paix.

Le statut de 1795 (1), ordonne la tenue des registres des baptêmes, mariages et sépultures dans les Eglises catholiques et protestantes selon la forme des registres déjà existants conformément à l'ordonnance de 1667.

(1) 35 Geo. III, ch. 4.

Il semble bien que le terme PROTESTANT dans ce statut ne comprend que les anglicans (1), puisque chaque Eglise dissidente n'a été autorisée que subséquemment par une loi particulière, à elle propre, à célébrer les mariages. Depuis cette époque jusqu'en 1859, il a été passé vingt-cinq statuts différents pour légaliser les mariages des dissidents et des Juifs et pour autoriser les ministres régulièrement ordonnés ou reconnus dans ces Eglises à célébrer leurs mariages.

En 1859, dans la refonte des statuts du Bas-Canada, en reproduisant ces dispositions, on a eu soin de bien distinguer entre les Eglises catholique et anglicane, qui avaient toujours eu le droit de célébrer les mariages, et les autres religions à qui ce droit avait été accordé par des statuts particuliers.

Ainsi, quant aux catholiques et aux anglicans, les lois concernant la tenue des registres de l'état civil n'apportaient aucun changement dans leur statut antérieur. Quant aux religions dissidentes et aux juifs, on autorisait leurs ministres à tenir registres chacun dans son Eglise. Pour les Anglicans, la loi telle qu'introduite ici par la conquête, exigeait qu'ils se marient devant leur propre Eglise (2).

En résumé, aucun changement n'avait été apporté à la loi sur le mariage par ces statuts qui ont précédé la publication du code civil, sauf quant aux Eglises dissidentes, qui furent autorisées à célébrer leurs mariages et à tenir registres.

Le Code Civil

En 1866, le Code Civil de la Province de Québec fut promulgué sous l'autorité du parlement de la ci-devant Province du Canada, qui comprenait le Haut-Canada et le Bas Canada, aujourd'hui Ontario et Québec, provinces du Dominion du Canada, créés en 1867 par la loi intitulée : « The Act of British North America ». Le code fut rédigé par une commission composée de trois membres, dont deux Canadiens-Français et un Canadien-Anglais.

Les rédacteurs du code déclarent expressément, dans le rapport officiel accompagnant le projet qui fut soumis au Parlement, qu'ils voulaient « conserver à chacun la jouissance de ses usages et pratiques, suivant lesquels la célébration du mariage est confiée aux ministres du culte auquel il appartient ».

Leur intention est bien clairement exprimée. Nous verrons si les articles du code contredisent leur intention.

Dans la nouvelle constitution du Canada, qui entra en vigueur le 1er juillet 1867, le pouvoir de légiférer sur le mariage est donné

---

(1) Membres de l'Eglise Unie d'Angleterre et d'Irlande. L'Eglise d'Ecosse était aussi officiellement reconnue.

(2) 26 Geo. III ch. 33, Lord Hardwicke's Act, 1753.

au Parlement du Canada, et celui de légiférer sur la célébration du mariage aux Législatures des provinces.

Les quatre premiers chapitres du titre « DU MARIAGE » traitent :

1) Des qualités et des conditions requises pour pouvoir contracter mariage ;

2) Des formalités relatives à la célébration du mariage ;

3) Des oppositions au mariage ;

4) Des demandes de nullité de mariage.

Lorsque les qualités et conditions requises pour contracter mariage manquent, il y a empêchement de mariage, et, si l'on se marie malgré l'existence de la cause d'empêchement, il y a nullité de mariage.

Il y a également nullité de mariage lorsque les formalités essentielles n'ont pas été suivies.

Pour des raisons qui apparaîtront au cours de ce travail, je ne parlerai pas des autres titres du code qui traitent des obligations, des droits et des devoirs des époux, et de la séparation de corps.

L'article 185 déclare que « le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints ».

LES CONDITIONS DU MARIAGE

Voici quelles sont les qualités et conditions fixées par le Code pour pouvoir contracter mariage et les nullités qui en résultent :

1) Nullités absolues :

Le défaut d'âge requis fixé pour l'homme à 14 ans : pour la femme à 12 ans (115).

Le défaut de consentement des parties (116).

Le fait d'un mariage pré-existant (118).

Les empêchements de parenté et d'alliance légitime ou naturelle : entre ascendants et descendants, frères et sœurs, oncles et nièces (124, 125). En vertu de deux lois subséquentes au Code, le mariage est permis entre un homme et la sœur de sa femme défunte, ou la fille de la sœur de sa femme défunte.

Les autres empêchements admis par les différentes croyances religieuses (127).

L'inobservation des formalités exigées par le Code (156).

2) Nullités relatives :

Le vice du consentement pour cause d'erreur ou de violence (116, 148, 149, 151).

L'impuissance (117).

Le défaut de consentement des parents des enfants mineurs (119, 150, 151, 153).

Les seules innovations faites par le code sont qu'il ne reconnaît pas le droit de dispense pour les empêchements de parenté mentionnés dans les articles 124, 125 et 126, non plus que le droit des églises de créer de nouveaux empêchements, et qu'il change les délais de pres-

cription de quelques actions en nullité.

Les autres différences entre le code et le droit canonique existaient déjà avant le code, telle la nullité du mariage des mineurs.

Quant aux empêchements édictés directement par le code, ils sont énoncés dans les articles 115 à 126. Ce sont tous des empêchement reconnus par le droit canonique.

L'article 127 ajoute :

« (127) Les autres empêchements admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses.

Il en est de même quant au droit de dispenser de ces empêchements, lequel appartiendra, tel que ci-devant, à ceux qui en ont joui par le passé ».

Cela ne veut pas dire qu'ils restent soumis à la conscience de chacun. Il est dit que seules, les autorités religieuses peuvent en dispenser, et c'est un article du code civil.

LE FONCTIONNAIRE DU MARIAGE

« *Article 128.* Le mariage doit être célébré publiquement, devant un fonctionnaire compétent reconnu par la loi.

Le fonctionnaire compétent à célébrer le mariage est le prêtre, ou ministre desservant l'église où doit avoir lieu le mariage. Il n'existe pas d'autre fonctionnaire compétent du mariage (C. C. 44).

Le code ne donne pas à ces fonctionnaires le pouvoir de marier n'importe qui : Il ne le donne qu'au prêtre ou ministre de l'église à laquelle appartiennent les parties (C. C. 130), puisque c'est là, au lieu du domicile de l'un des époux (C. C. 63), qu'est le fonctionnaire chargé de la célébration du mariage, à qui doit être signifiée l'opposition au mariage s'il y a opposition (C. C. 61). Il peut être célébré ailleurs qu'au domicile de l'une des parties, mais nul ne peut le célébrer et en dresser l'acte ailleurs, sans autorisation particulière ; et cette autorisation est donnée par l'autorité religieuse (C. C. 63.45, par. 2).

Evidemment, l'article 63 ne dit pas que le mariage peut être célébré au lieu du domicile ou n'importe où ailleurs. C'est que, en effet, dans l'Eglise catholique, cette autorisation s'obtient de l'Evêque. C'est lui seul qui autorise par leur nomination les curés à tenir les registres de leur paroisse. Pour tout autre prêtre, il faut une autorisation spéciale. Seuls sont *compétents* ceux qui possèdent cette autorisation.

Le mot *compétent* dans les articles 128, 129 et 156, est évidemment restrictif, comme nous verrons.

D'après l'article 17, par. 22, No 3, « les fonctionnaires de l'état civil sont ceux chargés de tenir ces registres » (de l'Etat Civil).

Ce fonctionnaire est donc compétent dans les limites de son autorisation.

OPPOSITION AU MARIAGE

Les conséquences du mariage sont tellement importantes que la loi pourvoit à en prévenir la célébration lorsqu'il existe quelque cause d'empêchement qui en produirait la nullité. Ce moyen de prévention est l'opposition au mariage, procédure judiciaire dont l'effet est de suspendre la célébration jusqu'à la décision du tribunal, et éventuellement d'en défendre et empêcher la célébration s'il est prouvé que la cause de nullité existe.

Sans entrer dans les détails du droit d'exercer ce recours par opposition, je dirai seulement que l'opposition n'est donnée qu'à ceux qui ont, non seulement un intérêt immédiat à prévenir cet acte, mais aussi un droit sur la personne qui doit se marier. Ce sont l'époux ou l'épouse encore vivants de celui qui veut contracter un second mariage; le père et la mère de l'enfant mineur ; les proches parents de celui qui est en état de démence.

La procédure de cette demande se trouve au Code de P. C. articles 1105 et s.

Cette procédure doit être portée devant la Cour du district du domicile de celui au mariage duquel on s'oppose, ou du lieu où doit être célébré le mariage, et l'opposition doit être signifiée au fonctionnaire appelé à célébrer le mariage.

Ce fonctionnaire n'est pas n'importe qui : c'est celui que la loi désigne en l'autorisant à le célébrer, celui du domicile, celui de l'église et celui de la religion de la partie contre qui l'on forme opposition.

Ici encore la loi suppose qu'on se marie à l'endroit qu'elle désigne, là où la partie peut être trouvée et atteinte par une opposition.

L'ACTION EN NULLITÉ DE MARIAGE

Le chapitre IV du Code, sur les demandes en nullité de mariage, ne traite pas de toutes les demandes en nullité.

Toute nullité est nécessairement, et de plein droit, sanctionnée par une action. Qu'est-ce qu'un droit sans sanction ? En effet, ce n'est pas le chapitre IV qui donne l'action en annulation de mariage : c'est le chapitre I, le chapitre qui, en prononçant la nullité, crée l'action. Le code civil ne parle pas, en général, des actions. C'est affaire de procédure. Le chapitre IV serait inutile sans les restrictions mises par le code au droit d'action pour les nullités relatives. En effet, les articles de ce chapitre ne donnent pas expressément l'action : ils la supposent, et ils fixent les conditions qui la limitent. Ainsi, parlent-ils de la prescription des actions, et des personnes qui peuvent les intenter.

L'article 152 dit que : « Tout mariage contracté en contravention aux articles 124, 125, 126, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt ».

L'article 155 ajoute : « Dans le cas où, d'après l'article 152,

l'action en nullité compète à tous ceux qui y sont intéressés, l'intérêt doit être né et actuel pour donner ouverture à ce droit d'action en faveur des aïeux, des parents collatéraux, des enfants nés d'un autre mariage et des tiers ».

C'est le cas de toutes les nullités absolues : elles peuvent être invoquées en tout temps et par tous. Mais l'intérêt est la mesure des actions : pour intenter une action en justice, dit le code de procédure (article 77), il faut y avoir un intérêt ; et l'article 152 ne fait que rappeler la règle générale.

La bigamie (article 118) est cause de nullité absolue : il n'en est pas question dans le chapitre IV.

La jurisprudence

Les Tribunaux du Canada

Avant le code, il a été rendu peu de jugements par les tribunaux du Bas-Canada sur la question du mariage. Ils n'offrent pas d'intérêt par le sujet de ce cours, sauf trois, dont l'un rendu en 1846, a décidé que la nullité d'un mariage entre catholiques, pour cause d'impuissance, ne pouvait être prononcée qu'après un décret favorable rendu par l'autorité ecclésiastique (1).

Un autre jugement rendu en 1866, a décidé la même chose (2). Enfin, en 1866, un mariage a été annulé pour diverses raisons, entre autres pour disparité de culte (3).

Depuis le code, les tribunaux de la province de Québec ont en général donné effet à l'article 127 et appliqué le droit canonique comme il devrait l'être (4).

Mais depuis l'année 1901 il a été rendu aussi quelques jugements en sens contraire ; (5) et en 1921, le Conseil Privé, infirmant les jugements rendus par la Cour Supérieure et par la Cour de Revision dans la cause de Tremblay vs Despaties, a déclaré valide un mariage entre deux catholiques, malgré la parenté au degré prohibé par le droit canonique. Cette décision a été suivie depuis dans la cause de

---

(1) Lussier vs Archambault, B. R., 16 R. R. 494.
(2) Vaillancourt vs Lafontaine, C. S. 11 Jur., 305 : 17 R. R. 189.
(3) Mignault vs Hapeman, 10 Jur., 137 ; 18 R. R. 439.
(4) Langevin vs Barrette, Berthelot, J., 4 R. L. 160 (1872) ; Laramée vs Evans, Jetté, J., 25 J., 261 (1881) dans la même cause, Papineau, J., 24 J., 235 Globensky vs Wilson, Bourgeois, J., M. L. R., 2 C. S. (1886) ; Valade vs Cousineau, Mathieu, J., 2 C. S. 523 (1892) ; De Grandmont vs La Soc. des Artisans, Taschereau, Archibald, Langelier, JJ., 16 C. S., 532 (1899) ; Durocher vs Degré, Mathieu, Curan, Lemieux, JJ., 20 C. S. 456 (1901) ; Loranger vs Lauzon, Mercier, J., 18 Jur., 407 (1912) ; Tremblay vs Despaties, Bruneau, J., 40 C. S. 429, en Rév. 43 C. S. 59.
(5) Delpit vs Côté, 20 C. S., 338, Archibald, J., (1901) ; Hébert vs Clouâtre, 41 C. S., 429, Charbonneau, J. (1912).

Plante vs Zannis (1), en première instance.

En outre, en 1910, la question de la validité en droit civil des mariages nuls en droit canonique a été soumise à la Cour Suprême (2), qui a décidé en faveur de la validité, et son opinion a été confirmée par le Conseil Privé (3).

Deux questions ont été jugées dans ces diverses causes :

1) Les empêchements du droit canonique sont-ils reconnus par le code ?

2) Le mariage entre deux catholiques, ou entre un catholique et un non-catholique, devant autre qu'un prêtre catholique est-il valide ?

Cette seconde question se rattache à la première, puisqu'il s'agit aussi d'un empêchement de droit canonique. Mais elle dépend également de l'interprétation qu'il faut donner aux mots *fonctionnaire compétent* dans le code.

Ces deux questions couvrent tout le sujet des griefs formulés par les catholiques lésés par une jurisprudence qui n'est pas conforme à la loi.

Il s'agit, en effet, de savoir si le mariage entre catholiques reste soumis à la loi de l'Eglise catholique, et si les sujets du Roi dans ce pays jouissent en cela de la liberté de conscience qui leur est garantie par la constitution du Canada. Où est la liberté de conscience pour un catholique déclaré adultère au nom de la loi civile, alors que, en religion et en conscience, il est époux légitime ? Qu'est ce que la liberté pour un catholique qui, libéré d'un premier mariage déclaré nul suivant la loi de sa conscience, et pour ce fait est condamné à la prison pour crime de bigamie ?

Il est vrai que celui qui sciemment contracte un mariage nul suivant la loi religieuse, le fait en toute liberté de conscience. Mais si la loi ne lui donne pas la liberté de se repentir, et de rentrer dans l'ordre, elle lui enlève pour toujours sa liberté de conscience.

Les mariages mixtes, qui ont été la cause de toutes les difficultés, auraient été réglés d'une manière équitable pour tous (au point de vue civil), si l'on avait appliqué la loi telle qu'elle est, c'est à dire la loi personnelle.

La conclusion de ce cours se dégagera de l'examen que nous allons faire du jugement dans la cause de Tremblay vs Despaties. C'est ce qui reste à examiner.

En 1910, Tremblay intenta une action en annulation de mariage contre sa femme, née Despaties. Il invoquait un empêchement de parenté au degré prohibé en droit canonique, découvert depuis son mariage, qui, d'ailleurs, avait été célébré devant le propre curé des

---

(1) Belleau, J., 63 C. S. p. 155 (1925).
(2) 46 C. S. R., 132.
(3) L. R. A. C., 1912, 880.

parties, et avec les formalités requises par la loi ecclésiastique et civile.

Au cours du procès en première instance, devant la Cour Supérieure, il obtint un décret du tribunal ecclésiastique déclarant le mariage nul pour la raison invoquée dans son action. La Cour Supérieure, sur preuve de l'existence de cet empêchement et du décret de l'officialité, annula le mariage.

Ce jugement fut confirmé par la Cour de Revision.

La cause fut portée devant le Conseil Privé par permission spéciale de ce Tribunal, et entendue en mai 1914, et le jugement fut rendu le 11 février 1921. Dans l'intervalle, les parties s'étaient réconciliées, avaient obtenu dispense de l'empêchement de parenté existant entre elles et s'étaient mariés, cette fois, validement. L'Eglise anglicane était représenté par un avocat à l'audition de la cause, pour suivre la procédure, et plusieurs évêques de cette Eglise assistaient en personne à l'audience du tribunal. On craignait que la décision pourrait affecter les mariages où l'un des conjoints, et même les deux seraient protestants. La Cour rendit jugement contre l'intimé, déclarant le mariage valide nonobstant l'empêchement de parenté, pour le motif que tels empêchements n'étaient pas reconnus dans notre droit antérieurement au code civil, et que l'article 127 n'a pas changé le droit antérieur.

Le jugement déclare aussi que deux catholiques peuvent contracter mariage validement devant un ministre de religion protestante, ce qui n'était pas en question dans la cause.

Nous discuterons le mérite du jugement sur chacun de ces points, après en avoir exposé les motifs.

Le jugement du Conseil Privé

Le Conseil Privé interprétant l'article 127, déclare d'abord ceci :

« Au lieu de déclarer spécifiquement quelle sera la loi à l'avenir quant à l'effet des incapacités dont il s'agit, il exprime simplement l'intention de ne rien changer dans la loi alors existante sur ce sujet et décrète que la loi existe telle qu'elle était (1) ».

Ceci est conforme à l'intention exprimée par les codificateurs.

Or, quelle était la loi avant la promulgation du code civil ? Nous l'avons vu par les statuts constitutionnels.

J'en répète encore les termes :

« Les sujets français jouiront du libre exercice de la religion de l'Eglise de Rome, et de leurs biens et possessions coutumes et usages concernant ces biens, et de tous leurs autres droits ; et pour les litiges en ces matières, on devra suivre les lois du Canada ».

---

(1) In lieu of declaring specifically what is to be the law in the future as to the effect of the disabilities to which it refers, it simply expresses the intention to effect no change in the law as then existing on the matter and directs that it should remain unchanged. (5 A. C. p. 718).

Et le jugement du Conseil Privé déclare que : « Dans le Code civil, le mariage est traité comme un acte de l'état civil », ce qui est évident.

Et l'on ajoute, que, par la conquête et le changement d'allégeance, les tribunaux ecclésiastiques ont perdu toute juridiction et que les règles qu'ils suivaient sur les empêchements de mariage sont remplacés par la loi de Henri VIII (1).

« L'Acte de Québec de 1774, dit-il assure aux catholiques le libre exercice de leur religion (sujet à la suprématie du roi déclarée et établie par un statut fait dans la première année du règne de la reine Elisabeth (2) ».

Et il ajoute : « Mais il faut se rappeler que ceci est un privilège accordé à l'individu. Il ne comporte aucune contrainte quelconque. Il peut changer de religion à volonté (3) ».

Et encore : « La loi n'intervenait aucunement dans la juridiction des tribunaux ecclésiastiques de la religion catholique romaine sur les membres de cette Eglise dans les questions de conscience. Mais elle ne leur donnait aucun effet civil (4) ».

Puis, après avoir parlé du droit français suivi avant la conquête on ajoute : « C'étaient des lois (ordonnances) d'un pays où les mariages protestants étaient regardés comme nuls ... Cet état de choses prit fin automatiquement lorsque Québec passa sous la domination anglaise (5) ».

C'est là ce que le Conseil Privé donne comme étant la loi établie par la conquête et confirmée par le code civil : les lois sur le mariage tombent sous l'effet de la législation anglaise, et en particulier de la loi de Henri VIII.

Jusque là, on avait toujours cru que les statuts cités (de 1774 et 1791) avaient expressément affranchi les catholiques de la proscription contenue dans le Statut d'Elisabeth, et les lois de Henri VIII.

CRITIQUE DU JUGEMENT DU CONSEIL PRIVÉ

1° — *Les lois de Henri VIII et d'Elisabeth.*

Le Statut passé « dans la première année du règne de la reine

---

(1) 32 Henri VIII, ch. 38.

(2) ... subject to the King's supremacy declared and established by an Act made in the first year of the reign of Queen Elisabeth.

(3) But it must be borne in mind that this is a privilege granted to the individual. There is no legislative compulsion of any kind whatever. He may change his religion at will.

(4) The Legislature did not put over him a citizen any ecclesiastical jurisdiction. The decisions of the ecclesiastical Courts that existed in the Roman Church bound him solely as a matter of conscience. The Legislature gave to their decrees no civil effect nor bound any of its subjects to obey them.

(5) Appeal Cases, 1921, p. 718.

Elisabeth » défend, sous peine de mort, d'enseigner, de défendre, d'approuver, etc .. *la suprématie, même spirituelle* de toute personne étrangère.

Et l'Acte de Québec (14 Geo. III c. 83 p. 5) permet en propres termes l'exercice de la religion de « *l'Eglise de Rome* » *et dispense expressément les catholiques de prêter le serment de suprématie exigée par le statut d'Elisabeth.*

Ainsi le code civil n'a rien changé à la loi antérieure, et la loi antérieure admettait, comme sous la domination française, la discipline de l'Eglise catholique. Le mariage, contrat civil de sa nature, n'en reste pas moins un acte de religion, un sacrement de l'Eglise, et la loi civil sanctionne l'effet du sacrement par l'Acte de Québec (3.5).

La clause 3 de l'Acte de Québec réserve la *suprématie du Roi,* car, en exemptant expressément les catholiques de la suprématie spirituelle du Roi d'Angleterre, on voulait réserver aussi expressément sa suprématie temporelle : les deux suprématies, politique et religieuse sont énoncées dans le statut d'Elisabeth ; et, dans la formule du serment de suprématie, on ne voulait pas qu'il y eut d'équivoque.

C'est pourquoi les officiers publics dans la Province de Québec prêtent le serment d'allégeance au Roi d'Angleterre : ils ne prêtent pas le serment de *suprématie* religieuse.

Le mariage est de droit civil, droit privé, et : n'eut été de la question de religion d'Etat, les traités et les statuts n'eussent pas été plus nécessaires, pour assurer qu'il demeurât ce qu'il était, que pour le droit de propriété.

Qui oserait soutenir, même devant le Tribunal du Conseil Privé d'Angleterre, que, par la conquête de l'Inde, le mariage pour les trois cent millions de nouveaux sujets bouddhistes et musulmans est devenu sujet aux lois d'Henri VIII et d'Elisabeth ?

Je cite encore le jugement qui dit :

(p. 30) « Mais il faut se rappeler que ceci est un privilège accordé à l'individu. Il ne comporte aucune contrainte quelconque. Il peut changer de religion à volonté ».

Sans doute, la loi n'impose aucune religion. Mais encore faut-il en changer pour échapper aux conditions fixées par la loi pour la validité du mariage qui reste mariage religieux : la loi n'en reconnaît pas d'autre. Elle n'a pourvu à aucun moyen de se marier autrement que devant un ministre de religion. Pour un catholique, tant qu'il reste catholique la validité de son mariage reste soumise aux règles de son Eglise. L'article 127 le dit : Les *empêchements* (c'est à dire, les causes de nullités) restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans son Eglise.

Le fait de commettre une faute contre les lois de l'Eglise n'est pas nécessairement une apostasie. Se marier malgré un empêchement de parenté non déclaré au curé, et ignoré des parties, comme cela arrive, ou même se marier devant un ministre de la religion protestante, cela

ne suppose pas nécessairement l'intention de cesser de pratiquer et de professer la religion catholique.

Il y a d'autres cas analogues qui naissent du fait que dans toutes les questions qui intéressent la religion, la loi de la Province de Québec respecte les croyances religieuses.

Ainsi, en cessant d'être catholique, on échappe, *en droit civil,* à l'obligation de payer dîme au curé, de payer les taxes imposées pour les écoles catholiques, pour la construction des églises catholiques. Mais il ne suffit pas de cesser d'aller à la messe pour cesser d'être catholique devant le loi ; il faut avoir cessé de l'être de fait et d'intention. C'est la doctrine suivie par les tribunaux en Angleterre comme au Canada (1).

Qu'on ne dise pas que la loi le laisse libre de faire annuler son mariage devant son église comme affaire de conscience, mais que son mariage reste valide en droit civil, car alors il ne peut plus contracter un nouveau mariage sans commettre le crime de bigamie.

2° — *L'article 127*

Ainsi, d'après le Conseil Privé, l'article 127 C. C. qui exprime simplement « l'intention de ne rien changer dans la loi alors existante sur ce sujet » ne veut rien dire, et les codificateurs auraient pu décréter avec autant d'à propos que les catholiques pourront continuer d'aller à confesse, si cela leur plait. Seulement la confession n'a rien à faire avec le droit civil, et c'est pour cela qu'ils n'en ont pas parlé tandis que le mariage nul pour le catholique, et qui reste valide en droit civil, lui enlève la liberté de faire cesser un état de choses qui répugne à sa loi religieuse, et lui impose des obligations civiles qu'il sera peut être forcé d'exécuter et qui répugnent à sa conscience.

Quant à l'intervention des tribunaux civils dans la juridiction des tribunaux ecclésiastiques, la question n'offre aucune difficulté.

Les décisions des tribunaux ecclésiastiques ne sont pas exécutoires dans la Province de Québec. Comme les règles de toute société, compagnie ou corporation reconnue par la loi, il faut, pour les rendre obligatoires par les sanctions du droit civil, qu'ils soient sanctionnés par un jugement de nos tribunaux civils. Tous les jours on voit les tribunaux sanctionner les décisions des directeurs de compagnies et les règlements des sociétés civiles ou religieuses. L'Eglise catholique est une société reconnue expressément par la loi et dont l'article 127 reconnaît les règlements en matière de mariage, et lorsque des dif-

---

(1) Swift vs Kelly, 3 Knapp, p. 257 ; Calverton vs Longworth, 10 Jurist, N. S. part. I, p. 109 ; Gravel vs Bruneau, 10 R. de Jur. 114 ; Syndics de Lachine vs Fallon, 10 Rap. Rev. Mathieu, 337.

férends s'élèvent sur ce sujet, les tribunaux ont à se prononcer sur les règles qui gouvernent ses membres et doivent en prendre connaissance, et ils le font constamment.

Notre jurisprudence sur la question du mariage en fait foi. Dans la célèbre cause de Guibord (1), où il s'agissait de savoir si Guibord avait droit, d'après les règles canoniques, à la sépulture en terre consacrée, le Conseil Privé a reconnu le droit d'excommunication, quoiqu'il ait jugé, à tort ou à raison, que la sentence portée contre Guibord par l'autorité ecclésiastique n'était pas conforme au droit canonique. Ce tribunal se réserve, comme on voit, le droit de juger si la loi canonique a été bien appliquée par l'officialité.

Puisqu'il n'y a rien de changé dans la loi, c'est encore au tribunal ecclésiastique à prononcer d'abord sur ces questions. C'est ce que les tribunaux civils de cette province, en général, ont admis.

Mais, soit que les tribunaux civils acceptent la décision de l'officialité, soit qu'ils en prennent connaissance directement, ils n'en doivent pas moins appliquer les règles reconnues par l'article 127.

Le jugement du Conseil Privé n'a négligé aucun argument pour démontrer que l'article 127 ne compte pour rien dans le code.

Ainsi, fait-il remarquer que, dans le chapitre IV du titre du mariage, qui traite des actions en nullité de mariage, on ne trouve aucune sanction pour les empêchements canoniques de l'article 127. (« Nous trouvons que le code ne fournit aucun moyen pour contester ces mariages »).

En effet, les moyens de contester ne sont pas dans le code civil, pas plus pour cette nullité que pour les autres, mais dans le code de Procédure.

La procédure n'a rien à faire avec la question qui nous occupe, non plus que le chapitre IV du code civil. C'est le chapitre I qui traite des nullités, qui indique les causes de nullité. Nous les avons indiquées : ce sont le mariage existant, le défaut de consentement des parents mineurs, etc. Et toute nullité est de *plein droit* sanctionnée par une action. Les articles 76, 117 etc. du Code de Procédure couvrent tous les cas.

Quant au chapitre IV C. C. qui s'intitule :

« Des demandes en nullité de mariage », il ne donne pas le moyen de contester les mariages. Le moyen commun à toutes ces contestations c'est l'action en justice. Il n'y a aucun moyen spécial de contester la validité d'un mariage.

Ainsi, le chapitre IV du C. C. ne mentionne pas les cas de nullité de l'article 115 (défaut d'âge), ni de l'article 117 (impuissance), ni de l'article 118 (mariage préexistant). Cependant personne ne dira que le code ne fournit aucun moyen pour les contester (« no provision for contesting them »).

---

(1) Brown v. La Fabrique de Montréal : 20 L. C. J. 228 et L. R. 6 P.C. 157.

Les articles de ce chapitre ne font qu'indiquer les cas où le droit d'action en nullité est refusé ou limité par un délai de prescription, même l'article 152 (lu avec l'article 155).

Enfin, dernier argument apporté par le jugement du Conseil Privé pour éliminer l'article 127 : on invoque l'article 161 :

« Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage est représenté, les époux sont non recevables à demander la nullité de cet acte ».

Et voici ce que dit le jugement au sujet de cet article :

« Pour empêcher l'application d'une règle aussi rigoureuse, il faudrait qu'il y eut une disposition aussi formelle disant que dans certains cas particuliers le mariage peut être annulé. Rien de moins que cela ne peut permettre d'échapper à l'effet de ses termes clairs et précis (1) ».

Cette déclaration confond la nullité du mariage avec la nullité de l'acte qui fait preuve du mariage. Pourtant, l'un peut exister sans l'autre : il est permis de prouver le mariage par témoins, sans acte de mariage dans certains cas (article 51 du code civil).

L'article 161 parle de l'acte de célébration du mariage (articles 63, 64, 65, C. C.) Et, précisément, pour obtenir l'annulation d'un mariage il faut prouver qu'il a été célébré, en produire la preuve. Il n'y a pas lieu d'annuler un mariage qui n'a pas eu lieu. Et la preuve qu'il a eu lieu se fait par la production de l'acte de célébration et pas autrement : articles 159 et 160. Mais l'article 161 ajoute que l'acte de mariage, qui peut être attaqué en faux comme tout acte authentique (C. C. 1211), ne peut pas être attaqué en nullité comme étant faux, lorsqu'il y a possession d'état conforme.

Cela veut dire que la possession d'état conforme à l'acte de mariage est une preuve inattaquable de la célébration du mariage. Cela ne regarde aucunement la validité du mariage, qui, malgré possession d'état et acte conforme, peut être attaqué en nullité, par exemple, en vertu de l'article 124, pour empêchement de parenté.

Ceci est vrai de tout contrat : on n'est pas reçu à l'attaquer en nullité, sans avoir d'abord prouvé qu'il a eu lieu.

L'article 237

Il y a un article du code qui semble avoir échappé à l'attention du Conseil Privé, peut-être parce qu'il n'a pas été invoqué : c'est l'article 237. Il démontre que les codificateurs entendaient bien traiter les empêchements canoniques comme existants et sanctionnés par le droit civil, et qu'ils ont rédigé la loi en conséquence.

---

(1) To prevent the application of so stringent a clause as this, there must be some equally explicit provision that in special cases the mariage can be annuled. Nothing less than this can get rid of the opération of its clear and precise provisions.

« 237 : Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère ».

Ainsi les enfants nés d'un commerce incestueux ne peuvent pas être légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs. Le code suppose évidemment que le cas peut se présenter, c'est-à-dire qu'il peut arriver que des personnes parentes au degré prohibé par la loi ont eu ensemble des rapports sexuels, ce qui constitue l'inceste, qu'un enfant soit né de cette union, et que plus tard ces parents incestueux se marient ensemble.

Or, le code civil ne considère pas comme incestueux ceux qui ont des rapports sexuels lorsque aucun empêchement civil de parenté n'existe entre eux. Si les seuls empêchements reconnus par le code civil sont ceux des articles 124, 125 et 126, le code suppose un cas impossible, et l'article 237 ne veut rien dire quant aux enfants incestueux. Car ceux qui sont parents aux degrés prohibés par les articles 124, 125 et 126 ne peuvent jamais se marier, parce que le code ne reconnaît pas les dispenses que l'Eglise pourrait accorder pour ces cas là (1).

L'on doit interpréter la loi de manière à lui donner sens et effet, si c'est possible (article 12 C. C.). L'article 237 a un sens complet et évident, si l'article 127 veut dire ce qu'il dit : en effet, si les empêchements canoniques sont admis dans le droit civil, il peut arriver, et il arrive fréquemment, que des personnes parentes au degré prohibé par le droit canonique en dehors des articles 124, 125 et 126 obtiennent dispense et se marient, et alors les enfants qu'ils auraient pu avoir ensemble avant leur mariage se trouveraient légitimés, si ce n'était de l'article 237.

Ainsi, le code donne un effet civil aux empêchements de parenté du droit canonique.

3° — *Compétence du fonctionnaire de l'état civil*

Dans cette cause de Tremblay vs Despaties, le Conseil Privé a adjugé sur un point de droit qui n'était pas en question, mais qui n'a pas moins d'importance que le premier et qui, d'ailleurs s'y rapporte directement. Il s'agit de la compétence du fonctionnaire de l'état civil à célébrer les mariages. Or, il a décidé que les ministres des diverses religions sont tous compétents pour célébrer les mariages de ceux qui n'appartiennent pas à leur église.

Remarquons d'abord que l'empêchement de *clandestinité* (défaut de publicité) de l'Eglise catholique tombe sous l'article 127. Cet em-

---

(1) « Ces empêchements sont applicables à tous de quelque religion ou persuasion religieuse qu'ils soient, et il n'y a aucune autorité qui puisse en dispenser ». (Rap. des Cod. page XLIV, Vol. I).

pêchement d'ailleurs existe en vertu du code civil (article 156).

« Tout mariage qui n'a pas été contracté publiquement et qui n'a pas été célébré devant le fonctionnaire compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel ».

Et l'article ajoute : « sauf au tribunal à adjuger suivant les circonstances ». Ces derniers mots sont précisément conformes à la pratique des tribunaux ecclésiastiques : ils ne déclarent pas nuls un mariage auquel il manque quelque formalité si l'omission n'a pas d'importance dans le cas.

Voici les arguments tirés, par le jugement, des lois concernant les registres de l'état civil :

« Le caractère de toutes ces lois qui est d'abord le plus remarquable et le plus essentiel aux questions soulevées dans le présent appel est que nulle part dans cette législation (à l'exception des deux lois relatives respectivement aux Juifs et à la société des Quakers) on ne trouve la moindre allusion aux opinions religieuses des personnes qui doivent se marier (1).

Et plus loin : « Il découle nécessairement du langage de ces *lois du mariage* que le pouvoir donné aux ministres protestants de célébrer des mariages était absolument général et ne dépendait aucunement des croyances religieuses de l'une ou des deux personnes à marier : la même chose est vraie pour les prêtres de l'Eglise catholique romaine. Jamais ils n'ont été légalement incompétents à célébrer des mariages entre personnes dont l'une ou les deux ne partageaient pas leurs croyances religieuses (2) ».

L'exception faite pour les Juifs (3) et pour les Quakers (4) est qu'il n'est pas permis aux Juifs de marier autres personnes que leurs coreligionnaires, et aux Quakers, autres que des personnes dont l'une soit leur coreligionnaire.

De ces deux exceptions on tire argument contre l'opinion que le pouvoir de chaque ministre de religion est limité à ses coreligionnaires.

---

(1) The feature of all these Acts which is at once the most remarkable and the most material to the question raised by this appeal is that nowhere in this legislation (which the exception of the two Acts relating respectively to the Jews and the Society of Quakers, which will presently be considered specially) is there the slightest reference to the religious views of the persons to be married.

(2) It is an irresistible conclusion from the language of these Marriage Acts that the authority given to the Protestant ministers to solemnize marriages was a perfectly general one, and depended in no way upon the religious belief of either or both of the persons to be married. The same is true of the priests of the Roman Catholic communion. They were never under any legal disability as to their solemnizing marriage between persons one or both of whom did not belong to their faith.

(3) 9-10 Geo. IV, ch. 75.

(4) 23 Vict. ch. 11.

Nous verrons ce qu'il peut y avoir de vrai dans ce raisonnement.

L'on tire aussi argument du paragraphe 2 de l'article 129 du code civil, qui se lit comme suit :

« 129. (paragr. 2) ... Cependant aucun des fonctionnaires ainsi autorisés ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement, d'après les doctrines et croyances de sa religion, et la discipline de l'Eglise à laquelle il appartient ».

Et voici en quels termes le jugement s'exprime : « Cet article vise non seulement la possibilité de mariages valides malgré les empêchements existant dans les croyances d'une religion en particulier, mais encore il prévoit le cas d'un fonctionnaire appartenant à cette religion, possédant l'autorité voulu pour célébrer un tel mariage, bien qu'il ne puisse être contraint à le faire (1) ».

Du fait que l'article 65 n'exige pas que la religion des parties soit mentionnée dans l'acte de mariage, on conclut encore que c'est parce que la religion des parties est indifférente à la validité du mariage que les codificateurs ont trouvé qu'il était inutile de la mentionner.

Reprenons l'examen de ces textes :

« Nulle part dans cette législation (que l'on appelle *marriage laws*) ... on ne trouve la moindre allusion aux opinions religieuses des personnes qui doivent se marier ».

L'article 7 de l'Ordonnance de 1667 dit :

« Les preuves de l'âge, des mariages et du temps du décès seront reçues par des registres en bonne forme, qui feront foi et preuve en justice ».

Ces prétendues lois du mariage ne font pas autre chose que pourvoir à la preuve des mariages, baptêmes et sépultures et à la tenue des registres dans ce but. Et logiquement on charge ceux qui ont droit de célébrer les mariages de les enregistrer.

La première loi concernant les registres après la conquête est celle de 1795 (35 Geo. III, chap. 4) dont voici le titre : «Acte qui établit la forme des registres des baptêmes, mariages et sépultures, qui confirme et rend valable en loi, les registres de la congrégation protestante de Christ Church à Montréal et autres qui ont été tenus d'une manière informe et qui fournit les moyens de remédier aux omissions dans les anciens registres ».

Le préambule du statut dit :

« Vu que l'enregistrement uniforme et authentique des baptêmes, mariages et sépultures dans cette province tendra à assurer la paix des familles et à constater les divers droits civils des sujets de Sa Majesté en icelle ».

---

(1) It contemplates therefore not only the possibility of valid marriages to which there are objections according to the creed of any particular religious denomination, but even that an officer holding that creed has authority to solemnize such a marriage though he is not compellable to do so.

Ce n'est pas une *loi du mariage,* c'est une *loi sur la preuve.*
C'est encore cette loi qui nous régit. Elle est reproduite dans le code.

Quant au mariage même, il n'en était pas question dans ce statut: cela n'était pas nécessaire, aussi bien pour les anglicans que pour les catholiques, ces deux religions étant officiellement reconnues et chacune ayant sa loi particulière.

Sous le nom d'anglicans je comprends, pour abréger, les membres de l'Eglise Unie d'Angleterre et d'Irlande, et de l'Eglise d'Ecosse.

Ce statut de 1795 ne pourvoit qu'aux registres tenus par les catholiques et les protestants, et sous ce nom de protestants ne sont pas compris les dissidents (méthodistes, etc ...) et les Juifs.

En 1816, un ministre dissident avait demandé au tribunal de lui faire remettre par le protonotaire un registre suivant la loi comme aux autres ministres protestants. Cela lui fut refusé parce qu'il n'était pas fonctionnaire public, ni une personne dans les saints ordres officiels et reconnus comme tels par la loi ... »

Ce statuts de 1795, dit le juge Sewel en rendant le jugement, « n'est rien autre chose qu'une règlementation de la preuve devant les tribunaux ... dont les effets sont purement séculiers et sont étrangers aux intérêts spirituels ou à la tolérance de toute secte ou religion chrétienne quelconque (1) ».

Cet état de choses dura jusqu'en 1829. Avant cela on avait passé trois lois pour valider des mariages célébrés depuis le 13 septembre 1759 devant des ministres, *ou réputés tels,* et même devant des juges de paix (2).

A partir de 1829 ont été passées les lois particulières autorisant successivement les sectes dissidentes et autres religions à tenir registres de l'état civil et, soit implicitement, soit expressément, à célébrer les mariages. La première fut passée en faveur des Juifs.

Ces statuts, comme nous l'avons déjà vu, ont été passés à la demande de chaque secte en particulier : on y dit expressément, «pour le soulagement » (relief), « en faveur de », « pour venir en aide ». Pour les méthodistes on dit : « Pour étendre le privilège ».

On trouvera le référence à tous ces statuts au ch. 20 des S.R.C., 1859).

Ces statuts n'ont pas été faits pour venir en aide aux catholiques

---

(1) A dissenting minister of a protestant congregation ont being a public officer, nor a persone in public holy orders recognized to be such by law ... cannot keep a register. This statute is nothing more than a regulation as to evidence in the courts of law ... the effects of which are purely temporal and do not affect the spiritual concerns, or the toleration of any sect or denomination of christians whatever. Ex parte, Spratt, Stuarts Rep., page 90, Sewell, J. C.

(2) 44 Geo. III, ch. 11 (1904) ; 1 Geo. IV, ch. 19 (1821) ; 7 Geo. IV, chap. 2 (1827).

ni aux anglicans. Ils n'ont pas pour effet de permettre aux catholiques de célébrer des mariages d'autres religionnaires. Les anglicans avaient ce droit par le « LORD HARDWICKES ACT » : Les catholiques ne l'ont pas. Ils ne l'ont pas acquis par ces statuts particuliers.

Chacun de ces statuts est passé *expressément* pour le *soulagement* des personnes qui doivent se marier dans chaque religion particulière en faveur de qui il est passé. Pour eux, pour les dissidents, ce sont, en effet, des lois sur le mariage : avant cela, ils n'en avaient pas.

La loi de refonte de 1860 (ch. xx, S. R. B.-C) accentue le caractère de ces lois dans le sens que je viens d'indiquer.

Elle répète le titre et le préambule du statut de 1795 déjà cité, qui n'indique pas d'autre objet que d'établir la forme et l'uniformité des registres.

Il n'y est aucunement question du mariage des catholiques. Il est question du mariage des anglicans dans la clause 16, où il est déclaré que, pour les églises et congrégations en communion avec l'Eglise Unie d'Angleterre et d'Irlande, ou avec l'Eglise d'Ecosse, les prêtres et ministres régulièrement ordonnés de ces Eglises ont tous eu et auront tous l'autorité de célébrer les mariages dans le Bas-Canada. Il n'y a pas de doute que pour eux, comme pour les catholiques, ce droit qui existait déjà n'avait pas besoin d'être affirmé dans un statut. Peut-être a-t-on craint que la reconnaissance du droit civil français pour tous les sujets britanniques du Canada ne jetât quelque doute sur ces questions.

Quant aux dissidents, le chapitre 20, S. R. B.-C., ne fait que renvoyer aux statuts antérieurs qui les concernent et dont nous avons parlé.

Le code fixe les entrées que l'on doit faire dans les actes de naissance, de mariage et de sépulture. L'article 65 du code dit ce que l'acte de mariage doit énoncer : le jour de la célébration, les noms des parties, etc ... Il n'exige pas que la religion des parties soit mentionnée ; et l'article 39 dit que l'on ne doit insérer dans les actes de l'état civil que ce qui doit être déclaré par les comparants.

Le Conseil Privé en tire la conclusion que la religion des parties serait chose indifférente.

On pourrait aussi bien en tirer l'argument contraire : si chacun se marie devant son Eglise, est-il besoin de déclarer quelle est la religion des parties ?

L'Eglise catholique d'ailleurs permet à ses ministres de célébrer le mariage, entre un catholique et un protestant dans certaines conditions.

Après toutes ces lois spéciales, dont le but est expressément de donner à chacun le droit de se marier suivant les rites et devant le ministre de sa religion, lois qui se trouvaient reproduites dans le code civil ; après les lois constitutionnelles qui donnaient à chacun le libre exercice de sa propre religion ; après la pratique suivie sans aucun

écart pendant cent ans (de 1763 à 1867) ; après la sanction expresse donnée à toutes ces lois, règles et pratiques par le code et la déclaration expresse des codificateurs à cet effet, la jurisprudence du Conseil Privé nous fait aboutir au mariage civil.

Sans doute, on ne nie pas que le code civil ne reconnaît que le mariage religieux. Mais on affirme que la religion des parties n'a rien à y voir du moment que le fonctionnaire est un fonctionnaire. C'est le mariage civil !

Ce n'est pas ce que dit la loi.

Le code (article 128) exige que le fonctionnaire soit un fonctionnaire *compétent* et je ne reviens pas sur ce que j'ai déjà exposé. Mais je rappelle que l'article 130 exige que les publications soient faites dans l'église des parties, qui, par la partie catholique est celle de sa paroisse, où seul le curé (ou son vicaire) est autorisé par l'évêque à tenir registres (C. C. 44).

La compétence du fonctionnaire dépend de l'autorisation donnée par le pouvoir ecclésiastique compétent. Il faut donc compétence *ratione loci* et *ratione personæ*.

Sans cela il serait impossible de faire opposition à un mariage clandestin et de satisfaire à l'article 1107 du code de procédure. L'article 61 du code civil exige qu'avis de la main-levée de l'apposition soit donné au fonctionnaire *chargé* de la célébration : mais où le trouvera-t-on ?

Ce mot *compétent* est présumé avoir un sens.

On ne dit nulle part dans la loi : un juge de la Cour Supérieure compétent, parce qu'ils sont tous compétents *ratione materiæ et ratione loci.* Mais on dit : un juge de paix compétent, parce qu'ils n'ont pas tous toute compétence.

En résumé, le mot *compétent* (v. g. dans l'article 156), d'après le jugement, signifierait : un fonctionnaire qui soit un fonctionnaire.

Enfin, dernier argument du Conseil Privé en faveur de son interprétation :

L'Article 129 dit : « Cependant aucun des fonctionnaires ainsi autorisés ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement d'après les doctrines et croyances de sa religion et la discipline de l'Eglise à laquelle il appartient ». Donc, tous étant compétents et obligés d'exercer leur ministère de fonctionnaire public, pour ne pas violenter les consciences, il fallait cette exemption expresse.

Cet argument n'a aucune valeur parce que le correctif était nécessaire pour d'autres raisons. Il vise le cas d'un mariage mixte qu'un prêtre catholique serait requis de célébrer ; il est nécessaire aussi pour le cas d'époux divorcés qui voudraient contracter un nouveau mariage devant un prêtre catholique ; il est nécessaire pour le cas d'un mariage nul parce que contracté à l'étranger sans les formalités requises par la loi (C. C. 135). Ainsi, un mariage contracté en France devant l'église

catholique a été déclaré nul par nos tribunaux, et avec raison suivant cet article : mais si l'un des époux voulait se remarier devant un prêtre catholique, celui-ci pourrait refuser suivant l'article 129 de célébrer ce nouveau mariage, permis par le droit civil.

Depuis le code, la législation a continué à *venir en aide* par des statuts particuliers à toutes les sectes et religions dont les ministres n'étaient pas fonctionnaires de l'état civil et autorisés à célébrer les mariages. Elle a validé les mariages déjà contractés, en donnant effet rétroactif aux statuts ainsi passé. Mais elle n'a déclaré valides ces mariages *qute s'ils ont été célébrés ou contractés suivant les rites ou « les coutumes reconnus et admis par la dite religion »*. (15 Geo. V ch. 73, 1925). Cette loi toute rcente est conforme aux principes établis par le code.

Il y a des Eglises qui reconnaissent comme valides les mariages de deux de leurs membres célébrés par d'autres que leurs propres ministres : alors ces mariages conformes aux conditions acceptées par elles doivent être valides, s'ils sont d'ailleurs conformes aux conditions du code civil. Mais le mariage de deux catholiques dans ces conditions n'est pas valide et tombe sous les empêchements reconnus par l'article 127.

CONCLUSION

Ainsi donc le code, qu'aucune jurisprudence ne saurait changer, reste intact. Le texte est là qui proteste contre toute interprétation erronée, contre toute « *judge made law* ».

Le mariage reste un mariage religieux, soumis aux articles du Code civil, et, en vertu même de ces articles, soumis aussi à la discipline de chaque église.

La loi du mariage n'est donc pas territoriale, elle est personnelle. Elle ordonne que chacun se marie devant son église et selon les lois de son église.

Elle ne pourvoit à aucun moyen de contracter le mariage civil.

Et qui pourrait trouver à redire à ce régime de tolérance parfaite?

Pourquoi donc a-t-on mis tant de zèle à poursuivre jusque devant le Conseil Privé un procès entre deux catholiques où les intérêts de l'Eglise d'Angleterre n'étaient nullement concernés ?

Ce n'est pas parce que l'on craignait que l'on pût jamais appliquer les règles du droit canonique aux procès entre deux protestants ou à d'autres que des catholiques.

Non, la raison de cette intervention dans le procès de Tremblay vs Despaties, c'est la crainte que, dans les procès entre catholiques et protestants, on n'invoque et que l'on ne fasse appliquer la loi de l'Eglise catholique à la partie protestante.

Cette crainte est absolument vaine. La chose ne peut pas arriver. Elle ne se présenterait que dans le cas d'un mariage mixte. Mais la

loi personnelle s'applique dans les mariages mixtes aussi bien que dans les mariages entre personnes de la même religion. Et c'est un principe de droit universellement suïvi que personne ne peut être condamné par l'application d'une loi qui n'est pas la sienne.

Le cas n'est pas nouveau : On sait que chez les Burgondes on appliquait aux barbares la loi Gombette et aux Romains la loi Romaine.

Dans les procès mus entre Burgondes et Romains, on appliquait la loi de la partie Défenderesse.

C'est encore la loi en France et ici dans la Province de Québec en matière commerciale. Dans les procès entre commerçants et non commerçants, c'est la loi du Défendeur qui prévaut (je dois dire qu'ici la question se présente très rarement, parce que la plupart de nos lois commerciales sont spéciales). Mais il y a des cas où nos tribunaux ont fait l'application de cette règle.

Il en est ainsi, dans un procès entre deux catholiques : on y doit appliquer les règles et les empêchements reconnus par l'article 127 et le droit canonique tel qu'il existait en 1866.

Les procès entre protestants se décident, comme ils l'ont toujours été, d'après leurs propres règles.

Dans les procès entre personnes de religion différente, on doit appliquer à la partie défenderesse la seule loi qui l'oblige, la seule loi que l'on puisse invoquer devant les tribunaux contre elle, la loi de sa propre Eglise.

Il pourra arriver qu'un catholique soit poursuivi en nullité de mariage par son conjoint protestant ; et alors celui-ci n'aura le droit d'invoquer que les règles de l'Eglise catholique ; et vice-versa, s'il arrive qu'un catholique poursuive son conjoint protestant en nullité pour empêchement de droit canonique, sa demande sera repoussée. Il y aura inconvénient pour l'un des deux conjoints, mais c'est inévitable : l'antinomie existe dans les choses comme dans la loi. Mais celui qui est attaqué est protégé par sa propre loi.

Toute la contreverse qui s'est faite autour de cette question vient de ce que l'on n'a pas invoqué cette règle devant les tribunaux et qu'elle n'a pas été appliquée. Elle met les protestants et les non-catholiques à l'abri de l'application du droit canonique. Ce droit peut être invoqué entre catholique et contre un catholique, et qui peut s'en plaindre ?

Nous parlons de droit civil et que, dans un pays comme le nôtre, il est impossible d'appliquer ce que nous, catholiques considérons comme le droit absolu, sur les points où la conception des protestants diffère de la nôtre. Mais la loi civile traite également toutes les religiens et empêche qu'une demande en justice soit accordée contre la loi et les croyances de qui que ce soit.

Il est inutile de chercher au-delà. Le mariage mixte est reconnu par la loi et par toutes les Eglises. Au point de vue du droit civil, le fonctionnaire qui est compétent pour célébrer le mariage de l'une des parties, est compétent pour les deux, car il ne peut pas évidemment

marier l'un sans marier l'autre. L'Eglise catholique ne permet le mariage mixte qu'avec des conditions spéciales : si un catholique passe outre et se marie sans cette permission, il pourra s'en repentir, mais c'est affaire de conscience, et la justice humaine n'interviendra pas pour le tirer de l'impasse où il s'est mis, à moins que la demande n'en soit faite par partie non-catholique.

Il n'y a pas de loi sur le divorce dans la Province de Québec. L'article 185 déclare que le mariage est indissoluble. La loi du divorce passée par le Parlement du Canada ne s'applique pas à la Province de Québec. Ceux qui veulent divorcer doivent s'adresser au Parlement pour obtenir le divorce par une loi particulière.

Il n'y a pas un catholique qui en admette le principe. Les partisans du divorce se scandalisent parfois des annulations de mariage. Mais il n'y a aucune parité entre un mariage nul pour cause préexistante, et la rupture d'un mariage valide pour une cause postérieure créée par les parties elles-mêmes.

En somme, la loi du mariage dans la Province de Québec est aussi parfaite qu'il était possible de la faire pour concilier toutes les croyances.

Il n'y a qu'à l'appliquer suivant sa lettre et suivant son esprit.

THE MARRIAGE LAW OF QUEBEC

Presented by
MR CHARLES LEMESURIER,
Professor at the Faculty of law,
Mc Gill University.

There are few legal subjects on which more divergent and irreconcilable views are held than on marriage in Quebec. Perhaps in no modern jurisdiction have the claims of the Roman Catholic Church to control all that appertains to the marriage of its members been more vehemently and, until recent years, more successfully asserted. If one compares the provisions of the Civil Code of Lower Canada with those of the Code Napoleon one is immediately struck by the fact that the former assumes that for all its inhabitants marriage contains something essentially religious and accordingly entrusts its solemnization to

> « all priests, rectors, ministers and other officers authorized by law to keep registers of civil status » (C. C. 129).

No « other officers » have been entrusted with registers so that in fact all marriages must be solemnized by a priest or other minister of religion. Moreover, the Code seems to adopt the

> « Impediments recognized according to the different religious persuasions, as resulting from relationship or affinity or from other causes » (C. C. 127),

so that it would appear to establish religious marriage. Before forming a definite opinion, more particularly as on this question the Code

> « in lieu of declaring specifically what is to be the law in the future as to the effect of the disabilities to which it refers, simply expresses the intention to effect no change in the law as then existing in the matter, and directs that it shall remain unchanged » (1),

it is necessary to ascertain the state of the law immediately prior to codification, a task which involves some reference to the old French law in force prior to 1759 and the effect on it of the cession, the Articles of Capitulation of Quebec and Montreal, the Treaty of Paris, the Quebec Act (1774, 14 Geo. III, c. 83) and subsequent Quebec legislation.

Before doing so, however, it is desirable to recall the various views as to marriage which have received judicial sanction. First we have what may be described as the ecclesiastical view which is that for Roman Catholics marriage is a sacrament, and that in consequence everything that relates to the marriage tie is determined by ecclesiastical courts applying the canon law, the rôle of the secular authorities being restricted to determining the civil effects of marriage (2). So

---

(1) Despatie v. Tremblay, L.R. 1921. A.C. 702.
(2) Laramee v. Evans, 24 L.C.J. 235, 25 L.C.J. 261.

far as the Roman Catholic Church is concerned these rights are said to be guaranteed by the various capitulations and treaties which resulted in the cession and by the Quebec Act. A second view without putting the ecclesiastical position so strongly achieves the same result except that it recognizes the exclusive jurisdiction of the secular courts to deal with marriage cases, the canon law being subject to proof in the same way as any other foreign law (1). The third view is that marriage is essentially secular, a matter to be determined by the civil law and judged by the ordinary civil courts (2). Incidentally this view denies the claim of the Roman Catholic Church to constitutional guarantees.

These three views were struggling for supremacy when an ill-conceived bill to amend the marriage law in the secular sense was introduced at Ottawa in 1910. Not wishing to deal with so controversial a matter the government referred the bill to the Supreme Court of Canada for an opinion as to its constitutionality and also asked :

> « Does the law of the Province of Quebec render null and void, unless contracted before a Roman Catholic priest, a marriage that would otherwise be legally binding, which takes place in such province, (a) between persons both of whom are Roman Catholics, or, (b) between persons, one of whom only, is a Roman Catholic ? »

The Court answered the first question in the negative, Idington, Davies and Duff JJ. with Anglin, J. contra, and Fitzpatrick, C. J. expressing no opinion. On the second point the court was unanimous in holding that such a marriage was valid. In fact Mignault K. C. conceded the point in his argument (3).

About the same time one Tremblay had instituted proceedings in the Superior Court at Sorel to have civil effect given to an ecclesiastical decree annulling his marriage with Dame Despatie. The parties had married in St. Victoire, had subsequently discovered that they were fourth cousins and that the marriage was one prohibited by canon law. Tremblay obtained a judgment from the ecclesiastical court declaring that the marriage in question was void then and took an action in the civil courts asking that as the marriage tie had been annulled by the ecclesiastical authorities the marriage be declared void as to its civil effects. Bruneau J. rendered judgment in favour of plaintiff but this judgment was unanimously quashed by the Court of Review, Tait, Fortin and Mercier JJ.

> « on the ground that the ecclesiastical judgment could form no

---

(1) Despatie v. Tremblay, C. R. (unreported) referred to 43 S. C. 91.
(2) Delpit v. Coté, 20 S. C. 338 ; Hébert v. Clouatre, 41 S. C. 249.
(3) In re Marriage Laws, 46 S.C.R. 132.

basis for action on the part of the civil court, and that proceedings must be had to prove, before the civil court, the grounds of nullity of the marriage, in order that the civil court might itself decide as to their sufficiency. The case went back to the Superior Court and evidence was adduced, and the same judge, who had previously annulled the marriage, annulled it again upon the proof produced » (1).

This second judgment was confirmed by the Court of Review, Tellier and De Lorimier JJ. with Archibald J. dissenting. Mrs. Tremblay appealed to the Privy Council and the case was argued in May 1914, re-argued at the request of the Judicial Committee in July 1920, judgment being rendered on February 11th, 1921. Between the dates of the re-argument and of the judgment the parties remarried and a copy of the new marriage certificate was forwarded to the Registrar of the Privy Council by Tremblay's counsel. Tremblay did not abandon his judgment and Mrs. Tremblay did not withdraw her appeal (2).

The Judicial Committee first decided that C. C. 127 (3)

> « in lieu of declaring specifically what is to be the law in the future as to the effect of the disabilities to which it refers, simply expresses the intention to effect no change in the law as then existing in the matter, and directs that it shall remain unchanged ».

It then examined the rights conferred on Roman Catholics by the capitulations, the Treaty of Paris and the Quebec Act (14 Geo. III, cap. 83) and concludes that in Quebec in 1774

> « every individual had the right to profess and practise the Catholic religion without let or hindrance. But it must be borne in mind that this is a privilege granted to the individual. ... The legislature did not put over him as a citizen any ecclesiastical jurisdiction. The decisions of the ecclesiastical courts that existed in the Roman Church bound him solely as a matter of conscience. The legislature gave to their decrees no civil effect nor bound any of its subjects to obey them ... ».

A number of marriage acts are then reviewed and the judgment continues,

---

(1) Despatie v. Tremblay, C.R. (unreported) referred to 43. S.C. 91.

(2) The statements in 10 Revue du Droit p. 451, that a formal desistment had been filed and that the case was continued « abusivement » by strangers to the litigation are without foundation.

(3) C.C. 127. The other impediments recognised according to the different religious persuasions, as resulting from relationship or affinity or from other causes, remain subject to the rules hitherto followed in the different churches and religious communities. The right, likewise, of granting dispensations from such impediments appertains, as heretofore, to those who have hitherto enjoyed it.

> « It is an irresistible conclusion from the language of these marriage Acts that the authority given to the Protestant ministers to solemnize marriage was a perfectly general one, and depended in no way upon the religious belief of either or both of the persons to be married. The same is true of the priests of the Roman Catholic communion ».

Then follows a statement which, standing as it does, alone does not carry conviction :

> « With regard to the validity of the marriage, so far as affected by relationship between the parties, there was no legal restriction excepting such as was imposed by the Statute 32 Hen. 8, c. 38, which enacts that ' no reservation or prohibition, God's law except, shall trouble or impeach any marriage without Levitical degrees ' ».

It was thought that this decision following the majority opinion in the Marriage Reference Case had definitely established what may be described as the secular view of marriage, that is that marriage is, legally speaking, a secular contract or institution governed exclusively by secular law, administered by public officers and, in the last analysis dealt with by the ordinary courts. However the decision has never been wholeheartedly accepted by many members of bench and bar and it is frequently disregarded or bitterly assailed. Under these circumstances an examination of the whole problem seems opportune.

Under the old régime marriage was governed by the old French law which was the Roman Catholic canon law as expressly or impliedly adopted by secular authority and as modified by it. These rules were enforced in part by ecclesiastical courts whose authority was derived from the state and whose decisions were subject to revision by the secular courts and in part directly by the latter. The priest in performing the marriage seems to have exercised a dual role, an ecclesiastical one in administering the sacrament and a secular one in receiving and recording the consent to the civil contract. In other words marriage was primarily secular, although this fact was obscured by the close relations existing between church and state. The Church, be it remembered, was not the highly centralised Church of Rome as we know it now, but the national Church of France, in communion with Rome but subject to the King, who exercised over its activities a control in many ways not unlike that exercised by Henry VIII and Elizabeth over the Church of England. It seems, therefore, safe to say that at the time of the cession marriage in New France was governed by the civil law of France which closely followed but was not identical with the general canon law of the Roman Church (1) and that this

---

(1) Notably the decrees of the Council of Trent were not accepted as part

law was in large measure, although in theory at all events not exclusively, administered by Church courts whose authority was derived from the Crown, and whose decisions were subject to review by the secular courts (1).

Before discussing the changes, if any, introduced by the cession it is desirable to examine the various capitulations and treaties which in any way refer to the civil and religious rights of the inhabitants of New France. The relevant texts are :

Articles of Capitulation, Quebec (2)

VI. That the exercise of the Catholic, Apostolic and Roman religion shall be maintained ; and that safeguards shall be granted to the houses of the clergy, and to the monasteries, particularly to His Lordship the Bishop of Quebec, who, animated with zeal for religion, and charity for the people of his diocese, desires to reside in it constantly, to exercise, freely and with that decency which his character and the sacred offices of the Roman religion require, his episcopal authority in the town of Quebec whenever he shall think proper, until the possession of Canada shall be decided by a treaty between their most Christian and Britannic Majesties. — « The free exercise of the Roman religion is granted, likewise safeguards to all religious persons, as well as to the Bishop, who shall be at liberty to come and exercise freely and with decency, the functions of his office, whenever he shall think proper, until the possession of Canada shall have been

---

of the French law of marriage and were not in force in Canada during the French régime. Many of the rules adopted by this Council were subsequently incorporated into French law.

It must be borne in mind that the canon law of the Church of France was the same as the civil law, the secular authority effectively preventing the papacy from asserting any real control over either.

It would seem that this special canon law including the liberties of the Gallican Church was the law in force in the church after the cession. If changed since the cession, the changes « must have been the subject of something tantamount to a consensual contract binding the members of that religious community », and this consent of its members to the change must be proved. (Brown v. Le Curé ... de Montreal, L.R. 6 P.C. 157 ; Can. Repts. 7 A.C. 253).

(1) Pothier, Mariage ; Esmein, Le Droit canonique en France ; Ex parte Spratt, Stuart's K.B. Reports 90 ; Brown v. Le Curé ... de Montreal, L.R. 6 P.C. 157.

The writer has not found any marriage cases decided by secular courts of first instance in New France. The « appel comme d'abus » to the Conseil Superieur does not appear to have been uncommon. See Edits et Ordonnances II 129, 130, 161, 193, 228, also Lareau, Histoire du Droit Canadien, I, 374 et seq.

(2) The quotations from statutes, despatches, instructions, etc., affecting Canada are reproduced from Shortt and Doughty's Canadian Constitutional Documents, those from early English statutes, from the statutes at large.

decided between their Britannic and most Christian Majesties ».

Articles of Capitulation, Montreal

XXVII. « The free exercise of the Catholic, Apostolic and Roman religion, shall subsist entire, *in such manner that all the states and the people of the towns and countries, places and distant posts, shall continue to assemble in the churches, and to frequent the sacraments as heretofore, without being molested in any matter, directly or indirectly.* These people shall be obliged, by the English Government, to pay their Priests the tithes, and all the taxes they were used to pay under the Government of his most Christian Majesty ». — « Granted, as to the free exercise of their religion, the obligation of paying the tithes to the Priests will depend upon the King's pleasure ».

Treaty of Paris.

IV. « ... His Britannic Majesty, on his side, agrees to grant the liberty of the Roman Catholic religion to the inhabitants of Canada ; he will, in consequence give the most precise and effectual orders, that his new Roman Catholic subjects may profess the worship of their religion according to the rites of the Romish Church, *as far as the laws of Great Britain permit* ... ».

With these documents in mind it seems clear that the net result of the cession, the capitulations and the Treaty of Paris was to give to the King's new subjects a strong moral claim to freedom from active religious persecution but little else. Certainly no intention is expressed to give any kind of coercive jurisdiction to the Roman Church or its clergy or to override the definite provisions of English statutes dealing with the Royal supremacy. Of these statutes three call for consideration, of which the earliest 32 Henry VIII, c. 38 was ostensibly aimed at the abuses which had developed in matrimonial cases under

> « The usurped power of the bishop of Rome »,

and as a remedy swept away *inter alia* the whole body of canonical impediments and accompanying dispensations substituting for it the simple rule that

> « no reservation or prohibition, God's law except, shall trouble or impeach any marriage without the Levitical degrees ».

This statute, other portions of which were repealed by 2 and 3 Edward VI, c. 23, in addition to being marriage legislation proper, was, and perhaps primarily, an assertion of the Royal supremacy over and a rejection of the claims of the Papacy to legislate on or in any way to control marriage. Certainly it was so treated under Philip and Mary and under Elizabeth. Under the former sovereigns England was reunited to Rome, Parliament made « humble submission », and its members declared themselves

« very sorry and repentant of the schism and disobedience committed ... against the said see Apostolick either by making ... any laws ... against the supremacy of the said see »

or otherwise, and promised to repeal any such laws. Accordingly, a long list of anti-papal enactments, including 32 Henry VIII, c. 38, was repealed (1).

On the accession of Elizabeth the first task of the new parliament was the passing of an act

« to restore to the Crown the ancient jurisdiction over the estate ecclesiastical and spiritual, and abolishing all foreign powers repugnant to the same ... ».

The preamble set out that in the time of Henry VIII

« divers good laws and statutes were made and established, as well for the utter extinguishment and putting away of all usurped and foreign powers and authorities out of this your realm, and other your Highness' dominions and countries, as also for the restoration and uniting to the imperial crown of this realm, the ancient jurisdictions, authorities, superiorities and preeminences to the same of right belonging or appertaining »,

that this legislation gave great satisfaction until its repeal under Philip and Mary when the people

« were eftsoons brought under an usurped foreign power and authority and do yet remain in that bondage to the intolerable charges of your loving subjects ».

In consequence the Act of Philip and Mary was repealed and the anti-papal legislation of Henry VIII, including that portion of 32 Henry VIII, c. 38 not repealed in the time of Edward VI, revived. Following the list of revived statutes comes the following section :

XVI. And to the intent that all usurped and fereign power and authority spiritual and temporal, may for ever be clearly extinguished, and never to be used or obeyed within this realm or any other your Majesty's dominions or countries ; may it please your Highness that it may be further enacted by the authority aforesaid that no foreign prince, person, prelate, state or potentate spiritual or temporal, shall at any time after the last day of this session of parliament use, enjoy or exercise any manner of power, jurisdiction, superiority, authority, preheminence or privilege spiritual or ecclesiastical, within this realm, or within any other your Majesty's dominions or countries that now be or hereafter shall be, but from thenceforth the same shall be clearly abolished out of this realm, and all other your Highness'

(1) 182 Philip & Mary C. 8.

dominions for ever ; any statute, ordinance, custom, constitutions, or any other matter of cause whatsoever to the contrary in any wise notwithstanding.

Ecclesiastical jurisdiction is then granted to the Crown, the creation of machinery for making the royal supremacy effective authorized, and penalties for opposing or denying it imposed.

These statutes would automatically come into force in New France on the cession as 32 Henry VIII, c. 38 applied to

> « this the King's realm, or any his Grace's other lands and dominions »

and 1 Eliz. c. 1, which revived it as an incident of the reestablishment of the royal supremacy in ecclesiastical and spiritual matters was effective

> « within this realm, or within any other your Majesty's dominions or countries that now be, or hereafter shall be »,

and therefore in all territories acquired under the Treaty of Paris including the Province of Quebec.

It follows that these statutes are still in force unless subsequently repealed by the Imperial Parliament (1). No statute has ever been cited as expressly repealing them and the only one which can by the wildest stretch of the imagination be considered as modifying them in any way is the Quebec Act (14 Geo. III, c. 83). Before examining this statute as a whole it is necessary to determine the effect of the cession on the law in force in Canada. It may be accepted that by the mere fact of the cession no change in the private law took place, but that the public law of England automatically came into force (2), and that this would include the statutes 32 Henry VIII, c. 38 and 1 Eliz. c. 1. for the reasons already given appears clear.

Following the Treaty of Cession, by proclamation dated 7 October 1763 the King provided for the summoning of Representative Assemblies and declared that

> « In the meantime, and until such Assemblies can be called as a foresaid, all Persons Inhabiting in or resorting to our said Colonies may confide in our Royal Protection for the Enjoyment of the Benefit of the Laws of our Realm of England ; for which Purpose we have given Power under our Great Seal to erect and constitute ... Courts of Judicature and public justice ... for hearing and determining all cases, as well Criminal as Civil, according to law and Equity, and

---

(1) Colonial Laws Validity Act (1865) 28 and 29 Vict. c. 63. The statement in the text would require modification in dealing with enactments subsequent to the Statute of Westminster (1931) 22 Geo. V. c. 4.

(2) Campbell v. Hall (1774) Cowper 208. This judgment is reproduced in practically all collections of Canadian Constitutional documents. Possibly the statement that the cession operated no change in the private law is too absolute. See Ruding v. Smith 2 Haggard's Consistory Reports 378. 1 State Trials (N.S.) 1054.

as near as may be agreeable to the laws of England ... »

By proclamation 17 September 1764 Murray created courts, the judges of which

« are to determine agreeable to Equity, having regard nevertheless to the Laws of England, as far as the circumstances and present Situation of Things will admit until such Time as proper Ordinances for the Information of the People can be established by the Governor and Council, agreeable to the Laws of England ».

Although not expressed with absolute clearness the introduction of English law seems implied in the promise that the inhabitants of the new colonies

« may confide in our Royal Protection for the enjoyment of the Benefit of the Laws of our Realm of England »,

and in the authorization to the Governor to create courts to apply these laws. This view is borne out by the Quebec Act by which the Royal Proclamation and all orders made under its authority

« are revoked, annulled and made void from and after the First Day of May 1775 »,

and the English Criminal Law « continued ».

On the eve of the passing of the Quebec Act it would therefore seem that Canada was under English law, in part automatically in force by the mere fact of the cession and in part introduced by the Royal Proclamation of 1763.

We now pass to the Quebec Act (14 Geo. III, c. 83) which calls for careful analysis.

This statute

1. Repeals the Royal Proclamations of 7 October 1763 and all orders made under it from and after 1 May 1775.

2. Implements the promise of the free exercise of the Roman Catholic religion in the following terms :

V. « And for the more perfect Security and Ease of the Minds of the Inhabitants of the said Province, it is hereby declared, That His Majesty's Subjects, professing the religion of the Church of Rome of and in the said Province of Quebec, may have, hold and enjoy the free exercise of the Religion of the Church of Rome, *subject to the King's Supremacy, declared and established by an Act, made in the First Year of the Reign of Queen Elizabeth,* over all the Dominions and Countries which then did, or thereafter should belong, to the Imperial Crown of this Realm ; and that the Clergy of the said Church may hold, receive, and enjoy, their accustomed dues and Rights, with respect to such Persons only as shall profess the said Religion ».

Roman Catholics were also relieved from taking the Elizabeth an oath

of supremacy and a mere oath of allegiance substituted.

3. Confirms the old inhabitants

« the religious orders and communities only excepted » in the holding and enjoyment of

« their Property and Possessions, together with all customs and usages relative thereto, and all other their civil rights, in as large, ample and beneficial Manner, as if the said Proclamation, Commissions, Ordinances, and other Acts and Instruments, had not been made, and as may consist with their Allegiance to His Majesty, and Subjection to the Crown and Parliament of Great Britain ».

4. Introduces the law of Canada as governing all

« matters of controversy relative to property and civil rights » until changed by competent authority and « continues » the Criminal Law of England.

5. Reserves to the Crown the right to make provisions for the maintenance of Protestant clergy and to erect courts of criminal, civil and ecclesiastical jurisdiction.

The statute also modifies the boundaries of the province, creates machinery for its government and does other things not relevant to the question under discussion.

The Act gives to the individual the enjoyment of the free exercise of the religion of the Church of Rome but expressly denies to the Church and its clergy coercive jurisdiction of any kind, the existence of such jurisdiction being incompatible with 1. Elizabeth c. 1. This view based on the text of the Act was that of the Government which passed it, as appears from the instructions issued to Governor Carleton 3 January 1775.

« 20. The establishment of proper relations in matters of ecclesiastical concern is an Object of very great importance, and it will be your indispensable duty to lose no time in making such arrangements in regard thereto, as may give full satisfaction to Our new subjects in every point, in which they have a right to any indulgence on that head ; *always remembering that it is a toleration of the free exercise of the religion of the Church of Rome only, to which they are entitled,* but not to the powers and privileges of it as an established Church, for that is a preference, which belongs only to the Protestant Church of England ».

21. Upon these principles, therefore, *and to the end, that our Just Supremacy in all matters ecclesiastical, as well as Civil, may have its due scope and influence,* it is Our Will and Pleasure — *First,* that all Appeals to, or correspondence with any foreign ecclesiastical jurisdiction, of what nature or kind so ever, be absolutely forbidden under very severe

penalties.
Secondly, That no Episcopal or Vicarial Powers be exercised within our said Province by any Person Professing the Religion of the Church of Rome, but such only, as are essentially and indispensably necessary to the free exercise of the Romish religion ; and in those cases not without a License and Permission from you under the Seal of Our said Province, for, and during Our Will and Pleasure, and under such other limitations and restrictions, as may correspond with the spirit and provision of the Act of Parliament, « for making more effectual provision for the Government of the Province of Quebec » ; And no person whatsoever is to have Holy Orders conferred upon him, or to have the Cure of Souls without a License for that purpose first had or obtained from you.

....

Seventhly, That all Incumbents of Parishes shall hold their respective Benefices during good Behaviour, subject however, in cases of any Conviction for criminal offences or upon due proof of seditious Attempts to disturb the Peace and Tranquillity of Our Government to be deprived or suspended by you with the Advice and Consent of a Majority of our said Council ».

This view of its treaty obligations is consistent with that previously adopted as will be seen from the following quotations. In a letter dated 13 August 1763 from Lord Egremont, Secretary of State, to Mr. Murray, the new governor, we find :

« For though the King has, in the 4th article of the definitive Treaty, argeed to grant the liberty of the Catholic religion to the inhabitants of Canada, and though His Majesty is far from entertaining the most distant thought of restraining His New Roman Catholick Subjects from professing the Worship of their Religion according to the rites of the Romish Church : *Yet the Condition expressed in the same Article must always be remembered, viz : As far as the Laws of Great Britain, permit ; which Laws prohibit absolutely all Popish Hierarchy in any of the Dominions belonging to the Crown of Great Britain, and can only admit of a Toleration of the Exercise of that Religion ;* This matter was clearly understood in the Negotiation of the Definitive Treaty ; the French Ministers proposed to insert the words, *comme cidevant,* in order that the Romish Religion should continue to be exercised in the same manner as under their Government ; and they did not give up the point, till they were plainly told that it would be deceiving them to admit those

> Words, for the King had not the Power to tolerate that Religion in any other manner, than as far as the Laws of Great Britain permit ».

The effect of the Treaty is also discussed in a report of Sir Alexander Wedderburn dated 6 December 1772 which seems to indicate the principles upon which the Government subsequently proceeded in framing the Quebec Act. He says :

> « The religion of Canada is a very important part of its political constitution. The 4th Article of the Treaty of Paris, grants the liberty of the Catholic religion to the inhabitants of Canada, and provides that His Britannic Majesty should give orders that the catholic subjects may profess the worship of their religion according to the rites of the Romish Church, as far as the laws of England will permit. *This qualification renders the article of so little effect, from the severity with which (though seldom exerted) the laws of England are armed against the exercise of the Romish religion, that the Canadian must depend more upon the benignity and the wisdom of Your Majesty's government for the protection of his religious rights than upon the provisions of the treaty*, and it may be considered as an open question, what degree of indulgence true policy will permit to the catholic subject ».

The claim that the Roman Catholic Church has coercive jurisdiction over its members is without foundation.

The question as to whether the French law of marriage was introduced by the Quebec Act must now be answered. If introduced it must be in virtue of the provision

> « that in all matters of controversy relative to property and civil rights, resort shall be had to the Laws of Canada as the rule for the decision of the same ».

This enactment is couched in terms sufficiently broad to include all portions of the law of marriage not otherwise excluded from its operation. An example of such exclusion is to be found in the fifth section of the statute which incorporates the Act 1 Elizabeth c. 1. into the law of Quebec. this latter statute reviving, as an incident in the restablishment of the Royal supremacy in ecclesiastical matters, that portion of 32 Henry VIII, c. 1. which decreed that

> « no reservation or prohibition, God's law except, shall trouble or impeach any marriage without the Levitical degrees ».

But excepting insofar as the French law is modified by statute applicable to Quebec or is repugnant to the political or public law of England, it was introduced by this section and effect must be given to it. Thus the Quebec Act probably re-introduced the rule of the French law that marriages must be solemnized by priests in holy orders but

the validity of the orders would undoubtedly be determined by English law (1). The assumption of the English Government in its instructions to Carleton to which reference has been made that priests were capable of entering into « the holy state of matrimony (2) » can also be justified on these grounds.

Prior to the cession the only competent marriage officer was the parish priest of the parties, or if they belonged to different parishes, of one of them, or some other priest authorized by him or by the bishop (3). In England also the competent marriage officer was the parish priest, in this case of course Anglican, but this requirement of Lord Hardwicke's Act (4) was not applicable to the colonies which were subject on this point to the Common Law under which marriage may have required the presence of a priest in holy orders or may possibly have been consensual.

With the cession the exclusive competence of the Roman Catholic clergy to solemnize marriage undoubtedly disappeared but the validity of marriages solemnized by them has never been questioned even though their authority be merely « de facto » as some think and not « de jure » (5).

Alongside of them the priests of the Church of England had power to solemnize and record marriages. So much is admitted but some consider that the jurisdiction of the Roman Catholic priests was limited to the marriage of Roman Catholics and that of the Anglicans to the remainder of the community. Others, including the British Government of the day, considered the legal authority of both classes of priests to extend to all members of the community who might require their services. Still Roman Catholic propaganda was not to be encouraged. Therefore the instructions to Murray already quoted from contain the following :

---

(1) This distinction although not stated is acted upon in Ex parte Spratt, Stuart's Reports. 90.

(2) 21. Twelfthly. « That such Ecclesiasticks, as may think fit to enter into the holy state of Matrimony, shall be released from all Penalties, to which they may have been subjected in such Cases by any Authority of the See of Rome ».

It is not without interest to note the intention to exercise the Royal supremacy in ecclesiastical matters by remitting ecclesiastical penalties.

(3) The Council of Trent appears to have considered the absence of the parish priest as creating a personal impediment in the parties (See in re Marriage Laws 46 S.C.R. per Anglin J. at p. 426). The French law on the other hand treats the requirement as one of jurisdiction (Ordonnance de Blois, 1579 ; Edit de Henri IV, 1606 ; Déclaration de Louis XIII. 1639 : Edit de 1697 ; Pothier, Mariage, Nos. 348 et seq.). As already pointed out (p. 134 note (1) the decrees of this council were not part of the law of New France and unless subsequently introduced with the consent of the members of the Church are not now part of the Canon Law in force in this province.

(4) 26 Geo. II, c. 33.

(5) Hébert v. Clouatre, 41 S.C. 249.

> « 12thly ... That all ecclesiastical Persons whatsoever, of the Church of Rome, be inhibited, upon Pain of Deprivation, from influencing any Person in the making of a Will, from inveigling Protestants to become Papists, or from tampering with them in matter of Religion, and that the Romish Priests *be forbid* to inveigh in their Sermons against the Religion of the Church of England, or *to marry,* baptize, or visit the sick, or *bury any* of Our *Protestant Subjects, if a Protestant Minister be upon the Spot* ».

No clearer recognition that the authority of the Roman Catholic priest as marriage officer extended beyond the members of his own flock could be found and the contemporanlous documents are conclusive that the powers of the Anglican clergy were not less extensive than those of their Roman brethren.

It must not be forgotten, however, that the Quebec Act re-enacted the rule of the French law that the parish priest of the parties or some other priest specially authorized by competent authority, was the only competent marriage officer. Bearing in mind that the rule was designed to prevent clandestine marriages it is not unreasonable to apply it in the way best calculated to achieve its object. Few will deny that this will be done by leaving each priest to celebrate the marriages of his own flock and it may well be that this was the situation immediately following the passing of the Quebec Act.

In 1795 the first of a series of Canadian Marriage Acts was passed (35 Geo. III, c. 4 Canada) requiring the clergy in charge of parishes, churches and congregations, whether Protestant or Roman Catholic, to keep official registers of civil status. No express power to marry is granted, it is assumed. There can be no doubt that the Act applied to all clergymen of the Church of England in charge of parishes, churches and congregations but probably not to the ministers of the Church of Scotland or other dissenting bodies (1). In 1827, however, it was enacted (7 Geo. IV, c. 2, Canada)

> « That all marriages which have heretofore been or shall hereafter be celebrated by ministers or clergymen of or in communion with the Church of Scotland have been and shall be held to be legal and valid to all intents and purposes whatsoever ».

With respect to other Protestant denominations, a series of statutes was passed during the period that elapsed between 1829 and 1860 authorizing the ministers of various denominations and communions in charge of churches or congregations to keep registers of baptisms, marriages and burials. In some cases authority to solemnize

---

(1) Ex parte Spratt, Stuart's K. B. Reports 90.

marriage is given expressly, in others by implication merely. These statutes were consolidated in 1860 (C. S. L. C. 1860, c. 20).

In section 16 we find

> « All regularly ordained priests and ministers of either of the said churches (the United Church of England and Ireland and the Church of Scotland) have had and shall have authority to validly solemnize marriage in Lower Canada ».

Then comes section 17

> « This Act extends also to the several religious communities and denominations in Lower Canada ... and to the priests and ministers thereof, who may validly solemnize marriage, and may obtain and keep registers under this Act ... as if the said communities and denominations were named in the first section of this Act ».

The powers given to the ministers of these several bodies are

> « subject to the provisions of the Act mentioned with reference to each of them respectively »,

and are, unless expressly restricted by such special statutes, apparently co-extensive with those of the priests and ministers of the Churches of England and Scotland. That is to say such ministers

> « have had, (at least from the dates of the various enabling acts) and shall have authority validly to solemnize marriage in Lower Canada ».

The authority to marry is given in absolutely general terms (1) and in consequence many jurists including the members of the Judicial Committee and the majority of the Supreme Court of Canada have inferred that the only limitation on the jurisdiction of the marriage officer is that the parties could lawfully intermarry. Others, starting from the rule of the French law that the jurisdiction of the marriage officers extended only to their parishioners and that the purpose of these acts was not to change the whole economy of the law on this point but merely to extend to the members of various religious communities the right to be married in accordance with their own religious customs, inevitably come to the conclusion that the authority of each priest or minister to marry is limited to those cases in which one at least of the parties belongs to his parish or congregation, unless of course competent authority has given him permission to marry any particular couple. This view on the whole appears the better. Prior to the cession the competent authority was the parish priest of the party or parties or their bishop. Whether this power of the Roman

---

(1) The only exception to this applied to the Quakers, the powers of whose marriage officers were restricted to marriages in which one or both parties were Quakers. A similar restriction may apply to the Rabbis of some Jewish bodies.

clergy survived the cession and the Quebec Act may be open to question but that the Crown had such a right as part of the Royal prerogative in ecclesiastical matters is beyond dispute.

The necessity of the publication of banns appears to have been recognised unless dispensed with by competent authority. Legally the only competent authority would appear to have been the Crown in the exercise of the royal supremacy in ecclesiastical matters, but in practice the Roman Catholic priests solemnized marriages without publication when such publication was dispensed with by the Roman Catholic bishop of the diocese. As regards all other marriage officers permission to marry without banns was obtained from the Crown. These permits or « licenses » as they are called, could, and still can, be obtained by any persons capable of intermarrying and authorize any competent Protestant minister, without reference to the place of residence or the religious creed of either of the parties, to marry them. The issue of such licenses was undoubtedly within the competence of the Crown (1). This situation was given statutory recognition by C. S. L. C. c. 20, s. 6.

It therefore seems clear that in 1860 all marriage officers were competent to marry two people one of whom at least was a member of his congregation or parish and all other people who came to him with a marriage license, provided of course that they were capable of intermarrying and further that the only impediments legally recognized were those enumerated in 32 Henry VIII, c. 39. Possibly the jurisdiction of the marriage officer was general at all events within his territory.

The code in the title of marriage follows the Code Napoleon very closely but with certain marked differences. First it retains the rule of the old law in fixing the marriage age at 14 and 12 for men and women respectively (C. C. 115). Secondly it provides that

> « Impotency natural or accidental existing at the time of the marriage renders it null ; but only if such impotency be apparent and manifest.
>
> This nullity cannot be invoked by anyone but the party who contracted with the impotent person, nor at any time after three years from the marriage ». (C. C. 117).

It would seem that the codifiers only intended this to apply to cases where the defect is known to the party who in consequence is in bad faith (2) ; but the courts tend to be liberal in annulling marriages on this ground (3). There is also a tendancy to extend the period of three years if any good reason for the delay is advanced. In one unreported

---

(1) For a full discussion of this question see « In re Marriage Laws » 46 S. C. R. 132 per Duff, J. at pp. 408 et seq.

(2) See Codifiers Report on C.C. 220.

(3) Scholes v. Warlow, 65 S.C. 6.

case, for example, Coderre J. annulled a marriage when the husband during the war of 1914-18 left for military service overseas immediately after the marriage, did not return to Canada ofr more than three years, and instituted proceedings in annulment within a reasonable delay thereafter. It would also seem that the parties may waive their rights before marriage (1).

The rules as to the consent necessary to the validity of the marriage of minors are in the main similar in the Quebec and French codes. The delay within which the action in annulment can be instituted is six months in Quebec as against one year in France and in the former no right of action is given to the minor come of age whereas in the latter the minor may attack the marriage within one year of his attaining majority. To offset this the Quebec Courts have recognised the right of parents to continue after majority an action begun during minority (2) or even to institute the action after the minor has come of age (3). Both cases were decided in appeal, three judges to two, and reversed the judgments of the trial courts so that the matter can hardly be considered settled.

Marriage is prohibited in the direct line between ascendants and descendants, and between persons connected by alliance, whether natural or legitimate (C. C. 124). In the collateral line marriage is prohibited between brother and sister, legitimate or natural, and between those connected by alliance in the same degree and also between uncle and niece, aunt and nephew (C.C. 125 & 126). Nevertheless marriage is permitted between a man and his deceased wife's sister and a woman and her deceased husband's brother. (R.S.C. 1927, c. 127).

Then follows article 127 to which reference has already been made and which reads as follows :

> « The other impediments recognised according to the different religious persuasions, as resulting from relationship or affinity or from other causes, remain subject to the rules hitherto followed in the different churches and religious communities.
>
> The right, likewise, of granting dispensations from such impediments appertains, as heretofore, to those who have hitherto enjoyed it. — C. 127 ».

As has been seen, this article, long considered as incorporating the canon law of marriage into the civil law of the province so far as

---

(1) Lachance v. Rochon, 65 S.C. 55.

(2) Quiry. Is the existence of these impediments consistent with 32 Henry VIII c. 38 ?

(3) Goodman v. Guttman, 26 K. B. 270.

Roman Catholics are concerned, is now looked on as a refusal to codify a statement that what the law was it shall be. The law anterior to the code has already been dealt with. If the article be considered as incorporating ecclesiastical impediments into the civil law it is « void and inoperative » as

> « repugnant to the provisions of an Act of Parliament extending to the colony » (1).

Marriage must be solemnized openly by a competent officer recognised by law. All priests, rectors, ministers and other officers authorised by law to keep registers of acts of civil status, are competent to solemnize marriage. But none of the officers thus authorized can be compelled to solemnize a marriage to which any impediment exists according to the doctrine and belief of his religion, and the discipline of the church to which he belongs. (C. C. 128 and 129). The marriage is solemnized at the place in which one or other of the parties has resided for at least six months previous to the marriage. If solemnized elsewhere the person officiating is bound to verify the identity of the parties (C. C. 63).

Before solemnizing a marriage the officer who is to perform the ceremony must be furnished with a certificate establishing that the publication of banns required by law has been made ; unless he has published them himself, in which case such certificate is not necessary. The marriage ceremony may however be performed without this certificate, if the parties have obtained and produce a dispensation or license from a competent authority, authorizing the omission of the publication of banns. Insofar as regards the solemnization of marriage by ministers of any denomination other than the Roman Catholic religion, marriage licenses are issued under the hand and seal of the Lieutenant-Governor who, for the purposes thereof, is the competent authority. (CC. 57, 58, 59 and 59a). So far as Roman Catholic priests are concerned, dispensations are in practice obtained from the bishop. Although of questionable legality as being inconsistent with 1 Elizabeth, c. 1, this procedure seems to be recognised by the Code and would probably be held valid by the courts. The authority to marry is conferred in general terms but may for reasons previously given be limited in theory to the members of the parish or congregation of the particular officer. The authority, however, is extended to include all couples presenting a marriage license. This view which is submitted as theoretically sound is not entirely consistent with the grounds of decision in the Marriage Reference Case (2) and Despatie v. Tremblay (3) which for practical purposes must be considered as determining

---

(1) Colonial Laws Validity Act (1865) 28 and 29 Vict. c. 63.
(2) 46 S.C.R. 132.
(3) L.R. 1921 A.C. 702.

the issue.

This general jurisdiction tends to make the opposition to marriage ineffective owing to the impossibility of knowing to which of hundreds of marriage officers the parties will present themselves (1). The priest or minister in solemnizing or recording marriages is a public officer filling a position of trust under the Crown and must therefore be a British subject (2). Marriages solemnized by an alien entrusted with registers of acts of civil status are, however, valid as acts of a « de facto » officer (3).

The rules governing oppositions to marriage (C. C. 136-147) are with some modifications taken from the old law and resemble closely the provisions of the Code Napoleon.

The chapter « Of Actions for Annulling Marriage » calls for little comment as the rules of the old law are faithfully reproduced with some modifications and do not differ in principle from the corresponding provisions of the Code Napoleon. Articles 159, 160, 161 and 162, dealing with the proof of marriage, are textual reproductions of the Code Napoleon as are Articles 163 and 164 applying to putative marriages. On both these questions our jurisprudence although incomplete is in the main in harmony with the decisions of the French courts.

In France marriage may be dissolved by death or divorce (C. N. 227) but in Quebec by the death of one of the consorts only (C. C. 185). Divorce may, however, be obtained by Act of Parliament.

A petition is presented to Parliament which is automatically referred to a standing committee of the Senate. This committee sits as a court, hearing the parties, their witness and counsel. If the report recommends the granting of the petition the Bill is submitted to the

---

(1) The view that the competence of the marriage officer is general is unreservedly recognised by Delpit v. Coté 20 S. C. 338 ; Hébert v. Clouâtre 41 S. C. 249 ; In re Marriage Laws 46 S. C. R. 132, per Idington, Davies & Duff JJ. with Anglin J. contra ; by the Judicial Committee in Despatie v. Tremblay L. R. (1921) A. C. 702.

The general competence of the marriage officer is recognised in principle but is considered as not applicable to the case of two Roman Catholics being married before an officer other than their parish priest owing to the impediment of clandestinity having been incorporated into the Civil Law by C. C. 127 in Loranger : Commentaire sur le Code Civil II, No. 224 ; Mignault : Droit Civil Canadien I, 376.

The opinions expressed by Anglin J. (In re Marriage Laws 46 S. C. R. 132), by Lemieux, J. (Durocher v. Degré 20 S. C. 456) and by Mr. Justice Dorion in « L'Etat et le Mariage » are based mainly on C. C. 127 and on historical and constitutional arguments, that of Jette J. in Laramie v. Evans (25 L. C. J. 261) on them alone.

(2) Boucher v. Lamer, 62 S. C. 38 ; Klasmer v. Lefschedt, 63, S. C. 117 ; Contra : Kahn v. Gordon, 64 S. C. 442 ; Ryan v. Cunningham, 48 K. B. 489.

(3) Kahn v. Gordon, 64 S. C. 442. For full discussion of the whole question of the status of the marriage officer, see 9 Canadian Bar Review 668.

Senate as any other private bill. Having passed the Senate it is sent to the House of Commons and when passed there, it is submitted to the Governor-General for the Royal assent in the usual way. In practice both houses accept the recommendation of the Senate Divorce Committee but this is a matter of convenience only, and either House is free to reject a divorce bill.

This system is unsatisfactory in that it puts divorce out of the reach of those without some means and in that the civil law makes no provision for the property rights of divorced persons, a wife without money or the means of earning her livelihood being frequently unable to cut herself loose from her husband's support. So long, however, as Quebec remains predominantly Roman Catholic there is little hope of a more equitable system being developed. Parliament, it may be noted, rarely grants divorces for any cause other than adultery, husband and wife being granted relief equally on this ground.

The Code although not admitting divorce does recognise separation from bed and board on the same grounds as the Code Napoleon save that adultery of the husband is a peremptory ground only if he keeps his concubine in the common domicile. In practice, however, adultery by him is treated as grievous insult and the separation granted for that reason.

Viewed broadly we may say that the marriage laws of France and Quebec are similar in that both are essentially secular although in Quebec this is not obvious owing to the fact that no marriage officers other than priests and other ministers of religion have been appointed; they differ in that in France divorce is frankly recognized while in Quebec this remedy is available only to people of means, using extra-judicial procedure. In detail the two systems differ little, and the practical results obtained by the courts show even less divergence than appears from a comparison of the texts of the codes.

MAJEURS ET MINEURS

QUELQUES PARTICULARITÉS DU DROIT DE QUÉBEC À CET ÉGARD

Rapport présenté par

M. LOUIS SAINT-LAURENT, C. R.

Avocat au Barreau de Québec.

I

Sous l'ancien régime on suivait ici la règle de Pothier (1). « On appelle mineurs ceux qui n'ont point encore accompli leur vingt-cinquième année » ; Pothier ajoutait, cependant, « en Normandie la majorité est parfaite à l'âge de vingt ans accomplis ».

Quoique beaucoup d'anciens Canadiens fussent d'origine normande, c'était, sans aucun doute, la prériode de vingt-cinq ans dont il fallait tenir compte, au moins depuis l'édit d'établissement du Conseil Souverain de Québec, en 1663, puisque cet édit comportait que le Conseil était institué « pour connaître de toute cause, civile ou criminelle, pour juger souverainement et en dernier ressort, selon les lois et ordonnances du royaume, et y procéder autant qu'il se pourra en la forme et manière qui se pratique et se garde dans le ressort du Parlement de Paris ».

En 1782 cet âge fut fixé à vingt et un ans par une ordonnance du Gouverneur anglais qui comportait ce qui suit :

> « Comme il peut s'élever plusieurs grands inconvénients de la continuation de la loi, qui actuellement établit l'âge de majorité à vingt-cinq ans, qu'il soit, à ces causes, statué et ordonné par son Excellence le Gouverneur, de l'avis et consentement du Conseil Législatif de la Province de Québec, et par l'autorité d'icelui, il est par ces présentes statué et ordonné, que du jour et après le premier janvier de l'année de notre Seigneur, qu'on comptera mil sept cent quatre-vingt-trois, l'âge de majorité sera, à tous égards quelconques, tenu, pris et considéré dans toutes cours et places que ce soient dans cette Province, être à l'âge de vingt-un ans, à compter du jour de la naissance de qui que ce puisse être; nonobstant toutes lois, usages et coutumes à ce contraire ».

C'est cette ordonnance qui constitue la source véritable des articles 246 et 324 de notre Code Civil, quoique le texte de ces articles paraît inspiré plutôt par celui des articles 388 et 488 du Code Napoléon : « Tout individu ... demeure en minorité jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de vingt et un ans accomplis » ; et « La majorité est fixée

---

(1) Ed. Bugnet, Vol. X, page 729.

à vingt et un ans accomplis ». Ces termes laissent place à une assez grande incertitude quant au moment précis où chaque individu devient capable de tous les actes de la vie civile.

On sait qu'en France la question de savoir si les vingt et un ans se comptent par heures ou par jours est controversée et comme les lois françaises exigent qu'on inscrive l'heure de la naissance dans l'acte de l'état civil, l'argument de ceux qui veulent en tenir compte pour fixer le moment précis de la majorité paraît assez plausible.

Chez nous on ne note à l'acte de naissance que le jour où elle s'est produite et notre controverse, s'il y a lieu à controverse, ne peut porter que sur le choix du jour qui sera le premier de la majorité de chaque individu. Or, le jour de la naissance d'un individu étant le premier de son existence, ne semble-t-il pas qu'il *atteint* l'âge d'un an lorsque trois cent soixante et quatre autres jours se sont ajoutés au premier, sauf naturellement s'il s'agit d'une année bissextile. L'individu né le premier janvier, 1914, atteindrait l'âge de vingt et un ans le trente et un décembre 1934. Devient-il ce jour-là capable de tous les actes de la vie civile ? Le texte du Code comporte qu'il faut avoir *vingt-un ans accomplis ;* même en comptant le jour de la naissance comme premier jour de la période les vingt-un ans ne seraient accomplis qu'à la dernière minute du trente et un décembre, 1934, et notre sujet ne serait majeur que le premier janvier, 1935.

D'autres soutiennent, et c'est l'opinion de M. Mignault, (1) que l'individu reste en minorité jusqu'à la dernière minute du vingt-unième anniversaire de sa naissance et en conséquence que notre sujet ne deviendrait entièrement capable qu'à la première minute du deux janvier, 1935.

Blackstone au dix-huitième siècle, formulait la règle à cet égard comme suit : (3)

> « So that full age in male or female is twenty-one years, which age is completed on the day preceding the anniversary of a person's birth who till that time is an infant, and so styled in law ».

Halsbury (4), au vingtième siècle, l'a répétée dans les termes suivants :

> 124.—« The age of twenty-one years is called full age »
>
> 125.—« Full age is attained at the close of the day preceding the twenty-first anniversary of his birth and inasmuch as the law does not take notice of fractions of a day, a person is capable of doing a legal act at any time on that day ».

---

(1) Mignault, Vol. 2, p. 269.
(2) Herbert v. Turnball, « 1663 » 1 Keb. 589.
(3) Blackstone, Vol. 1, No. 463.
(4) Halsbury Vol. 17, Vbs, Infants and Children, Nos. 124 and 125.

Malgré la fertilité de notre province en procès de tous genres, cette question du moment précis où l'individu devient entièrement capable ne paraît pas encore en avoir produit. Faut-il en conclure qu'elle n'offre pas d'intérêt pratique ? Pourtant c'est à ce moment que l'individu devient capable tant au point de vue du droit public que du droit privé. L'article 4 de notre Acte constitutionnel de 1791, fait à la fois pour le Bas Canada et le Haut Canada, portait qu'aucune personne ne sera appelée au Conseil Législatif de l'une ou de l'autre des dites provinces qui ne sera pas « *of the full age of twenty-one years* », et l'article 22 du même statut portait qu'aucune personne ne sera capable de voter à aucune élection d'un député pour siéger dans telle assemblée (il s'agit des chambres de députés établies pour la première fois en vertu de ce statut) dans l'une ou l'autre des dites Provinces, ni d'être élu à telle élection qui ne sera pas « *of the full age of twenty-one years* ».

Cet Acte constitutionnel, fait par le Parlement anglais pour l'établissement et la régie publique de deux provinces dans l'une desquelles le droit anglais, tant privé que public, devait être la règle et dans l'autre desquelles le droit public était de sources anglaises et le droit privé de sources françaises, employait le même texte, « of the full age of twenty-one years », pour les deux, et il semble logique de penser que ce texte devait avoir le même sens et désigner la même période de temps dans les deux provinces.

Ce sont des textes portant les mêmes mots qui fixent encore l'âge où l'individu peut être électeur et éligible sous notre loi d'élections fédérales (1), et aussi sous notre loi d'élections provinciales (2). Tous ces textes sont de droit public et répètent des mots originairement employés dans le statut passé en 1791 par le Parlement anglais ; n'est-il pas raisonnable de penser qu'on doit les interpréter à la lumière de la règle anglaise ?

En serait-il de même des articles de notre Code Civil ?

On peut le soutenir car le Code civil fut mis en vigueur avant la Confédération par un Parlement dont la compétence législative n'était partagée avec aucun autre, et l'article 324 déclarait en termes exprès « à cet âge on est capable de tous les actes de la civile » C'était répéter en termes plus concis la règle de l'ordonnance : « à tous égards quelconques ... dans toutes Cours et places que ce soient dans cette Province ». La règle et l'époque devait être la même pour toutes fins publiques et privées et celui qui est, en vertu de cette règle, majeur au regard de la loi publique, ne le devient-il pas au même moment à tous autres égards ?

---

(1) S. R. C. 1927, ch. 53, ss. 29 et 39.

(2) S. R. Q. 1925, ch. 4, ss. 9 et 147.

Chez nous cette question ne relève-t-elle pas du droit public autant que du droit privé et n'est-ce pas la règle inspirée du droit public, qui doit prévaloir ? S'il en est ainsi, nos tribunaux seraient formellement liés par cette autre règle anglaise du *stare decisis* et donc obligés de décider ici, comme on continue à décider en Angleterre, que l'individu est majeur et pleinement capable tout le long du jour qui précède le vingt et unième anniversaire de sa naissance.

On l'a décidé en Angleterre quant à l'exercice du droit de vote in re Bishop's Castle en 1820 (1). On l'a décidé aussi chaque fois que la question s'est présentée aux Etats-Unis, partout où le Common Law anglais est resté en vigueur.

Tout de même, je n'en suis pas moins d'avis qu'en décidant ainsi chez nous on contribuerait à perpétuer une erreur qui a déjà été signalée par plusieurs auteurs Américains (2) et qui me paraît assez facile à démontrer. On en est arrivé à cette conclusion par application du principe que la loi anglaise considère une journée comme une unité de temps indivisible lorsqu'il s'agit de l'obtention ou de l'exercice d'un droit. Le droit qui est acquis à un moment quelconque d'un jour déterminé est censé avoir existé dès le premier moment de ce jour. Mais même s'il est vrai qu'on devient « of the full age of twenty-one years » le jour qui précède le vingt et unième anniversaire de sa naissance, on ne le devient qu'au dernier instant de ce jour ; il n'en reste aucun ce jour-là pendant lequel on serait réellement majeur et l'instant qui suit l'accomplissement de la période est le premier instant du jour suivant.

Je crois que le texte de notre ordonnance de 1782, « à l'âge de vingt et un ans », et celui de nos statuts publics « of the full age of twenty-one years », comme celui des articles de notre Code « vingt et un ans accomplis » quoiqu'ils permettent, à cause de la règle anglaise qu'on ne fractionne pas les jours, de compter le jour de la naissance comme un jour complet, n'en exigent pas moins que le jour qui précède le vingt-unième anniversaire soit achevé avant qu'on ait accompli vingt-un ans d'existence. Evidemment, puisque cette question est ouverte chez nous depuis au-delà de cent cinquante ans sans qu'il ait été nécessaire jusqu'à présent de la faire trancher par nos tribunaux, chacun peut, en risquant une opinion personnelle à cet égard, espérer qu'il ne s'établira pas de sitôt une jurisprudence d'arrêts qui paraisse lui donner tort.

II

Notre Code n'a pas suivi le Code Napoléon dans les modifications qu'il a apportées à l'ancien droit en matière de tutelle. Aujourd'hui

---

(1) Rogers, On Elections, 8ème Ed. p. 152.
(2) Am. and Eng. Encyc. of Law and Procedure. Vbo « Age » 2nd. Ed. p. 928.

chez nous, comme autrefois sous la Coutume de Paris, toutes les tutelles sont datives et déférées par le Juge après avis du conseil de famille, mais sans qu'il soit lié par cet avis.

Voici comment nos commissaires se sont exprimés à cet égard :

« D'après le droit romain suivi en France dans les pays de droit écrit, il y avait, avant le Code, trois espèces de tutelle : la testamentaire, la légitime et la dative. Les deux premières n'étaient pas admises dans les pays de coutume, où l'on ne reconnaissait que la dative ; pourtant, dans le ressort du Parlement de Paris, la testamentaire n'était pas tout-à-fait sans effet ; elle faisait préférer comme tuteur la personne indiquée par le testament, à tout autre, à moins que pour bonne cause le juge, aidé du conseil de famille, n'en décidât autrement.

Quant au Code Napoléon, il a enchéri même sur le droit romain ; il reconnaît quatre tutelles différentes ; la tutelle naturelle des pères et mères, la tutelle déférée par les pères et mères, la tutelle légitime des ascendants et enfin la tutelle dative.

Cette dernière est la seule qui ait jamais existé dans le pays, où elle a été reconnue et réglée par diverses lois provinciales, auxquelles il est nécessaire et opportun de se conformer ».

L'article 249 de notre Code se lit comme suit :

« Toutes les tutelles sont datives. Elles sont déférées sur avis du conseil de famille, par les tribunaux compétents, ou par un des juges qui les composent, ayant juridiction civile dans le district où le mineur a son domicile, ou par le protonotaire du même tribunal ».

Les commissaires en ont fourni l'explication suivante :

« Cet article, conforme à l'ancienne jurisprudence et à nos statuts, diffère de l'article 405 du Code Napoléon relatif à la tutelle dative, laquelle est déférée exclusivement par le conseil de famille, au lieu de l'être comme dans notre système, par le tribunal ou le juge, tenu à la vérité, de consulter le conseil de famille, mais nullement tenu de suivre son avis. C'est pour faire ressortir cette différence, que notre article dit que la tutelle est déférée par le juge. C'est vraiment lui qui nomme le tuteur ; le conseil n'est appelé que pour l'aviser sur la nomination ».

Les commissaires n'ont pas fait ressortir cette autre différence entre notre système et le système français consacré par le texte de l'article 249. C'est que chez nous la tutelle est organisée sous la loi du domicile du mineur sans égard à sa nationalité. Il devait en être ainsi puisqu'en vertu de l'article 6 de notre Code « L'habitant du Bas Ca-

nada, tant qu'il y conserve son domicile, est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes ; mais elles ne s'appliquent pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel reste soumis à la loi de son pays quant à son état et à sa capacité ».

Nous du Québec n'avons donc pas à tenir compte du conflit de droit international privé qui a donné lieu aux décisions de la Conférence de la Haye de 1894 et 1900 et à la convention du 12 juin, 1902 entre la France et la plupart des états de l'Europe continentale, puisque ces résolutions et cette convention ont trait à l'organisation et au fonctionnement de la tutelle en conformité de la loi nationale du mineur domicilié ailleurs qu'en territoire régi par cette loi.

Ce n'est pas à dire que notre système élimine toute possibilité de conflit de droit à cet égard. S'il s'agit d'un mineur aubain domicilié en cette province, le seul tuteur dont la qualité et les pouvoirs seront reconnus ici sera celui nommé par le tribunal de son domicile. S'agit-il, au contraire, d'un mineur canadien ou étranger, domicilié à l'étranger et ayant des biens à administrer en notre province, on reconnaîtra ici la validité d'une tutelle organisée à son bénéfice à l'endroit de son domicile et suivant la loi de cet endroit. Notre Cour d'Appel avait même décidé dans une cause de Brooke v. Bloomfield (1) que nos tribunaux pouvaient nommer un tuteur spécial à un mineur étranger lorsqu'il avait des droits à faire valoir en cette province ; elle s'est basée sur les déclarations du Roi des 15 décembre 1721, 1er octobre 1741 et le 1er février 1743 (2), qui pourvoyaient à la nomination d'un tuteur spécial aux biens qu'un mineur pouvait posséder aux colonies lorsqu'il était domicilié en France et aux biens qu'il avait en France quand son domicile était dans les colonies. Cette décision paraissait difficilement soutenable en vue des termes de l'article 249 du Code qui attribue au tribunal du domicile seul juridiction en cette matière. Pour obvier à l'incertitude qui pouvait encore exister quant à l'administration ou à l'aliénation chez nous de biens appartenant à un mineur domicilié à l'étranger, notre législature a, en 1928, ajouté au Code comme article 348a le texte suivant :

> « Lorsqu'un incapable domicilié hors de la Province possède des biens ou a des droits à exercer dans la Province et que la loi de son domicile ne pourvoit pas à ce qu'il ait un représentant quant à ses biens ou à ses droits, il peut lui être nommé un curateur aux biens pour le représenter dans tous les cas où un tuteur ou un curateur peut représenter un mineur ou un incapable d'après les lois de cette province. La nomination doit se faire dans le district où se trouvent en

---

(1) 6 R. L. p. 533.
(2) Edits et Ordonnances t. 1er pp. 438, 557 et 563.

tout ou en partie les biens ou les droits de l'incapable avec les formalités et d'après les règles prescrites pour la nomination de tuteurs ou de curateurs aux mineurs ou aux incapables domiciliés dans la Province ».

Tout cela se reconcilie peut-être difficilement avec la logique des distinctions entre statut réel et statut personnel, mais cela n'en fournit pas moins une procédure pratique qui permet d'administrer et même de réaliser les biens du mineur sans qu'on se heurte à aucune difficulté insurmontable. C'est peut-être ce que nous pouvons espérer de mieux en une telle matière car il ne faut pas oublier que le principe de la territorialité de notre droit quant à l'état et à la capacité des personnes nous est imposée par le fait qu'au point de vue international nous sommes des britanniques et que les britanniques vivent sous une grande variété de systèmes de droit privé différents, le nôtre ne s'appliquant qu'à un petit nombre d'entre eux.

III

En Europe on aurait la situation suivante :

« Les diverses législations de l'Europe se divisent en deux groupes principaux relativement au principe directeur de l'organisation de la tutelle. Dans les premiers c'est la famille qui joue le rôle prépondérant et assure absolument la protection des intérêts de l'incapable, surveille le personnel préposé à ces intérêts : tuteur et subrogé tuteur et autorise les actes les plus importants. Dans l'autre, qui s'inspire du système romain, c'est l'autorité qui, sous diverses formes, se substitue à la famille, désigne et contrôle les agents de la tutelle et autorise les actes les plus importants. La famille ne joue qu'un rôle secondaire et limité à des actes particuliers (1) ».

C'est ce second système qui est le nôtre et il me paraît en résulter que la fonction de tuteur ne peut être attribuée à un étranger. C'est du reste ce que décident nos tribunaux (2). La théorie contraire est soutenue de façon intéressante par M. Johnson dans son traité récent sur les conflits de droits (3) et le moins qu'on puisse dire c'est qu'il démontre de façon conclusive qu'il n'existe pas de bonne raison pour que le législateur n'accorde pas à l'aubain domicilié chez nous le droit d'être tuteur. Mais tant que le législateur ne le lui aura pas accordé expressément, je ne crois pas que les tribunaux puissent le lui reconnaître. Et voici pourquoi. Il n'y a pas de doute que sous l'ancien droit

(1) Dalloz Rep. Prat. Vbs. Minorité, Tutelle, Emancipation, No. 1313.
(2) Irving v. Payne, 1 R. de J. 42 et d'Ambrosio v. Fusco, 35 R.L.n.s. 43.
(3) Vol. I, p. 198 et seq.

l'aubain était incompétent (1). Il ne pouvait exercer que les droits qui lui résultaient du *jus gentium* (2). Notre statut 12 Victoria, chapitre 107, section 12, lui a expressément reconnu le droit de succéder et de transmettre par succession et a posé à cet égard le principe que l'article 25 du Code formule comme suit :

> « L'étranger a droit d'acquérir et de transmettre, à titre gratuit ou onéreux, ainsi que par succession ou par testament, tous biens meubles et immeubles dans le Bas Canada, de la même manière que le peuvent faire les sujets britanniques nés ou naturalisés ».

Je veux bien, comme M. Johnson le réclame pour lui, qu'il puisse exercer tous les droits incidents qui se rattachent comme accessoires aux droits reconnus par cet article. Mais entre lui et le britannique, même non domicilié, le Code a maintenu une distinction puisqu'il comporte comme article 18 ce qui suit :

> « Tout sujet britannique est quant à la jouissance des droits civils dans le Bas Canada, sur le même pied que ceux qui y sont nés, sauf les dispositions particulières résultant du domicile ».

Que l'organisation de la tutelle relève du droit public ou du droit privé, il est clair qu'elle ne relève pas du droit des gens et notre législateur qui a accordé à l'aubain une certaine capacité civile quant à ses biens qu'il n'avait pas auparavant, ne lui a pas encore conféré celle d'exercer cette fonction. Je crois, cependant, qu'il peut faire partie du conseil de famille puisque celui-ci n'a pour fonction que d'aviser le tribunal ou le Juge. Or l'aubain est témoin compétent devant nos tribunaux, tant au civil qu'au criminel, et je crois que l'avis qu'il exprimerait dans un conseil de famille devrait être accueilli tout autant que s'il l'exprimait comme témoin à l'audience. Et puisqu'en pratique l'avis du conseil de famille est presque toujours accepté et homologué par l'autorité publique, la capacité de l'aubain de siéger en ces assemblées de parents devrait être une raison additionnelle pour que le législateur ne tarde pas à lui reconnaître des droits de famille aussi complets que ceux qu'il lui reconnaît depuis le statut de 1849 en rapport avec ses biens.

---

(1) 9 Pothier Ed. Bugnet, p. 58.
(2) *Loc. cit.*, No 1.

L'ADOPTION, EN FRANCE ET DANS LA PROVINCE DE QUÉBEC

Rapport présenté par
M. LÉO PELLAND,
Avocat au Barreau de Québec,
Professeur à l'Université Laval,
Directeur de *la Revue du Droit.*

SOMMAIRE : *Rappel de principes. — Historique de l'adoption. — L'adoption en France, d'après le Code civil et la Loi du 19 juin 1923. — L'adoption dans notre Province, d'après les Lois de 1924 et 1925.*

Pour prendre une vue exacte du problème de l'adoption en droit civil, il faut se bien placer dans la perspective des vrais principes de philosophie sociale qui éclairent cette matière.

C'est dans la famille légitime, issue de la chair et du sang, que l'enfance est appelée à trouver, avec la vie, la protection et la croissance physique, intellectuelle et morale. Le droit naturel des parents n'a pas d'autre raison d'être.

Dans le sens le plus noble de l'expression, l'enfant appartient au père de famille, à ses parents, et il incombe à ceux-ci de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever. Ce droit, cette tâche ne sont pas l'apanage de l'Etat, qui ne peut, par conséquent, ni élever un enfant ni en disposer, comme de sa chose. L'Etat n'est pas libre de ne pas respecter, en cette matière, l'ordre divin.

Léon XIII a très bien résumé toute la doctrine, dans son Encyclique *Rerum Novarum* (1). Il rappelle d'abord que « la famille est une société proprement dite, avec son autorité et son gouvernement propre». Il proclame ensuite que « la société domestique a sur la société civile une priorité logique et une priorité réelle ». Après quoi il s'exprime comme suit :

« Vouloir donc que le pouvoir civil envahisse arbitrairement jusqu'au sanctuaire de la famille, c'est une erreur grave et funeste. Assurément, s'il existe quelque part une famille qui se trouve dans une situation désespérée et qui fasse de vains efforts pour en sortir, il est juste que, dans de telles extrémités, le pouvoir public vienne à son secours, car chaque famille est un membre de la société. De même, s'il existe quelque part un foyer domestique qui soit le théâtre de graves violations de droits mutuels, que le pouvoir public y rende son droit à un chacun. Ce n'est point là usurper sur les attributions des citoyens, c'est affermir leurs

---

(1) 15 mai 1891.

droits, les protéger, les défendre comme il conviendra. Là, toutefois, doit s'arrêter l'action de ceux qui président à la chose publique ; la nature leur interdit de dépasser ces limites. *L'autorité paternelle ne saurait être abolie ni absorbée par l'Etat,* car elle a sa source là où la vie humaine prend la sienne ».

Dès le VIe siècle de l'ère chrétienne, Justinien n'avait-il pas déjà promulgué cette règle, que « les droits du sang ne peuvent être abrogés par aucune loi civile » (1) ?

La doctrine de Justinien et de Léon XIII comporte certains corollaires pratiques :

1° Aucune législation ne peut faire perdre aux parents leurs droits naturels sur leurs enfants ni les délier de leurs obligations naturelles envers leurs enfants.

2° Il n'est pas au pouvoir des parents d'aliéner leurs droits naturels, ou d'en trafiquer, pas plus qu'ils ne peuvent se soustraire à leurs obligations naturelles ; les parents ne peuvent donc acquiescer ou consentir à la substitution soi-disant légale d'une paternité et d'une filiation fictives à la paternité et à la filiation légitimes.

3° Il n'est pas plus au pouvoir des enfants de répudier légalement leur famille naturelle.

4° Les adoptions volontaires, suggérées de tout temps par la charité chrétienne, doivent s'effectuer en marge de la famille naturelle existante et sans que soit prononcée la rupture d'un lien que la loi civile ne peut détruire.

5° L'exercice du droit naturel des parents se peut déléguer, en cas de nécessité, mais ce droit même ne saurait être supprimé ni perdu.

6° Pareillement, l'accomplissement de leur obligation naturelle, devenue impossible à exécuter, se peut suspendre : on ne fait point disparaître l'obligation elle-même.

7° Quand les parents mettent gravement en péril la religion ou la morale de leurs enfants, l'Etat a le droit d'intervenir et de porter des sanctions appropriées, en vertu desquelles l'exercice de l'autorité paternelle pourra être suspendu, mais sans décréter la suppression de cette autorité même.

8° Quand le père devient incapable ou indigne de tenir le sceptre qu'il tient de la nature et de Dieu, ce sceptre devrait d'abord passer à la mère, avec tous les pouvoirs appropriés quant à la garde et au placement des enfants.

9° L'indignité ou l'incapacité notoires des parents peuvent cesser. Tout doit être mis en œuvre pour arriver à ce résultat, et pour que la famille se reconstitue, autant que possible, et se resserre sous l'autorité de son chef légitime, dans l'ordre et la paix restaurés.

---

(1) *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.* DIGESTE, *De regulis juris,* L. VIII.

10° Les institutions et les sociétés charitables appelées à subvenir aux déficiences de la famille ont un rôle admirable à remplir. Il pourrait être à propos de leur confier certains pouvoirs de tutelle. Mais la mission de ces institutions et de ces sociétés, en regard et en fonction de la famille, est et reste une mission complémentaire et de suppléance.

L'adoption antique — l'adoption indoue, grecque et romaine — était aux antipodes des principes qui viennent d'être rappelés.

On peut l'envisager sous deux aspects.

Au point de vue politique, l'adoption avait pour objet de perpétuer les noms des grandes familles (1), ou encore, sous l'Empire, de trouver un successeur à César. Mais c'est au point de vue du droit privé surtout que l'adoption antique doit être étudiée. Pour la bien comprendre, il faut se rappeler comment la famille légale était constituée.

La famille légale, chez les anciens, était organisée sans tenir compte des liens du sang et au rebours de la famille naturelle. C'était une institution fictive et artificielle, groupant un nombre plus ou moins considérable d'individus (*alieni juris*) — des deux sexes et indépendamment de leurs rapports de parenté naturelle — sous la direction d'un chef (*paterfamilias*) de sexe masculin (*sui juris*), chargé d'entretenir, dans un foyer, le culte des dieux domestiques, très particulièrement des ancêtres. « Le devoir de perpétuer le culte domestique a été, dit Fustel de Coulanges (2), le principe du droit d'adoption chez les anciens ».

L'adoption antique provient donc de la conception spéciale que les anciens avaient de la divinité. Il fallait, pour apaiser les dieux domestiques et assurer le bonheur des ancêtres dans l'autre vie, entretenir sans interruption le feu du sacrifice, au foyer. C'était la tâche du *paterfamilias* et de l'héritier mâle qui recueillait son autorité. Mourir sans héritier mâle apte à continuer le sacrifice était regardé comme une malédiction. Il fallait, par conséquent, empêcher l'extinction du foyer domestique, et c'est pourquoi l'adoption, dans le principe, fut permise à celui qui n'avait pas de fils pour sacrifier à son culte après sa mort.

Avec le temps, l'adoption se développa, un peu comme l'institution de la clientèle (3), de façon à étendre de plus en plus l'influence de la maison sur laquelle régnait le *paterfamilias*.

---

(1) L'adopté gardait, cependant, le nom de sa famille naturelle, sous la forme d'un qualificatif ajouté au nom de famille de l'adoptant.

(2) *Cité antique*, p. 55. Cf. pp. 55-57, 86-87.

(3) Jean-Baptiste-Victor COQUILLE, *La France et le Code Napoléon*, chap. sur l'*Adoption*, pp. 154 et suiv.

Et tout lien légal était rompu entre l'adopté et sa famille naturelle. « S'il venait à mourir, raconte encore Fustel de Coulanges (1), son père naturel n'avait pas le droit de se charger de ses funérailles et de conduire son convoi ».

A Rome, il y eut trois formes d'adoption : l'*adrogation*, l'*adoption proprement dite* et l'*adoption testamentaire*. L'adrogation faisait passer sous la férule de l'adoptant une personne *sui juris* et tous ceux qui dépendaient d'elle : c'était l'absorption complète d'une famille légale par une autre. L'adoption proprement dite portait sur une personne *alieni juris* : cette personne était seule détachée en quelque sorte de sa famille légale. L'adoption testamentaire, déjà connue en Grèce, et que l'on trouve à l'origine du testament, était une institution d'héritier, en dehors des cadres de la succession naturelle.

En abolissant la parenté fictive de l'*agnation* et en restituant à la parenté naturelle (*cognation*) ses droits, Justinien (2) porta à l'adoption antique un coup fatal. Cependant, il garda l'adoption, en la transformant. La procédure se déroulait devant le magistrat et l'adopté restait dans sa famille naturelle, au point qu'il se trouvait, à des degrés divers, l'héritier de deux familles.

Graduellement, l'adoption tomba en désuétude, avec l'ère chrétienne.

Elle réapparut en France, sous la Révolution (3).

Finalement, elle trouva place au Code Napoléon (4).

Ce ne fut pas sans peine. Le Tribunat était plutôt favorable à un retour à l'adoption romaine. Le Conseil d'Etat, avec Tronchet, résista aux tendances radicales qui se manifestaient, et les modérés l'emportèrent (5). La question s'est posée aussi de savoir si l'adoption serait une affaire privée, à traiter par contrat, ou une affaire politique, à régler par une loi dans chaque cas. Napoléon était du second avis. Mais, là encore, les modérés eurent le dessus et dotèrent la France d'un système d'adoption inspiré directement de Justinien (6).

Le système d'adoption établi en 1803, en France, devait rester à peu près tel quel jusqu'à la Loi du 19 juin 1923. Voyons un peu en détail ces deux Lois de 1803 et 1923.

Le chapitre I du Titre VIII du Code Napoléon (1804) se rapporte à l'adoption proprement dite : deux sections distinctes traitent de

---

(1) *Cité antique*, p. 57.
(2) Nouvelles 118 et 127 (années 543 et 557).
(3) Décret de la Législative (18 janvier 1792).
(4) Loi du 2 avril 1803 : C.N., art. 343-370 (Titre VIII : *De l'Adoption et de la Tutelle officieuse*).
(5) Noël VERNEY, *Revue Catholique des Institutions et du Droit*, juillet-août 1923, pp. 355-360 ; Joseph DELPECH, *Documentation Catholique*, XXVIII, col. 899-904.
(6) COQUILLE, *op. cit.*

l'adoption et de ses effets, puis des formes de l'adoption (C. N., 343-360). Le chapitre II du même Titre est consacré à la tutelle officieuse (C. N., 361-370).

Le Code Napoléon se trouvait à distinguer trois cas d'adoption : l'adoption ordinaire (ou charitable), l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire.

Adoption ordinaire. — Cette adoption n'avait lieu qu'entre majeurs. L'adoptant devait avoir 50 ans, et 15 ans de plus que l'adopté. Condition préalable : l'adoptant devait avoir fourni des soins ininterrompus à l'adopté, durant sa minorité, pendant 6 ans.

L'adoption était permise aux personnes de l'un ou l'autre sexe, mariées ou non. On ne pouvait être adopté par plusieurs, sauf par deux époux. L'adoptant ne devait avoir aucun enfant ni descendant légitimes, lors de l'adoption.

L'un des époux ne pouvait adopter que du consentement de son conjoint. L'adopté de moins de 25 ans devait obtenir le consentement de ses père et mère, et leur conseil, s'il avait 25 ans.

L'adopté portait le nom de l'adoptant, mais il gardait son nom patronymique (1). Car l'adopté restait dans sa famille naturelle et y conservait tous ses droits. Il n'était pas question de transfert des droits de puissance paternelle. L'obligation alimentaire subsistait entre l'adopté et ses père et mère ; elle était commune aussi à l'adoptant et l'adopté.

La loi établissait des empêchements de mariage : 1° entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; 2° entre les enfants adoptifs d'un même individu ; 3° entre l'adopté et les enfants qui pouvaient survenir à l'adoptant ; 4° entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ; 5° entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.

L'adopté succédait à l'adoptant comme l'enfant à son père, et avec les enfants qui pouvaient survenir à l'adoptant, mais il ne succédait pas aux parents de l'adoptant.

Les règles quant à la succession de l'adopté étaient les suivantes :

1° Ses descendants légitimes lui succédaient exclusivement ; mais, lorsque les descendants de l'adopté mouraient sans postérité, l'adoptant personnellement avait un droit de retour sur les choses données par lui à l'adopté et existant encore en nature (2) ;

2° Si l'adopté mourait sans descendant légitime, un droit de retour semblable existait en faveur de l'adoptant ou de ses descendants sur les choses données par l'adoptant ou recueillies dans sa succession, et le surplus des biens de l'adopté allait à ses propres parents ;

3° Les propres parents de l'adopté lui succédaient pour le tout, quand les héritiers de l'adoptant étaient autres que ses descendants.

---

(1) A l'exception de l'enfant naturel non reconnu (Loi du 13 février 1909).
(2) A la charge de contribuer aux dettes et sous réserve des droits des tiers.

Le Code Napoléon (1804) concevait l'adoption sous la forme d'un contrat, dressé devant le juge de paix du domicile de l'adoptant et sujet à homologation judiciaire. Le tribunal civil de première instance du domicile de l'adoptant homologuait l'acte d'adoption, sur l'initiative du procureur royal (ou de la République), après s'être enquis de la régularité de la procédure et de la bonne réputation de l'adoptant. Il n'y avait pas d'appel du refus d'homologation. L'arrêt homologuant l'adoption devait, dans tous les cas, être confirmé par la Cour d'appel. Puis le jugement confirmatif était affiché, et l'adoption devait être inscrite sur les registres de l'état civil du domicile de l'adoptant (1).

Adoption rémunératoire. — Toutes les règles ci-dessus s'appliquaient, sauf deux exceptions :

1° L'adoption rémunératoire couvrait le cas où la personne à adopter avait sauvé la vie de l'adoptant soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots ;

2° La condition préalable des six ans de secours était supprimée, et il suffisait que l'adoptant fût plus âgé que l'adopté (différence d'âge de 15 ans abolie).

Adoption testamentaire. — Cette forme d'adoption était conçue en regard de la tutelle officieuse, et celle-ci était comme le prélude de l'adoption elle-même.

Pour être tuteur officieux, il fallait avoir 50 ans, n'avoir aucun enfant ni descendant légitimes et obtenir, si l'on était marié, le consentement de son conjoint. Le pupille devait avoir moins de 15 ans. Les parents devaient consentir à la tutelle. A défaut de parents, le consentement du conseil de famille était exigé. Si l'enfant était de parents inconnus, il fallait le consentement de l'établissement où il était hospitalisé, ou le consentement de la municipalité de son domicile.

L'acte de tutelle était reçu devant le juge de paix du domicile de l'enfant.

La tutelle officieuse emportait l'obligation de nourrir et d'élever le pupille, et de le mettre en état de gagner sa vie (2).

Après cinq ans, le tuteur, se voyant mourir, pouvait adopter le pupille par testament, à la condition de n'avoir pas d'enfant légitime. C'était l'adoption testamentaire. Celle-ci portait sur un mineur. Pas besoin du consentement de l'époux du tuteur (3).

---

(1) Avec mention en marge de l'acte de naissance de l'adopté (Loi du 13 février 1909).

(2) Sans préjudice des autres stipulations convenues : ce qui prouve que la tutelle officieuse était à base contractuelle.

(3) Le pupille, devenu majeur, pouvait être adopté, d'après les règles déjà vues. Si le tuteur mourait sans adopter son pupille par testament, on devait fournir au pupille mineur des moyens de subsistance. S'il n'avait pas été adopté dans les trois mois de sa majorité, le pupille incapable de gagner sa vie pouvait exiger des secours propres à lui procurer un métier. Le tuteur officieux rendait compte de l'administration des biens du pupille.

Comme on le voit, le Code Napoléon (1804) a restreint de beaucoup l'adoption. Il en a fait, somme toute, un contrat de bienfaisance et une institution d'héritier (1).

La Loi du 19 juin 1923 (Code Napoléon, nouv. art. 343-370) a apporté au régime de 1803 plusieurs changements considérables (2).

Notons ces changements, en faisant remarquer que, pour le reste, la nouvelle loi a reproduit les dispositions de l'ancienne.

Il n'y a plus de distinction entre l'adoption ordinaire et l'adoption rémunératoire. L'adoption testamentaire a été abolie, avec la tutelle officieuse.

L'adoption n'a lieu que pour de justes motifs et si l'adopté y trouve des avantages.

L'âge minimum de l'adoptant a été ramené de 50 à 40 ans.

Une personne mariée ne peut être adoptée qu'avec le consentement du conjoint (3).

Les mineurs peuvent être adoptés, du consentement de leurs père et mère (4).

La Loi de 1923 précise encore que l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits. Elle ajoute, néanmoins, que l'adoptant est seul investi des droits de puissance paternelle à l'égard

---

(1) « La fiction de l'adoption est sortie fort amoindrie des discussions du Conseil d'Etat. Elle tire toute sa substance des lois de Justinien. Or, sous Justinien, cette partie du droit romain se trouvait profondément modifiée ... La famille factice du vieux droit répugnait à la conscience publique. Justinien, par conciliation, garda le nom en rejetant la chose. Il maintint l'adoption en lui attribuant des effets conformes à la société nouvelle. Aussi l'adoption ne transporte plus l'adopté dans la famille de l'adoptant ; elle devient un contrat personnel entre l'adopté et l'adoptant. Toute idée de puissance paternelle en est écartée. Le premier consul comprit que, telle qu'on la voulait, l'adoption n'était plus une imitation de la nature, mais une simple institution d'héritier ». COQUILLE, *op. cit.*

(2) Noël VERNEY, *loc. cit.* ; Joseph DELPECH, *loc. cit.* ; B. A. (Bernard AUGER), *Revue du Notariat* (Paris), 15 septembre 1923, pp. 765-775 ; Paul CHASSAGNADE-BELMIN, *Revue Catholique des Institutions et du Droit*, mars-avril 1925, pp. 136-147. — Les adoptions n'avaient pas été nombreuses auparavant (environ cent cas en moyenne par année), et les dispositions sur la tutelle officieuse étaient restées pratiquement lettre morte. On avait eu recours à l'adoption pour tourner les dispositions prohibitives de la reconnaissance des enfants adultérins ou restrictives des droits des enfants naturels, et, plus tard, pour éviter la hausse graduelle des impôts successoraux entre parents éloignés ou entre étrangers.

(3) Sauf si le conjoint est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou si les époux sont séparés de corps. — Un Français peut adopter un étranger, et réciproquement : l'adopté ne change pas de nationalité.

(4) Si l'un des deux est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. En cas de divorce ou de séparation de corps, il suffit d'avoir le consentement de l'époux en faveur duquel le jugement a été rendu et qui a la garde du mineur. A défaut de parents ou si les parents sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le conseil de famille doit donner son consentement. On suit la même règle, quant à l'enfant naturel non reconnu, et les règles ordinaires, quant à l'enfant naturel reconnu.

de l'adopté, et du droit de consentir à son mariage. L'obligation alimentaire des père et mère naturels de l'adopté est maintenue, mais à titre subsidiaire seulement. La puissance paternelle fait retour de plein droit aux ascendants naturels de l'adopté, en cas d'interdiction, de disparition ou de décès de l'adoptant.

Le lien de parenté provenant de l'adoption s'étend aux enfants légitimes de l'adopté, et les règles successorales ont été légèrement amendées en conséquence (1).

Les empêchements de mariage sont restés les mêmes, mais, entre enfants adoptifs du même individu et entre l'adopté et les enfants qui peuvent survenir à l'adoptant, la prohibition peut être levée, pour des causes graves.

L'adoption a encore lieu par contrat, et les notaires, comme les juges de paix, peuvent recevoir le consentement de toutes les parties intéressées. L'adopté de moins de 16 ans figure au contrat par son représentant légal.

L'acte d'adoption doit être homologué par le tribunal civil du domicile de l'adoptant, sur requête de l'une ou l'autre partie, et le procureur de la République entendu. Si l'homologation est refusée, les parties ont deux mois pour en appeler. Si l'homologation a été accordée, le ministère public peut en appeler. Il y a aussi recours en cassation, pour vice de forme entachant l'arrêt rejetant l'homologation.

Le jugement confirmatif de l'adoption est affiché et inséré dans un journal d'annonces. Dans les trois mois, le dispositif doit en être transcrit sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, avec mention en marge de l'acte de naissance. L'adoption peut être révoquée, pour des motifs très graves, et il y a appel.

Il faut rapprocher de ces diverses dispositions celles de la Loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, — loi complétée par celles du 15 novembre 1921, du 23 juillet 1925 et du 17 juillet 1927.

Le chapitre I du Titre I de cette loi rend les parents passibles de « déchéance de la puissance paternelle », — et du « retrait de tout ou partie des droits qui s'y rattachent », à l'égard de tous leurs enfants ou de l'un ou quelques-uns d'entre eux, — de plein droit ou sur intervention judiciaire, selon la gravité ou le nombre des crimes ou des délits dont ils se rendent coupables avec leurs enfants ou à leur égard. Cette déchéance laisse subsister l'obligation alimentaire réciproque. La puissance paternelle est d'abord confiée à la mère, si la chose est possible.

Le chapitre II du même Titre organise la tutelle, en pareil cas :

---

(1) Une Loi budgétaire du 16 avril 1930, art. 22, se trouve à annihiler cette disposition, en décrétant que l'impôt des successions est le même quant aux adoptés et quant aux étrangers, Noël VERNEY, *Revue Catholique des Institutions et du Droit*, juillet-août 1930, pp. 361-367.

tutelle de droit commun ; tutelle exercée par l'Assistance publique, qui peut confier le mineur à d'autres établissements ou à des particuliers ; tutelle officieuse (accordée à un particulier qui la demande au cours de l'instance).

Mais le chapitre III pourvoit aussi à la « restitution de la puissance paternelle », après réhabilitation des parents, au besoin, et ce trois ans après que le jugement prononçant la déchéance a eu force de chose jugée (1).

Insistons sur ce fait que, en droit français, l'adopté reste dans sa famille naturelle et y garde tous ses droits. L'importance de ce principe est telle, que M. Joseph Delpech (2) a défini l'adoption un « procédé inventé par la technique juridique traditionnelle pour établir entre deux personnes des relations analogues à celles résultant de la filiation légitime, étant entendu que la parenté fictive en résultant se superpose, sans s'y substituer, aux rapports de filiation créés par la naissance même ». Et une bonne partie de la doctrine française, que cite cet auteur, restreint, en effet, les conséquences de l'adoption quant au transfert des droits de puissance paternelle.

Le résumé analytique qui précède permet de juger jusqu'à quel point le législateur français s'est contredit. Certains termes qu'il emploie, joints aux résultats de certaines dispositions législatives, s'accordent difficilement avec les règles rappelées au début de cette étude.

Voilà pourquoi, en dépit des formes qu'ils y mettent et des nuances de leur pensée, les auteurs de la dernière législation française sur l'adoption se sont attiré des critiques qu'il importait de souligner.

La première Loi d'adoption de la Province de Québec date de 1924 (3).

Sévèrement critiquée, cette loi a été refondue et corrigée, en

---

(1) Le père ne peut revenir à la charge, si sa demande est rejetée. La mère le peut, après dissolution du mariage. — Le Titre II de la même loi pourvoit à la « protection des mineurs (de 16 ans) placés avec ou sans l'intervention des parents ». Ces mineurs peuvent être confiés, du consentement des parents, à l'Assistance publique, à des associations de bienfaisance ou à des particuliers. Le tribunal du domicile des parents peut « déléguer à l'Assistance publique les droits de puissance paternelle abandonnés par les parents » et « remettre l'exercice de ces droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant ». Ceux qui recueillent un mineur abandonné peuvent demander au tribunal que « l'exercice de tout ou partie des droits de la puissance paternelle leur soit confié », et le tribunal peut conférer à l'Assistance publique les droits de puissance paternelle non dévolus au requérant. Les parents peuvent redemander l'enfant, à l'expiration de certains délais.

(2) *Loc. cit.*, No 1.

(3) 14 Geo. V. chap. 75, voté sur division, sanctionné le 15 mars et en vigueur le même jour. Cf. Léo PELLAND, *La Loi de l'Adoption de* 1924, analyse et critique, brochure de 42 pages (Québec, 1924).

1925 (1).

Comparons les deux textes.

Personnes susceptibles d'adoption. — Sous l'ancienne loi, pouvaient être adoptés : 1° les enfants illégitimes, avec le consentement écrit de la mère, si elle était connue, à moins que ce ne fût le père qui prît soin de l'enfant, auquel cas le consentement écrit de ce dernier était aussi nécessaire ; 2° les enfants orphelins de père et de mère, avec le consentement écrit de leur tuteur ; 3° les enfants ayant encore leurs père et mère, ou l'un des deux, avec le consentement écrit de ces derniers ; 4° les majeurs, avec le consentement écrit de leur curateur (cas des interdits) ; 5° les majeurs ou mineurs mariés, sauf, dans le cas d'un mineur, à obtenir le consentement du conjoint majeur ; 6° les enfants orphelins ayant un tuteur, les majeurs ayant un curateur, le consentement de personne autre que la personne à adopter, quand et les enfants ayant encore leurs père et mère, ou l'un des deux, sans les parents, le tuteur ou le curateur avaient « volontairement omis ou négligé de pourvoir convenablement aux besoins et à l'entretien de (cette personne) au cours des deux années » ayant précédé immédiatement la demande d'adoption, — ou avaient « laissé, sans interruption, pendant plus de deux années, précédant la date de la requête, le soin de (cette personne) à une institution de charité, en qualité d'indigent».

Le consentement écrit de l'enfant, âgé de 14 ans, était exigé. Ajoutons que le juge pouvait dispenser les adoptants de l'obligation d'obtenir le consentement des parents, du tuteur ou du curateur, absents de la province. Ajoutons, enfin, que le juge pouvait toujours passer outre au consentement des personnes de qui il était, en principe, exigé, quand ces personnes, une fois avisées de la présentation de la requête, faisaient défaut, ou comparaissaient sans s'opposer à l'adoption, ou faisaient valoir à l'encontre de l'adoption des objections réputées insuffisantes.

On a justement reproché à cette loi de violer le droit naturel des parents et les règles qui en découlent, en permettant l'adoption d'enfants légitimes ayant leurs parents, avec ou sans le prétendu consentement de ceux-ci, vu spécialement le caractère très radical de l'adoption envisagée, — en permettant à l'enfant de 14 ans de répudier sa famille naturelle, — en octroyant, enfin, au tribunal un pouvoir discrétionnaire même à l'encontre de la volonté des parents.

La Loi de 1925 a restreint l'adoption aux personnes suivantes : 1° aux enfants illégitimes, « à moins que l'un ou l'autre de leurs père et mère ou les deux n'aient, de fait, pris charge du soin, de l'entretien et de l'éducation de leur enfant ou n'aient déclaré par écrit » qu'ils

---

(1) 15 Geo. V, chap. 74, sanctionné et en vigueur le 3 avril (S.R.Q. 1925, chap. 196). On trouvera une vue d'ensemble des deux lois dans *la Revue du Droit* d'octobre 1925 (vol. IV, pp. 65-74), sous la signature du soussigné.

entendent s'en charger ; 2° aux enfants légitimes orphelins de père et de mère, si aucun ascendant ne prend soin d'eux ; 3° aux enfants légitimes dont le père et la mère, ou le survivant, irrémédiablement privés de raison, ne peuvent prendre soin, non plus qu'aucun ascendant. Les mineurs seuls peuvent être adoptés. Les personnes mariées ne le peuvent plus (1).

Si l'enfant dont on demande l'adoption est âgé de 10 ans, il faut avoir son consentement écrit. Cependant, si un enfant de moins de 14 ans refuse son consentement, le juge, après s'être rendu compte du degré d'intelligence de l'enfant et des circonstances spéciales de l'espèce, peut prononcer l'adoption quand même. Si l'enfant a 14 ans, et refuse son consentement, le juge est lié par ce refus.

Dans le cas d'un enfant illégitime, la Loi de 1925 exige le consentement écrit « du père de l'enfant illégitime ou, à son défaut, de la mère, si l'un ou l'autre sont connus », et, si le père et la mère de l'enfant sont inconnus, il faut le consentement écrit de l'institution où se trouve l'enfant. Quant aux autres enfants susceptibles d'adoption, et pourvus d'un tuteur, il faut le consentement écrit du tuteur. On peut se passer du consentement du tuteur de ces enfants, ou des parents d'un enfant illégitime, s'ils ont « volontairement omis ou négligé de pourvoir convenablement aux besoins et à l'entretien de l'enfant au cours des deux années qui ont précédé immédiatement la présentation de la requête », — ou « laissé, sans interruption, pendant plus de deux années, précédant la date de la requête, le soin de l'enfant à une institution de charité, en qualité d'indigent » (2).

Avis de la requête doit être donné à l'institution qui garde un enfant à ses frais ou à ceux de la charité publique. Le juge peut dispenser les adoptants de l'obligation d'aviser le tuteur de l'enfant, ou les parents d'un enfant illégitime, quand ce tuteur ou ces parents sont absents de la province. Le juge peut passer outre et prononcer l'adoption, quand ce tuteur ou ces parents, dûment avisés, font défaut, ou comparaissent sans s'opposer à l'adoption, ou font valoir à l'encontre de l'adoption des objections qui lui semblent insuffisantes.

Adoptants. — Sous l'ancienne loi, pouvait adopter toute personne de 21 ans, mariée ou non ; le législateur se contentait d'exiger que la personne à adopter fût plus jeune que l'adoptant, sans fixer aucune différence d'âge.

La Loi de 1925 a modifié ces dispositions. Il doit y avoir désormais une différence d'âge d'au moins vingt ans entre l'adopté et les adoptants ; l'adoption d'un enfant de l'un ou l'autre sexe ne devenait permise qu'aux seuls époux faisant vie commune ; l'adoption par une

---

(1) L'amendement de 1925 a supprimé, en effet, l'unique passage de l'ancienne loi indiquant la possibilité de l'adoption d'une personne mariée.

(2) Le 1er avril 1927, le délai d'abandon a été ramené à six mois, pour les enfants illégitimes (17 Geo. V, chap. 57, amendant l'art. 9 de la loi).

personne non mariée, veuve sans enfant ou célibataire, était encore possible, mais à la condition que, dans l'un et l'autre cas, l'adopté fût du même sexe que l'adoptant (1).

Enfin, pour pouvoir adopter désormais un enfant, il faut « professer la même foi religieuse que celle à laquelle ce dernier appartient par le baptême ». De plus, le juge doit, dans tous les cas, faire « une enquête complète sur les qualités morales des parents adoptifs » et sur « leur aptitude à bien élever l'enfant et lui donner un foyer ».

Procédure. — D'après la nouvelle loi comme sous l'ancienne, l'adoption d'un enfant est obtenue au moyen d'une requête présentée à un juge de la Cour supérieure du district où l'adoptant a son domicile (2).

Toutefois, la Loi de 1925 contient plusieurs dispositions nouvelles.

S'il s'agit d'un enfant illégitime, le jugement prononçant l'adoption doit mentionner non plus seulement l'âge de l'enfant, s'il est possible de l'établir, mais encore le fait (3) de son baptême, si l'enfant a été baptisé. En deuxième lieu, l'adoption peut être révoquée, pour des « motifs très graves », par un juge de la Cour supérieure, sur requête de l'adoptant ou de l'adopté (4). Enfin, une seconde demande d'adoption ne peut être reçue qu'après le décès des premiers parents adoptifs, sauf si la première adoption a été révoquée.

Une Loi du 13 avril 1933 (23 Geo. V, chap. 78, amendant les art. 8 et 25 de la loi et y insérant les art. 26 et 27), loi complétée par celle du 7 mars 1934 (5), a surtout en vue de cacher le plus possible son origine à l'enfant illégitime qui est adopté. Le jugement d'adoption peut mentionner, outre les nom et prénom de l'enfant, un parrain et une marraine ; il vaut un acte de l'état civil ; un certificat de ce jugement, rédigé d'après une formule obligatoire, qui ressemble aux actes de naissance ordinaires, doit être entré au registre de l'état civil du lieu de résidence actuel ou antérieur des parents d'adoption ; il doit être noté en marge de l'acte qui porte la date de la naissance de l'enfant, avec renvoi à l'année et à la page du registre où il est transcrit ; et le Protonotaire fait une inscription correspondante dans le

---

(1) Depuis le 13 avril (23 Geo. V, chap. 78, amendant l'art. 3 de la loi), une personne veuve avec ou sans enfant peut adopter un enfant de sexe différent, déjà adopté en fait antérieurement au veuvage.

(2) Depuis le 13 avril 1933 (23 Geo. V, chap. 78, amendant l'art. 5 de la loi), la requête peut être présentée au juge du domicile de l'institution qui a la garde de l'enfant illégitime, ou de l'enfant légitime à titre d'indigent.

(3) Et la date (23 Geo. V, chap. 78, amendant l'art. 8 de la loi). Le délai de garde préalable d'un enfant illégitime par les parents d'adoption a été ramené à six mois (17 Geo. V, chap. 57, — 1er avril 1927, — amendant l'art. 13 de la loi).

(4) L'adoption d'un enfant illégitime peut être révoquée, à la demande de l'institution de charité qui en avait la garde (17 Geo. V, chap. 57, modifiant les art. 19 et 20 de la loi).

(5) 24 Geo. V, chap. 60.

double en sa possession, sur réception d'un certificat de note marginale ; le dépositaire du registre où est entré le certificat de jugement ne doit délivrer qu'une copie de ce certificat.

Il n'y aurait probablement rien à redire à ces amendements, s'ils faisaient expressément une différence entre les enfants légitimes et les illégitimes. Or, de la façon dont les nouveaux articles 25 et 26 sont rédigés, l'acte de l'état civil déjà possédé par un enfant légitime est mis de côté, puisque la transcription d'un certificat du jugement équivaut à un acte de l'état civil, pour tous les enfants adoptés, et qu'on doit ensuite délivrer des certificats en conséquence. On n'a pas le droit de supprimer ainsi l'acte de naissance authentique établissant la vraie filiation d'un enfant légitime.

Effets de l'adoption. — L'article 10 de l'ancienne loi avait donné prise à la critique, pour les mêmes motifs qui faisaient critiquer l'adoption d'enfants légitimes ayant encore leurs parents et parce qu'il était très radical. Cet article disait qu'à compter du jugement prononçant l'adoption, les parents, le tuteur ou les personnes chargées jusque là de la garde et du soin de l'adopté perdaient tous les droits qu'ils possédaient et étaient dispensés de toutes les obligations naturelles auxquelles ils étaient tenus à son égard.

La nouvelle loi est conçue de façon à dire que les droits auxquels met fin le jugement prononçant l'adoption sont les droits possédés « en vertu du droit civil », et que les obligations supprimées sont les obligations « légales ». Du moment qu'il n'est plus loisible d'adopter ainsi des enfants légitimes ayant encore leurs parents, l'on peut dire *transeat* à la rédaction nouvelle.

En vertu de l'article 11 de l'ancienne loi, le juge pouvait, à sa discrétion, ordonner que l'enfant portât le nom de famille de l'adoptant et fût légalement désigné sous ce nom, à l'exclusion de son nom patronymique. La nouvelle loi accorde simplement au juge la faculté de donner à l'enfant un autre nom que celui de sa famille adoptive. Le juge n'est donc pas obligé de laisser à l'enfant légitime le nom de son père.

Les raisons qui sont à la base des deux dispositions sont des raisons de sentiment. Les parents adoptifs tiennent à ce que l'enfant qu'ils adoptent porte leur nom. Mais l'enfant n'a-t-il pas un droit acquis, un droit inné et, pour ainsi dire, naturel au nom de son père ? Et n'est-ce pas frustrer le père décédé d'un droit qu'il garde au delà de la tombe, de laisser à ses enfants le nom honorable qu'il leur a légué ? Le droit naturel du père et de l'enfant est ici plus fort que le droit légal des parents d'adoption. N'y aurait-il pas moyen de concilier les choses, en imposant, comme le fait la loi française, la règle que l'enfant adopté, s'il est légitime, devra porter à la fois le nom de ses parents propres et celui des parents d'adoption ? Cette règle très sage ne se retrouve-t-elle pas en droit romain ?

Les dispositions de l'ancienne loi concernant le droit de succession

ab intestat entre adoptants et adoptés n'ont pas été changées.

L'adopté succède aux parents d'adoption comme s'il était leur enfant propre, mais il ne succède pas à leurs parents ou alliés.

Les biens qu'il a acquis par lui-même, ou par donation, testament ou succession de ses parents d'adoption, ou par donation ou testament de leurs parents ou alliés, vont à ceux auxquels ils seraient déférés, d'après la loi, si l'adopté avait pour parents propres ses parents adoptifs, c'est-à-dire du côté de sa famille adoptive.

Les biens que l'adopté a recueillis par donation, testament ou succession de ses parents et alliés naturels sont déférés de la même manière que s'il n'avait pas été adopté, c'est-à-dire du côté de sa famille naturelle.

Ainsi donc, dans la Province de Québec comme en France, l'adopté est, à des degrés divers, l'héritier de deux familles.

Notre Loi de l'adoption ne reproduit pas les empêchements de mariage de la loi française. L'attention du législateur a été attirée là-dessus, dès 1924. On a répondu que la Législature de Québec n'avait pas juridiction. Le Parlement fédéral n'a pas légiféré. Il y a donc là une grave lacune.

Si l'on veut caractériser d'un mot notre système d'adoption, on peut dire qu'il se présente, comme le système français, sous deux aspects : 1° une institution d'héritier en dehors des cadres de la succession naturelle (cas spécial de l'adoptant célibataire) ; 2° la constitution d'une famille fictive par imitation de la nature.

Le double problème de l'enfance coupable et de l'enfance abandonnée a également préoccupé notre législateur (1). Nous avons surtout en vue ici le cas de l'enfance abandonnée. Par diverses voies, les enfants physiquement et moralement abandonnés sont placés dans des écoles d'industrie. Ils peuvent être placés chez des personnes de confiance, ou en apprentissage. La *Loi du placement en apprentissage des enfants internés*, qui s'applique aussi aux orphelins et aux enfants gardés dans les institutions de charité, prévoit même une sorte de placement-adoption provisoire (article 5), sous réserve du droit des parents de reprendre la garde de leurs enfants, par voie de requête à la Cour supérieure (article 8-9).

Après tous les détails qui précèdent, nous pouvons conclure que notre Loi de l'adoption actuelle et les lois connexes s'accordent mieux avec le droit naturel des parents que la Loi française de l'adoption de 1923 et la législation complémentaire où l'on a envisagé les divers aspects du problème de l'enfance.

---

(1) *Loi des écoles de réforme*, S. R. Q. 1925, chap. 159 ; *Loi des écoles d'industrie*, S. R. Q. 1925, chap. 160 ; *Loi du travail des détenus dans les écoles de réforme et d'industrie*, S. R. Q. 1925, chap. 161 ; *Loi du placement en apprentissage des enfants internés*, S. R. Q. 1925, chap. 162. Cf. *Revue du Droit*, XII, pp. 288-292.

THE LAW OF SUCCESSIONS IN THE QUEBEC AND IN THE FRENCH CIVIL CODES

Presented by

Mr. F. R. Scott,

Professor at the Faculty of Law,
Mc Gill University.

In its dealing with the right of inheritance the Code Napoléon made some of its most fundamental changes over the old civil law. The abolition of the *droit d'aînesse,* the equal sharing amongst heirs regardless of sex, the abandonment of the complicated distinctions of property known to the *coutumes,* marked the abrupt end of legal bulwarks appropriate to a feudal society. New methods of distributing the property of a deceased person, corresponding to the new social ideals of that creative epoch, had to be devised. It is no small tribute to the reasonableness of the innovations finally adopted that for the most part they should have been found acceptable sixty years later in America by a French community which, through an historical accident, had been deprived of the intellectual ferment of the Revolution, and which had preserved the Catholic tradition intact. The Civil Code of Quebec copied very closely the law of successions as set forth in the French code, the Canadian codifiers having expressly stated that they intended to follow the principles of the latter in preference to the rules of the *Coutume de Paris* (1), whoch survived in Quebec till 1866. This wholesale adoption is perhaps more understandable if we remember, with M. Colin (2), that the work of the Code Napoléon was the work of moderates, the first burst of revolutionary enthusiasm having spent itself by the time it was drafted. The Quebec code too, in certain ways which will be considered more fully later, (notably in the exclusion of illegitimate children from the estate,) has preserved an older attitude of mind. So similar, however, is the Quebec law to that of France that in this paper no attempt will be made to describe the established rules familiar to civilians in both countries ; rather will the discussion be confined to the principal differences that are found in the two systems, whether these have been due to the choice of the Quebec codifiers or have been subsequently introduced by legislation or judicial decision.

By way of introduction, some of the more sociological aspects of the subject may well be considered. The law of successions touches closely two of the most ancient institutions of society, namely private

---

(1) Fifth Report: First Part.
(2) Livre du Centenaire, Vol. 1 p. 299.

property and the family. The right of a person to amass property during his lifetime is unlimited ; the millionaire, though rarer than the pauper, is still looked upon as more lawful and more laudable (1). The question of what shall be done with this property on the death of the owner — a question to which every age and every system of law gives a different answer — is considered in Quebec to be primarily a private matter for the owner himself to decide. What he has acquired he may bequeath ; his right of ownership includes the right of disposal after death, even to the extent of declaring, through the device of substitution, what shall happen to his property for three successive generations of heirs. Only when he has failed himself to exercise this *post mortem* power does the law of successions apply so as to name the persons who have a right to succeed *ab intestate*. At this moment, for the first time, consideration for the family appears, and the estate is divided amongst the nearest relatives of the deceased according to established rules. The right of the family, however, is entirely secondary to the right of private property, since complete freedom of willing obtains in Quebec, and a testator may lawfully give away his whole patrimony leaving wife and children destitute. Non-support, which the rules of alimentary allowance forbid during a man's lifetime, the laws of inheritance permit after his death.

For the principle of freedom of willing the English are, of course, responsible. They brought the idea with them to Canada, and it was injected into the civil law by the Quebec Act of 1774 and by legislation of 1801. A full discussion of the effects of this change, so alien to French tradition, is out of place here, but two aspects of the matter are relevant to the subject of successions. From the juridical point of view, freedom of willing means that there is no *réserve* or *légitim* in Quebec, that is to say, no attempt to support the family system by legal protection of its property against the idiosyncrasies of testators. There is, in truth, no « family » property at all, the family having no right, as in France, and in Quebec prior to 1774, to any portion of the estate unless the deceased leaves no will. From the sociological point of view, however, the fact of great significance is that this rule has apparently in no way weakened the family structure in Quebec. Despite the absence of the « *quotité disponible* » from our law of successions the family system seems as firmly rooted in the Quebec of 1934 as it was in the France of Jacques Cartier's time. Indeed, when coupled with the right to create substitutions, which our civil code has fully maintained in contrast to its severe restriction in France, freedom

(1) More lawful, because vagrancy is a crime, whereas only the more advanced moral codes consider it wrong for one man to have too much when others are in want.

of willing has in practice been used to strengthen the connection between a family and its property. There is no doubt much truth in the observation that the family has developped « *selon les mœurs beaucoup plus qu'elle n'a obéi aux tendances de la loi* » (1).

It is indicative of modern social trends that the State today has an even more absolute right than the family to a share in the patrimony of a deceased person. Not content with the ancient royal prerogatives of escheat and *bona vacantia,* which under our federal constitution belong to the provinces (2), the State — or more properly, the Crown — insists through the Succession Duties Act (3) upon entering into the family circle in both testate and intestate successions. It claims, not a share of the property, but a money payment proportionate to the value of the estate. Deference to the family idea is shown in the total exemption granted to small estates, and in the higher tax exacted on legacies to strangers and collaterals as compared with descendants, but the fact remains that to all intents and purposes a new heir is created by this method with a priority over other classes of heir. Succession Duties, which are found also in France, represent little more than a growing need of revenue on the part of governments which are being compelled increasingly to replace the family and private charity as the organ of assistance to those in want ; but perhaps there is also implied a recognition of the fact that all property is a social product, and that he who has been enabled through social organisation to amass wealth during his lifetime may justly be required to make some repayment to society on his death.

From these preliminary observations we may turn to a closer comparison of the provisions of the two codes. A glance at the headings of titles, chapters and sections will show how exactly the Code Napoléon has been copied in the Quebec Code. The arrangement of the law of successions is almost identical in the two, and in the discussion which follows of the principal difference between them the subjects will be treated in the order adopted by the codifiers.

First, then, as to the opening of successions and the seizin of heirs. Successions open by natural death alone, civil death having been abolished in France in 1854 and in Quebec in 1906. The law governing the succession is determined under both systems by the domicile of the deceased, due consideration being paid to the distinction between moveable and immoveable property in applying the rules of conflict of laws. The Quebec Code differs slightly in its application of the theory of the *co-morientes* : it has filled the lacuna

---

(1) P. Lerebours-Pigeonnière ; Livre du Centenaire, I. p. 266.
(2) A.-G. of Ontario v. Mercer, 8 A. C. 767. Rex v. A.-G. of British Columbia 1924 A. C. 213.
(3) R. S. Q. 1925 c. 29.

in the Code Napoléon by declaring that when some persons are under fifteen or over sixty, and the others are in the intermediate age, the presumption of survivorship is in favor of the latter (1). We follow the French law in restricting these presumptions to cases of abintestate succession. The two doctrines of seizin are also similar in their operation, the lawful heirs beings seized *de plein droit* and the irregular successors being obliged to be put judicially in possession. Developments here have been that in France since 1896 the benefit of seizin has been extended to the illegitimate children by an amendment to Art. 724 C. N., while in Quebec since 1915 the surviving consort has ceased to be an irregular successor and enjoys the full advantage of seizin along with the other lawful heirs.

The qualities requisite to inherit and the rules of exclusion for unworthiness are substantially the same under both codes. So too is the law of representation, except that in Quebec representation is admitted in the collateral line only for nephews and nieces in the first degree, and also only when they are called concurrently with the brothers or sister of the *de cujus*. In France representation is admitted without limit in favour of the descendants of brothers and sisters. Quebec has thus preserved the rule of the *Coutume de Paris*.

In treating the order of successions the Code Napoléon, as has been intimated, made notable innovations. The principal changes consisted in the abolition of the *droit d'aînesse,* the establishment of the unity of the succession, the abandonment of the multitudinous distinctions of property (*fiefs, propres, acquets, etc.,*) the equal distribution of shares, the admission of the illegitimate child ; and, for the calling of the heirs, the adoption of the rules of Justinian's Novels tempered by the ancient customary idea of the *fente,* or division of the estate into the paternal and maternal lines in certain cases. This great work of simplification and unification was copied by the Quebec codifiers with little change. The new rules did not operate in Canada, however, with the same revolutionary effect as in France ; for, not only was the idea of the unity of the succession more familiar to the French Canadians owing to the fact that the patrimony could be entirely disposed of by will, but also the inhabitants of this province, even under the seigniorial régime prior to its abolition in 1854, held their lands on the feudal tenure of *censive* or *roture* rather than *en fief,* and hence were fully accustomed to equality of partition regardless of sex or age.

Whilst the order of succession of the Code Napoléon, despite its

---

(1) C.C. 604. Mignault's statement in III. p. 262 note (a) that this article is in conformity with modern French law is scarcely warranted. See Col. and Cap. III 372 ; Planiol and Ripert IV 45.

novelty, was in greater part followed in Quebec, certain important differences occur, representing interesting variations in social philosophy. In the first place, illegitimate children have no share in abintestate succession in Quebec, though they may receive freely by will. Modern French law enables them to compete even with legitimate heirs, and since 1896 they have ceased to be classed as irregular successors. In Quebec nothing has been done, even by way of social legislation additional to the Code, to alleviate the harshness of the old rule of total exclusion.

Another point of contrast is to be found in the Quebec amendment, adopted in 1915, whereby the surviving consort was made an heir, and allowed to take one third of the estate even when there are children (1). In France the consort remains an irregular successor, coming to the estate only in default of relations within the heritable degrees ; although by legislation in 1891, 1920, 1925 and 1930 the surviving consort's position has been improved by the granting of certain usufructuary and alimentary rights, the restriction of heritable degrees to six, and the granting of the right to succeed to the share of the maternal or paternal line when the *fente* applies and there are relations in one line only (2). The Quebec change ,more generous than those in France, follows the rule of the German and Swiss codes, and is a long delayed victory for the principle of affection as opposed to the more primitive family concept of blood relationship. It is indeed curious that the civil law for so long continued to treat the consort as a stranger to the estate while at the same time invoking the idea of presumed affection to justify the order of succession. Surely it was a most fictitious fiction which assumed, for instance, that a man would prefer a collateral relation twelve degrees removed before his own wife ! The Quebec rule is so reasonable that there seems no justification for the niggardly exception contained in C. C. 624d, which denies the right of succession to a consort when the deceased consort dies under the age of majority. Is the affection of a minor less real or worthy of respect ? What is still more indefensible, the legislature when making this amendment destroyed the rights of this consort as irregular successor ; — Arts. 624d and 636 C. C. appear to have changed the old law and leave the husband or wife of a deceased minor completely incapable of succeeding at all. (3).

A third difference in the order of successions occurs in the num-

---

(1) To be able to succeed, however, the consort must make an abandonment of community and other rights as provided in C. C. 624c.

(2) C.N. 755, 767 ; Dalloz, 1931, 4. 65.

(3) It has been said that this article was inserted to protect the minor from having an heir forced upon him whom he could not escape, being unable to make a will. But this argument applies equally well to descendants. See 18 Revue du Notariat, p. 355.

ber of heritable degrees. In Quebec collaterals are still called up to the twelfth degree, as was the practice but not the rule under the old law : in France the rule was the same until 1920, since when collateral heirs have been restricted to the sixth degree (1). The new French rule has the effect of increasing the chance of irregular successors, and seems more reasonable. The business of searching out relatives to the twelfth degree frequently presents the practitioner with a well nigh impossible task.

Finally, it is indicative of the more conservative attitude of the Quebec codifiers that they did not copy the provisions of the Code Napoléon regarding adoption. The institution of adoption is historically more pagan than christian, having been fully developed in Roman law but practically unknown to the old French law. The revolutionary era re-introduced the practice to France. No organised system of adoption existed in Quebec till 1924, but since then the adopted child has been granted much the same rights in the intestate succession of his adoptive parents as it has in France.

Passing to the next subdivision of the title, namely the acceptance and renunciation of successions, one finds an almost identical reproduction in the Quebec Code of the provisions of the Code Napoléon. Certain minor differences alone occur. One of the most important is that in France the right to accept or renounce is prescribed by 30 years ; in Quebec the heir is never too late to renounce the succession, as long as he has not formally or tacitly accepted it (2). The Quebec rule, in keeping with the older law and Roman law, avoids the serious controversies to which Art. 789 C. N. has given rise. Again, in France renunciation can only take place before the court of the place where the succession opened : in Quebec, as under the old law, besides the judicial declaration a notarial deed of renunciation is permitted, both forms requiring registration in order to affect third parties (3). In France the creditors of an heir who renounces to the prejudice of their rights can accept in his stead with a mere judicial authorisation : in Quebec this form of acceptance would require an ordinary action (4).

In the matter of acceptance under benefit of inventory the two systems of law are also in substantial agreement. Possibly the beneficiary heir in Quebec is more strictly held to his duties. He has no power to abandon the administration already begun, as under Art. 802 C. N. He is bound to exercise the care of a *bon père de famille,* whereas in France he is responsible only for *faute grave* (5). On the other hand

---

(1) Except in the case of descendants of brothers and sisters, and where the deceased was incapable of willing and was not interdicted. Art. 755 C. N.
(2) C.N. 789 ; C.C. 656.
(3) C.N. 784 ; C.C. 651, 2126.
(4) C.N. 788 ; C.C. 655.
(5) C.N. 804 ; C.C. 673.

he need not furnish caution in Quebec unless a majority of the creditors demand it ; in France a majority request is not necessary (1). Further differences are to be found in the rights of creditors who come late with their claims. Under Quebec law the beneficiary heir is protected against creditors who come later than three years from the discharge, even if there has been a surplus in the estate ; the opposite is true in France (2). The claim of late creditors against legatees who have received to their detriment is prescribed by three years under the Code Napoléon, while in Quebec the ordinary laws of prescription apply (3). These variations, however, are slight, and leave the Quebec law open to the criticisms which have been levelled against the civil law for having no collective procedure for liquidation of the estate whereby all conflicting claims can be fairly settled. There is no procedure in Quebec even for the appointment of an administrator, as in France and in English law countries, to take charge of the property of a succession (4).

The last chapter in the title of successions deals with the important subjects of partition, returns and the payment of debts. Here again the Quebec codifiers have followed the lead of the Code Napoléon in matters of principle, making but slight changes in their application. In regard to partition, the two basic rules of the French law have been adopted, namely the rule that no one can be compelled to remain in undivided ownership, and the rule that the effect of partition is declarative rather than translative of property, expressed in the legal fiction that each co-partitioner is deemed to have inherited alone and directly all the things comprised in his share, and never to have had the ownership of the other property of the succession. The first rule is perhaps less strictly applied in Quebec, since a testator is permitted to order or the heirs by agreement to defer partition for any limited time provided there is a useful purpose to be served. In the French code the testator has no such power (5), and the agreements are limited to five years, subject to renewal ; though subsequent legislation, particularly in 1909 and 1922, has extended the duration of co-ownership for certain classes of property. The second rule, the fiction of direct inheritance from the *de cujus*, has given rise in France to the liveliest controversies both in *la doctrine* and *la jurisprudence*. In Quebec, owing to the paucity of *la doctrine*, that type of controversy is non-existent, but the courts are beginning to struggle with the practical

---

(1) C.C. 663 ; C.N. 807.
(2) Planiol and Ripert. IV No. 420 ; Baudry-Lacantinerie II 1551 ; C.N. 803 ; C.C. 679.
(3) C.N. 809 ; C.C. 680 ; Mignault III 468.
(4) Col. and Cap. III 612, 617 ; Planiol and Ripert IV 434 ; Marler, § 360.
(5) Planiol and Ripert IV No. 492.

difficulties involved in the application of the rule. In *Bruneau v. Banque Jacques Cartier,* it was held that while the fiction of C. C. 746 benefitted the co-partitioner who acquired the entirety of an undivided immoveable by licitation, so that he received it free from hypothecs placed thereon by his fellow partitioners, the rule does not prevent the co-partitioners who have sold their shares from exercising an hypothecary preference or a vendor's privilege upon the price when it is placed in the hands of justice for distribution. The fiction, in other words, is not absolute but relative ; it is for the benefit of the co-partitioner only and is not to be extended so as to destroy a privileged claim against the adjudication price (1). This decision is in line with French doctrine rather than with *la jurisprudence* (2). In *Banque St-Jean v. Nolin* (3), the restrictive nature of C. C. 746 and its counterpart C. C. 2021 was again indicated, when a sale by all the undivided owners of an immoveable to a stranger was held not to put an end to a hypothec placed on the property by one of them, the fiction applying only when the adjudication is to one of the co-partitioners themselves and not to a stranger. This interpretation is supported by the weight of both doctrine and jurisprudence in France (4).

On the difficult question of deciding whether C. C. 746 applies to *créances* divisible by their nature according to the terms of C. C. 1122, as well as to other types of property, the Quebec Courts have not yet had to give a definite answer. An *obiter dictum* in *Ayotte v. Boucher* (5) seems to imply that a *créance* comprised in the lot of a co-partitioner comes to him by a declarative title. In *Houde v. Marchand* (6) Archambault J. suggests the contrary view that there is no indivision in the case of *créances,* from which it would follow that they would belong to the co-partitioners each for his share and the partition would be translative of ownership. This indeed is Mignault's view, though he does not discuss the question in all its aspects (7). Needless to say, since the fundamental principle is undetermined, the various consequences which will depend upon its determination have not been worked out. There is no reason in the text of the codes why the Quebec law on this point should differ from that of France, but here the French law itself has not reached a final conclusion (8).

In the matter of returns the Quebec Civil Code, while basically

---

(1) 10 K. B. 525.
(2) Col and Cap. III 513.
(3) 51 S. C. 138.
(4) Col. and Cap. III 503.
(5) 3 D.C.A. 123.
(6) 21 K.B. 184.
(7) III p. 619 et seq.
(8) Col. and Cap. III 514.

similar to the Code Napoléon, offers some striking contrasts. The Canadian codifiers departed from the rules of the *Coutume de Paris* and followed those of the French code in making every heir, whether beneficiary or unconditional, whether in the direct or collateral line, subject to the obligation of returns. They were stricter in applying the principle of equality, however. In Quebec the gifts and legacies made to the son of a person entitled to succeed must be returned, as also must the gifts made to the father of a person called to the succession of his grand-father (1). There is exemption from return for both these gifts under the Code Napoléon, and the latter code, unlike the Quebec Code, dispenses the gifts and legacies made to the consort of an heir. Further, in 1898 Article 843 of the French code was amended so that legacies made to an heir are now presumed to be made *par préciput* and beyond his share, unless the testator expresses the contrary intention. Thus in a number of instances the French law relieves the heir from the obligation to return where the Quebec law does not. The French rules seem more in keeping with the probable wishes of testators and donors, particularly in regard to the dispensation of legacies from returns. The mere making of a legacy is surely in itself an indication that the testator intends the legatee to be specially benefitted ; it is therefore more reasonable to give this intention its full effect unless the testator orders the contrary than to make return of legacies the rule and the *préciput* the exception.

Some controversy has arisen in Quebec as to whether returns should not be made to testamentary successions as well as to intestate successions. The question is no longer debated in France, returns being due only when the heir is called *ab intestat,* and unquestionably the more correct view is that the same rule obtains in this province (2).

There remain for consideration the rules regarding payment of debts. Here the differences between the codes lie chiefly in the greater obligations which Quebec law places upon universal legatees and legatees by general title. Under both systems the *ab intestate* heirs pay the debts in proportion to what they receive, and *ultra vires bonorum* (3). The same is true of legatees by universal or general title in Quebec. Under the latter code the heirs and legatees of all types have the benefit of seizin, and consequently are all, with the exception of the particular legatee, held in the same fashion to the payment of debts and legacies unless they accept under benefit of inventory. Further, creditors are given the same personal recourse against universal

---

(1) C. C. 715, 716.
(2) Mignault, Revue du Droit vol. 10 No. 2 p. 72 ; Sirois, Revue du Notariat Vol. 34 pp. 154, 159 ; Jobidon, *ibid.* p. 278 ; Lyman v. Holden, 18 R. L. p. 4.
(3) C.C. 735, 736 ; C.N. 870.

and general legates as they have against the heirs-at-law (1). This assimilation of the position of all universal successors is both simple and reasonable, and is in fact advocated by certain French authors, (2). Under the Code Napoléon, however, the legatees are on a different footing from the other heirs ; some legatees have seizin, others have not ; and great problems, by no means yet settled, have arisen in determining the nature and extent of the liability for charges of the various classes of successor. These problems cannot present themselves in Quebec. It is interesting to note that jurisprudence in France has brought the law, despite the inadequacy of the text of the code, more in line with the rules adopted by the Quebec codifiers, and has had the effect of making the liability of the legatees more like that of the heirs (3).

The Quebec Code has abolished the legal hypothec on the immoveables of the succession in favour of the particular legatees, which existed under the old law and still obtains in modern French law (4).

In securing the payment of debts the right to the separation of patrimonies is of prime importance to creditors and legatees. The rules of the Quebec code in this matter differ but slightly from those of the French code. The latter establishes a prescription by three years of the right to separation, relatively to the moveables ; this restriction is not found in Quebec law. Mignault is of the opinion that the creditors in Quebec who have availed themselves of the right to separation are obliged, if and when they come against the personal property of the heir, to rank after the personal creditors of the latter (5) ; this view is in harmony with the old law, but runs contrary to the great majority of the modern French authors (6).

By way of final comparison one problem may be discussed which is not dealt with specifically in either of the codes. This is the question of the validity of acts done by an ostensible heir, an *héritier apparent.* The difficulty is only serious as regards the validity of alienations made by an ostensible heir to third parties in good faith and for value (7). Are these to be maintained, or should they be considered as sales made by a non-owner and hence null ? To this question the law in Quebec seems to give the same answer as in France, with the same hesitation. French jurisprudence is now settled that the third parties should be protected, but a considerable number of authors still prefer the view that

---

(1) C.C. 738.
(2) Planiol and Ripert IV Nos. 189-190.
(3) Col. and Cap. III 587 : Planiol and Ripert IV. Nos 187-188.
(4) C.C. 880 ; C.N. 1017. The testator in Quebec may create this hypothec.
(5) III 598 et seq.
(6) Planiol and Ripert IV No. 461.
(7) Payments to an ostensible heir are expressly validated by C.C. 870.

the alienation is null *ab initio* (1). The situation is similar in Quebec. On the occasions when the matter has been before the courts the rights of third parties have been safeguarded, but an embryonic *doctrine* continues to debate the issue (2). It is difficult not to believe that this is another of those cases where practical requirements have been better appreciated by the law courts and ultimately will prevail over the subtleties of the theorists.

In this examination and comparison of the law of successions as found in the Quebec Civil Code and the Code Napoléon, only the general structure and the more striking contrasts have been considered. Enough has been said to show that in this branch of the law the needs of a new country have not worked any considerable change in the older legal tradition, and that the reforms introduced in France during the revolutionary era and codified by Napoléon were for the most part followed by the Canadian draftsmen in 1866. Freedom of willing, with its necessary consequences, stands as the major point of differentiation, with the exclusion of illegitimate children, the admission of the consort as legitimate heir and the greater liability of legatees for debts as other important variations. If the few exceptions noted here are borne in mind it can be said that the methods of administering and apportioning the patrimony of an intestate person, and the regulation of conflicting claims against the estate, are based on principles and a juridical technique essentially similar in the two countries.

---

(1) Planiol and Ripert IV No. 345 and authorities there cited.
(2) *Morin v. Mercier* 16 S.C. 35 ; *Cadieux v. Deneau* 16 R. de J. 73 ; Mignault I 314, IV 347 ; Lavallée, 31 Revue du Notariat, 250, 267.

DONATION

Rapport présenté par
M. J.-Emile Billette,
Avocat au Barreau
de Montréal

Malgré une croyance générale au contraire, notre droit, en matière de donations, s'est très largement inspiré du droit français. Sans doute, nos codificateurs, sur des points de détail parfois même d'une très grande importance, se sont écartés de leur modèle. Mais, somme toute, notre Code suit de près, de très près, le Code Napoléon.

L'objet du travail qui nous est imparti, est de faire ressortir les ressemblances des deux droits et leurs divergences. Un exposé à grands traits de la matière même des donations nous a paru le meilleur moyen d'y parvenir.

Le droit de disposition à titre gratuit comme le droit de propriété dont il découle nécessairement, tire son origine du droit naturel, c'est-à-dire de ce vaste ensemble de règles, qui, de déduction en déduction, de principes premiers à principes seconds, s'impose à la raison, selon les besoins et la fin de l'homme vivant en famille et en société ; droit philosophique qu'il est du devoir positif d'exprimer et de respecter dans sa forme la plus parfaite selon les circonstances de temps et de lieu.

Le droit naturel de disposition à titre gratuit comporte certaines restrictions qu'impose la protection du disposant, de sa famille et de la société où il vit. Le droit positif se devait par suite d'apporter certaines réserves au droit de disposition. Droit et modes de disposer, sauvegardes du disposant, de sa famille et de l'ordre social, sont à la base de notre législation en matière de libéralités. Mais de l'examen que nous en ferons, il résultera peut-être que l'évolution législative s'est laissée distancer par l'évolution sociale et qu'à des besoins différents devrait correspondre un droit positif différent. Par contre, nous aurons à constater, dans notre législation surtout, certains principes qui, pour être progressifs, ont oublié le droit naturel et fait triompher le progrès purement matériel, oubliant le progrès moral et certains principes moraux anciens, aussi nécessaires à la société moderne qu'à la société ancienne.

Tout en soulignant en cours de route, l'interprète doit considérer l'œuvre législative dans l'état où elle s'impose à lui, et laisser à qui de droit le soin et la responsabilité de corriger s'il y a lieu. C'est ce que plus d'un juriste semble avoir oublié, confondant ce qui devrait être avec ce qui est.

Dans les deux droits, certaines dispositions légales d'un caractère général, marquent le début du titre des libéralités. Elles déterminent les modes actuels de disposer à titre gratuit et certaines matières qui leur sont communes.

Les seuls modes de disposer à titre gratuit seraient la donation et le testament. Mais il faut y ajouter l'institution contractuelle ou donation à cause de mort en contrat de mariage, à laquelle les deux codes consacrent une section spéciale. Il faut y ajouter aussi les diverses gratuités qui suivent toutes les règles de fond de ce titre. Le législateur, dominé par les notions anciennes, a oublié, dans sa définition des modes de disposer, la transformation profonde qui s'est opérée au cours des siècles, quant à la donation surtout, par suite de la disparition progressive de la « traditio corporalis » romaine. La donation n'est plus uniquement la tradition ou le dépouillement de la propriété d'une chose, sans contre-partie et sans obligation, « dono, dare », mais aussi bien la création d'une obligation directe, personnelle, ou indirecte, dans la stipulation pour autrui, la prestation de l'usage d'une chose dans le prêt ou dans l'usufruit, la prestation de services dans le mandat et la gestion d'affaires, la prestation de soins dans le dépôt, volontaire ou nécessaire, la prestation de crédit dans le cautionnement, le gage, le nantissement et l'hypothèque conventionnelle. Ces diverses prestations, directement ou indirectement, augmentent le patrimoine de celui qui en est l'objet, de même que la créance constituée par l'obligation assumée en sa faveur, de même que la prestation de faire. La jurisprudence dont le rôle est de distribuer la justice dans les cas concrets que présente la vie juridique, n'a pas manqué d'apercevoir et d'appliquer ces principes de première évidence, et de les préférer à des formules abstraites trouvées insuffisantes par le législateur lui-même.

La donation a gardé la nature de contrat que lui avaient consacrée le droit romain formaliste, de la première comme de la deuxième période, et l'ancien droit et ses besoins dictés par la réserve héréditaire des propres en faveur de la ligne d'où ils venaient. Rien de surprenant que le Premier Consul s'en soit offusqué lors de la codification française, et que, par respect, le code français, ne parle que d'un « acte » et non d'un contrat. L'acceptation qui n'est que le « merci » de la reconnaissance, n'a évidemment aucun caractère contractuel, ne comporte en elle-même aucune obligation. Les conceptions formalistes romaines sont la source de ce qu'on appelle les contrats unilatéraux, et le législateur, largement inspiré de Pothier surtout, n'a pas su résister à l'empire de la tradition, et a oublié qu'au formalisme romain était substitué le principe que le consentement est la seule loi de celui qui reçoit.

Si en droit moderne comme sous l'ancien droit, l'acceptation fait de la donation un contrat, il n'en est pas de même du testament. Le legs, même accepté, reste un *acte*, parce que, dit-on, il ne peut y avoir concours de volontés qu'entre personnes vivantes. Mais la volonté de

recevoir n'est pas la volonté de s'obliger. Il n'y a donc aucune différence de nature entre la prestation-don et la prestation-legs, et il devrait y avoir saisine en donation comme en testament, comme en stipulation pour autrui, comme en gestion d'affaires, comme en quasi-contrats en général ou engagements unilatéraux, ou par volonté unilatérale. Le formalisme de la tradition pèse encore de tout son poids en droit français et crée de nombreux problèmes d'interprétation qui donnent lieu aux solutions les plus contradictoires.

Outre les modes actuels de disposer, l'ancien droit avait connu la donation à cause de mort, la donation de biens à venir avec effet entrevifs, la démission de biens, le partage d'ascendant et le codicille.

La donation à cause de mort devait son existence à l'impossibilité en droit romain pour les fils de famille de faire une institution d'héritier par testament. Acceptée aux pays de droit écrit, pour les mêmes raisons, elle n'était d'aucune utilité aux pays de coutumes qui ne connaissaient pas cette incapacité. Elle faisait de plus obstacle à la règle « Donner et retenir ne vaut ». L'irrévocabilité de la libéralité dans le Code Napoléon et dans le nôtre, sauf en contrat de mariage, ne pouvait la permettre, aussi n'existe-t-elle plus qu'en institution contractuelle. Un article de notre Code est à cet effet.

La donation de biens à venir avec effet entre vifs était une particularité du dernier état du droit romain. Admise en pays de droit écrit, elle était considérée comme une énormité en pays de coutumes. Elle n'existe plus en France. Ici, on a essayé de la faire revivre en contrats de mariage. Mais nos tribunaux supérieurs se sont constamment refusés à la permettre.

Nous n'avons rien gardé de l'ancienne démission de biens et du partage d'ascendants, qui prennent le caractère de don ou de legs selon qu'ils sont faits par disposition entrevifs, donation ou institution contractuelle, ou par testament. Le codicille permis en droit romain et aux pays de droit écrit pour obvier au formalisme de l'institution d'héritier, est resté ce qu'il était aux pays de coutumes, un véritable testament par le fonds et par la forme, modifiant un testament antérieur.

En réalité. la fiducie et la substitution sont des modalités de la donation formaliste et du testament plutôt que des modes de disposer.

La fiducie, presque inconnue du droit français moderne, est restée pratiquement ce qu'elle était sous l'ancien droit, quant à sa nature juridique. Des dispositions particulières en 1879, quant à son mode d'opération, ont été l'occasion d'une tentative d'introduction dans notre droit de la théorie des « cestui que trust », du « legal title » et du « beneficial owner » ou « user » du « trust » anglais. Malgré un succès temporaire devant notre cour de dernier ressort en ce pays, le « trust » anglais a rencontré une opposition constante de la part des tribunaux de cette province, et finalement, en 1931, notre cour suprême elle-même ramenait notre fiducie à ses véritables principes de source française, pour reculer quelque peu en 1933, recul qui, nous

l'espérons, ne sera que passager.

Nous avons gardé la substitution de l'ancien droit avec ses deux degrés outre l'institué et l'absence de diminution du nombre des bénéficiaires. Sous une allégeance politique étrangère depuis 1760, les événements de la période révolutionnaire de 1789, qui avaient pour objet le renversement de l'ancien ordre social, ne pouvaient nous affecter et nos codificateurs ont cru devoir rester fidèles à une tradition qui, avec certains inconvénients, n'en offre pas moins certains avantages et la satisfaction d'un désir bien légitime du disposant en faveur de ceux des siens qu'il a eu l'opportunité de connaître, d'aimer et de vouloir protéger contre les aléas de la vie.

Comme matières communes, il est traité dans les deux Codes de la condition impossible et illicite, de certaines indisponibilités et de la capacité de disposer et de recevoir.

Dans aucun cependant il n'est question de la cause au chapitre des libéralités. Mais, la donation étant considérée comme un contrat, les dispositions au chapitre du contrat s'y appliquent. Quant au testament, on est obligé en France de procéder par analogie. S'il faut une cause à la libéralité-donation, il en faut également une à la libéralité-legs. Ici, nous avons au chapitre des Obligations, une disposition qui exige une cause à toute obligation de quelque source qu'elle procède, contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et loi seule. Le legs, étant un acte volontaire et licite qui a effet au décès sans contrat, étant donc un quasi-contrat, doit avoir une cause.

S'il faut une cause à toute obligation ou prestation, de quelque source qu'elle procède, il devient nécessaire que la notion de cette cause soit unique, qu'il s'y rencontre les mêmes caractéristiques. Déterminante, objective, impersonnelle et matérielle dans les contrats synallagmatiques tels que la vente et l'échange, elle devra aussi être déterminante, objective, impersonnelle et matérielle dans la libéralité. Dans le premier cas, ce sera la contre-partie et dans le second, le *mérite* de celui qui reçoit, sa qualité d'enfant, d'époux, d'ami, le service qu'il aura rendu, le besoin du paria de la vie, l'héroïsme, le talent, le dévouement, l'œuvre charitable, scientifique, artistique, littéraire.

Il ne saurait donc être question de faire une cause, du but, des motifs et des mobiles qui sont tous subjectifs, personnels, dans le for intérieur. Par ailleurs, l'«intention libérale» ou « animus donandi », qui n'est autre chose que la volonté de donner, manifestée pour pouvoir être du domaine juridique, donc la libéralité même, ne saurait être sa propre cause.

La cause doit être licite de même que l'obligation ou la prestation qu'elle détermine. Cause et prestation, objet d'obligation ou actuelle, seront illicites *in se* ou par leur qualification. L'assassinat est un acte criminel *per se*. L'utilisation proposée pour fins d'assassinat ou d'immoralité, voulue ou simplement connue, peut se transformer de simple motif, en qualification de prestation, par destination.

L'illicéité est la plupart du temps déterminée par les lois, mais parfois elle est laissée à la discrétion du juge, puisque est illicite non seulement ce qui est défendu par les lois mais aussi ce qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, donc sans qu'il existe une loi positive.

La nécessité d'une cause, donc à caractéristiques identiques, à toute obligation, donc d'une prestation licite, est sanctionnée dans notre Code. Il n'en est pas ainsi dans le Code Napoléon. Rien de surprenant qu'en France les opinions soient si indécises sur la notion de cause et sur la détermination de l'illicéité dans les opérations juridiques. De plus, l'abandon graduel, dans les chaires de droit, des principes de la philosophie traditionnelle qui a façonné le droit positif du Code, pour y substituer les théories subjectivistes importées de l'étranger et inspirées surtout de principes à base de libre arbitre, n'a pas peu contribué à cet état de choses.

Une lecture superficielle ou irréfléchie des textes porterait à conclure que la condition impossible ou illicite aurait un effet différent dans les deux droits, en donations entre vifs. Elle serait déclarée non écrite en France, tandis qu'ici elle annulerait la disposition, comme dans les obligations ordinaires dans les deux droits. Mais il n'en est rien, en réalité. Toute prestation, quelle que soit l'opération juridique où on la rencontre, à titre gratuit comme à titre onéreux, devient nulle si elle dépend d'une condition impossible illicite, si elle en est l'effet, si telle condition y joue le rôle de cause. Un examen plus sérieux des sources romaines de ces dispositions, de leur interprétation sous l'ancien droit, l'abandon peu à peu des principes révolutionnaires qui s'en servirent pour renverser l'ancien ordre de choses, amena le grand mouvement jurisprudentiel français, commencé en 1863, et aujourd'hui l'effet d'une telle condition est déterminé par l'interprétation de la volonté du disposant. Si la condition a été la cause impulsive ou déterminante de la libéralité, cette dernière est annulée, donation entre vifs ou legs. Par ailleurs, même en contrats ordinaires, si la condition n'a pas déterminé l'obligation, elle est tout simplement déclarée non écrite. La logique imposait ces solutions. On a donc substitué à l'interprétation superficielle de quelques-uns des premiers commentateurs, une interprétation exacte et sensée, grâce à la notion si humaine de la cause.

Ces solutions auraient dû être acceptées ici d'autant plus facilement que le caractère punitif imposé par le droit intermédiaire de l'époque révolutionnaire ne pouvait avoir aucune influence sur notre droit à raison d'une allégeance politique différente. On leur préféra cependant les précédents anglais ou écossais, suivant un jugé devenu célèbre, « in testamentary dispositions, the english law rules ». On avait sans doute oublié qu'en introduisant la liberté de tester et la forme dérivée de la loi d'Angleterre, l'Acte de Québec de 1774, avait sanctionné en même temps l'existence du droit français en ce pays, y compris le testament français et la condition du droit français. On

avait oublié aussi, et ce, en Cour suprême, un arrêt du Conseil Privé, prononcé au-delà de 20 ans auparavant, et qui avait décrété dans un cas de prétendue illicéité de condition, « ... the question is one to be determined by the law of Lower Canada and not by that of England...».

Si la liberté de tester n'a pas eu pour conséquence d'introduire le droit anglais en dispositions testamentaires, et ses précédents sur la condition illicite et ses effets, elle a cependant fait disparaître la réserve héréditaire de l'ancien droit. De là à faire disparaître la légitime et les peines de secondes noces, il n'y avait qu'un pas. Il fut franchi par nos codificateurs, à la suite de complaisances étranges de la part de nos tribunaux. La famille que protégeait depuis au-delà de deux mille ans toutes les législations sauf la loi romaine des Douze Tables et le droit anglo-saxon, était donc sacrifiée au progrès purement mercantile. Tout en abandonnant la distinction des biens, propres et acquets, et la réserve héréditaire qui y puisait son fondement, le Code Napoléon avait gardé la légitime et protégé les enfants contre un second mariage.

Nous devons aussi à la liberté de tester la division en sections distinctes, des règles sur la capacité de donner et de recevoir en donations et en testaments. Nos codificateurs ne voulurent pas transporter en donations le principe de licence plutôt que de liberté que l'Angletere nous avait imposé en testaments et ils crurent en conséquence devoir traiter de la capacité à chacune de ces matières. Cette division a eu pour résultat des redites inévitables. Les principes de base sont nécessairement les mêmes dans les deux espèces de libéralités. Et même quant aux variantes, la confrontation des dispositions qui les couvrent ne les ferait que mieux apercevoir. La méthode suivie au Code Napoléon est donc de beaucoup préférable.

En libéralités, comme en toute autre opération juridique, la capacité est la règle et l'incapacité, l'exception. Et si au lieu de la disposition claire et nette du Code Napoléon, notre code, sous l'influence du droit statutaire antérieur, à rédaction anglo-saxonne, contient des périphrases plus ou moins inutiles et inexactes, le même principe en découle néanmoins par voie de déduction. Par contre, nous avons l'avantage d'une disposition que ne contient pas le Code Napoléon et qui applique au testament comme à la donation les prohibitions et restrictions établies ailleurs quant à la capacité de contracter, d'aliéner et d'acquérir. Cette référence aux chapitres des contrats, des quasi-contrats, des successions, etc., est d'une très grande utilité.

Les prohibitions et restrictions, ou incapacités, sont établies par le législateur pour la protection du disposant, de sa famille ou de l'ordre social. Par suite, elles varient selon qu'il s'agit du droit de donner ou de recevoir. Elles seront absolues ou relatives, selon que le droit sera prohibé à l'égard de tous, sauf cependant exception, ou que les rapports entre le gratifiant ou le gratifié seront concernés. Elles seront de fait ou de droit, selon qu'elles seront le résultat d'une incapacité de fait, intellectuelle ou volitive, ou d'une prohibition légale, bien que même les incapacités de fait sont nécessairement consacrées par un texte. L'insanité ou la faiblesse d'esprit et les vices de consen-

tement sont des incapacités juridiques de fait, et nonobstant les théories et classifications modernes, le législateur a eu raison de les considérer comme telles. Il n'y a pas de plus grave incapacité juridique que celle de la privation permanente ou temporaire, des facultés intellectuelles et volitives, quelle qu'en soit la cause, une mauvaise conformation physique ou psychologique, l'extrême enfance ou l'extrême vieillesse, l'ivresse, la violence morale, l'erreur, la fraude appelée captation ou suggestion en libéralités.

Il ne saurait être question de distinguer l'incapacité de jouissance et d'exercice du droit de donner, et encore moins de celui de recevoir puisque l'exercice en est l'acceptation qui s'en distingue.

Sont incapables de disposer d'une manière absolue, ceux dont le consentement est inexistant ou vicié, et sauf exceptions, les mineurs, les prodigues et conseillés judiciaires, les femmes mariées, les condamnés à mort ou à une peine afflictive perpétuelle et les corporations.

Il n'y a guère de différence dans les deux droits dans le cas d'insanité ou de faiblesse d'esprit. L'interdiction et l'internement entraînent les mêmes conséquences. L'incapacité de fait, graduée selon sa propre nature et la nature des dispositions, est soumise aux mêmes règles de la preuve et le fardeau en incombe à celui qui l'allègue. Pendant longtemps, notre Cour suprême a cru devoir appliquer au testament certaines présomptions de droit anglais admises uniquement dans les donations de droit anglais évidemment. Mais le Conseil privé ramena les choses au point, sans toutefois décider qu'il s'agissait d'une matière de pur droit français, comme le font voir les sources de nos dispositions en présomptions.

Outre cependant que le Code Napoléon ne contient pas comme le nôtre une référence générale au chapitre du contrat qui permet d'appliquer les dispositions qui y sont contenues relativement à la faiblesse d'esprit et à l'incapacité temporaire résultant de l'ivresse ou autre cause, dispositions d'ailleurs qu'il ne contient pas, l'incapacité en résultant, aussi bien que de l'insanité d'esprit proprement dite, est considérée comme relative en France, alors qu'ici, suivant certains du moins, elle est considérée comme absolue. L'absence de consentement est le néant, et là où il n'y a pas de consentement, il ne peut y avoir d'opération juridique. Cette distinction, importante en contrats, ne l'est guère en libéralités.

Le Code Napoléon est silencieux au chapitre des libéralités, quant aux vices de consentement. Mais la prestation en libéralités n'en saurait être moins affectée qu'en contrats ordinaires. Dans les deux cas, elle est évidemment de même nature. La cause seule y diffère, désintéressée dans l'un et intéressée dans l'autre. Outre donc que la donation étant un contrat, est assujettie à ses règles, le legs doit être l'expression d'une intelligence éclairée et d'une volonté libre, exempte donc de toute influence, erreur, violence et fraude, captation ou suggestion. La référence générale aux règles du contrat, même en testament, que nous avons relevée ci-dessus, dans notre Code, avait donc sa raison d'être.

Les deux droits sont similaires quant aux vices de consentement. Tout au plus peut-on y relever peut-être une différence au sujet de la prescription. La référence ci-dessus aux règles du contrat, aurait pour effet d'appliquer la prescription décennale même en testament. Mais les tribunaux ont néanmoins suivi la jurisprudence française. Il faut ajouter aussi les présomptions de captation édictées contre les ministres du culte, médecins, avocats, etc., que le Code Napoléon a conservées de l'ancien droit, et que la liberté de tester a abolies ici, et que les codificateurs ont fait disparaître en donations.

Les deux droits diffèrent plus quant à la minorité. En droit français, si le mineur, même émancipé, ne peut jamais donner, il peut à un certain âge et dans certains cas, tester de certains biens. Ici, le mineur émancipé, peut donner, pourvu qu'il n'affecte pas notablement ses capitaux, mais il ne peut jamais tester. Dans les deux droits cependant, il peut donner en contrat de mariage, avec le consentement ou l'assistance nécessaire, en France, à son épouse, ici, à son épouse et aux enfants à naître, à cause de mort, et entre vifs même aux enfants à naître, principe illogique selon le législateur français, parce qu'on ne peut donner à qui n'existe pas, mais qu'il accepte par la voie de la substitution vulgaire tacite, et que le droit français admet généralement en stipulation pour autrui.

L'interdit pour prodigalité ne peut donner, non plus que le conseillé judiciaire sans assistance. Mais ils peuvent tester. Il en est ainsi en France. Ici cependant, le testament du prodigue peut être soumis à l'appréciation du tribunal qui décidera selon les circonstances si les dispositions en sont raisonnables.

La femme mariée est soumise aux mêmes incapacités dans les deux droits, sauf que la nullité de ses actes non autorisés est nulle d'une nullité absolue ici, alors qu'en France la nullité est simplement relative. Comme en France, mais depuis 1931 seulement, la femme judiciairement séparée de corps a tous les droits de la fille ou veuve majeure.

Pour donner ses propres, si elle est commune en biens, et ses biens en général, si elle est séparée de biens, la femme mariée non séparée de corps doit avoir l'autorisation maritale ou judiciaire. Il en est de même des biens réservés. Quant aux biens de communauté, il faudra son concours si le mari veut donner des immeubles ou des universalités ou quotités de mobilier, sauf pour l'établissement des enfants communs. Elle peut tester avec pleine liberté dans les deux droits et de ses propres et de sa part de communauté.

La condamnation à mort et la détention perpétuelle qui entraînaient autrefois dans les deux droits la mort civile, ne donnent plus lieu maintenant qu'à la perte de certains droits et spécialement de ceux de transmission autrement que par succession ab intestat. Même le testament antérieur à la condamnation est de nul effet s'il y a décès sans commutation ou pardon.

Les corporations peuvent donner dans les limites des pouvoirs

qui leur sont conférés par l'autorité constituante, si elles sont publiques, et les intéressés, si elles sont privées. Elles ne peuvent évidemment tester. Une corporation peut s'éteindre. Elle ne meurt pas.

Pour recevoir comme pour donner ou léguer, la capacité est la règle et l'incapacité, l'exception, et à plus forte raison. Car, c'est protéger le bénéficiaire d'une libéralité que d'étendre sa capacité de recevoir. Mais le législateur se devait non seulement de protéger les intérêts individuels mais aussi l'intérêt familial et social. C'est dans ce but qu'il a édicté certaines prohibitions ou restrictions affectant le droit de recevoir de la femme mariée, des corporations ou gens de mainmorte et des condamnés à mort ou à une peine afflictive perpétuelle.

Une nécessité d'ordre moral et familial veut que la femme mariée soit autorisée à recevoir les dons et legs qui lui sont faits. Ce principe est admis dans les deux droits. Il y a exception évidemment pour la femme séparée judiciairement de corps, qui, comme nous l'avons vu, a tous les droits d'une fille ou veuve majeure. A plus forte raison en est-il ainsi de la femme divorcée en France, et même ici, lorsque le divorce nous est imposé par l'autorité législative fédérale, nos lois locales n'admettant pas la dissolution du lien matrimonial autrement que par décès.

Les corporations ou gens de mainmorte se voient accorder des pouvoirs limités par leur titre de constitution et par les lois générales applicables à chaque espèce. Le pouvoir de recevoir dépend toujours de l'objet qui a présidé à leur création. Nous ne connaissons pas ici les restrictions à caractère répressif du droit français à l'égard des corporations ou congrégations religieuses. Les services inappréciables qu'elles ont rendus et rendent encore, ont attiré et attirent la bienveillance du législateur, se glisserait-il parfois et par exception certains abus. Les syndicats ou associations ont aussi une capacité limitée par leur objet comme en France, ainsi que les corporations municipales qui vivent cependant d'une vie plus autonome et décentralisée.

Les condamnés à mort ou à la détention perpétuelle ne peuvent recevoir par donation et testament, sauf l'illusoire droit aux aliments. Mais ils peuvent succéder. Le législateur ne s'est évidemment pas rendu compte, que par sa législation substituée à celle de la mort civile, il rendit pire le sort de la famille du condamné. Ne pouvant succéder, ses enfants et neveux, sous la mort civile, recueillaient par représentation, tandis que la représentation n'a pas lieu en matière de legs. Et ce qui rend le résultat de cette législation encore plus désastreux, c'est que la commutation ou le pardon ne peuvent faire recouvrer le legs échu antérieurement.

On ne manque pas en doctrine de classifier les personnes non conçues parmi les incapables de recevoir un don et un legs et dans le Code, parmi les incapables de succéder. Mais le néant ne peut être sujet de droit. Il ne faut donc parler de conception que pour attribuer la personnalité juridique dès qu'elle a lieu, permettre dès lors d'être sujet de droit, et déterminer l'époque de capacité. La même remarque

s'impose quant aux personnes morales futures créées par l'autorité législative et aux personnes incertaines mais déterminables. La personne impossible à déterminer est le néant au point de vue juridique.

Aux incapacités absolues de disposer et de recevoir, s'ajoutent les incapacités relatives, ou qui résultent des relations du disposant avec le gratifié. Abolies en testament par l'Acte de Québec, grâce à la liberté de tester, et par un Statut local de 1801, elles ont été conservées partiellement en donations.

A la différence du Code Napoléon qui ne vise que les mineurs, notre Code prohibe tous dons sauf à des ascendants, par personnes qui ont été sous la puissance d'autrui, mineurs à tuteurs, interdits ou aliénés pour démence à leurs curateurs ou administrateurs, pendant que l'administration se continue de fait et jusqu'à reddition de compte. Nous avons suivi l'ancien droit. La reddition de compte ne comporte pas cependant l'apurement du compte exigé en France. Il y a différence aussi quant au délai de prescription, de trente ans ici, comme dans tous les cas de reddition de compte mais non de réformation de compte, et de dix ans en France.

Nous avons gardé de l'ancien droit la prohibition des dons entre concubins, abolie par le Code Napoléon, et aux enfants incestueux et adultérins. Cependant, les dons entre concubinaires par contrat de mariage, sont valides. Les enfants adultérins et incestueux ne pouvant jamais être légitimés, aucun don ne peut leur être fait. Il n'y a exception dans tous ces cas que pour les dons d'aliments.

L'enfant naturel a pleine capacité de recevoir. Sa capacité en France est limitée à une portion déterminée selon les cas, et suivant qu'il vient en concours avec un héritier légitime. L'enfant naturel est héritier ab intestat en France. Il ne l'est pas ici.

Les époux ne peuvent s'avantager entre vifs après la célébration du mariage. Nous avons conservé cette règle du droit romain et de l'ancien droit. Elle fut abandonnée en droit français. On y vit un moyen de conserver les biens dans les familles, donc un principe à combattre.

Les dons et legs au médecin, au ministre du culte, aux officiers de navire, sauf les cas de services rendus et de parenté, sont prohibés en France, ainsi que ceux faits aux congrégations de femmes par leurs membres. Nous n'avons suivi aucune de ces règles du droit français moderne. Bien plus, nous avons fait même disparaître la présomption de captation ou suggestion qu'avait édictée l'ancien droit.

Aussi importante que la détermination des diverses incapacités, est la détermination de l'époque où la capacité doit exister.

En donation, il doit y avoir capacité des parties lors de la disposition et de l'acceptation si elles ont lieu par le même acte, c'est évident. Si elles ont lieu par des actes différents, il faudra qu'il y ait capacité, et du donateur et du donataire, à l'époque de la donation, de son acceptation et de sa signification ou reconnaissance. Quant aux périodes intermédiaires, il doit y avoir capacité du donateur mais non du donataire. Ces solutions sont imposées par quelques dispositions

de notre Code ou s'en infèrent. En France, il y a plus d'incertitude, car le Code Napoléon ne contient aucune disposition sur la matière, et l'on a dû édifier toute une théorie à l'aide des principes généraux et de l'ancienne jurisprudence.

Mais il ne s'agit ici que de la donation formaliste exigeant une acceptation. Dans toutes les libéralités qui ne nécessitent pas une acceptation, qui résultent de quasi-contrats ou engagements unilatéraux, remise de dette, renonciation, stipulation pour autrui, la capacité n'est requise qu'au moment où la libéralité prend effet en faveur du gratifié.

Même en donation formaliste, il y a, dans notre droit, exception aux règles ci-dessus, en contrat de mariage en faveur des enfants à naître et en substitution. En France les appelés de substitution peuvent être des enfants à naître aussi bien que nés. Cependant, la donation de biens présents en contrat de mariage, ne peut y être faite directement à des enfants à naître, bien qu'on y permette la donation à cause de mort à des enfants à naître par voie de substitution vulgaire tacite.

En testaments, la capacité du testateur n'est requise qu'à l'époque de la confection du testament. C'est l'évidence même. Il y a exception cependant dans le cas du condamné à mort ou à une peine afflictive perpétuelle. Le testament antérieur à sa condamnation sera nul s'il décède sous l'effet de la sentence.

La capacité du légataire, nécessaire en France au décès du testateur, n'est requis ici qu'à l'échéance du legs, que cette échéance ait lieu au décès du testateur ou à l'avènement postérieur de la condition, à la naissance ou conception des enfants à naître ou à l'ouverture de la substitution. En ces derniers cas, la propriété de la chose repose sur la tête du grevé de substitution, du légataire universel, ou de l'héritier ab intestat, en vertu d'une substitution implicite ou tacite, même s'il y a fiducie ou exécution testamentaire. La personne morale future est considérée comme une personne à naître.

Le législateur se devait de déjouer les tentatives de contourner ses dispositions d'une manière indirecte. L'incapable ne peut recevoir directement une libéralité, il ne le peut donc sous la forme d'opération juridique apparemment onéreuse ou par personne interposée. Aucune différence dans les deux droits en cette matière. Les modes de preuve y sont les mêmes, écrits, témoins et présomptions de fait. Quant aux présomptions de droit, les textes sont à peu près les mêmes, sauf que la présomption est juris et de jure en France, tandis qu'elle peut être repoussée ici. L'énumération des personnes présumées interposées est limitative dans les deux codes puisqu'il s'agit d'exceptions.

Le législateur se devait aussi de sanctionner les incapacités qu'il reconnaissait ou édictait. Il en résulte la nullité des dispositions, au bénéfice du disposant ou de ses représentants légaux, héritiers ab intestat, légataires universels, créanciers. Cette nullité peut être couverte par la prescription, décennale ou trentenaire selon les cas.

En conflits de loi, c'est la loi du domicile qui détermine la capacité suivant notre droit, inspiré de l'ancien droit, tandis qu'en droit français,

c'est la nationalité. Il n'y a exception que dans les matières d'ordre public, de bonnes mœurs et de prohibitions pénales, où l'on applique le droit local. Le domicile a prépondérance sur la situation des biens, même lorsque des immeubles sont concernés. Si disposant et gratifié sont sous des juridictions différentes, on applique généralement la loi du disposant, car ce sont presque toujours des considérations propres à sa personne ou à sa famille qui déterminent les incapacités.

Ce qui précède avait pour objet les divers modes de dispositions et particulièrement les matières qui leur sont communes. Il y a lieu maintenant d'étudier plus en détail deux de ces modes et d'en faire ressortir les ressemblances et les différences dans les deux droits : la donation proprement dite avec dessaisissement immédiat, et la donation avec effet au décès ou institution contractuelle par contrat de mariage.

Ce qui caractérise la libéralité, c'est l'absence de lien obligatoire et de contre-partie. La doctrine moderne a voulu y voir une espèce de relativité des plus nuancées et des distinctions à base d'« animus donandi ». Il semblerait qu'on a plutôt réussi, avec peut-être beaucoup de brillant, à répandre beaucoup d'inexactitudes et d'incertitudes, dans une matière pourtant fort simple.

La prestation en libéralité ne saurait se distinguer de la prestation des autres opérations juridiques. Il y faut un double élément, psychologique et matériel, volonté et extériorisation de la volonté, dans un écrit, devant témoins, par des actes qui sont des présomptions. Le disposant doit vouloir la prestation, et il importe peu que cette prestation soit la dation d'un pourboire ou d'un immeuble. Il y faut l'absence de contre-partie, autrement ce ne serait pas une libéralité. Il y faut aussi l'absence de lien obligatoire, car autrement, ce serait un paiement, c'est-à-dire la « solutio romaine », l'exécution d'une obligation, quelle qu'elle soit, créance, réparation d'un préjudice causé, concordat ou transaction.

Par ailleurs, tout ce qui est gratuité est libéralité. L'adage « dono dare » pouvait être un élément essentiel de la donation, au temps de la « traditio corporalis ». Il ne l'est plus depuis la création d'une obligation pour cause désintéressée, qui n'est pas moins une libéralité, avec la prestation d'usage et de services, que la dation d'une chose.

Il suit que le chapitre de la donation, à base certes d'*acte portant donation* et par suite de formalisme, n'en édicte pas moins, outre les règles de forme limitées aux *actes portant donation,* des règles de fond applicables à toute espèce de libéralités, sous la forme de l'acte portant donation ou sous toute autre forme d'opération juridique désintéressée.

Ces règles de forme et de fond sont déterminées dans ce chapitre. Elles peuvent être classifiées dans l'ordre suivant : la forme des donations, l'acceptation des donations, leur irrévocabilité, leur effet, leur enregistrement, leur révocation. Des règles particulières sont contenues dans la section qui traite de l'institution contractuelle.

Dans les deux droits, les *actes portant donation* doivent être nota-

riés et en minute.

L'acte portant donation est celui qui exprime une opération juridique dont la substance est une libéralité sous la forme d'une donation. Toute opération juridique sous la forme d'une donation, mais qui, en réalité serait à caractère onéreux, ne saurait être soumise au formalisme de l'acte portant donation. Tels sont les actes faussement qualifiés donation comme la donation onéreuse, la donation rémunératoire avec lien obligatoire, civil ou naturel, la donation mutuelle où il y a plutôt échange de prestations, les arrangements de famille de la nature d'une transaction. Par ailleurs, toutes les gratuités ou libéralités qui se font sans acte, comme le don manuel, ou par un acte qui ne porte pas donation, comme la libéralité déguisée sous la forme d'un acte onéreux ou simplement neutre, les libéralités tacites, conjecturales, accessoires, indirectes, comme la remise de dette, la renonciation, la stipulation pour autrui, seraient soustraites au formalisme de l'acte portant donation. On aperçoit tout l'artificiel de la règle. Il n'y aurait donc qu'à éviter l'acte portant donation pour en éviter tout le formalisme. Ne s'y laisserait prendre que l'ignorant qu'il est pourtant du devoir des lois de protéger.

Si l'acte portant donation est une libéralité, il suffira qu'il soit reçu par un seul notaire, en minute, sans témoins. En France, on exige en outre la présence d'un autre notaire, ou de deux témoins. La sanction de ce formalisme est la nullité absolue de la disposition, qui peut être couverte cependant, en France, par la ratification, ou l'exécution volontaire des héritiers ou ayant-cause du donateur.

Si l'acte porte donation mais est, en réalité, une disposition onéreuse, rémunératoire ou mutuelle du caractère ci-dessus, il n'y aura qu'à déterminer l'équivalence des prestations. S'il y a excédent ou libéralité partielle, l'acte devra être notarié.

Le don manuel, c'est-à-dire la donation d'une chose mobilière avec tradition réelle, et dont la tradition assure un effet juridique complet, est l'objet d'un texte particulier dans notre Code. « ... La donation de choses mobilières accompagnée de délivrance peut être faite et acceptée par acte sous seing privé ou par convention verbale ». Il n'y a pas de semblable disposition dans le Code Napoléon. Mais on y admet quand même le don manuel pour la raison que le don manuel, pouvant se faire sans acte, ne saurait être astreint à la règle de solennité des actes portant donation.

Les meubles corporels évidemment peuvent faire l'objet d'un don manuel. Depuis trois siècles au moins, il en est ainsi des titres au porteur. A raison de certaines dispositions du Code de commerce français, la doctrine et la jurisprudence françaises étaient quelque peu vacillantes dans le cas de titres à ordre, mais avec tendance favorable au don manuel de ces titres. A la suite d'un amendement à ce code, en 1922, il ne fait plus de doute que le don manuel doive être admis, si l'endossement est en blanc. On en resterait, il semble, aux anciennes indécisions si le bénéficiaire y était indiqué. Ici, leur endossement,

même nominatif n'y ferait pas obstacle. Il en serait ainsi, des chèques, lettres de change, reçus d'entrepôt, feuilles de connaissement, certificats de dépôt, et même des débentures et actions de compagnies. Sauf dans des cas particuliers où l'enregistrement de l'action ne peut être obtenu sans le consentement de la compagnie qui l'émane, la propriété du titre, entre les parties, est transférée par l'endossement et le bénéficiaire a titre contre le disposant. Il est juste qu'il en soit ainsi. Le transfert de ces actions donne une possession utile à celui qui les reçoit. Leur enregistrement n'est qu'une mesure administrative comme dans le cas d'enregistrement d'automobiles. Nous devons admettre cependant que notre jurisprudence n'est pas complètement fixée, mais sa tendance évolue de plus en plus vers la validité du don manuel en ces cas.

On admet aussi généralement, dans les deux droits, que les démembrements de propriété puissent faire l'objet de dons manuels pourvu naturellement qu'il y ait tradition réelle. L'usufruitier devra être possesseur du meuble corporel, ou des coupons de débenture.

Le don manuel est admis quel qu'en soit le montant ou la valeur.

Comme nous l'avons vu, il faut une tradition réelle qui donne au bénéficiaire une possession non équivoque, non promiscue, exclusive de celle du donateur. Mais cette possession ne doit pas nécessairement être publique. Les dons manuels secrets sont permis, pourvu qu'il y ait absence de possession publique du disposant. Ces principes n'ont pas été aperçus, de même que plusieurs autres, dans un arrêt bien connu qui a épuisé toutes les juridictions de nos tribunaux.

Le don manuel se voit appliquer toutes les règles de fond de la donation, les règles d'incapacité, d'obligation à rapport, d'irrévocabilité, des dons au cours d'une maladie réputée mortelle. Cette dernière règle empruntée à l'ancien droit qui l'avait imposée pour protéger la réserve héréditaire mais qui a été rejetée par le Code Napoléon à raison de la fusion de la réserve et de la légitime, et qui aurait dû être rejetée aussi dans notre droit puisqu'il n'y a plus de réserve héréditaire, a reçu très récemment de notre Cour suprême un très rude assaut en dons manuels du moins. L'un des membres du tribunal nous semble y avoir vu l'une des circonstances qui peuvent faire repousser la présomption de donation à cause de mort décrétée par nos lois.

Le don manuel se voit appliquer aussi la formalisme résultant de la nécessité d'une acceptation. L'acceptation présumée par la tradition, n'en reste pas moins l'un des éléments de la *convention* qu'exige spécialement notre Code en dons manuels. Ces règles qui résultent de la nécessité d'une acceptation ont leur réaction dans la solution des dons posthumes par intermédiaire. Dans notre opinion personnelle, ces dons admis sous l'ancien droit et en droit romain, devraient être admis aussi bien en droit moderne. Ils constituent un dépôt pour autrui, permis au même titre que le prêt au nom d'autrui, que l'achat au nom d'autrui, par suite, une véritable stipulation pour autrui, qui confère, dès le dépôt, le prêt ou l'achat, un droit acquis au

tiers.

Un arrêt récent de nos tribunaux, a cru devoir suivre certaines théories modernes du droit français et exiger la preuve par écrit, ou au moins par commencement de preuve par écrit, en dons manuels. Pourtant, un courant avait été bien établi dans les deux droits en faveur de la preuve testimoniale. Quel meilleur commencement de preuve par écrit d'ailleurs, peut-on désirer, qu'une possession « qui vaut titre » en droit français, « qui fait présumer le juste titre », dans notre droit ? Nul doute que les articles visés s'appliquent aux tiers-acquéreurs. Mais ne fait-on pas une exception sans texte à la généralité de de la disposition qui s'applique à plus forte raison au disposant ?

Les actes qui ne portent pas donation mais dont la substance est une libéralité, recevaient sous l'ancien droit l'appellation de donations non expresses ou tacites. Ce sont les prestations d'usage, de services, la renonciation, la remise de dette, les diverses stipulations pour autrui, les libéralités indirectes, accessoires, déguisées, conjecturales et les engagements unilatéraux.

Le prêt, la constitution d'usufruit, d'habitation, de servitude, sont des prestations de l'usage d'une chose. Le prêt peut se faire sans acte, et s'il y a acte, il ne porte généralement pas donation. La constitution d'usufruit et d'habitation, si elle est à titre gratuit, se fait généralement sous forme de donation. Mais rien n'empêcherait leur création par simple acte de cession et alors l'acte ne porterait pas donation. La servitude de même. Si l'écrit constitutif ne porte pas donation, ou s'il y a simple acte récognitif, la forme notariée n'est pas requise. Il n'en saurait être question assurément au cas de destination de père de famille.

Les prestations d'ouvrage, le mandat, le dépôt et la gestion d'affaires sont des prestations de services. La forme notariée n'y serait exigée que si on passait un acte portant donation.

La remise de dette, gratuite évidemment, car sur paiement ce serait une quittance de dette, est une libéralité tacite bien que directe. La destruction ou la remise matérielle du titre ne sauraient se concevoir sous acte notarié. Cependant, si par fantaisie plutôt doctrinale, on en faisait un acte portant donation, il faudrait la forme notariée.

La renonciation à un droit personnel ou réel, est transmissive ou abdicative, mais toujours « in favorem ». Elle peut être onéreuse ou gratuite. Si elle ne s'exprime pas à ce sujet, il faut en scruter le fond pour s'en assurer, et par suite, l'acte ne porte pas donation et n'exige pas la forme notariée, sauf évidemment la renonciation à succession qui doit être judiciaire ou notariée dans notre droit. On admet généralement que la renonciation est effective sans acceptation, si elle est gratuite. Vraie en renonciation « in rem », cette opinion devrait l'être autant en renonciation à un droit personnel. La remise de dette n'est autre chose qu'une renonciation à un droit personnel. Elle n'exige donc pas l'acceptation. On semble l'oublier en doctrine et en jurisprudence.

La stipulation pour autrui dont on n'a pu s'assurer la nature

jusqu'ici, et au sujet de laquelle se sont édifiées plusieurs théories contradictoires dont on a voulu extraire une théorie unique, n'est autre chose qu'un double quasi-contrat entre le tiers, et le stipulant d'une part, et l'obligé d'autre part, constitué par le contrat entre le stipulant et l'obligé, sans la participation du tiers dont le droit est acquis dès le contrat, ce qui est le propre du quasi-contrat. La forme notariée n'étant requise que dans la donation-contrat, elle ne saurait l'être dans la libéralité-quasi-contrat, sauf évidemment si la stipulation pour autrui est faite dans un acte portant donation. Malgré l'effet immédiat du contrat entre le stipulant et l'obligé, sans acceptation du tiers, la révocation quant au tiers est toujours possible mais par le stipulant seul, et non par ses héritiers contre qui la libéralité est dirigée, tant que le tiers n'a pas manifesté sa volonté d'en profiter. Avant le Code Napoléon, le droit de révocation était des plus contestés. Pothier ne l'admettait pas, et le droit anglo-saxon qui connaît le quasi-contrat sans en reconnaître le mot, le refuse.

Les principaux exemples de stipulation pour autrui sont la vente avec obligation de payer le prix à un tiers, le prêt, le dépôt avec obligation de lui faire remise de la chose prêtée, déposée, l'exécution de travaux et l'assurance à son bénéfice.

La libéralité accessoire peut être indirecte comme dans la stipulation pour autrui. Mais elle peut être aussi directe dans la société, le louage, la transaction, lorsqu'il y a avantage accordé par un surplus de mise, une diminution de loyer, un excédent de salaire, une concession gratuite quelconque. Le cas le plus fréquent est la vente à un montant inférieur à la valeur de la chose. Dans tous ces cas, il y a libéralité déguisée pour partie. Mais vu que l'acte ne porte pas donation, la forme notariée n'est pas requise.

Du déguisement partiel au déguisement total, il n'y a qu'un pas, que ne devait pas manquer de franchir la jurisprudence et à sa suite la doctrine. La question ne se plaide plus en France et les vieux arguments de la fraude à la loi, de la substance du contrat de vente, n'y existent plus qu'à titre de souvenirs historiques. Ils portaient d'ailleurs à faux. L'acte portant vente ne porte pas donation. C'est évident. Il n'y a donc pas fraude à la loi. Et vu que la simple promesse de paiement ne porte pas donation à sa face même, la forme notariée n'est pas requise.

La libéralité conjecturale de l'ancien droit résulte de présomptions de fait qui ne laissent aucun doute sur la certitude de son existence. Telle est l'explication en droit français de la « dedication » et de l'« estoppel » du droit anglo-saxon. Il n'y a donc pas lieu de recourir à ce dernier droit et à ses précédents plutôt roides, pour obtenir la solution de problèmes résolus depuis des siècles selon des conceptions bien françaises.

L'engagement unilatéral n'est qu'une variété du quasi-contrat prévu par un texte dans les deux droits. On peut s'obliger par un fait volontaire et licite en faveur d'une personne, sans le consentement de

cette dernière, et même à son insu. Ce texte remonte par l'ancien droit, jusqu'au droit romain et ses obligations «quæ non proprie nasci ex contractu intelliguntur, sed ... quasi ex contractu nasci viduntur ». Nombreuses en droit romain, comme en font foi les Institutes, les obligations nées « quasi ex contractu », n'étaient pas moins nombreuses dans l'ancien droit, comme en témoigne Pothier. Elles y ont pris le nom de quasi-contrat et c'est leur principe général que reconnaît le Code dans une disposition particulière, et qu'il applique dans une multitude d'espèces. La doctrine moderne rend donc un très mauvais service au droit français, lorsqu'elle essaye de faire disparaître le quasi-contrat et de remplacer l'engagement unilatéral qu'il exprime, par une autre espèce d'engagement unilatéral dépourvu de cause, de source allemande, et proposé même dans les contrats synallagmatiques. Les nuages philosophiques allemands auront grandement assombri la belle clarté française et romaine des obligations, de leurs causes et de leurs sources.

Si dans la stipulation pour autrui le tiers acquiert un droit à son insu, s'il y a même droit acquis dans la renonciation, dans la remise de dette qui n'est autre chose qu'une espèce de renonciation, dans ce que le droit moderne appelle des avant-contrats, la promesse de vendre, d'acheter, de louer, irrévocable pendant le délai stipulé, sans acceptation expresse ou tacite, c'est que l'obligation naît unilatéralement. Dans toutes ces libéralités tacites, il y a saisine immédiate, comme dans la succession et le testament de notre droit, avec évidemment la faculté de refuser de bénéficier de l'avantage accordé. Dans toutes ces libéralités par suite, non seulement la forme notariée de l'acte portant donation n'est pas requise, mais aussi toutes les singularités de l'acceptation de la donation-contrat.

Cependant, dans l'engagement unilatéral comme dans les autres donations tacites, les règles de fond du chapitre des libéralités telles que les règles de capacité, autres que celles qui résultent de la nécessité de l'acceptation, doivent être observées.

On a aperçu tout l'artificiel du formalisme de la règle des actes portant donation. De cette règle il résulterait même que la donation verbale d'immeubles serait permise, alors qu'en matière de meubles, seul serait admis sans formalisme le don manuel. De cette règle, il résulterait aussi que les donations conjecturales pourraient être constatées par un écrit sous seing privé pourvu qu'il fût accompagné de présomptions de fait.

Notre Code contient deux exceptions statutaires au formalisme de la donation. L'une ne se rapporte plus qu'au comté de Gaspé, où le ministère d'un notaire n'est pas requis pour l'acte portant donation. L'autre relative à l'assurance en faveur des maisons d'éducation supérieure, en réalité, n'en est pas une, parce que l'assurance est une stipulation pour autrui et non une donation-contrat.

Un texte nous permet d'accepter les donations dans la forme du lieu étranger où elles sont faites. Inutile de dire qu'une donation faite

à l'étranger suivant nos lois, serait valide, non en vertu de la théorie du renvoi, mais en vertu du simple bon sens appuyé d'un texte qu'on a universellement oublié en cette matière. C'est même notre loi qu'on appliquerait à défaut de preuve de la loi étrangère.

On pourrait même faire une donation suivant la loi étrangère si telle était l'intention manifestée ou évidente des parties. Le même texte impose cette solution.

Ce serait la loi du domicile qu'on appliquerait même quant aux immeubles. En France, on l'a vu, c'est la loi de la nationalité qu'on applique.

La donation par acte portant donation doit être acceptée dans les deux droits, et y être authentique c'est-à-dire notariée. On a ainsi suivi la tradition sans se rendre compte que la réserve héréditaire en était la raison d'être sous l'ancien droit et qu'elle n'existait plus en droit moderne. On voulait tellement conserver les biens dans la famille d'où ils venaient, qu'on fit de la donation un contrat synallagmatique afin de donner plein effet à la règle « donner et retenir ne vaut », et empêcher par l'acceptation les tentatives de frauder d'une manière détournée les héritiers du sang. Des esprits puissants comme Ricard, Daguesseau, Guyot et Bourjon n'aperçurent pas le ridicule de cette conception et Furgole paraît un des seuls à l'exposer.

Il ne doit y avoir acceptation notariée cependant que de l'acte portant donation. S'il n'y a pas d'acte comme dans certains dons manuels, et même s'il y a acte, ou s'il y a acte portant donation sans qu'il y ait en réalité libéralité comme dans les donations onéreuses et certaines donations rémunératoires ou mutuelles, ou enfin si l'acte ne porte pas donation, comme dans les libéralités tacites, accessoires, déguisées, indirectes, conjecturales, quasi-contractuelles, il n'est nullement nécessaire parfois qu'il y ait même acceptation et dans tous les cas que l'acceptation soit notariée. La donation dans toutes ces espèces, ne devant pas être notariée, l'acceptation, lorsqu'elle est requise, ne saurait l'être.

Même si l'acte porte donation et constitue une libéralité, notre Code prévoit trois exceptions à la nécessité d'une acceptation notariée.

Les donations en contrat de mariage, aux époux et aux enfants à naître, sont présumées acceptées. Cette présomption ne semble pas exister en droit français, même quant aux époux. Quant aux enfants à naître, il ne permet pas de leur donner, nous l'avons vu, sauf les réserves que nous avons faites.

La tradition réelle en don manuel présume aussi l'acceptation. Le Code Napoléon, nous l'avons vu, ne fait aucune mention du don manuel, mais on ne l'admet pas moins. Nul doute que d'acceptation authentique n'y saurait être exigée.

L'acceptation tacite est aussi admise c'est-à-dire celle qui s'infère des circonstances. En France, non seulement l'acceptation doit être authentique, mais il lui faut aussi être en termes exprès comme sous

l'Ordonnance de 1731, qui refusait nommément quelques circonstances d'acceptation tacite. Il suffit ici de la présence et de la signature à l'acte, de la requisition d'enregistrement, de la rétrocession ou revente de la chose donnée, etc., et même de l'acceptation « in actu » du droit romain par prise de possession à titre de propriétaire. Il suit donc qu'outre la règle de la forme notariée pour les seuls actes portant donation, nous avons par inférence la règle de la forme notariée par les seuls « actes portant acceptation ».

Nous avons même la reconnaissance de l'acceptation que le droit français refuse en principe, mais qu'il admet en pratique par un moyen détourné en prenant avantage d'une lacune dans la rédaction de l'un des articles du Code Napoléon.

Au lieu de la notification authentique de l'acceptation du droit français, nous avons la signification de l'acceptation et cette signification évidemment n'est exigée sous aucune forme particulière. La notification qui l'accompagnerait pourrait parfaitement être sous seing privé, puisqu'elle n'est pas requise.

Lors de l'étude des incapacités, nous avons dû en même temps déterminer les époques où doit avoir lieu l'acceptation et nous avons vu que des dispositions spéciales de notre Code l'exigent, ainsi que sa reconnaissance ou sa signification, avant le décès du donataire et du donateur et pendant que ce dernier conserve la capacité de donner. Le Code Napoléon semble n'exiger l'acceptation que du vivant du donateur, mais doctrine et jurisprudence, tout en admettant que la notification puisse avoir lieu après le décès du donataire, exigent cependant l'acceptation du vivant du donataire aussi bien que du donateur.

Sans acceptation, la donation est sans effet. Elle peut donc être révoquée et la révocation peut être aussi bien tacite qu'expresse.

Il y a plusieurs variantes dans les deux droits quant aux personnes qui peuvent accepter pour eux-mêmes et pour autrui.

Dans notre droit, le mineur et l'interdit pour prodigalité peuvent accepter. En France, ils ne le peuvent, sauf le mineur émancipé qui doit cependant être assisté par son curateur. Dans les autres cas, il y faut l'acceptation du tuteur ou du curateur avec autorisation du conseil de famille. Le tuteur et le curateur peuvent aussi accepter dans notre droit, mais sans la nécessité de l'autorisation du conseil de famille. Il y a exception évidemment dans le cas où la donation est partiellement onéreuse. Pour lier le donataire, il faudrait alors la sanction du conseil de famille.

Le sourd-muet majeur qui sait écrire peut accepter en France. S'il ne sait pas écrire, un curateur pourra lui être nommé qui pourra accepter. Dans notre droit il n'existe aucune disposition en sa faveur, et s'il n'est pas en outre imbécile ou idiot, il ne pourra dans bien des cas bénéficier de la donation qui lui est faite, sauf s'il y a acceptation présumée ou tacite par prise de possession.

Le conseillé judiciaire peut accepter dans les deux droits, et avec

son conseil s'il y a donation partiellement onéreuse.

Dans notre droit, l'enfant né peut accepter pour l'enfant à naître. Ce cas ne se présente qu'en substitution. Les administrateurs de corporations peuvent aussi accepter. Il en est ainsi en France sans doute.

La femme mariée, non séparée de corps, ne peut accepter dans les deux droits, sans autorisation maritale ou judiciaire, avec cette différence notée antérieurement, que la nullité résultant de l'absence d'autorisation est absolue ici, tandis qu'elle est relative en France. Dans les deux droits, il suffit du concours du mari à l'acte ou de son consentement écrit. Ici, il suffirait d'une autorisation tacite si l'acceptation était tacite.

L'ascendant, mais du mineur seul, peut accepter sans autorisation du conseil de famille.

Outre les mandataires légaux et judiciaires, les mandataires conventionnels peuvent accepter, en France, s'ils ont ce pouvoir, et la procuration doit être authentique. Ici, il suffit d'un pouvoir général et l'authenticité n'est pas requise.

En l'absence de mandat légal, judiciaire ou conventionnel, personne ne peut accepter pour autrui dans les deux droits. Outre l'énumération nécessairement limitative des personnes qui peuvent accepter, nous avons dans notre Code une disposition expresse à ce sujet. La ratification de l'acceptation par une personne non autorisée, ne vaudrait qu'à compter de sa date. Sont donc exclus, le notaire nommément, le porte-fort, l'enfant pour son ascendant, l'ascendant pour l'enfant majeur, interdit ou non, le mari pour la femme, la femme pour le mari, le créancier, l'ayant-droit, héritier, acquéreur universel. Malgré un arrêt récent de notre Cour suprême, nous n'admettrions pas non plus le fiduciaire. Puisque la fiducie doit se faire par donation, cette donation, et non uniquement la fiducie, doit être acceptée.

L'acceptation valable complète le contrat et lui permet de produire ses effets. Sans acceptation, ou si l'acceptation n'est pas valable, la donation est sans effet puisque l'acceptation est un élément essentiel du contrat.

Lorsque l'acceptation d'une donation partiellement onéreuse a lieu avec l'autorisation du conseil de famille, elle a tous les effets d'une acceptation par un majeur. Il ne saurait alors être question de restitution pour cause de lésion. S'il y a répudiation avec semblable autorisation, il ne peut évidemment y avoir droit de restitution en faveur de l'incapable, puisque même sans cette autorisation, la donation sans acceptation est sans effet, donc même à l'égard d'un incapable.

La nullité de l'acceptation d'une donation partiellement onéreuse est relative en France dans tous les cas. Dans notre droit, il faut distinguer si elle émane d'un interdit pour démence ou d'une personne aliénée sans interdiction ou souffrant d'aberration temporaire — la nullité est alors absolue, — ou d'un mineur ou d'un interdit pour prodigalité — la nullité est alors relative et ne peut être invoquée que

s'il y a lésion. — C'est la conclusion qui découle de quelques dispositions de notre Code, sur les contrats en général, et qu'on ne trouve pas au Code Napoléon. La nullité de l'acceptation de la femme mariée sans autorisation serait absolue, dans notre droit, même dans le cas d'une donation pure et simple. En France, elle n'est que relative.

L'absence d'acceptation par les mandataires judiciaires peut entraîner une responsabilité civile s'il y a négligence dans l'exécution de leur charge. Un article du Code Napoléon y pourvoit. Nous n'avons aucune telle disposition dans notre Code, mais les principes généraux de la responsabilité civile entraînent le même résultat.

Les ascendants ont le pouvoir d'accepter, mais ils n'en ont pas le devoir. Ils ne sauraient donc encourir aucune responsabilité, car il n'y a négligence que s'il y a devoir.

Il ne peut être évidemment question de la responsabilité du mari, puisque l'époux, ni en France ni ici, ne peut accepter pour son époux.

La nécessité de la forme notariée de l'acte portant donation, et celle de son acceptation sous la même forme lorsqu'elle est expresse, sont des formalités extrinsèques ou des conditions de solennité extérieure de l'acte. Il en est ainsi de l'état mobilier de l'ancien droit et estimatif du droit français moderne, que notre Code n'a pas cru devoir reproduire, l'excluant par un texte exprès et laissant le tout sous l'empire du droit commun quant à la preuve de la consistance de la libéralité. La nécessité de l'enregistrement dont il sera question plus loin est aussi une formalité extrinsèque. La doctrine, outre ces formalités extrinsèques, exige ce qu'elle appelle la formalité intrinsèque de l'irrévocabilité de la donation, ou condition de validité intérieure de l'acte.

La règle d'irrévocabilité se traduisait sous l'ancien droit par le brocart « donner et retenir ne vaut » dont l'origine remontait à la tradition du droit romain et du très ancien droit des pays de coutumes. De fait ou corporelle tout d'abord, elle devint ensuite figurée puis feinte et de pur style, et enfin de droit. Dans sa forme ancienne ou nouvelle, elle était une puissante sauvegarde de la réserve héréditaire dont le but était la conservation des biens dans la famille d'où ils venaient. Les Codes en renonçant à la tradition que des besoins économiques et juridiques avaient fait disparaître, ne gardèrent que la règle d'irrévocabilité, commune à toutes les opérations juridiques en général, sauf en contrats de mariage. La translation du droit doit être définitive, l'obligation ferme. Rien ne doit être laissé à la seule ou unique volonté du donateur après la perfection de la donation. Aucune réserve n'y peut être stipulée dépendant de cette seule volonté et les dettes imposées doivent être fixes et nullement laissées à l'arbitraire du donateur. En d'autres termes, le donateur doit se lier « in instanti » sous peine de nullité absolue de la libéralité.

Les deux Codes, sous cette règle, spécifient certaines clauses qui ne peuvent être stipulées dans un acte de donation et d'autres qui

sont compatibles avec la règle.

Les clauses incompatibles sont celles qui stipulent la donation de biens à venir, la condition potestative, les dettes futures.

A raison de la tradition de fait ou « corporalis », le très ancien droit, français et romain, ne reconnaissait que la donation de choses qui en pouvaient être l'objet, soit de choses qui étaient dans le patrimoine du donateur, car « rerum quæ non dum sunt, nulla fieri potest traditio ». Nous avons encore, dans nos Codes, des vestiges de cet état de choses. Mais peu à peu, les besoins économiques amenèrent la tradition feinte puis de pur style, et enfin le pacte par le seul consentement des parties. De là naquit la pure création d'une obligation comme objet d'une libéralité. Admise par le dernier état de l'ancien droit, notre Code, malgré le silence de son modèle, lui consacre une disposition spéciale. La donation peut être simplement l'engagement de payer une somme d'argent, de servir une rente, en argent et même en nature ou autre chose indéterminée, déterminable cependant autrement que par la seule et unique volonté du donateur. Mais outre cette disposition spéciale, notre Code ainsi que le Code Napoléon, au chapitre de l'effet ou de l'objet des obligations, contient l'énonciation d'un principe général dont elle découle nécessairement. L'objet de l'obligation peut être une prestation de faire comme la dation ou translation d'une chose. L'obligation en libéralité est nécessairement de même nature que dans toute autre opération juridique. La cause seule diffère, désintéressée ou intéressée. Il suit donc qu'il n'y a aucune différence dans les deux droits, et qu'on y peut stipuler l'obligation de payer une somme d'argent, une rente en argent ou en nature. Et puisqu'il est permis d'y stipuler une rente en nature, il suit qu'on y peut stipuler l'obligation de donner même la chose d'autrui, comme de vendre la chose d'autrui, moins l'obligation de garantie, lorsqu'il n'y a pas fait personnel du donateur. Une disposition de notre Code, qu'on ne trouve pas au Code Napoléon, veut même que la donation de la chose d'autrui soit valide si le donateur en devient ensuite propriétaire. Rien n'est plus logique puisque de propos délibéré, il se met ainsi en mesure d'exécuter une obligation validement contractée.

Les biens présents qu'il est permis de donner comprennent donc non seulement les biens qui sont dans le patrimoine actuel du donateur, mais aussi tous biens futurs qu'il est tenu de procurer par une obligation susceptible d'exécution. Et il importerait peu même qu'il fût stipulé que la somme donnée serait prise sur les biens les plus apparents de sa succession. Le lien de droit n'est serait pas moins créé dès l'acte. Et c'est uniquement ce qui est requis en donation entrevifs. Au cas d'insuffisance des biens de la succession, aucun texte, dans notre Code, ne permet, par analogie, le concours des donataires dont la créance échet au décès. Ils ne sont que des créanciers chirographaires exerçant leurs droits au marc la livre, s'il y a déclaration de déconfiture. Les impasses presque inextricables du droit français sont ainsi évitées.

Parce que le donateur ne peut donner ou s'engager à donner que des choses déterminées ou déterminables autrement que par sa seule volonté, il suit que la donation de biens à venir dont l'acquisition est laissée à sa discrétion doit être prohibée. Elle serait aussi prohibée cumulée avec celle de biens présents laissant valide cependant cette dernière, comme sous l'ancien droit des coutumes antérieur à l'Ordonnance de 1731 qui annulait même la donation de la partie biens présents.

La donation à cause de mort, c'est-à-dire avec effet au décès, étant permise en contrat de mariage, et n'étant autre chose qu'un testament contractuel, on y permet nécessairement la donation de biens à venir seuls ou cumulés avec les biens présents. Mais c'est uniquement celle-là qui est permise, avec évidemment la donation de biens présents à effet immédiat, mais jamais la donation de biens à venir indéterminés ou indéterminables avec effet au fur et à mesure de leur acquisition. Cette dernière, admise sous Justinien et les pays de droit écrit, fut toujours repoussée par les pays de Coutumes qui lui opposaient, à l'inverse des pays de droit écrit qui ne la reconnaissaient pas, la tradition de fait tout d'abord, puis de droit. La règle d'irrévocabilité n'étant autre chose que la tradition de droit d'avant les Codes, la donation de biens à venir indéterminés ou indéterminables autrement qu'au gré du donateur, avec effet au fur et à mesure de leur acquisition, ne saurait être acceptée, même en contrat de mariage, où il n'y a place que pour la donation entrevifs qui la repousse et pour l'institution contractuelle, véritable testament avec effet nécessairement au décès.

Malgré des textes quelque peu différents, il semble bien que les règles quant à la condition potestative en donations devraient être les mêmes dans les deux droits, de même que l'exception qui y est posée en contrat de mariage. Le caractère de l'exception est la mesure de la prohibition. Ce qui est permis par exception en contrat de mariage, c'est la condition purement potestative, effective si elle est résolutoire, et nécessairement impossible, si elle est suspensive, malgré la volonté du législateur, par absence de création du lien de droit. Toutes autres conditions sont donc permises en donations comme dans les obligations ordinaires, la condition casuelle ou dépendant du hasard, la condition au pouvoir du donataire qui est de la nature de la condition casuelle, la condition mixte par la conjonction de deux volontés, la condition simplement potestative par la conjonction de la volonté du donateur et du hasard, donc mixte, ou consistant à faire ou à ne pas faire. C'est la conclusion qui s'impose dans les deux droits. Et si, en France, elle n'est pas encore acceptée, c'est qu'on a été trop enclin à suivre un texte de Pothier qui a mal interprété l'Ordonnance de 1731 que nos Codes ont reproduite en cette matière. La doctrine moderne a aussi vu dans le dédit refusé en donations et permis en contrats synallagmatiques, une distinction entre la donation conditionnelle et l'obligation ordinaire conditionnelle. Mais elle n'a pas pris garde, qu'il

n'y a condition qu'à une obligation et non à un contrat, et que pas plus en contrats synallagmatiques qu'en donation, la condition résolutoire purement potestative n'est permise.

Le texte de notre Code, quant aux dettes présentes et futures mises à la charge du donataire, est beaucoup plus clair que le texte correspondant du Code Napoléon. L'état ou les détails dans l'acte ne sont nécessaires que pour déterminer les dettes futures et nullement les dettes présentes. Comme pour les biens, objet de la donation, et la condition, rien ne doit être laissé au gré du donateur. L'existence de dettes présentes, c'est-à-dire contractées, avec échéance antérieure ou postérieure, conditionnelles rétroactives ou pures et simples, est indépendante de la volonté du donateur. Il suffit d'en rapporter la preuve, comme pour les biens présents.

On décide en France cependant que les dettes imposées doivent avoir date certaine. C'est le contraire qu'il faut décider, au moins dans le cas de la donation universelle ou à titre universel qui est une particularité de notre droit. Le donateur universel ou à titre universel est le continuateur de la personne du donateur. Il n'est donc pas un tiers et la règle de la date certaine n'existe qu'en faveur des tiers. Et parce que cette règle n'existe qu'en faveur des tiers, et non en faveur des parties contractantes contre les tiers, cette règle ne saurait s'appliquer dans aucun cas, pas plus en France qu'ici.

Prohibées en donations entrevifs, les dettes futures indéterminées peuvent être stipulées en institution contractuelle. Et c'est normal. Les biens y étant indéterminés, les dettes peuvent l'être aussi. Ce qui est moins normal, c'est la stipulation de dettes futures indéterminées dans une donation entrevifs en contrat de mariage, permise en notre Code mais ignorée en droit français.

Il résulte des observations qui précèdent, que la règle « Donner et retenir ne vaut » de l'ancien droit, traduite en droit moderne par la règle d'irrévocabilité, est commune à toutes les opérations juridiques quelconques, sauf en contrat de mariage. Et il est logique qu'il en soit ainsi. La prestation et l'obligation ne sauraient être d'une nature différente en donations et en contrats en général. Elles doivent être déterminées ou déterminables, formes et indépendantes après leur création, de la volonté unique, du simple caprice de l'obligé. La règle d'irrévocabilité n'est donc pas un produit archaïque et suranné légué par l'ancien droit. C'est donc à un épouvantail tout à fait imaginaire qu'on se plaît à lancer l'anathème.

La donation au cours d'une maladie réputée mortelle, nulle comme réputée faite à cause de mort, est une particularité de notre droit, héritée de l'ancien droit, mais inconnue en droit français. La réserve héréditaire qui y avait donné lieu, ayant été abolie ici et fondue avec la légitime en France, il devenait inutile de la conserver. Aussi constitue-t-elle un véritable anachronisme dans notre droit.

La prohibition n'est cependant pas absolue et des circonstances peuvent la valider, telles que l'ignorance du danger de mort, le carac-

tère onéreux de la libéralité constitué par une obligation civile et même naturelle, faisant disparaître l'intention présumée de donner à cause de mort. Mais il semblerait que l'unique circonstance de la prise de possession ou de la tradition serait insuffisante pour repousser la présomption.

En vertu du principe que tout ce qui peut faire l'objet d'une obligation peut faire l'objet d'une donation, il devient évident que toutes choses, tous droits qui peuvent faire l'objet d'un contrat ordinaire, peuvent être donnés, les démembrements de la propriété comme la propriété entière. L'usufruit peut donc être donné, ou réservé par le don de la nue propriété. La disposition des Codes à ce sujet était donc inutile. Ce qui l'explique, c'est qu'elle est le terme final de toute une évolution commençant avec la tradition corporelle qui ne pouvait guère s'accommoder du don d'un démembrement de propriété, suivie de la tradition feinte puis de pur style. Avec la disparition de la nécessité de la tradition, disparaissait le dernier obstacle à la libre disposition de tout droit ou chose quelconque.

L'usufruit peut exister sur les meubles comme sur les immeubles, et il est évident que s'il y a destruction ou détérioration fautive, compte en doit être rendu au nu-propriétaire à l'extinction de l'usufruit. Une règle spéciale existe dans le Code Napoléon à cet effet. Les règles générales du chapitre de l'usufruit y suppléent dans notre droit.

Puisque tout droit peut être donné, il est donc possible de modifier les règles générales de l'usufruit, pourvu toujours évidemment que ce qui est donné ne soit pas réservé et soit déterminé ou déterminable.

En vertu du principe que toute condition qui n'est pas purement potestative peut être stipulée en donation entrevifs comme dans les contrats ordinaires, il devient évident que la condition résolutoire casuelle donnant lieu au droit de retour des biens donnés est valide. Il importe peu donc que le droit de retour dépende du prédécès du donataire seul et de ses descendants, et qu'il existe en faveur du donateur seul ou d'un tiers.

Si la stipulation du droit de retour prévoit le prédécès des descendants du donataire ou si elle est faite en faveur d'un tiers, il y a substitution qui dans notre droit est limitée à deux degrés outre l'institué. Par haine des substitutions, les auteurs du Code Napoléon ont restreint le bénéfice du droit de retour au donataire seul, tout en supposant le prédécès des descendants du donataire, cas qui n'est guère susceptible de se présenter bien souvent.

On oublie parfois que le prédécès du donataire et de ses descendants n'est pas la seule condition qui puisse donner lieu au droit de retour. Une stipulation très fréquente est celle du décès sans enfants. On l'admet en France comme ici, et il en est plusieurs autres qui se rencontrent en pratique. Les modalités de la condition comme du droit de retour peuvent donc varier dans les limites de la liberté des conventions et de la condition résolutoire et suspensive.

Les effets du droit de retour comme de tout autre droit suspensif sont déterminés dans notre droit par les règles de la faculté de réméré ou rachat. Ainsi en dispose notre Code. Au Code Napoléon on énumère quelques-uns de ces effets. Les deux droits varient dans le cas de baux conférés. Le bail est annulé dans notre droit alors qu'il est continué en droit français, en l'absence de fraude.

Le droit de retour conventionnel se distingue du droit de retour successoral ou légal. En ce dernier cas, le bénéficiaire est un héritier qui prend les choses données dans l'état où il les retrouve. Il n'y a donc pas rétroactivité comme dans le droit de retour conventionnel, et résolution des aliénations, hypothèques et charges.

L'effet de la donation comme de tout autre contrat, est de transférer la propriété de la chose donnée ou de créer des obligations. Ces obligations sont conventionnelles ou légales. Des premières, il est traité au chapitre de la révocation, parce qu'à l'encontre du droit français, qui admet la révocation de droit au cas d'inexécution des charges imposées, notre droit ne l'admet que s'il y a stipulation expresse. Les obligations légales, sont, quant au donateur, l'obligation de délivrance et de garantie en certains cas, et quant au donataire, mais dans notre droit uniquement, de payer les dettes du donateur, si la donation est universelle ou à titre universel.

Si l'objet de la donation est un corps certain, il y a translation immédiate du droit à la chose par le seul consentement des parties, sans qu'il soit besoin de tradition. La règle était contraire sous l'ancien droit, mais, nous l'avons souligné précédemment, la tradition corporelle était bientôt devenu figurée, puis feinte et enfin de pur style. Il n'y avait donc qu'à la faire disparaître avec la codification. La disposition du Code Napoléon cependant semble reproduire en quelque sorte la tradition de droit de l'ancien droit, puisqu'elle n'exige d'autre tradition que le consentement des parties. Notre Code abolit purement et simplement la nécessité de la tradition.

Par corps certain, il faut entendre la chose individuelle ou individualisée par son comptage, mesurage ou pesage. Le donataire en devient propriétaire dès l'acceptation de la donation. Mais le tiers-acquéreur de bonne foi aura préférence s'il prend possession du meuble donné, ou s'il est le seul à faire enregistrer son titre, s'il s'agit d'immeubles.

L'obligation de délivrance découle de la donation d'un corps certain. La plupart des règles que l'on trouve au chapitre de la vente sont applicables. Elles sont une suite nécessaire de quelques dispositions du chapitre des obligations et ont leur raison d'être toutes les fois qu'il y a transfert de la propriété d'une chose.

La revendication pourra être exercée s'il y a refus de livrer le corps certain donné. Mais, dans notre droit, le défaut d'enregistrement de la donation du vivant du donateur, sera un obstacle à la revendication à l'égard des tiers et même des héritiers du donateur.

L'obligation de garantie n'existe que par exception en donation. Une disposition de notre Code qu'on ne trouve pas au Code Napoléon est à cet effet. Le donateur n'est présumé donner que ce qu'il a et dans l'état où il le donne. Mais s'il donne ce qu'il sait ne pas avoir, ou s'il se départit de la chose donnée en faveur d'un autre que le donataire, il y a fait personnel qui entraîne sa responsabilité. Il en est ainsi, au cas de dettes du donateur, ces dettes étant des faits personnels. Un article de notre Code y pourvoit ainsi qu'à la stipulation de garantie, et, malgré le silence du Code Napoléon, c'est ce qui s'enseigne en France.

La mesure des dommages-intérêts est particulièrement la valeur de la chose donnée, c'est la déduction qu'impose un principe général du chapitre des obligations.

S'il y a donation totalement onéreuse ou rémunératoire obligatoire, il n'y a nullement libéralité et par suite l'obligation de garantie subsiste. S'il y a libéralité pour partie, il n'y aura garantie que jusqu'à concurrence de la perte causée au donataire par l'éviction ou le vice caché.

Les mêmes obligations de délivrance et de garantie à la suite d'un fait personnel du donateur ou d'une telle stipulation, existent également au cas de donation de choses incorporelles.

L'obligation légale du donataire universel et à titre universel, aux dettes du donateur, comme d'ailleurs la donation elle-même, est une particularité de notre droit qui nous vient de l'ancien droit et qu'on ne trouve pas au Code Napoléon, bien qu'il y ait tendance en droit français d'arriver au même résultat en vertu d'une supposée stipulation tacite et de la notion romaine du mot « biens » : « bona intelliguntur quæ supersunt deducto ære alieno ». Il y a donc, dans notre droit, analogie entre la donation et le legs.

La donation est universelle, que le bénéficiaire soit unique ou qu'il y ait plusieurs bénéficiaires, que quelques objets soient exceptés ou non. Il semblerait, dans notre droit, que la donation de la totalité des biens par quote-part serait universelle et non à titre universel. Cette dernière serait réservée aux universalités particulières, alors que le legs à titre universel de notre droit comme du droit français, serait une quote-part de l'universalité des biens comme d'une universalité particulière. Il y a sans doute pure irréflexion du législateur. Cependant la conception de l'universalité dans la donation paraît plus exacte. Il ne devrait y avoir aucune différence entre l'attribution de l'universalité à plusieurs et d'une quote-part à chacun. L'expression « à titre universel » a pour équivalent l'ancienne formule « per modum universitatis ». L'universalité y résulte non du fait même de la totalité des biens mais de la forme ou de l'expression employée. C'est donc une universalité particulière.

Notre législateur semble aussi par son texte avoir étendu la notion de l'universalité particulière du droit français. Il y est question, en donation, après certains exemples donnés, de toute autre univer-

salité, et en legs, de toute universalité comme ...

L'universalité de fait, nous venons de le voir, ne dépend nullement de l'expression employée. Si, en réalité, tout est donné, il y a donation universelle. L'énumération de chacun des objets n'aurait pas pour effet d'enlever à la donation son caractère universel. Les textes dans notre droit conduiraient à cette conception, puisqu'ils font de la donation à titre particulier celle qui est limitée — elle n'est donc pas universelle en fait — à des choses désignées particulièrement.

Comme dans les legs de notre droit et du droit français il y a obligation du donataire universel et à titre universel, aux dettes du donateur. Cette responsabilité est « ultra vires bonorum » en proportion de l'émolument reçu. Le donataire, même avant acceptation du créancier, est débiteur personnel de ce dernier. Comme dans le cas de dettes assumées conventionnellement, aucun état n'est requis. Il suffit d'en prouver la nature et la date antérieure à la donation, par tous moyens légaux, puisque la règle de la date certaine ne saurait s'appliquer en donation universelle, le donataire n'étant pas alors un tiers.

Le donataire universel ou à titre universel pourra se libérer des dettes du donateur, en abandonnant les biens donnés après inventaire et reddition de compte. Le même abandon peut être fait par le donataire particulier ou le tiers-détenteur hypothécaire.

La responsabilité de droit du donataire universel ou à titre universel peut être modifiée en plus ou en moins par le titre constitutif de la donation. Cette responsabilité n'est pas « juris et de jure » puisqu'elle peut être modifiée en moins.

Suivant le législateur, le recours pour l'excédent, s'il y a modification en plus, se réglerait d'après les règles de la délégation et de l'indication de paiement. Il n'y a certes pas indication de paiement puisque l'indication se fait au créancier et ce dernier n'intervient pas dans la donation. Il n'y a pas non plus délégation dans le sens généralement accordé à cette opération juridique en doctrine moderne, c'est-à-dire une opération à trois personnes. Il y a tout simplement stipulation pour autrui et droit acquis au créancier mais révocable même avant acceptation, même à son insu.

Notre législateur en accordant la notion d'universalité à la donation et ses conséquences, se devait d'introduire aussi la séparation des patrimoines et le privilège qu'elle constitue en faveur des créanciers du donateur. Ce privilège existera qu'il y ait responsabilité de droit ou conventionnelle. Il ne fera pas disparaître cependant le recours à l'action paulienne qui exercé généralement en donation à titre particulier n'en existe pas moins si la donation est universelle.

L'enregistrement de notre droit correspond à la transcription du droit français. S'il semble avoir maintenant une saveur anglo-saxonne, il ne faut pas oublier que ce mot était en toutes lettres comme l'insinuation, et avec le même sens, dans l'Ordonnance de 1539, article 132.

Nos lois d'enregistrement des droits réels datent de 1841. Elles

ne firent pas disparaître immédiatement l'insinuation qui subsista jusqu'à la codification en matière de donation. Si les tiers-détenteurs de droits réels dont les titres étaient enregistrés à certains bureaux établis à cet effet avaient préférence sur ceux dont les titres n'étaient pas enregistrés, l'insinuation dans les registres des tribunaux restait une formalité nécessaire dans l'intérêt des autres tiers et des héritiers du donateur. Elle fut abolie et remplacée, même avec cet objet, par l'enregistrement.

Dans notre droit, toutes donations doivent être enregistrées, mobilières comme immobilières. Il n'y a exception pour les premières que s'il a tradition réelle et possession publique dans le sens que nous avons établi antérieurement, et pour toutes donations en ligne directe en contrat de mariage. En France, seules doivent être transcrites les donations de biens susceptibles d'hypothèque.

Comme pour la règle de solennité cependant, ne doivent être enregistrés que les actes portant donation. S'il n'y a pas d'acte, comme dans le don manuel, ou si l'acte porte donation, mais est en réalité une prestation onéreuse, rémunératoire avec lien obligatoire, civil ou naturel, ou si l'acte ne porte pas donation comme dans certaines stipulations pour autrui, la remise de dette, la renonciation, les prestations d'usage et de services, les libéralités déguisées, conjecturales, il ne saurait être question d'enregistrement. Il y a corrélation absolue entre la règle de solennité et la règle d'enregistrement, sauf les deux exceptions ci-dessus. Si l'une n'est pas requise, l'autre ne saurait l'être.

Aucun délai n'est accordé pour l'enregistrement. Il en est ainsi sous le Code Napoléon. Mais à la différence de ce dernier notre Code exige l'enregistrement du vivant du donateur et même aussi du vivant du donataire comme au temps de Ricard.

Vu qu'il ne constitue qu'une formalité et nullement un acte de consentement, il peut être requis même par un incapable, même par la femme mariée sans autorisation. Cependant, dans l'intérêt de l'incapable, certaines personnes sont tenues d'y veiller. Ce sont les administrateurs légaux, judiciaires ou conventionnels, le mari, mais uniquement sous le régime de communauté ou d'exclusion de communauté, comme en France, les tuteurs et curateurs, si un tuteur ou curateur ad hoc n'a pas été nommé à cet effet, les administrateurs de corporations ou compagnies, à moins qu'une autre personne leur ait été substituée pour cette fin, le gérant d'affaires, ascendant ou autre, qui a accepté la donation et qui est tenu de terminer la gestion commencée.

Le but de l'enregistrement est de protéger l'intérêt de certaines personnes. Y sont intéressés tout d'abord les tiers qui ont pu acquérir des droits réels immobiliers. L'enregistrement de leur titre aura préférence sur le titre non enregistré du donataire. Puis, les créanciers en général, et le créancier saisissant en particulier. Et enfin les héritiers ou légataires du donateur. Nous avons conservé la règle de l'ancien

droit quant à ces derniers, alors qu'elle a été abandonnée en droit français.

Contrairement au droit romain sous Justinien, et à l'ancien droit, de l'Ordonnance de 1539 jusqu'à l'Ordonnance de 1566, le donateur ne peut se prévaloir du défaut d'enregistrement. Par ailleurs, le donataire ne pourrait invoquer sa propre négligence, et ses héritiers, celle de leur auteur — y auraient-ils intérêt ? — non plus que ceux qui sont tenus d'y veiller. L'engagement du donateur d'y pourvoir n'aurait aucun effet. Une disposition de notre Code en dispose ainsi. Ce serait d'ailleurs un moyen détourné d'obvier à la nécessité de l'enregistrement.

L'enregistrement parfait la donation, son défaut préjudicie même aux incapables, sauf leur recours en dommages-intérêts contre ceux qui sont tenus d'y veiller. Comme tout autre droit, celui d'invoquer tel défaut est prescriptible, mais évidemment, à compter de son ouverture et non de la date de la donation. En droit français, le légitimaire est dans la même position que l'héritier ou le légataire relativement à la prescription et c'est ce principe qui est appliqué.

Bien qu'il ait conservé quelque peu du formalisme de l'ancien droit, le système français est supérieur au nôtre, en libéralité. Y a-t-il bien lieu de conserver la nécessité de l'enregistrement des donations mobilières ? Constitue-t-il une publicité affective si la donation n'est pas en même temps immobilière ? Est-il raisonnable que le défaut d'accomplissement d'une pure formalité sans but réel, puisse réduire à néant de justes dons ? Et la légitime du droit français, même si elle était parfois illusoire, n'est-elle pas, réduite à la ligne directe, basée sur un principe plus moral et plus social, que la protection des héritiers par le subterfuge de la négligence à enregistrer.

Notre Code n'a pas reproduit, et avec raison, la rubrique du Code Napoléon qui fait des diverses causes de révocation des donations, des exceptions au principe de leur irrévocabilité. Ces causes sont de droit ou conventionnelles. Les causes de droit de notre Code sont l'ingratitude et les causes de nullité des conventions, l'incapacité et les vices de consentement. Il ne saurait être question de lésion puisque la diminution de patrimoine est un effet nécessaire de la libéralité. En droit français, il y a en plus, la survenance d'enfant et l'inexécution des charges. Innovant sur l'ancien droit, à tort suivant nous, notre législateur en a fait des conditions résolutoires qu'il faut stipuler. Le droit de retour est un autre cas de condition résolutoire conventionnelle.

Ces causes ne sont nullement des exceptions au principe de l'irrévocabilité des donations, tel que nous l'avons déterminé ci-dessus. Ce qui est prohibé en donation, comme en tout autre contrat d'ailleurs, c'est la prestation déterminable au gré du donateur, ou soumise à une condition purement potestative. Les espèces ci-dessus ne sont évidemment pas de cette classe.

Il n'y a pas lieu de revenir sur les incapacités et les vices de con-

sentement qui affectent la donation aussi bien que les autres contrats, non plus que sur le droit de retour ou autre condition résolutoire. Il ne reste à examiner que la révocation de droit pour ingratitude et conventionnelle pour inexécution des charges.

Dans les deux droits, la révocation pour ingratitude a gardé le caractère pénal qu'elle avait en droit romain et sous l'ancien droit. D'où, comme conséquence, absence de rétroactivité et limitation aux cas déterminés par le législateur. Ces cas sont l'attentat à la vie du donateur, les délits, sévices et injures graves à son endroit et le refus d'aliments.

Il n'y a guère de divergences en cette matière dans les deux droits, sauf évidemment certaines variantes résultant de droits criminels différents. Nous avons le droit criminel de source anglaise, de sorte que les mots attentat à la vie, délit ou crime ont une acception particulière.

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait conviction comme dans le cas d'indignité successorale. L'intention meurtrière, délictuelle, afflictive, injurieuse est de l'essence de la culpabilité et par suite du droit à la révocation. La provocation parfois serait une excuse. L'acte doit provenir du donataire ou de préposés, et être dirigé contre le donateur, ses proches, ses biens. L'injure grave à la mémoire du donateur, de l'ancien droit, n'est d'aucune conséquence. C'est la déduction nécessaire qu'imposent les textes, surtout ceux de notre Code. Quant à l'obligation alimentaire, elle n'est pas subsidiaire, il devrait en être tenu compte même si elle devait absorber le capital, mais elle n'est jamais personnelle ou susceptible d'un jugement en exécution sur action directe.

Toutes les donations sont révocables, même celles qui ne sont pas faites par acte portant donation. On a même permis la révocation d'un louage à vil prix. Il n'y a exception, mais en droit français seulement, que pour les donations en faveur de mariage. Mais même en ce cas, on la permet entre époux si elle est la résultante d'une instance en séparation de corps ou en divorce.

Le recours en révocation pouvant être éteint par le pardon, n'existe donc pas de plein droit. Il doit être exercé par action. Cette action appartient au donateur, à ses héritiers si elle a été commencée par le donateur, ou si elle est prise dans l'année de son décès ou de la connaissance de la cause de révocation. Elle ne peut être exercée par les créanciers du donateur, parce que c'est un droit attaché à sa personne, comme l'action d'injures.

L'action ne peut être dirigée que contre le donataire. Elle peut cependant être continuée contre ses héritiers. Nos textes le permettent expressément. En France, au contraire, l'action prise contre le donataire serait éteinte à son décès.

Le délai de prescription dans les deux droits est d'une année à compter du délit ou de sa connaissance. Passé ce délai, il y a déchéance du droit d'action et contre tous, incapables comme capables.

Les effets du jugement en révocation varient considérablement dans les deux droits.

Ici, le jugement n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'à compter de son enregistrement. En France, il peut y avoir transcription de la demande en révocation, en marge de la transcription de la donation, et à compter de ce moment, les tiers sont constitués de mauvaise foi. Il est évident que cette mesure n'y affecte pas les donations de meubles.

La divergence est encore plus sensible à l'égard du donataire. En France, le jugement, sans rétroactivité quant aux tiers, sauf le cas de transcription préventive ou prénotation, est rétroactif, quant au donataire, au jour de la donation. Le donataire doit remettre la chose donnée ou sa valeur au temps de la demande en révocation, et le montant des hypothèques ou charges qui l'affectent. Dans notre droit le jugement rétroagit simplement au jour de la demande. Il faut en conclure que si la chose donnée avait été aliénée, le recours du donateur serait illusoire, même si le patrimoine du donataire restait accru de sa valeur, même si le prix en était encore dû. Une telle situation est ridicule. Nous avons donc eu grand tort de préférer une pure abstraction, un pur syllogisme de Ricard et Pothier, basé sur la conception pénale de l'ingratitude, au système très équitable du droit français inspiré de Furgole, Auroux et Dumoulin. Nos codificateurs n'avaient qu'à suivre Pothier ou Ricard dans leurs solutions de cas particuliers, échange, sommes d'argent et choses fongibles, fonds de boutique et hypothèques, pour se rendre compte que ces jurisconsultes étaient les premiers à renier le principe qu'ils avaient posé, et qu'en conséquence, l'opinion adverse était infiniment plus juste et tout aussi logique.

La condition résolutoire expresse est nécessaire dans notre droit, nous l'avons vu, pour obtenir la révocation de la donation, au cas d'inexécution des charges imposées. On applique en ce cas les règles de la résolution de la vente d'immeubles, qui doit aussi être stipulée, et par voie de référence, les règles de la faculté de réméré ou rachat. Le délai de prescription notamment est de dix ans.

Par faveur accordée au mariage, les donations en contrat de mariage font exception aux règles de la donation entrevifs. On y peut disposer à cause de mort, et même la donation de biens présents avec effet immédiat n'est pas astreinte en certains cas au principe de l'irrévocabilité tel que nous l'avons déterminé.

La donation à cause de mort et non de biens à venir, comme le suppose le Code Napoléon et aussi notre Code en contrat de mariage, portait le nom d'institution contractuelle sous l'ancien droit, et si les Codes n'ont pas reproduit cette expression, c'est encore sous ce vocable qu'on la connaît en doctrine et en jurisprudence.

L'institution contractuelle, comme son nom l'indique, est une véritable institution d'héritier par contrat, une espèce de testament conventionnel irrévocable. Ses origines remonteraient aux invasions germaniques et plus probablement aux pactes réciproques entre soldats

« in precinctu » du droit romain. Très en usage au moyen-âge, elle a gardé la même faveur depuis, auprès du législateur du moins, et en théorie, sinon en pratique, elle concilierait les intérêts du donateur et du donataire, éviterait les inconvénients d'un dessaisissement actuel et la précarité d'un testament révocable.

Toutes personnes capables de donner entrevifs peuvent donner à cause de mort en contrat de mariage. Mais seules certaines personnes déterminées y peuvent recevoir. En France, les seuls bénéficiaires d'une telle libéralité seraient les époux et les enfants à naître, mais uniquement suivant une opinion par voie de substitution expresse ou tacite, et selon une autre opinion, sans que les époux soient institués. Dans notre droit outre les époux et les enfants à naître qui peuvent être bénéficiaires de l'une et de l'autre manière, on admet aussi les frères et sœurs de l'époux avantagé. La clause d'association de l'ancien droit, espèce de substitution fidéi-commissaire sans l'une de ses caractéristiques, le trait de temps, et en réalité moyen détourné pour éviter les règles de l'institution contractuelle d'alors, est devenue dans notre droit une véritable institution contractuelle. Les enfants légitimés ayant les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage, en peuvent aussi être bénéficiaires, mais non les enfants nés d'un autre mariage et les enfants adoptifs.

Rien n'empêche cependant dans notre droit qu'une susbtitution fidéicommissaire puisse être adjointe à l'institution contractuelle, en faveur même d'étrangers et notamment de l'époux, comme sous l'ancien droit. Permise en donation entrevifs ordinaire dans notre droit, elle ne saurait être refusée en institution contractuelle. Nos textes en institution contractuelle et en substitution imposent d'ailleurs cette solution.

L'institution contractuelle, universelle ou à titre universel sous l'ancien droit, peut aussi être à titre particulier en droit moderne. On peut notamment donner une somme d'argent à cause de mort. On y peut donner les biens présents comme à venir, ou ceux qui seront délaissés au décès, présents et à venir. En ce dernier cas c'est une donation cumulative.

L'institution contractuelle ne peut être faite qu'en contrat de mariage ce qui comprend les modifications qui y sont faites mais uniquement avant le mariage. L'acceptation y est présumée quant aux époux et aux enfants à naître, mais nécessaire quant aux frères et sœurs de l'époux avantagé. Elle doit être enregistrée sauf si elle est faite en ligne directe. Mais elle ne saurait l'être avant le décès de l'instituant qu'au domicile du donateur, puisque jusque là il n'y a aucune transmission de droits réels. Puisque l'enregistrement n'est pas requis en ligne directe, le don de l'ascendant aux frères et sœurs de l'époux avantagé n'y serait pas astreint.

L'institution contractuelle, en l'absence de stipulation contraire, est irrévocable en ce sens que l'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit de ce qui en fait l'objet, sauf pour des sommes ou choses

modiques. Il peut cependant aliéner à titre onéreux et à sa guise, mais sans fraude. L'institué, jusqu'au décès de l'instituant n'a aucun droit réel dans la chose. Il ne peut donc exercer aucune action conservatoire. Au décès de l'instituant, il y a substitution vulgaire tacite en faveur des enfants de l'institué, non seulement s'il y a eu prédécès de ce dernier, mais s'il a renoncé ou est devenu indigne. Il y a aussi accroissement sujet cependant à la substitution vulgaire tacite.

La donation cumulative de biens présents et à venir n'est autre chose qu'une institution contractuelle. Comme question de fait, sauf dans le cas d'une somme d'argent donnée à cause de mort, l'institution contractuelle est presque toujours cumulative. Elle comprend les biens délaissés au décès, les biens présents s'il y en avait au moment où elle a été faite, et les biens à venir ou acquis depuis. Il ne faut donc pas confondre, comme le font les Codes, la donation de biens à venir avec la donation à cause de mort. Biens présents et biens à venir forment une seule hérédité des biens laissés au décès. La controverse de l'ancien droit entre les pays de droit écrit et de coutumes n'a pas été sans jeter une grande obscurité en cette matière, obscurité qui s'est continuée en droit moderne.

Avant l'ouverture de l'institution cumulative, l'institué n'a aucun droit réel sur son objet, même sur les biens présents. A l'ouverture, l'héritier de futur ou présomptif devient actuel. La chose donnée est la sienne, avec saisine immédiate mais sans rétroactivité vers le passé même quant aux biens présents, et sur les aliénations onéreuses et même gratuites enregistrées, dans notre droit du moins. L'opinion qu'il a droit d'exercer est actuelle, avec effet actuel et non rétroactif. L'absence de transmission réelle avant le décès de l'instituant, la caducité, la substitution vulgaire tacite s'y opposent. Si les biens présents existent encore, l'institué les prend en nature, et s'ils ont été aliénés comme susdit, il n'a droit qu'à leur valeur, le tout à la charge des dettes existant au moment de l'institution, ou de leur montant si elles ont été acquittées au moment de l'institution, ou de leur montant si elles ont été acquittées, ce qui arrive presque toujours. La réserve et ses particularités qui font conclure, mais à tort suivant nous, à la résolution des aliénations onéreuses en France, n'existant pas dans notre droit, la solution ci-dessus s'impose. Si l'obligation aux dettes de l'instituant est conventionnelle, elles peuvent être indéterminées même au cas d'option des biens présents, comme d'ailleurs si la donation était purement entrevifs avec dessaisissement actuel. Cette particularité, énorme pourrait-on dire, de notre droit, n'existe pas en droit français et à juste titre. S'il n'y a pas option, il semblerait que la responsabilité légale des dettes du donateur, au cas d'institution universelle ou à titre universel ne pourrait être modifiée en plus ou en moins comme dans la donation entrevifs universelle ou à titre universel de notre droit évidemment. La responsabilité légale peut être évitée par l'abandon des biens donnés pourvu qu'il n'y ait pas eu acceptation formelle après l'ouverture de l'institution, et qu'il soit possible de faire

inventaire, même après immixtion, et de rendre compte.

La donation entrevifs peut être faite en contrat de mariage avec ses effets ordinaires. Mais pour avoir les effets exceptionnels que lui accordent certaines dispositions de la loi, les bénéficiaires y sont limités. Ce sont les époux et les enfants à naître, et, dans notre droit, les tiers, parents ou étrangers pourvu que les époux ou les enfants à naître soient avantagés par la même disposition. Les avantages accordés à la donation entrevifs en ces cas sont en premier lieu qu'elle est irrévocable, même si elle n'est pas acceptée, telle acceptation étant cependant nécessaire du vivant du donateur et tant qu'il conserve la capacité de donner comme en donation entrevifs ordinaire. Un second avantage dû encore à la faveur du mariage, est la condition purement potestative, résolutoire mais non suspensive parce qu'impossible. Raisonnable en institution contractuelle, elle se comprend moins en donation avec dessaisissement immédiat de même que la stipulation de dettes futures indéterminées permise, comme nous l'avons vu, mais dans notre droit seulement.

Outre la règle ci-dessus de la condition résolutoire purement potestative qui est permise à plus forte raison en institution contractuelle, il y a celle de la condition suspensive de la célébration du mariage. Un texte de notre Code pourvoit à l'existence de cette condition, évitant ainsi la controverse du droit français. Certaines difficultés se rencontrent alors si un long délai intervient entre le contrat de mariage et sa célébration, et dans le cas où le contrat de mariage ou le mariage lui-même est nul.

LIBERTÉ DE TESTER.—QUOTITÉ DISPONIBLE.—PARTAGE

DANS LA PROVINCE DE QUÉBEC.

Rapport présenté par

M. JOSEPH SIROIS,

Notaire à Québec

Ancien Président de la Chambre des Notaires de la Province de Québec
Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

NOTE

L'article 967 du Code civil français dit : « Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous tout autre dénomination propre à manifester sa volonté ».

Ce droit de disposer est toutefois singulièrement restreint par les articles 913 et suivants qui limitent la quotité des biens dont un testateur peut disposer, lorsqu'il laisse des ascendants et des descendants. Ce n'est qu'à défaut de tels ascendants et descendants que « les libéralités, par actes entre vifs ou testamentaires, pourront épuiser la totalité des biens » (916 C. C. fr.).

L'article 831 de notre code se lit comme suit : « Tout majeur sain d'esprit et capable d'aliéner ses biens peut en disposer librement par testament sans distinction de leur origine ou de leur nature, soit en faveur de son conjoint en mariage, ou de l'un ou de plusieurs de ses enfants, soit de toute autre personne capable d'acquérir et de posséder, sans réserve, restriction, ni limitation, sauf les prohibitions, restrictions et autre cause de nullité contenues en ce Code, et les dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

Notre Code ne contient aucune disposition semblable à celle des articles 913 et suivants du Code civil français.

Le Code Napoléon et le Code civil de la province de Québec posent donc deux principes absolument différents l'un de l'autre : liberté complète de tester, dans la province de Québec, et liberté très restreinte en France.

Chez-nous, cette liberté de disposer de tous ses biens par testament remonte aux premières années du régime anglais. L'article 10 de la loi impériale 14 Geo. III, ch. 83 (le fameux Acte de Québec de 1774) et une loi provinciale de 1801 (41 Geo. III ch. 4 art. 1er) qui rendit plus clair le texte peut-être ambigu de la loi de 1774, firent disparaître les légitimes, les réserves des quatre quints, etc. de l'ancien droit et tout particulièrement de la Coutume de Paris.

Les commissaires chargés de codifier nos lois se trouvèrent donc en face du Code Napoléon, restreignant la liberté de tester, et de notre

législation qui l'admettait dans son intégrité. Ils ne suggérèrent aucune modification à un système profondément entré dans les mœurs et parfaitement adapté à notre mentalité.

Une question qui se rattache étroitement à la liberté de tester est celle du partage des biens d'une succession.

PARTAGE

Les règles concernant le partage se trouvent aux articles 815 et suivants du Code civil français et 689 et suivants de notre code. Elles tendent à établir l'égalité complète entre les copartageants. Deux des articles les plus importants sont 826 et 832 du Code civil français reproduits intégralement dans nos articles 697 et 703.

D'après l'article 826 « chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession ... » et d'après l'article 832 : « Dans la formation et composition des lots on doit éviter, autant que possible, de morceler les héritages et de diviser les exploitations, et il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur ».

Ces textes s'appliquent en France dans le règlement de toutes les successions ab intestat et d'un grand nombre de successions testamentaires lorsqu'il y a des ascendants et descendants et qu'une quotité seulement des biens est disponible. En effet, une certaine partie des biens n'est pas attribuée par le testateur, partie sur laquelle celui-ci n'a aucun contrôle. Il faut donc dans ces cas se soumettre aux dispositions des articles 815 et suivants.

Il n'en est pas de même chez nous. Si le testateur préfère ne pas tenir compte des articles 689 et suivants de notre code, il peut indiquer la façon dont il veut que ses biens soient partagés. C'est une des conséquences de la liberté de tester.

Il y avait lieu, croyons-nous, de signaler ces différences entre le Code civil français et le nôtre dans des matières aussi importantes.

LES SUBSTITUTIONS EN FRANCE ET DANS LA PROVINCE DE QUÉBEC

Rapport présenté par

ME P. C. VENNE,

Avocat au Barreau de Montréal

Les auteurs définissent la substitution : une disposition par laquelle une personne est appelée à recueillir une libéralité, à défaut d'une autre personne ou après elle.

Il y a la substitution fidéicommissaire et la vulgaire ; dans la première l'on charge quelqu'un de rendre à une autre personne appelée à recevoir en dernier lieu ; dans la seconde il n'y a personne chargé de rendre mais simplement l'indication d'un second bénéficiaire qui est appelé à recevoir au cas où le premier ne recevrait pas.

La substitution tient son origine du droit romain.

Née de la crainte chez le testateur de mourir sans héritier institué, la substitution vulgaire fit la première son apparition.

Plus tard apparût la substitution fidéicommissaire alors connue sous le nom de fidéicommis. Elle provenait du désir chez le testateur de gratifier une personne que la loi lui défendait d'instituer légataire. Afin de contourner cette défense, le disposant, après avoir gratifié une personne déterminée et jouissant de sa confiance, la priait de transmettre à une autre les biens cédés. Cette institution boiteuse d'héritier, laissait le mandataire libre d'exécuter ou non la charge de transmettre qu'on lui confiait ; aucune obligation légale ne pesait sur lui.

Cependant, comme ce moyen de disposer acquérait une vogue considérable, l'empereur Auguste promulgua que l'obligation de celui qui était chargé de rendre serait à l'avenir une obligation civile dont l'exécution pouvait être demandée devant les tribunaux.

L'usage de la substitution obtint rapidement une grande faveur. Du testament, elle s'étendit aux donations entrevifs et l'on permit bientôt la substitution pupillaire et quasi pupillaire ou exemplaire. Dans la première le père, en faisant son propre testament, faisait du même coup celui de son fils impubère, pour le cas où celui-ci mourrait avant d'avoir atteint l'âge de puberté. Dans la seconde le père choisissait un héritier à l'enfant que son état mental mettait dans l'impossibilité de tester.

Les substitutions ne semblent avoir fait leur apparition définitive en France que vers le XIIIe siècle ; elles furent cependant prohibées dans quelques pays de droit coutumier tels que la Marche, le Nivernois, Montargis, Sedan et l'Auvergne. Leur rapide développement serait dû, d'après certains auteurs, à la constitution économique et sociale de l'ancienne France. Dans un temps où la terre était seule considérée

comme richesse réelle et où la noblesse semblait déjà s'acheminer vers une ultime et fatale décadence, on vit dans les substitutions, superposées au droit d'aînesse ou de primogéniture, un moyen de conserver autour du trône une aristocratie nombreuse et riche en même temps que puissante (1).

La vogue des substitutions devint bientôt une source d'ennuis, de troubles, de procès, en même temps qu'une plaie sociale, vu qu'elles étaient occultes et empêchaient la circulation des biens. En outre et par suite de leur superposition, dans les grandes maisons, au droit d'aînesse et à l'exclusion des filles de toute succession, elles provoquaient de nombreuses vocations forcées, accentuaient de plus en plus la simonie dans le clergé, contribuant ainsi à diminuer la confiance du peuple envers les représentants autorisés de Dieu, devenus de jour en jour plus indignes de leur charge. Les maux qu'elles engendraient ne tardèrent pas à soulever contre elles, les juristes du temps :

Ecoutons Nicolas Mellier, avocat de Lyon : (2)

> « Elles ne doyvent être receues, dit-il, comme répugnantes au droit divin, naturel et civil, s'il est bien considéré ... Elles ne semblent demander faveur par l'ordonnance. Car, *stricto jure inter christianos,* l'effet d'icelles n'est considérable, parce qu'au lieu que *Christianum est* de se contenter de ce que nous avons, et en user pour notre vie modestement sans en abuser, nous voulons après nous establir une mémoire éternelle et disposer de ce qui n'est plus nostre, et qu'il nous faut abandonner au commandement de Dieu ; » et il ajoute encore : « La substitution répugne à nature ; car, par icelle, les légitimes et prochains héritiers sont privez ... et ceux qui ne sont en nature, et que l'on ne sçait s'ils naistront ou non, sont appelez ».

Aux juristes vient se joindre Montaigne lui-même ; il dira dans ses Essais :

> « Nous prenons un peu trop à cœur les substitutions masculines et proposons une éternité ridicule à nos noms ».

Et le chancelier Daguesseau dira plus tard dans une lettre au premier Président du Parlement de Toulouse :

> « L'abrogation entière de tout fidéicommis serait peut-être, comme vous le pensez la meilleure de toutes les lois, et il pourrait y avoir des moyens plus simples pour conserver dans les grandes maisons ce qui suffirait à en soutenir l'éclat, mais j'ai peur que, pour y parvenir, surtout dans les pays de droit écrit, il ne fallût commencer par réformer les têtes, et ce serait l'entreprise d'une tête qui aurait elle-même besoin de réforme. C'est en vérité un

---

(1) Beaudry-Lacantinerie et Colin : Traité de Droit Civil, 3e édition, vol. 5, p. 501 ;
Planiol et Ripert : Droit Civil, vol. V, p. 295.

(2) E. Caillemer, Livre du Centenaire du Code Civil, II, p. 1082.

grand malheur qu'il faille que la vanité des hommes domine sur les lois mêmes ».

Mise en face d'abus sans cesse grandissants, la Couronne décida d'intervenir.

Un édit du 3 mai 1553 ordonna la publicité des substitutions par insinuation au greffe de chaque juridiction. Puis vinrent l'ordonnance d'Orléans de janvier 1560 qui limita les substitutions futures à deux degrés et celle de Moulins en 1566 qui décida que quant aux substitutions antérieures à l'ordonnance d'Orléans, les degrés seraient limités à quatre. Enfin l'ordonnance des substitutions de 1747 (Chancelier Daguesseau) réglementa toute la matière des substitutions, rééditant en outre les défenses de l'ordonnance d'Orléans quant aux degrés.

Malgré cette législation formelle, les Parlements d'alors et en particulier celui de Toulouse, s'ingénièrement à en contrecarrer la mise à exécution par des arrêts en contradiction flagrante avec les textes de l'ordonnance.

La Révolution française, surtout dirigée contre la caste privilégiée des nobles, cette aristocratie hautaine, licencieuse et désœuvrée d'alors, qui détenait tous les honneurs, toutes les richesses et avait même contaminé le clergé et les cloîtres, ne pouvait laisser subsister un système dans lequel cette noblesse avait puisé sa puissance et sa force ; elle en fit table rase.

Cette abolition fût de nouveau affirmée par le code Napoléon, article 896, mais, sans donner à cette façon de transmettre le nom de substitutions, de peur de réveiller l'opinion, on permit aux pères et mères de substituer la quote-part disponible de leurs biens en faveur de leurs petits-enfants ou de leurs neveux et nièces (1). La prohibition cependant n'atteignait pas la substitution vulgaire qui demeura donc permise ; elle existe encore aujourd'hui.

En 1806, Napoléon qui sentait le besoin d'asseoir sur des bases solides, une noblesse fraîchement sortie des rangs de la roture, en vint à la conclusion que le seul moyen d'arriver à son but était de restreindre la transmission des biens par l'institution d'un système similaire aux anciennes substitutions ; il établit donc les majorats. C'était un mode par lequel on permettait de créer des substitutions perpétuelles sur des biens attachés à un titre de noblesse dont ils formaient la dotation, transmissible de mâle en mâle, par ordre de primogéniture. On distinguait les majorats de propre mouvement créés par le chef de l'Etat lui-même avec des biens du domaine public et les majorats sur demande fondés par des particuliers sur leurs propres biens, mais avec l'autorisation du gouvernement.

Sous Charles X, en 1826, on tenta un retour presque complet aux dispositions de l'ancien droit ; une loi fut adoptée permettant les subs-

(1) Articles 1048 et ss. C. N.

titutions quant à la quotité disponible, en faveur de tous. Cependant cette tentative de résurrection fit long feu ; peu de gens se prévalurent de la loi et en 1849 elle était abrogée.

Les majorats eux-mêmes ne tardèrent pas à être battus en brèche ; en 1835 les majorats sur demande furent limités à deux degrés ; en 1849 tous ceux pour lesquels il n'existait pas d'appelés nés ou conçus au jour de la promulgation de la loi passée à cet effet étaient abolis. Enfin par une loi du 22 avril 1905, le gouvernement français, après entente avec les bénéficiaires, racheta et abolit définitivement les majorats de propre mouvement.

En 1789, le Canada était depuis près de trente ans sous la domination anglaise. Ayant peu de communication avec leur ancienne mère patrie, les descendants des colons français ne furent que fort peu influencés par les événements qui y survenaient. Au contraire, gardant un amour jaloux à l'ancienne France qui s'incarnait pour eux dans le roi, ils eurent en horreur le renversement des Bourbons ; on les verra même s'associer à leurs compatriotes anglais pour fêter la défaite de Waterloo. Cette mentalité expliquerait que les principes de la révolution ne rencontrèrent chez eux que de l'indifférence.

A tout événement en obtenant le droit d'être régis par le droit civil français en usage au pays lors de la cession, les Canadiens conservaient de fait, le régime des substitutions dans toute son étendue. Une longue discussion ne tarda pas à s'engager cependant sur la question de savoir si le Code Michaud ou Marillac de 1629, et l'ordonnance des donations de 1731 et celle des substitutions du Chancelier Daguesseau de 1747, avaient eu force de loi au pays.

Quant au Code Michaud ou Marillac certains juristes, supportés sur ce point par plusieurs auteurs français, prétendirent que cette ordonnance n'avait jamais eu force de loi en France. On donnait comme raison que quoique enregistrée au Parlement de Paris, elle n'y avait pas été vérifiée, qu'on avait étouffé toute délibération et que le Parlement de Paris ainsi que d'autres Parlements de France avaient refusé de la prendre en considération dans leurs jugements (1).

Les adversaires répliquèrent que si le Parlement de Paris se montra réfractaire, allant même jusqu'à juger à l'encontre de cette ordonnance, ses arrêts furent immédiatement cassés par le Conseil Privé du Roi ; que même en France avant 1789 et aujourd'hui encore, les auteurs et la jurisprudence reconnaissent le code Michaud comme faisant partie de la législation en vigueur.

Il semble que cette question vient d'être résolue définitivement dans l'affirmative par un jugement majoritaire très récent de notre Cour d'Appel dans une cause de Barclay's Bank Ltd. vs Hugh Patton

---

(1) (1885) Jones vs Cuthbert, M. L. R., 2 Q. B. 44 et B. R. (1894) Stewart vs Simpson, R. J. 4 B.R., 11.

et al (1) Dans cette cause il s'agissait de décider, au cas ou plusieurs grevés jouissaient conjointement et successivement d'une succession, si chaque grevé constituait un degré, et si ceux des grevés qui jouissaient de la part d'un grevé décédé constituait de ce chef un autre degré et ainsi de suite. Selon que l'article 124 du Code Michaud s'appliquait ou non, la réponse était négative ou affirmative. L'Honorable Juge Bond reprenant une opinion déjà émise par le regretté M. Eugène Lafleur (2), établit et décide que le Code Michaud fait partie de notre ancien droit parce qu'en vigueur en France à l'époque de la création de notre Conseil Souverain en 1663.

Quant aux ordonnances de 1731 et 1747, et quoique la jurisprudence ait semblé hésiter pendant quelque temps, la question a été finalement décidée dans la négative par le Comité judiciaire du Conseil Privé de Londres (3) et nos tribunaux ont depuis adopté cette manière de voir (4). La raison donnée est que le décret royal créant en 1663 le Conseil Souverain de la Nouvelle-France stipulait que ce tribunal devait suivre la coutume de Paris, telle que suivie dans le temps par le Parlement de Paris, ainsi que les ordonnances royales futures dont l'enregistrement serait fait au greffe de ce Conseil Souverain. Or comme les susdites ordonnances n'avaient pas été enregistrées, elles ne pouvaient avoir force de loi au pays.

Plus tard une modification importante fût apporté à l'ancien droit français. L'article 57 de l'ordonnance de Moulins de 1566 décrétait que les dispositions contenant une substitution devaient être « publiées en jugement, à jour de plaidoyerie et enregistrées es greffes Royaux » ... Or par une loi de 1855 (5), on remplaçait cette publication et insinuation de documents au greffe des tribunaux civils par leur seul enregistrement au bureau d'enregistrement du district. C'était une conséquence de l'organisation de nos bureaux d'enregistrement.

En 1865 le droit civil de notre Province fût codifié (6). Les codificateurs avaient reçu comme mission de réunir et de mettre en texte les lois en vigueur à l'époque, avec le droit de suggérer certains amendements appropriés. En fait et sur le sujet des substitutions, les codificateurs, si l'on excepte l'élargissement des droits des créanciers du substituant et l'institution de la séparation de patrimoine en faveur du grevé et de ses héritiers, ne suggérèrent que des amendements de peu d'importance au droit existant ; les législateurs eux-mêmes qui étaient chargés de sanctionner le rapport des codificateurs n'ajoutèrent point au texte primitif. Cependant ils usèrent de leur droit pour

---

(1) R.J. 56 B.R.. 481.
(2) 1 R.L. n.s. 20.
(3) Hutchison vs Gillepsie, 3 Revue de législation 427.
(4) B.R. (1917) Proulx vs Leblanc, R.J. 27 B.R., 103.
(5) 18 Victoria, c. 101.
(6) 29 Victoria 41.

corriger une erreur du rapport ; en effet par suite d'une opinion assez répandue à l'époque à l'effet que l'établissement de la liberté illimitée de tester avait aboli la restriction des substitutions à deux degrés outre l'institué, les codificateurs avaient stipulé que les substitutions pouvaient être faites à perpétuité où pour un temps limité ; les députés rétablirent l'ancien droit sur cette question en limitant les substitutions à deux degrés outre l'institué.

La codification nous laissait donc avec pratiquement le même droit qui régissait nos pères avant 1747, et la seule différence marquante à noter réside dans ce que les droits d'aînesse ou de primogéniture et de masculinité ayant été abolis par l'établissement de la liberté illimitée de tester en 1801, nos substitutions n'y étaient pas assujetties. Il n'y a pas de doute cependant que le pouvoir de substituer comme d'ailleurs celui de tester et de donner entre-vifs, demeuraient restreints par les droits du conjoint survivant dans le cas de communauté de biens et par ceux de l'épouse ou de ses héritiers dans le cas de douaire légal ou préfix.

Depuis la codification nos législateurs ont de temps à autre modifié certaines dispositions s'appliquant à la matière ; cependant ces modifications ne touchent qu'aux détails et ne s'attaquent pas à la substance.

Il ressort de cette situation que la différence entre notre droit actuel français serait à peu de chose près, la même qu'entre ce dernier et l'ancien droit français. Nous nous contenterons d'énumérer quelques-unes de ces différences.

Comme nous l'avons déjà dit, les substitutions en France sont prohibées ; il y a exception en faveur des pères et mères qui peuvent céder à leurs enfants seulement ou à leurs frères et sœurs au cas où ils n'ont pas d'enfants ; où à défauts de ces derniers à leurs neveux et nièces ; cependant, ces substitutions seront limitées à deux degrés seulement y compris l'institué, et les biens ainsi cédés ne pourront comprendre la légitime ou la réserve. Ce mode de substitution est encore restreint dans le fait que la charge de restitution devra être en faveur de tous les enfants nés et à naître du grevé sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.

La représentation admise par le code Napoléon quant aux enfants d'un appelé précédé, n'a pas lieu dans notre droit à moins que le testateur n'en ait ordonné autrement ou que ce résultat n'ait été voulu par lui de par l'interprétation des termes de son testament.

En France, au lieu d'un curateur c'est un tuteur qui est nommé à la substitution, et, ce qui nous paraît plutôt surprenant le testateur lui-même a le droit de le nommer.

Dans le droit civil québécois, la femme du grevé n'a pas de recours sur les biens substitués pour la sûreté de son douaire ou de sa dot ; le code Napoléon au contraire lui accorde ce recours mais pour le capital des biens dotaux seulement et ce à deux conditions : si les biens libres sont insuffisants et si le testateur l'a expressément ordonné.

Il est à remarquer que notre code énumère et délimite les biens que l'on peut acheter pour faire l'emploi des deniers appartenant à une substitution à moins que l'auteur n'en ait disposé autrement ; ces biens comprennent les fonds et débentures du Canada et des Provinces, les effets publics du Royaume-Uni ou des Etats-Unis d'Amérique ; les fonds et obligations garantie par le Canada ou les provinces ; les débentures des municipalités de la province de Québec ; les bons et obligations émis pour la construction et réparation des églises, presbytères et cimetières dans la province ; les privilèges ou première hypothèque sur des biens-fonds dans la province à concurrence des trois-cinquièmes de l'évaluation municipale. En France le code Napoléon édicte qu'à moins que le déposant n'en ait ordonné autrement l'emploi sera restreint à des achats d'immeubles ou à des privilèges sur des immeubles. Les auteurs cependant seraient d'avis d'étendre l'emploi à des placements sur premier hypothèque à condition qu'aucun privilège n'existe déjà sur l'immeuble hypothéqué (1).

Le code français ne parle pas du droit de l'appelé de refuser de respecter les baux consentis par le grevé ; cependant les auteurs et entr'autres Beaudry-Lacantinerie, assimilant en ce cas la substitution à l'usufruit, voudraient que l'appelé les respecte ; notre code civil a réglé ce point en accordant à l'appelé le droit de les méconnaître.

Enfin et à la différence de notre code, (articles 953 et 953a) le Code Napoléon ne contient pas de dispositions relatives à l'aliénation finale pendant la substitution des biens substitués. Il n'y a pas de doute cependant que même en France la vente forcée en justice pour hypothèques antérieures à la possession du grevé, l'expropriation pour cause d'utilité publique, le consentement à la vente obtenu validement de tous les appelés, le cas où l'appelé comme héritier du grevé est tenu de l'éviction envers l'acquéreur, rendraient valides les aliénations de biens substitués. Certains auteurs enseignent même que dans le cas d'un immeuble tombant en ruine et dont les revenus sont insuffisants, la vente en pourrait être effectuée validement si faite sous autorité de justice et avec emploi des deniers perçus. On a jugé en ce sens d'ailleurs que le grevé de substitution peut être autorisé à aliéner un immeuble irrévocablement dans le cas de nécessité absolue, soit pour l'acquittement des dettes de la succession, soit dans un autre intérêt évident et grave de l'hérédité (2).

Les deux pays possèdent en commun avec des différences minimes les modes de créer les substitutions, soit la donation entre-vifs, le contrat de mariage et le testament, les règles concernant une deuxième donation conditionnée à la substitution des biens d'une donation antérieure, celles concernant l'inventaire, la vente des biens meubles,

---

(1) Marcadé T. 4 No. 222 ; Saint-Espés Lescot T. 5 No. 1742.
(2) Poitiers, 22 mai 1883, D. P. 84,2,40.

l'emploi des deniers, la responsabilité du curateur ou tuteur, le défaut d'enregistrement de l'acte créant la substitution, les droits des créanciers dans le cas de remise anticipée des biens par le grevé.

Il est à noter que le code civil québécois est plus élaboré et les règles qu'il contient plus détaillées. Cela est dû au caractère plus général et moins restreint de nos substitutions.

Il est peut-être intéressant d'ajouter que lorsqu'il s'agit du fisc, les deux législations s'entendent comme larrons en foire ; toutes deux perçoivent doubles droits de mutation ou succession.

Vu la prohibition des substitutions en France, les tentatives répétées des disposants de contourner la loi et le désordre ou les injustices que pourraient entraîner des arrêts basés sur une interprétation trop rigide, la jurisprudence française incline à ne déclarer nulles que les dispositions établissant clairement l'intention de leur auteur de créer une substitution. Lorsqu'il y a doute les jugements décideront que le testateur n'a pas eu cette intention et la Cour de Cassation n'interviendra pas considérant qu'il s'agit d'interpréter la volonté du testateur et que sur ce point les juges du fait sont souverains (1). On ira même plus loin et parce qu'en fait la substitution fidéicommissaire comporterait dans son essence deux libéralités, celle faite en faveur du grevé et celle en faveur de l'appelé, on décide que si pour vice de forme ou de fond la seconde libéralité est nulle, la première reste valable. Ces décisions diffèrent sensiblement de la jurisprudence du Québec ; ici il n'est pas nécessaire que le disposant ait employé le mot substitution pour que nos cours l'admettent ; il suffira qu'il ressorte des termes du testament que le testateur avait l'intention d'en créer une.

Cependant, et lorsqu'il est établi que le testateur a voulu créer une substitution prohibée par la loi, la jurisprudence française n'hésite pas à appliquer l'article 896 C. N. Ainsi on déclare nulle la disposition par laquelle le disposant stipule d'abord en faveur d'une personne avec droit de retour en faveur d'une autre (2). De même on annule la disposition par laquelle, un bien est légué à une personne à charge par elle de choisir un bénéficiaire pour le moment de son décès (3). La Cour de Cassation a même décidé qu'une libéralité en faveur d'une personne morale est entachée de substitution lorsque le disposant, en prévision du cas où la personne morale viendrait à se dissoudre, ordonne que les biens qu'il donne ou lègue seront attribués à un autre établissement similaire (4).

Par contre on considérera comme valable un legs conditionné à la charge de remettre à la mort ce qui restera du legs à une autre

---

(1) Req. 13 novembre 1918, **D. 1921.1.119.**
(2) Seine, 29 janvier 1891, S. 93.2.262.
(3) Civ. 10 février 1891, D. 91.1.294.
(4) Civ. 12 février 1896, D. 96.1.545.

personne ; c'est le fédéicommis *de residuo*. Comme il n'y a pas de clause d'inaliénabilité, l'on considère qu'il n'y a pas substitution vu qu'il est de l'essence de celle-ci qu'il y ait obligation de conserver. Comme conséquence de la prohibition des substitutions, on déclare nulles aussi les clauses statuant l'inaliénabilité perpétuelle et absolue. Cette jurisprudence est contraire à notre droit, car ici la prohibition d'aliéner est permise par le code.

Dans le cas de substitution prohibée, la nullité de l'acte n'est pas simplement relative mais absolue ; il ne pourra être confirmé ni directement ni indirectement. C'est pourquoi celui qui possède en vertu d'un titre créant une substitution prohibée, ne pourra se prévaloir de la prescription de 10 ans car il n'a pas de juste titre.

De plus lorsqu'il s'agira d'interpréter un acte fait à l'étranger et créant une substitution, l'on appliquera la loi française même s'il s'agit de biens mobiliers.

Les auteurs des deux pays s'accordent sur les conséquences de la caducité qui tient soit à la personne du grevé soit à la personne des appelés ; cependant du fait du grevé, on enseigne en France que l'acte entier s'annule et ne peut plus produire d'effets au profit des appelés (1). Quoique ce principe soit généralement admis dans le Québec, on décide néanmoins en se basant sur notre article 933 que la substitution profitera quand même aux appelés lorsqu'elle sera compendieuse, c'est-à-dire lorsque la substitution fidéicommissaire, sera combinée à la vulgaire (2).

Les baux des immeubles substitués font l'objet d'une jurisprudence différente dans les deux pays. En France on a décidé que les baux de 18 ans consentis sans fraude par le grevé étaient opposables aux appelés (3).

Notre jurisprudence s'appuyant sur notre article 949 c. c. est au contraire.

Quant au droit de l'appelé d'hypothéquer les biens avant l'ouverture, nos auteurs en tiennent pour l'affirmative, soutenue d'ailleurs sur ce point par une décision de nos cours (4). Les auteurs et la jurisprudence française auraient plutôt tendance à déclarer nulle une telle hypothèque ; cependant cette opinion est fort discutée.

Enfin à cause de la différence des textes de loi, les frais d'inventaire en France ne seraient pas à la charge du grevé comme ils le sont ici ; et le défaut d'inventaire ne lui ferait pas perdre les fruits des biens substitués comme cela existe dans notre droit. De plus si ici l'on rend le grevé responsable de l'emploi lorsque celui-ci a lieu en

---

(1) Beaudry-Lacantinerie et Colin, Des Donations entrevifs et des Testaments vol. 2, No. 3395.
(2) Mignault, vol. 5 p. 117.
(3) Tribunal civil de la Seine, 23 mai 1922, D.P., 1925,2,149.
(4) Kingston vs Frankline, 19 R.L.n.s., 124.

même temps que la vente de l'immeuble substitué, en France l'on désavoue cette manière de voir.

Les deux droits admettent la mise en sequestre au cas de dilapidation des biens grevés mais notre législation ne reconnaît pas la demande de délivrance que le grevé français doit faire.

Il ressort de cette étude succincte que la différence marquante entre les deux droits réside dans ce qu'en France l'on ne permet les substitutions que dans des cas spéciaux et qu'on les limite aux petits enfants ou aux neveux ou nièces du disposant, et ce pour la quotité disponible seulement tandis que dans la Province de Québec nous avons conservé dans toute son ampleur la législation en vigueur au pays avant 1731.

En terminant cette courte étude, et au risque de passer pour novateur, nous nous demandons si l'on ne devrait pas faire table rase des substitutions ou du moins les prohiber dans une certaine mesure à l'instar des législations française, italienne, espagnole, portugaise et brésilienne.

Est-ce que la substitution n'est pas un mode de transmission périmé et désuet ; n'est-elle pas immorale et anti-sociale dans ses effets?

Ici comme ailleurs à cause du système économique actuel, elle est ouverte au reproche d'empêcher la circulation des biens. Elle est de ce chef une entrave, un obstacle à la prospérité du pays.

Offre-t-elle par contre des avantages marqués qui nous forceraient à en conserver l'usage ? Notre régime démocratique s'opposant radicalement à la formation de castes privilégiées, nous n'avons pas d'aristocratie de nom ou de fortune à maintenir et l'on conçoit mal le besoin d'imposer des restrictions sur la libre disposition des biens successoraux, si ce n'est peut-être celui d'essayer de protéger les générations futures contre leur propre folie.

Mais il semble que cette folie même dépendrait chez les descendants de ce mirage de la richesse que doit leur apporter l'ouverture de la substitution. Si l'on jette un regard autour de soi on constate en effet que la fortune transmise ou à transmettre est rarement une aide au développement tant intellectuel que moral de l'individu. Est-ce manque chez nous des traditions propres aux vieilles familles habituées depuis toujours à vivre dans l'opulence ; est-ce parce que nos parents, dont les durs labeurs ont été la source de notre bien-être se sont montrés trop indulgents pour leurs enfants et les ont laissé grandir avec l'idée que pour eux le travail n'était pas nécessaire ; est-ce dû à l'espoir qui nous berce des fortunes et des succès faciles dans ce pays aux possibilités illimitées ; est-ce que l'air que nous respirons fouette le sang des pauvres et endort les riches ; il n'en reste pas moins qu'on chercherait vainement des exemples d'hommes qui étant assurés de la fortune dès leur naissance, furent supérieurs à leurs ascendants.

Nous sommes foncièrement et de par nos traditions, une race de terriens, de colons ; comme la terre elle-même nous avons besoin pour

produire qu'on nous y force, qu'on nous y entraîne ; il semble que la fortune soit pour nous une entrave et que de ce côté-ci de l'Atlantique il n'y ait pas de plus grand obstacle pour un jeune que d'être né comme disent les anglais avec une cuiller d'argent dans la bouche.

En pratique d'ailleurs les restrictions des substutions sont très souvent mises au rencart et les testateurs, fondateurs jaloux de dynasties d'argent, perdraient vite confiance dans la permanence de leurs dernières volontés s'ils assistaient aux efforts des légataires pour les reduire à néant. Depuis la confédération il y a eu plus de 200 bills privés adoptés par notre législature par lesquels on accordait à des grevés de substitutions des pouvoirs, soit de vendre, soit d'hypothéquer les biens substitués. Combien d'autres cas n'existent-ils pas où sans avoir recours à ce procédé coûteux de légalisation, les grevés ont fait fi de leur obligation de conserver les biens transmis ?

Nous voyons dans cette institution de substitutions plus de mal que de bien et si l'on réfléchi qu'en soi, l'argent n'appartient qu'à celui qui l'a gagné et qu'il incombe à ce dernier, tout en en profitant lui-même, d'en faire profiter ses concitoyens dont il est solidaire, aucun lien ne devrait être imposé au décès sur la transmission future des biens ; en conséquence la disparition des articles 925 et suivants de notre code civil, serait à notre avis un véritable progrès.

LA FIDUCIE DANS LA PROVINCE DE QUÉBEC

Rapport présenté par
ME JEAN CASGRAIN,
Avocat au Barreau de Montréal.

La fiducie occupe une place intéressante dans l'économie de nos lois.

En 1880, la législature provinciale adopta la loi 42-43 Victoria, chapitre 29, intitulée « Acte concernant la fiducie ». Un peu plus tard, en 1888, à l'occasion d'une refonte des statuts, les dispositions de cette loi furent insérées verbatim dans le code civil lui-même pour former le chapitre IVA, « De la Fiducie », articles 981a à 98ln, du titre deuxième du troisième livre concernant les donations entrevifs et testamentaires. Ce livre traite de l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété.

Le titre deuxième comprend six chapitres en tout. Le premier chapitre contient des dispositions générales et souligne l'important principe qu'on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entrevifs ou par testament. Le deuxième chapitre concerne spécialement les donations entrevifs, par acte ordinaire ou par contrat de mariage ; le troisième, les testaments ; le quatrième, les substitutions, qui peuvent être créées seulement par donation entrevifs ou par testament. Vient ensuite le chapitre de la fiducie avec ses quatorze articles et, à la fin, un chapitre dont les dispositions ne se rattachent pas exclusivement aux précédents, le chapitre IVB sur le placement des biens appartenant à autrui.

Les articles les plus importants du chapitre de la fiducie sont sans contredit les articles 981a et 981b et aussi, croyons-nous, l'article 981c. Le législateur les a placés dans un ordre logique. Les autres articles sont secondaires en ce sens qu'ils ne font que préciser certaines dispositions des premiers ou régler les conditions de remplacement et de démission du fiduciaire, sans ajouter aux principes qui déterminent le caractère de l'institution. Mais il nous faut observer immédiatement que le chapitre entier est incomplet. Il ne se suffit pas à lui-même. Dans certains cas, il réfère expressément à d'autres dispositions du code et plus spécialement aux articles des chapitres voisins contenus dans le même titre deuxième. Dans d'autres, cependant, le complément n'est pas indiqué clairement et ce silence sur des points d'une importance capitale s'aggrave par la controverse violente qui a surgi au sujet des origines de notre fiducie et qui s'étend à sa nature même.

L'article 981a ne comporte par une définition. Quoique plus lourd de sève que les autres, l'opération qu'il décrit n'est pas renfermée complètement dans ses termes. Il se lit comme suit :

981a : « Toute personne capable de disposer librement de ses biens, peut transporter des propriétés mobilières ou immobilières à des fiduciaires, par donation ou par testament, pour le bénéfice des personnes en faveur de qui elle peut faire valablement des donations ou des legs ».

Voilà, semble-t-il de prime abord, un renvoi direct à la donation et au testament. Mais ne préjugeons pas. Pour discuter cet article à fond, reproduisons également les articles 981b et 981c qui s'y rattachent intimement :

981b : « Les fiduciaires, pour les fins de la fiducie, sont saisis, comme dépositaires, et administrateurs, pour le bénéfice des donataires ou légataires, des propriétés mobilières ou immobilières à eux transportées en fiducie, et peuvent en revendiquer la possession, même contre les donataires ou légataires pour le bénéfice desquels la fiducie a été créée.

Cette saisine ne dure que le temps stipulé pour la durée de la fiducie ; et aussi longtemps qu'elle dure, les fiduciaires peuvent poursuivre et être poursuivis et prendre tous procédés judiciaires pour les affaires de la fiducie ».

981c : « Le donateur ou le testateur créant la fiducie, peut pourvoir au remplacement des fiduciaires aussi longtemps que dure la fiducie, dans le cas de refus d'accepter, de mort ou d'autre cause de vacance, et indiquer le mode de remplacement.

Lorsqu'il est impossible de les remplacer, d'après les conditions du document créant la fiducie, ou lorsqu'on n'a pas pourvu au remplacement, tout juge de la Cour Supérieure peut nommer des fiduciaires pour les remplacer, après avis donné aux parties bénéficiaires ».

Toute notre fiducie se réclame, en fait de textes *positifs*, de ces trois articles. Aucune autre introduction — sauf peut-être dans les articles 869 et 964, dont la rédaction antérieure, datant du code, fait allusion à l'institution de certains légataires « fiduciaires » et dont nous reparlerons. Aucune autre explication que la leur sur sa nature et sur les relations juridiques qu'elle établit entre ses trois acteurs. Les articles suivants du chapitre de la fiducie ne font que régler, nous l'avons dit, des questions de détails touchant les fiduciaires seuls et que nous aurions pu résoudre, pour la plupart, avec l'aide des règles ordinaires de notre droit. Dans ces conditions, ces trois articles suffisent-ils pour bien faire comprendre la fiducie et pour en déterminer tous les effets ? Indiquent-ils où nous devons trouver leur complément ? Ou faut-il remonter à leurs origines pour les mieux interpréter ?

Deux théories s'affrontent carrément. L'une, que nous appellerons la théorie conservatrice, se méfie de la nouvelle institution et la juge rigoureusement d'après les principes traditionnels de notre droit. Des arguments formidables sont à sa portée dans le texte même du code et dans les situations embarrassantes qui peuvent naître de la théorie

contraire (1). L'autre, théorie libérale ou progressive, fait preuve d'une plus grande générosité à l'endroit de la fiducie et n'attache pas trop d'importance aux modestes atours qu'elle exhibe dans le chapitre IV A. La fiducie est une belle et bonne étrangère que le législateur a installée chez nous un peu hâtivement et qui a conservé les mœurs de son pays, moins sévères que les nôtres. Elle nous viendrait d'Angleterre (2).

On peut préférer la stricte logique de la première opinion, malgré que ses conclusions restreignent singulièrement le rôle de la fiducie. Mais il faut noter l'autorité de ceux qui souscrivent à la seconde et les fins utiles qu'ils veulent servir : augmenter la liberté de disposer de ses biens, très souvent pour en faire profiter des œuvres d'intérêt public. La faveur dont la fiducie paraît maintenant jouir auprès de nos tribunaux est significative et, lorsque la Cour Suprême se prononce à diverses reprises dans le sens d'une interprétation beaucoup plus large, nous devons constater une orientation nouvelle, bien nette, qu'au point de vue pratique il nous faut suivre.

Nous allons donc faire la juste part des deux, en exposant les principaux arguments qu'elles font valoir et les conclusions qui en découlent.

LA THÉORIE CONSERVATRICE

D'après cette théorie, la fiducie n'est qu'une variété de donation ou de legs, soumise, par conséquent, aux règles générales des donations et des legs, dans tous les cas où le chapitre IV A ne contient pas des règles particulières en différant expressément.

1°. Les articles 981a, 981b et 981c sont incomplets, de l'aveu de tous, mais ils le reconnaissent eux-mêmes. Plus, ils veulent bien faciliter nos recherches en nous indiquant, par leurs circonstances particulières et surtout par leurs propres termes, où trouver les règles et les explications qui manquent : ces explications sont dans le code et surtout dans les chapitres voisins. Toute discussion au sujet de leurs origines ne peut donc avoir qu'un intérêt purement académique.

Appliquons-nous, pour le moment, à un examen interne et évitons toute distraction que pourraient offrir la jurisprudence et la doctrine.

---

(1) J. E. Billette: Donations et Testaments (1933) Nos 266 et 389 ; et surtout deux articles publiés dans la « Revue du Droit », vol. IX (1932-33) pages 38 et 365.
Mathison v. Shepherd (1908) Q. R. S. C. 29 (Opinion du juge Hutchison).

(2) Fiducie par donation : Curran v. Davis (1933) S.C.R. 283 et autorités citées et examinées. Fiducie par testament : Valois v. De Boucherville. Consulter également Laliberté v. Larue (1931) S.C.R. 7, qui révèle les mêmes sentiments, de plus en plus précis, de la Cour Suprême du Canada sur la fiducie.
Migneault : Droit Civil Canadien, Vol. V. (1901), pages 151 et suivantes.
A. Lavallée : Revue du Droit, Vol. IX, page 227.

Une première constatation s'impose et c'est que la fiducie ne peut exister sans une donation ou un testament. Par les mots « peut transporter ... par donation ou par testament », l'article 981a accorde une permission, mais cette permission a pour objet la disposition de biens et non pas le mode de disposer. On peut créer une fiducie ou s'abstenir, mais si on veut en créer, il faut que ce soit par donation ou par testament. L'article ne prévoit pas d'autres modes et il serait téméraire de prétendre qu'il en existe. La fiducie chez nous ne peut donc signifier, en langage strict, que fiducie par donation ou fiducie par testament et c'est tout. Or, la donation et le testament sont également les deux seuls modes que le code reconnaisse, en termes catégoriques, pour disposer de biens à titre gratuit (article 754). Comme la fiducie dite « par donation » ou la fiducie dite « par testament » se résout sans conteste en une disposition de biens à titre gratuit, il s'ensuit nécessairement que l'une ou l'autre n'est qu'une variété particulière, nouvelle sans doute, de donation ou de legs. La fiducie ne se sert donc pas de la donation ou du legs comme d'un simple véhicule, obligatoire mais distinct d'elle-même ; plutôt elle fait corps avec la donation ou le legs. Le produit, c'est la donation fiduciaire, le legs fiduciaire.

On prétendra peut-être — c'est une pétition de principe injustifiée — que l'article 754 a été amendé implicitement par l'entrée en vigueur de l'acte sur la fiducie de 1880 ? Que tout simplement nous avons dans la fiducie un nouveau mode de disposer à titre gratuit ?

Ne discutons pas et poursuivons notre examen. Une deuxième constatation fortifie les conclusions de la première. Comment l'article 981a décrit-il la personne qui crée la fiducie et celle qui en bénéficie ? La personne qui transporte ses biens en fiducie doit le faire « pour le bénéfice de personnes en faveur de qui elle peut faire valablement des donations ou des legs ». Nous sommes tentés, sans autre autorisation, d'identifier avec un donataire ou légataire cette personne en faveur de qui nous pouvons faire valablement des donations ou des legs. La circonlocution est bien lourde. Mais nos hésitations tombent certainement en face de l'article 981b, qui, lui, ne se fait aucun scrupule de dire que ce bénéficiaire est bien un donataire ou un légataire : «Les fiduciaires... sont saisis ... pour le bénéfice des donataires ou légataires, etc ... » Et alors, puisque celui qui bénéficie est un donataire ou un légataire, pourquoi celui qui confère le bénéfice ne serait-il pas tout proprement un donateur ou un testateur ? Ce sont là les partenaires habituels. Et quand l'article 981a proclame généreusement que « toute personne capable de disposer librement de ses biens » peut créer une fiducie, ne confirme-t-il pas tout au plus le principe de l'article 761 sur la capacité du donateur ordinaire, ou de l'article 831 sur la capacité du testateur ? Intervient d'ailleurs l'article 981c qui, à son tour, nous rassure pleinement puisqu'il déclare que la fiducie est créée par un donateur ou un testateur : « Le donateur ou le testateur créant la fiducie ... ».

Par conséquent, la fiducie exige, c'est-à-dire la fiducie de nos articles 981a et suivants exige, en plus d'un fiduciaire sans doute, soit un donateur et un donataire, soit un testateur et un légataire. Elle exige aussi une donation ou un testament. Peut-on prétendre raisonnablement que ce ne sont là que des « circonstances » de la fiducie, des éléments extrinsèques de sa validité ? Mais s'il en était ainsi, ce que nous ne devons pas prendre pour acquis, où se trouve-t-elle essentiellement la fiducie ? Quel est-il cet élément par excellence qui caractériserait l'institution ? Le fiduciaire, nécessairement, puisque lui seul a figure nouvelle dans cette mise en scène bien connue.

Le texte se prononce une troisième fois et encore plus clairement. Le fiduciaire, personnage dont la présence est absolument requise, n'est pas cependant une partie principale à la donation ou au testament. Les parties principales, ce sont les autres, celui qui dispose de ses biens et celui qui les reçoit. Le disposant avait certainement en vue le bénéficiaire et celui-ci, les biens du disposant. Le fiduciaire est d'intérêt secondaire pour eux. Le fiduciaire n'est qu'un intermédiaire, un *administrateur* et un *dépositaire,* comme le déclare sans ambages l'article 981b et malgré tous les pouvoirs qu'il puisse détenir sur les biens qui lui sont transportés, malgré que vis-à-vis les tiers il puisse se comporter en véritable propriétaire, en fait il n'a pas ce titre et il ne l'aura jamais. Dans une transaction qui a pour objet le droit de propriété, ce droit de propriété il ne fait que l'effleurer. C'est bien ce que précise encore l'article 981b en disant qu'il peut revendiquer « la possession » (et non pas « la propriété ») des biens, même contre les donataires et légataires. On ne saurait amoindrir l'importance de cet article dont les termes sont parfaitement explicites sur le rôle du fiduciaire. Et l'article 981a lui-même, lorsqu'il parle du transport au fiduciaire dit bien « transporter des propriétés mobilières ou immobilières » et non pas «le droit de propriété». «Propriétés» signifie «biens» et ce que le transport a pour objet, c'est la possession de ces biens. On n'a pas le droit non plus de traduire « transporter » par « aliéner ». « Transporter » est un verbe imprécis sans son contexte et on peut fort bien transporter des biens en gage, en mandat, en dépôt, etc., dont on conserve la propriété. Dans le présent cas, l'idée d'aliénation se retrouve non point dans « transporter » au fiduciaire mais dans les expressions « donataire» et « légataire », qui désignent les bénéficiaires.

Et puis, un fiduciaire se remplace facilement, dit l'article 981c et l'institution demeure : il ne peut en être ainsi du disposant et du bénéficiaire, et pour cause! Cet article autorise même le « donateur » et le « testateur » créant la fiducie à pourvoir « au remplacement des fiduciaires ... *dans le cas de refus d'accepter* ». Ceci ne laisse-t-il pas supposer que le contrat d'aliénation a pu se former entre les deux autres parties et que, le fiduciaire désigné ayant refusé, un autre fiduciaire lui sera substitué qui, en acceptant, rendra le contrat parfait ? Ceci

ne laisse-t-il pas supposer qu'un lien de droit véritable s'établit entre le disposant et le bénéficiaire, les parties principales, avant même l'acceptation du fiduciaire ? Sans doute, le fiduciaire ou une personne répondant à la désignation de fiduciaire dans l'acte, devra-t-il intervenir pour parfaire et confirmer la disposition — pour la convertir en disposition fiduciaire — mais ceci démontre tout au plus que le disposant avait apposé une condition en contractant avec le bénéficiaire et que le bénéficiaire y a souscrit, et non pas que le disposant entendait contracter principalement avec le fiduciaire. L'acceptation subséquente du fiduciaire ne crée pas l'obligation, qui existait déjà, irrévocable, mais la complète, avec un effet rétroactif.

Dans le cas d'une fiducie par testament, il est évident que l'acceptation du fiduciaire doit être entièrement subordonnée à celle du légataire bénéficiaire ; qu'il accepte avant ou après le légataire, c'est l'acceptation ou le refus du bénéficiaire qui validera le legs ou le rendra caduc.

Dans le cas d'une fiducie par donation, prétendra-t-on qu'il n'y a pas aliénation si un donateur et un donataire exécutent un acte dans les formes requises pour une donation, le fiduciaire désigné refuse et le donateur décède avant la nomination et l'acceptation du nouveau fiduciaire ? Il est impossible de ne pas conclure que le donateur s'était réellement dessaisi de la propriété de ses biens, quoique sa volonté n'ait pu rencontrer que celle du donataire. Après l'acceptation du bénéficiaire, qu'elle précède ou suive celle du fiduciaire, le disposant est lié et dessaisi de la propriété des biens. Il l'est définitivement, si le fiduciaire avait déjà accepté. S'il contracte d'abord avec le bénéficiaire, il l'est conditionnellement tant que le fiduciaire n'aura pas accepté, mais il a perdu le contrôle de cette condition, il ne peut pas empêcher qu'elle se réalise, il ne peut pas révoquer la donation.

Le fiduciaire ne sera donc que le mandataire de celui qui crée une fiducie s'il accepte avant le bénéficiaire et il pourra être révoqué et dépossédé des biens par son mandant tant que le bénéficiaire n'aura pas accepté. Après l'acceptation du bénéficiaire, il devient le mandataire des deux et ses instructions sont contenus en entier dans l'acte de fiducie. Le contrat est alors parfait entre les trois parties.

Dans cette fusion de la fiducie avec la donation ou le legs, ce n'est donc pas l'élément fiducie qui prédomine. La fiducie, représentée surtout par le fiduciaire, simple intermédiaire, doit s'incliner devant l'importance des institutions auxquelles elle s'allie.

2°. En plus de cet argument principal tiré du texte même, un deuxième se présente tout naturellement à propos de la situation physique du chapitre de la fiducie dans le code. Les avocats de la théorie adverse veulent bien prêter au législateur de 1880 des intentions qui ne ressortent pas des dispositions de l'acte sur la fiducie ; il faut les suivre sur ce terrain des probabilités, mais avec plus d'aplomb. La seule intention du législateur qu'il aurait pu exprimer de façon encore plus

catégorique en 1880, c'était précisément de rattacher la fiducie aussi intimement que possible à la donation et au testament. La preuve en est que, quelques années plus tard, il choisit délibérément de placer toutes les dispositions qu'il avait édictées dans le titre même du code sur les donations entrevifs et testamentaires, à la suite des chapitres particuliers aux donations et aux testaments et précédées en premier lieu par un chapitre dont les dispositions générales dominent tout le titre, quoiqu'elles ne s'occupent que des donations et des testaments. Ce geste ne souligne-t-il pas un désir de soumettre la fiducie aux disciplines de la donation et du testament ? M. le juge Hutchinson exprime la même conclusion dans l'affaire Mathison v. Shepherd (loc. cit.), après avoir examiné les circonstances de l'acte de 1880 et déclaré que les articles 981a et suivants font maintenant partie, dans leur ordre régulier, de l'ensemble des articles du code groupés sous le titre « Des donations entrevifs et testamentaires » :

« And there is not a word in the whole Act to indicate that it introduces a new system incompatible with our prior law on the subject of gifts inter vivos and that for the elucidation of this Act recourse must be had to the law and practice in England ; and this being the case, it must be presumed to be read and elucidated with the help of and in conformity with the provisions of our code ».

3°. Incidemment, la citation qui précède fait entrevoir la tendance de la théorie contraire à se réclamer du trust anglais pour s'imposer. Or, il n'est pas prouvé que la fiducie du code ait ses origines dans ce système fantaisiste qui contredit nos notions juridiques les plus élémentaires (1). On l'a affirmé tout simplement. En le répétant, certains ont fini par le croire. Quand monsieur Migneault, par exemple, déclare (V. p. 153) « On se tromperait grandement si on cherchait ailleurs qu'en Angleterre la source des dispositions de ce chapitre », il ne fait aucune démonstration. Son bref exposé d'une page sur le trust anglais, que nous pouvons facilement compléter en référant à quelques auteurs anglais (2), ne fait ressortir que des divergences radicales dans l'évolution du Common Law et de l'Equity anglais et du Droit Civil et dans leurs notions sur le droit de propriété. Pourtant, à la page suivante, il ajoute en guise de conclusion que « les trusts ont pris un très grand développement en Angleterre et même en la Province de Québec et il est indubitable que notre législateur s'est, en grande partie, inspiré des traditions anglaises ». Plus loin encore (pp 157-8), après avoir dit que « l'article 981a présuppose évidemment que l'acceptation du bénéficiaire n'est pas requise » parce qu'il n'est question que d'un transport entre le donateur et le fiduciaire, il ins-

(1) J. E. Billette (loc. cit.) p. 41.
(2) Llewin's Law of Trusts ; Perry, On Trusts ; Maitland, On Equity.

crira en marge que c'est surtout sur cette disposition (le transport au fiduciaire) qu'il se base pour accueillir le système du droit anglais. Voilà qui ne fait pas progresser le débat. Monsieur Migneault affirme que notre fiducie est d'origine anglaise parce qu'il y a transport au fiduciaire. Ceux qui se réclament de son opinion déclarent qu'il y a transport au fiduciaire parce que notre fiducie est d'origine anglaise. D'où il résulterait que la seule acceptation du fiduciaire forme le contrat.

Nous ferons remarquer tout simplement que s'il y a bien transport au fiduciaire, puisque l'article 981a le dit, ce transport a pour objet la possession légale définie par l'article 981b et non pas le droit de propriété. Le droit de propriété étant nécessairement transmis au bénéficiaire, puisqu'il est la seule autre partie à la transaction, son acceptation est requise pour former le contrat. Ceci ressort du texte et a déjà été démontré, sans même qu'il faille s'inquiéter des origines.

Mais si ceux qui veulent voir dans notre fiducie beaucoup plus qu'elle ne contient éprouvent vraiment le besoin de la rattacher à quelque institution étrangère, pourquoi choisissent-ils le trust anglais en particulier ? Le droit romain, dont nous nous réclamons volontiers, nous présente dans sa « fiducia » tous les éléments d'un transport *du droit de propriété* à un fiduciaire avec, dans la forme définitive de cette institution trop peu connue de nous, l'obligation légale pour ce fiduciaire de remettre tous ses droits au bénéficiaire véritable. Remarquons qu'il ne s'agit pas du « fideicommissum », mais de la fiducie proprement dite, telle que nous la présentent les plus récents travaux d'auteurs sérieux comme De Savigny et Cuq (1). Rien n'empêche de supposer, d'ailleurs, que les règles de la fiducie romaine étaient parfaitement connues de ces habiles juristes anglais qui, nous dit-on, inventèrent le « use » et plus tard le trust dans le seul but de frauder le droit féodal (2). Les tribunaux ecclésiastiques, les « Chancery Courts », qui, assez drôlement, s'appliquèrent à développer ce nouveau droit, l'Equity, en conflit avec la Common Law, furent présidés pendant longtemps par des clercs formés dans les traditions latines. La terminologie artificielle du système anglais et les notions particulières qu'il emprunte au droit de la « Real Property » peuvent paraître bien éloignées des règles simples de la fiducie antique ; cependant, la fiducie romaine prévoyait déjà, en un langage que nous comprenons beaucoup mieux, tout le mécanisme compliqué du trust anglais.

---

(1) F. C. von Savigny — Droit romain (traduit par Ch. Guenoux) ; Ed. Cuq — Les institutions juridiques des romains (traité et manuel).

(2) Articles de Paul Bouchard, « La genèse du Trust » et « Le Trust en droit anglais moderne », Revue du Notariat, vol. 37 (1935), pp. 337 et 481.

THÉORIE PROGRESSIVE OU UTILITAIRE

Cette théorie élargit beaucoup les horizons de la fiducie, quoique certaines perspectives demeurent encore obscures. Elle repose sur le principe que la fiducie de la loi 42-43 Victoria, chapitre 29, peut-être déjà contenue en germe dans les articles 838, 869 et 964 du code, est en réalité un nouveau mode de disposer de ses biens à titre gratuit, qui possède des règles particulières et ne se réclame de la donation et du testament que comme éléments purement formels de sa création. C'est un contrat sui generis où le fiduciaire est un personnage de tout premier plan.

L'article 754, en tête du titre deuxième où il déclare qu'on ne peut disposer par libéralité que par donation ou testament, aurait donc été amendé implicitement en 1880 ; mais, d'autre part, le seul fait d'avoir subséquemment incorporé ces dispositions statutaires au code, comme un chapitre de même titre, ne peut faire présumer qu'elles doivent être complétées par toutes les règles applicables aux donations et aux testaments. Les amendements apportés au code depuis sa promulgation en 1867 ont-ils toujours été situés aux endroits les plus appropriés ou rédigés de la façon la plus claire ?

Il est sans doute exact de dire que certains articles des donations et des testaments (art. 763, 768, 776, 778, 831 et suivants, 840 et suivants sur la capacité du donateur ou du testateur et la forme de la donation et du testament) s'appliquent au contrat de fiducie ; mais c'est parce que cette application s'impose en vertu du texte même de l'article 981a. Il ne s'ensuit pas que tous les autres articles du code doivent régir un contrat qui « transporte des propriétés à des fiduciaires ». Le fait que le chapitre de la fiducie réfère expressément à quelques parties des chapitres des donations ou des testaments conduirait plutôt à la conclusion contraire et pourrait signifier que les autres parties de ces chapitres ne s'appliquent pas.

L'argument principal en faveur de cette théorie s'appuie donc sur l'article 981a dont l'importance est jugée fondamentale. Cet article prévoit un « transport aux fiduciaires », transport qui est la clef de voûte de toute la fiducie.

Tout récemment, la Cour Suprême prononçait à l'unanimité, sur une fiducie par donation, le jugement capital que voici : l'acceptation du fiduciaire dessaisit le disposant et rend le contrat parfait et irrévocable quant à ce dernier, sauf réserve expresse, sans que l'intervention du bénéficiaire soit requise (1). Le motif étant que le contrat se forme entre le disposant et le fiduciaire et non pas entre le disposant et le bénéficiaire.

---

(1) Curran v. Davis (1933) (loc. cit.).

Pour en arriver à cette conclusion, la cour fit une revue de la jurisprudence et de la doctrine. L'argument qu'elle en tira est que le chapitre de la fiducie dans le code est vraiment d'inspiration anglaise — le droit romain, c'est-à-dire le fideicommissum, et le droit français ne nous ayant rien transmis d'identique ; et que, par conséquent, puisque dans le trust anglais l'acceptation du bénéficiaire n'est pas requise pour former le contrat, dans notre fiducie elle ne l'est pas davantage (1). M. le juge Rinfret, qui se fit le porte-parole de ses collègues, voulut cependant appuyer son jugement en se basant, en plus, sur l'interprétation interne de la loi. Il examina donc la nature et les effets du contrat au point de vue général. Comme ses commentaires constituent un véritable exposé de la doctrine qui nous occupe, nous allons lui emprunter la plupart des notes qui suivent.

L'article fondamental dans le chapitre de la fiducie est, comme nous l'avons déjà mentionné, l'article 981a. Rédigé avec soin, dit le juge Rinfret, il paraît bien contenir tout ce qui est nécessaire pour définir le contrat de fiducie. Ainsi, il indique de façon précise les personnes et l'objet du contrat. Il faut « une personne capable de disposer librement de ses biens » et « des fiduciaires ». Ce sont là les deux parties contractantes. L'objet est de « transporter des propriétés mobilières ou immobilières ... pour le bénéfice de personnes en faveur de qui on peut faire valablement des donations ou des legs », indiquant implicitement qu'il n'y a pas donation ou legs à ces personnes.

On aura donc la fiducie parfaite, telle qu'elle est requise par cet article, pourvu qu'on ait :

a) une personne capable de disposer librement de ses biens,
b) un transport des biens,
c) des fiduciaires,
d) un document fait en la forme d'un donation ou d'un testament
e) une stipulation de bénéfices au profit de personnes en faveur de qui on peut faire valablement des donations ou des legs.

Cet article n'exige donc pas du tout l'acceptation du bénéficiaire pour former le contrat. L'accord des volontés s'effectue entre le stipulant et les fiduciaires et le contrat est formé. Le lien se crée avec les fiduciaires. Ce n'est pas pour le stipulant, c'est pour le bénéficiaire qu'ils s'engagent à administrer et à qui ils doivent compte. C'est à l'égard du bénéficiaire qu'ils assument les obligations imposées par l'acte. Même si l'on envisage comme une pollicitation la stipulation

(1) P. 302. Pourtant, si les quatre arrêts examinés déclarent bien qu'avant la loi de 1880 la fiducie — la fiducie par donation du moins — était inconnue chez nous, ils ne semblent pas prouver qu'elle se rattache au trust anglais. Quant à la doctrine, il n'est question que de la seule opinion de M. Migneault, rapportée précédemment. Enfin, la légère allusion au droit romain ne rappelle aucunement sa « fiducia ».

au profit du bénéficiaire, l'article 1029 du code, qui se lit comme suit :

« *Article 1029* : On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'un contrat que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a signifié sa volonté d'en profiter ».

serait le seul qui pourrait exiger l'acceptation du bénéficiaire et il est manifeste que l'article 981a n'y réfère pas et n'autorise pas son application. Car le stipulant de l'article 981a ne contracte pas pour lui-même, même s'il se réserve l'usufruit des biens ; et il ne fait pas non plus donation aux fiduciaires.

Il n'y a donc pas de rapport direct entre le bénéficiaire et le donateur (ou le testateur), qui ne prend personnellement aucun engagement à son égard et qui a accompli tout ce qu'il devait faire dès le moment où il a transporté les propriétés aux fiduciaires (ou dès qu'il décède !). Dès que ces derniers acceptent, le disposant est dessaisi de ses biens et ce sont les fiduciaires qui en « sont saisis » (article 981b).

Tel serait le cas dans tout contrat de fiducie fait en vertu des articles 981a c. c. et suivants. Le transport se fait « par donation ou par testament » ; mais il suffit d'envisager la nature de ce transport pour voir qu'il ne s'agit pas d'une donation ou d'un legs dans le sens jusque là compris dans le code, et encore moins d'une donation ou d'un legs auxquels on peut appliquer les règles ordinaires du code civil. La personne qui crée le trust (1) ne se dépouille pas du droit de propriété entre les mains des fiduciaires, ce qui est essentiel dans la donation entrevifs ou dans le testament, tels qu'on les comprend ailleurs dans le code (articles 755, 756, 777 et 873). Il n'y a donc pas donation ou legs aux fiduciaires, suivant l'acceptation ordinaire des mots. Ce que l'article 981a veut véritablement dire par l'emploi des mots « par donation ou par testament », c'est que le contrat de fiducie doit être fait en la forme requise pour une donation ou pour un testament.

Dans le même ordre d'idée, le juge Rinfret considère ensuite l'article 981b — celui dont font si grand état les partisans de la première théorie pour définir le rôle des fiduciaires. Ici on réfère aux fiduciaires comme « dépositaires et administrateurs » et aux bénéficiaires comme « donataires et légataires ». Il est impossible d'entendre ces mots dans la pleine et entière acceptation qu'ils ont dans les autres chapitres du code. Quant aux fiduciaires, voici textuellement : « Il est évident que les fiduciaires sont tout autre chose que des dépositaires ou des administrateurs ordinaires. En fait, ils pos-

---

(1) La version anglaise du code traduit « fiducie » par « trust ». Mais, même si l'on n'admet pas l'origine anglaise de l'institution, on doit accueillir volontiers ce mot dans notre propre vocabulaire quand on se rappelle son étymologie normande. « Trustee » pour « fiduciaire » n'est pas aussi acceptable.

sèdent à peu près tous les droits du propriétaire sans en avoir le titre ; et il serait oiseux de démontrer que le titre du dépôt, du code civil, n'a qu'une bien lointaine analogie avec la situation créée aux « trustees » (1) par le chapitre de la fiducie ». Quant aux bénéficiaires : « Il est clair qu'ils ne sont pas des donataires ou légataires ordinaires comme on les comprend habituellement. Ils sont, à tous égards, des tiers au profit desquels le créateur du trust a fait une stipulation ... ». Rappelons-nous aussi que le créateur du trust est désigné comme donateur ou testateur par l'article 981c. La cour omet de commenter ce fait mais sans doute adopte-t-elle la même attitude à son sujet : il ne peut pas être un donateur ou un testateur au sens ordinaire de ces mots.

M. Migneault avait exprimé l'opinion que la capacité du disposant varie suivant la nature de l'acte, donation ou testament (p. 159) — ce qui indiquerait qu'il doit avoir une capacité correspondante à celle du donateur ou du testateur, selon le cas. M. Migneault ajoute d'ailleurs « qu'il en est de même de la capacité du bénéficiaire », ce qui empêcherait, semble-t-il, une personne indéterminée ou une personne non encore conçue au moment de l'acte d'être bénéficiaire d'une fiducie par acte de donation entrevifs ordinaire (771 c. c.) Serait-il en contradiction avec la Cour Suprême sur ce point particulier, malgré qu'il ait été du même avis qu'elle sur l'importante question de l'acceptation et sur les origines de la fiducie ? Car le passage suivant du jugement que nous étudions fait entrevoir qu'on peut validement, par un acte de donation qui n'est pas un contrat de mariage, par un « trust deed » ordinaire comme celui qui était en litige, avantager des personnes inconnues et des personnes non encore conçues : la veuve et les enfants de celui qui n'est pas encore marié :

« Au contraire, ce résultat (un résultat déraisonnable) se produirait si l'on exigeait l'acceptation des bénéficiaires ; et, dans bien des cas, l'usage de la fiducie serait rendue impossible pour donner effet à la libre volonté du stipulant. Dans un contrat comme celui-ci, par exemple, et en supposant que les fils bénéficiaires ne seraient pas mariés — ce dont nous ne savons rien — la stipulation en faveur de leurs veuves et la stipulation en faveur des enfants nés et à naître seraient compromises par la difficulté pour elles ou pour eux d'en faire une acceptation qui serait conforme aux règles concernant l'acceptation dans le chapitre des donations entrevifs. En effet, il est bon de faire remarquer qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat de mariage ; et, par conséquent, ce contrat ne bénéficie pas de la faveur que le code accorde aux donations par contrat de mariage (p. 303) ».

---

(1) Le contrat en litige était rédigé en anglais. Il y est donc question de « trustees ». A noter toutefois que la cour emploie volontiers les mots trust. trust deed, trustees, par suite de l'opinion émise plus avant dans son jugement que la fiducie est franchement d'origine anglaise.

En l'occurrence, la validité de ces stipulations au profit des veuves et des enfants n'était pas en cause. Mais voilà plus qu'un simple obiter dictum. La déclaration qui précède fait partie de l'argumentation de la cour au sujet de l'acceptation du bénéficiaire en général et de la nature même de la fiducie et elle est significative. Elle dénote bien un désir de donner libre cours à la volonté d'un disposant par fiducie. L'hypothèse lui répugne qu'on puisse diminuer la capacité de recevoir par fiducie à la mesure de la capacité d'un simple donataire. Le moins qu'on puisse en déduire, c'est que la capacité du bénéficiaire n'est pas celle du donataire. Les règles de cette capacité ne nous sont pas indiquées, mais nous pouvons supposer qu'elles ne seront pas embarrassées de restrictions. La doctrine de M. Migneault ne serait donc pas aussi avancée que celle que la Cour Suprême paraît devoir imposer, par étapes. Malgré son principe initial que notre fiducie provient du droit anglais, il n'en tire pas des conclusions aussi complètes, aussi audacieuses que nos tribunaux supérieurs.

En résumé, la théorie progressive ou utilitaire, la théorie nouvelle, c'est que le législateur nous a dotés d'une institution nouvelle en 1880, après nous l'avoir annoncée dans les articles 869 et 964, lors de la première rédaction du code en 1867, mais qu'il n'a fait qu'en esquisser les grandes lignes dans les articles 981a et suivants. La Cour Suprême elle-même, que ses propres jugements lient et qui exerce souvent, en fait, une autorité quasi-législative, s'est chargée de préciser et de compléter l'œuvre du législateur, en ajoutant des traits plus forts et même, au besoin, des motifs entiers.

COROLLAIRES DE CES THÉORIES

Evidemment, selon qu'on se rallie à l'une ou à l'autre des théories générales que nous venons d'exposer sommairement, les règles applicables à la fiducie varieront.

Ceux qui se refusent à détrôner des institutions vénérables pour faire place à une nouvelle venue, dont la langue même ne leur est pas tout à fait compréhensible malgré l'interprétation de la Cour Suprême, affirmeront que la fiducie, greffée à la donation ou au legs, ne peut vivre que de la vie propre de la donation ou du legs. Il en résulte que la donation fiduciaire, d'une part, et le legs fiduciaire, d'autre part, doivent être soumis, l'une aux règles générales des donations et l'autre aux règles générales des legs dans tous les cas où ces règles ne sont pas contredites, ou plutôt limitées, par des dispositions expresses du chapitre de la fiducie. Dans tous les cas où le chapitre de la fiducie est muet, ces règles générales de la donation ou des legs devront donc s'appliquer. Par suite également, puisque les règles de la donation diffèrent de celles du testament et des legs, les règles applicables à la

donation fiduciaire ne peuvent être, dans leur ensemble, les mêmes que celles applicables à la fiducie testamentaire. Seules les dispositions relatives aux fiduciaires pourront être communes aux deux fiducies.

La *donation fiduciaire* sera donc un acte de donation par lequel le donateur se dépouille à titre gratuit, de son vivant, de la propriété d'une chose, en faveur du donataire, mais remet la possession de cette chose à une autre partie, appelée le fiduciaire, qui la détient à titre de dépositaire et d'administrateur. L'acceptation du donataire et celle du fiduciaire sont requise pour rendre le contrat parfait, mais seule l'acceptation du donataire rend la donation irrévocable, sauf les cas prévus par la loi ou une condition résolutoire valable (art. 755, 981a et 981b).

L'acte devra répondre à toutes les conditions de forme d'une donation entrevifs, dans un contrat de mariage ou autrement, ou d'une donation à cause de mort, dans un contrat de mariage. Il doit être notarié, porter minutes et être enregistré.

La capacité du donateur créant la fiducie et du donataire qui doit en bénéficier sera soumise entièrement aux règles de la capacité de donner et de recevoir par donation entrevifs. Quant aux mineurs, femmes mariées, administrateurs des biens d'autrui et corporations, leur capacité de donner est indiquée par l'article 763. La prohibition aux époux de s'avantager durant le mariage subsiste (art. 770). La capacité de recevoir, définie en principe par l'article 765, demeure soumise entièrement à la nécessité d'une acceptation valide. L'article 771 ajoute que la capacité, non seulement de donner mais aussi de recevoir entrevifs, se considère au temps de la donation ; et elle doit exister à chaque époque, chez le donateur et le donataire, lorsque le don et son acceptation ont lieu par des actes différents. D'où il suit que, sauf dans un contrat de mariage, on ne peut donner en fiducie à des enfants à naître. Le donataire doit au moins être conçu lors de la donation et, à plus forte raison, ne peut-on donner à des personnes incertaines. L'incapacité spéciale des concubinaires et des enfants incestueux ou adultérins à recevoir plus que des aliments s'étendra aux bénéficiaires d'une fiducie par donation.

Le fiduciaire jouera le même rôle de dépositaire et d'administrateur, qu'il s'agisse de donation ou de testament. Ses pouvoirs sont ceux que lui confère l'acte ou, à son défaut, les articles du chapitre de la fiducie. Dans ce dernier cas, sauf quelques distinctions peu importantes, il s'apparente surtout à l'exécuteur testamentaire, même si l'acte est une donation entrevifs. Sa saisine n'a pas de période fixe et dure le temps stipulé par l'acte (981b). Mais surtout, cette saisine a pour objet la possession légale des biens et non pas le droit de propriété. Mandataire du disposant avant l'acceptation du bénéficiaire, il peut être dépossédé par le disposant. Mandataire du disposant et

du bénéficiaire après l'acceptation de ce dernier, il peut encore l'être du consentement des deux.

Quant à la *fiducie testamentaire* ou *legs fiduciaire*, en procédant de la même façon, on peut obtenir la définition suivante par la réunion des articles 756 et 863 avec les articles 981a et 981b : c'est une donation à cause de mort contenue dans un testament par laquelle le testateur dispose par libéralité, sans l'intervention de la personne avantagée, c'est-à-dire du légataire, de tous ou de partie de ses biens dont il remet toutefois la possession à une autre personne appelée fiduciaire, qui agit comme dépositaire et administrateur ; laquelle donation prend effet seulement au décès du testateur qui peut toujours la révoquer.

Il va de soi que l'acte doit répondre entièrement aux conditions de forme imposées au testament. Cette fiducie ne peut donc être créée validement si l'acte lui-même n'est pas un testament authentique, un testament dans la forme dérivée de la loi d'Angleterre ou un testament olographe tels que les définit le chapitre des testaments. L'article 981a ne dit pas qu'une fiducie peut prendre naissance dans un codicille, mais rien n'empêche qu'il en soit ainsi, surtout si on admet qu'elle n'est qu'une variété de legs.

Le légataire bénéficiaire sera saisi de la propriété des biens. Le vif que saisit le mort, c'est lui (art. 981). Il doit accepter le legs fiduciaire ou le refuser comme s'il s'agissait d'un legs ordinaire. S'il l'accepte, il souscrit à la fiducie, c'est-à-dire à la condition que la possession demeure entre les mains du fiduciaire. S'il refuse, le legs devient caduc, entraînant la fiducie dans sa chute, même si le fiduciaire avait accepté. Le fiduciaire, pas plus que le légataire, ne peut accepter le legs avant le décès du testateur. Le caractère essentiellement unilatéral de l'acte empêche son intervention. Son mandat prendra effet et il sera saisi de la possession des biens dès ce décès, mais conditionnellement à l'acceptation du légataire.

La capacité du testateur créant la fiducie est sans doute celle énoncée par les articles 831 et suivants. Le mineur, qui ne peut tester, ne pourra pas créer une fiducie par testament (art. 833), alors qu'il pouvait le faire par contrat de mariage et même, s'il s'agit de choses mobilières de valeur modeste, par donation entrevifs ordinaire (art. 763). La femme mariée pouvant tester sans l'autorisation de son mari pourra faire un legs fiduciaire (art. 834), alors qu'il lui fallait cette autorisation pour une donation entrevifs. La capacité de recevoir pourra bien être mesurée par l'article 838, en tenant compte des dispositions spéciales des articles 869 et 964 au sujet des legs fiduciaires. Si l'on s'incline devant le jugement du Conseil privé qui a interprété ces trois articles avant même l'adoption de l'acte sur la fiducie, on peut bien croire qu'il est permis d'avantager des bénéficiaires dont la capacité de recevoir n'existera qu'à une période fort éloignée du

décès du testateur (1). Mais si l'on ne souscrit pas à tous les considérants de ce jugement, même en admettant que la rédaction de l'article 838 est assez confuse pour permettre des legs fiduciaires dont l'effet, vis-à-vis les bénéficiaires, peut demeurer suspendu pendant un certain temps, rien n'autorise de conclure que les articles 981a et suivants prolongent indéfiniment cette période suspensive. L'article 838 est d'inspiration ancienne. Si la forme qu'on lui fit revêtir en 1867 a pu motiver en quelque sorte la décision du Conseil privé, on ne doit pas en conclure que le législateur a voulu s'en servir pour augmenter le contrôle qu'un disposant peut exercer sur ses biens après son décès. L'article 932, qui empêche la substitution de s'étendre à plus de deux dégrés outre l'institué, est bien de droit nouveau et il a été adopté de propos fort délibéré. On ne peut donc prêter au législateur l'intention, qu'il n'exprime aucunement d'ailleurs, de faire par l'intermédiaire de la fiducie, en 1880, ce qu'il venait à peine de défendre dans une institution connue de toujours et dont le but pratique est de permettre, à celui qui donne ou lègue, de régler non seulement sa propre succession, mais celle de ses donataires ou légataires, du moins quant aux biens qu'il leur transmet (2).

Par contre, si nous partageons la théorie de la Cour Suprême — nous pourrions avoir des sympathies moins heureuses — la fiducie prendra une tournure fort différente.

L'acte de donation et le testament qui la contiennent continueront bien d'être soumis aux conditions de forme prescrites par les chapitres qui les concernent. Mais la fiducie elle-même empruntera fort peu de règles aux donations et aux testaments.

La capacité de celui qui transporte ses biens en fiducie est réglée par l'article 981a lui-même qui n'exige que la capacité de disposer librement de ses biens. C'est la capacité générale de disposer telle qu'elle est indiquée, pour chaque personne selon son état, dans le livre premier du code. Mais si nous consentons à l'assujettir aux règles des donations et des testaments, le résultat pratique est sensiblement le même. Celui qui donne ou celui qui lègue doit être capable de disposer de ses biens. Celui qui est capable de disposer de ses biens peut les donner ou les léguer. Car il s'agit ici de la capacité personnelle du donateur et du testateur et non pas de sa capacité « relative », qui pourrait être limitée par l'incapacité de recevoir chez le bénéficiaire désigné. En fait donc, nous pourrions appliquer à la fiducie les règles

---

(1) Abbott v. Fraser (1874) 20 L.C.J. 197. Le Comité judiciaire statue qu'un legs en fiducie dont les bénéficiaires n'existaient pas, au moment du décès, est valide aux termes de ces articles et particulièrement de l'article 864, qui permet d'instituer « des légataires seulement fiduciaires ou simples ministres pour fins de bienfaisance ou autres fins permises et dans les limites voulues par les lois ... »

(2) Planiol, Droit Civil III 925.

générales de l'article 763 des donations et 831 des testaments. Mais cette application ne découle pas forcément des termes de l'article 981a.

La capacité du bénéficiaire cependant paraît s'éloigner grandement de la capacité du donataire ou du légataire. L'article 981a dit bien qu'il doit être une personne en faveur de qui le créateur de la fiducie aurait pu faire valablement des donations ou des legs, mais la Cour Suprême déclare expressément qu'il ne s'agit pas d'un donataire ou d'un légataire ordinaire. La Cour ne nous dit pas quelle capacité il doit avoir, mais elle laisse entendre qu'il peut profiter d'une stipulation en sa faveur, même s'il n'a pas la capacité du donataire ou du légataire ordinaire pour accepter. Il suffirait, apparemment, qu'il soit capable de recevoir et d'accepter le bénéfice au temps prévu par l'acte de fiducie, que ce soit dans un siècle ou plus après son exécution. D'ailleurs, l'acte de fiducie n'a pas besoin de son concours et le contrat dont il profitera peut se former en son absence complète. C'est le fiduciaire qui le représente.

Le fiduciaire doit sans doute être une personne capable de s'obliger. Il accepte le transport des biens pour le compte du bénéficiaire, sans même que celui-ci intervienne. Dès qu'il accepte, le disposant est dessaisi, le lien de droit est créé, le contrat est formé et la fiducie existe, irrévocable de la part du disposant même si elle est entrevifs, sujette seulement à la capacité du bénéficiaire d'en profiter au moment prévu par l'acte. Malgré que sa saisine soit celle d'un dépositaire et administrateur et qu'apparemment il ne reçoive que la possession des biens, en fait, ses pouvoirs sont ceux d'un véritable propriétaire. C'est à lui que les biens sont « transportés ». L'article 981a prime l'article 981b.

LES FIDUCIAIRES
ET LES ARTICLES 981 D À 981 N

Les derniers articles du chapitre de la fiducie ne s'adressent qu'aux fiduciaires et sont plutôt d'ordre administratif. Ils évoquent facilement les dispositions relatives à l'exécuteur testamentaire. M. Migneault a souligné, aux pages 160 à 171 de son volume V, que nous avons déjà cité, l'intéressant parallèle qu'on peut établir entre ces deux fonctions : les seules différences importantes étant que la saisine du fiduciaire dure aussi longtemps que la fiducie, alors que celle de l'exécuteur cesse après l'an et jour, qu'une majorité des fiduciaires peut agir, alors que les exécuteurs doivent être unanimes et que le fiduciaire est passible de la contrainte par corps dont l'exécuteur est exempt.

Ces articles ne soulèvent aucune controverse et nous pouvons les reproduire, pour compléter cette étude, avec les plus brefs commen-

taires. Nous remarquons, d'ailleurs, que, comme dans l'exécution testamentaire, la plupart de leurs dispositions peuvent être mises de côté par l'acte de fiducie pour faire place à l'entière volonté du disposant. Les fiduciaires auront les pouvoirs et les devoirs que le disposant leur attribue dans l'acte et ce n'est qu'à défaut d'instructions qu'ils devront recourir aux articles 981d et suivants. Il en est de même des formalités relatives à la démission des fiduciaires, à leur destitution et leur remplacement et à leur reddition de compte. Nous nous bornerons à les grouper selon leur objet.

Pouvoirs et devoirs des fiduciaires : Nous savons déjà par l'article 981b que les fiduciaires sont saisis des biens aussi longtemps que dure la fiducie, qu'ils peuvent en revendiquer la possession, même contre les bénéficiaires, poursuivre et être poursuivis et prendre tous procédés judiciaires pour les affaires de la fiducie. Ceci présuppose évidemment qu'ils ont accepté le transport des biens aux conditions de l'acte de fiducie. Ayant accepté, leur premier devoir est d'agir, sous peine d'être responsables des dommages résultant de leur négligence. C'est bien ce que déclare l'article 981h, qui se lit comme suit :

981h : « Les fiduciaires sont tenus d'exécuter la fiducie qu'ils ont acceptée, à moins qu'ils ne soient autorisés à renoncer, par un juge de la Cour Supérieure et ils sont responsables des dommages résultant de leur négligence à l'exécuter lorsqu'ils ne sont pas autorisés à renoncer ».

Dès qu'ils sont en possession des biens, les fiduciaires doivent faire tout ce que prescrit l'acte de fiducie dont l'autorité est confirmée également par l'article

981j : « Les fiduciaires, sans l'intervention des parties bénéficiaires, gèrent la propriété qui leur est confiée et en disposent, placent les sommes d'argent qui ne sont pas payables aux parties bénéficiaires et changent, modifient et transposent, de temps à autre, les placements et exécutent la fiducie, conformément aux dispositions et conditions du document créant la fiducie.

A défaut d'instructions, les fiduciaires font les placements, sans l'intervention des parties bénéficiaires, conformément aux dispositions de l'article 981o ».

L'article 981o dont il est fait mention n'est pas contenu dans le chapitre de la fiducie mais dans un chapitre distinct, intitulé « Du placement des biens appartenant à autrui », qui le suit immédiatement. Quoique ayant été ajouté au Code en 1888, c'est-à-dire en même temps que le chapitre de la fiducie, ce chapitre (IVB) concerne tous les administrateurs de biens d'autrui et non seulement les fiduciaires.

Puisque les biens qu'ils détiennent ne leur appartiennent pas et qu'ils doivent les rendre aux bénéficiaires désignés par l'acte de fiducie, les fiduciaires feront preuve d'une administration prudente. L'article

981k le leur prescrit comme suit :
981 k : « Les fiduciaires sont tenus d'employer, dans la gestion de la fiducie, une habilité convenable et d'agir en bon père de famille, mais ils ne sont pas responsables de la dépréciation ou de la perte dans les placements faits conformément aux dispositions du document créant la fiducie ou de la loi, ou de la perte sur les dépôts faits dans les banques ou banques d'épargne constituées en corporation, à moins qu'il y ait eu mauvaise foi de leur part en faisant ces placements ou dépôts ».

Immunité des fiduciaires : S'ils se conforment à leurs instructions, les fiduciaires n'encourront pas envers les tiers de responsabilités plus grandes que des mandataires ordinaires :
981i : « Les fiduciaires ne sont pas personnellement responsables envers les tiers avec qui ils contractent ».

Rémunération des fiduciaires : La fiducie ne comporte aucune rémunération, à moins d'une disposition expresse dans l'acte. Les fiduciaires n'en retirant aucun profit personnel, il est juste que toutes les dépenses qu'ils doivent encourir pour les fins de la fiducie soient à sa charge. Ceci est confirmé par l'article
981 g : « Les fiduciaires agissent gratuitement, à moins qu'il n'ait été pourvu autrement dans le document créant la fiducie.

Toutes dépenses encourues par les fiduciaires, dans l'accomplissement de leurs devoirs, sont à la charge de la fiducie ».

Si les fiduciaires reçoivent un salaire, il est évident que leur administration sera soumise à des règles plus strictes, tant pour les frais qu'ils feront encourir à la fiducie qu'à tous autres points de vue.

Remarquons que certains fiduciaires professionnels, des sociétés organisées spécialement dans le but de remplir la fonction de fiduciaires ont droit à des honoraires pour leurs services, même si l'acte les nommant n'y pourvoit pas. Nous en dirons un mot, tout à la fin.

Pluralité de fiduciaires : Nous avons remarqué sans doute que tous les articles du chapitre de la fiducie font allusion à « des fiduciaires », au pluriel. Il ne faut pas croire que la nomination d'un seul fiduciaire soit défendue, car rien n'empêche qu'une seule personne réponde à toutes les exigences de la fiducie. En spécifiant que la majorité peut agir, lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires, l'article 981f aide à dissiper tout malentendu à ce sujet.
981f : « Lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires, la majorité peut agir, sauf le cas où il est autrement pourvu dans le document créant la fiducie ».

Nous avons noté une règle différente pour les exécuteurs testamentaires. Ceux-ci sont obligés, en principe, d'agir à l'unanimité.

Remplacement des fiduciaires : L'article 981c, que nous avons déjà reproduit, mentionnait que l'acte de fiducie peut pourvoir au remplacement des fiduciaires dans le cas de refus d'accepter, de mort ou d'autre cause de vacance, en ajoutant qu'à défaut d'instructions dans l'acte, la nomination des nouveaux fiduciaires peut être faite par

la Cour Supérieure.

Lorsque le fiduciaire décède, ses héritiers ne peuvent exercer ses pouvoirs. Ils peuvent bien sans doute faire quelques actes conservatoires, mais ils doivent rendre compte au plus tôt de sa gestion et remettre les biens à son successeur :

981e : « Les pouvoirs d'un fiduciaire ne passent pas à ses héritiers ou autres successeurs ; mais ces derniers sont tenus de rendre compte de sa gestion ».

Si les fiduciaires peuvent renoncer, avec l'autorisation d'un juge de la Cour Supérieure, comme le déclarait l'article 981h aussi précité, ils sont également susceptibles d'être destitués par un juge de la même Cour, s'ils ne remplissent pas leurs fonctions. Voici quelques cas de destitutions prévus par l'article 981d :

981d : « Les fiduciaires dissipant ou gaspillant la propriété de la fiducie, ou refusant ou négligeant de mettre à exécution les dispositions du document créant la fiducie, ou manquant à leurs devoirs, peuvent être démis par la Cour Supérieure ».

Reddition de comptes : A l'expiration de la fiducie, les fiduciaires doivent rendre compte de leur administration, obligation qui est celle de tout administrateur. L'article 981 1 répète ce principe et l'article 981m ajoute que les fiduciaires sont tenus conjointement et solidairement de rendre un seul et même compte.

981 l : « A l'expiration de la fiducie, les fiduciaires doivent rendre compte, et délivrer toutes les sommes d'argent et toutes les valeurs entre leurs mains, aux parties y ayant droit en vertu des dispositions du document créant la fiducie ou en vertu de la loi.

Ils doivent aussi exécuter les transports, cessions ou autres contrats nécessaires pour transférer la propriété tenue en fiducie aux parties y ayant droit ».

981 m : « Les fiduciaires sont tenus conjointement et solidairement de rendre un seul et même compte, à moins que le donateur ou le testateur qui a créé la fiducie n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celles qui lui sont attribuées.

Ils sont aussi conjointement et solidairement responsables de la propriété qui leur est confiée en leur capacité conjointe, et du paiement de toute balance en main, ou des gaspillages ou pertes causées par des placements erronés, sauf le cas où ils sont autorisés à agir séparément ; et alors ceux qui ont agi séparément et se sont renfermés dans les limites des fonctions qui leur sont attribuées sont seuls responsables pour cette administration séparée ».

Si les fiduciaires refusent de rendre compte de leur administration et de délivrer les biens aux personnes y ayant droit, en vertu des dispositions du document créant la fiducie, ils sont sujets à la contrainte par corps et c'est ce que déclare formellement l'article 981n, le dernier du chapitre de la fiducie.

981n : « Les fiduciaires sont sujets à la contrainte par corps pour tout ce qu'ils doivent à raison de leur administration, à ceux à qui ils doivent compte, sujet aux dispositions du code de procédure civile ».

Les fiduciaires professionnels : On l'admettra volontiers, la fiducie gravite autour du fiduciaire, qui en devient le personnage le plus intéressant dès qu'elle commence à fonctionner. Qu'on assimile le fiduciaire à un simple mandataire-dépositaire ou qu'on lui reconnaisse tous les droits d'un véritable propriétaire qui n'en aurait pas le titre légal, au point de vue pratique de son administration cette distinction n'importe pas beaucoup puisqu'il pourra, dans tous les cas, se réclamer des pouvoirs les plus étendus sur les biens qui lui sont transportés. L'acte de fiducie peut restreindre ou augmenter ses pouvoirs, mais généralement il lui conférera un contrôle absolu, excluant toute intervention de la part et du disposant lui-même et des bénéficiaires. Il est d'ailleurs de bonne règle que l'administration du fiduciaire soit aussi libre que possible, si l'on désire que la fiducie produise tous ses effets.

Dans ces conditions et vu que sa saisine peut durer fort longtemps, il est évident que le choix du fiduciaire importe beaucoup. Toutes les garanties d'un bon administrateur étant rarement réunies en une seule personne, on peut recourir à la pratique de nommer plusieurs fiduciaires. Ce procédé comporte aussi l'avantage d'augmenter les garanties de fidélité et de solvabilité, parce que les fiduciaires exerceront un contrôle réciproque sur leurs actes dont ils seront responsables conjointement et solidairement. Cependant, ce groupement d'administrateurs compétents n'est pas toujours facile à réaliser, et sa composition peut changer plusieurs fois avant que la fiducie vienne à terme. Quelques-uns refusent la charge qu'on leur offre en tenant compte des lourdes responsabilités qui s'y rattachent, d'autres y renoncent plus tard ou deviennent incapables de la remplir, par suite d'occupations privées trop captivantes, d'absence, de maladie et même de mort. Ces changements de fiduciaires, en plus de détruire la continuité d'administration, ne s'effectuent pas sans frais ou sans que les bénéficiaires en subissent quelque inconvénient.

Au début du siècle dernier, les Américains découvrirent une formule plus heureuse, lorsqu'ils organisèrent des sociétés ou compagnies de trust. Ces sociétés progressèrent rapidement et ne tardèrent pas à franchir la frontière. On les accueillit volontiers dans notre province, en abolissant à leur profit la plupart des incapacités auxquelles l'article 365 du code soumettait les corporations.

En plus d'agir comme fiduciaires et exécuteurs testamentaires, ces sociétés remplissent de nombreuses autres fonctions, qui ont toutes pour objet l'administration des biens d'autrui : celles de tuteurs et curateurs aux biens, procureurs, agents et mandataires, dépositaires, syndics, liquidateurs, etc. Aux Etats-Unis, elles peuvent également exercer le commerce de banque, et les banques elles-mêmes ont sou-

vent un « Trust Department », qui fait partie intégrale de leur organisation.

Au Canada, des lois particulières régissent les opérations de ces fiduciaires professionnels. Une loi fédérale dite « Loi des compagnies fiduciaires », inscrite au chapitre 29 des Statuts Revisés du Canada de 1927 et contenant environ 90 articles, s'applique à toutes les compagnies fiduciaires (Trust Companies) constituées en corporations par une loi du Parlement du Canada, et les assujettit au contrôle du Ministre des Finances. Dans la province de Québec, la loi des « compagnies de fidéicommis », reproduite au chapitre 248 des Statuts Refondus de 1925, s'applique à toutes les compagnies de fidéicommis (Trust Companies) « enregistrées » dans la province, c'est-à-dire à toutes les compagnies à chartes provinciales, extra-provinciales ou étrangères *qui veulent y faire affaires*. Cet enregistrement est donc obligatoire et présuppose l'incorporation, en vertu de cette loi ou d'une loi étrangère reconnue. On l'effectue chez le trésorier de la province, d'après les formalités prévues par les articles 17 à 35 de la loi.

Le rapport de l'inspecteur provincial des compagnies de fidéicommis pour l'année 1933 indique que les 30 compagnies faisant affaires dans Québec, dont plusieurs y ont été incorporées, administrent pour le compte d'autrui des biens dont la valeur totale est de $2,500,000.000 et qu'elles possèdent des fonds en propre — capital social et réserve — se chiffrant par environ $55,000,000.

DES CONTRATS

Rapport présenté par
M. le Juge FERDINAND ROY,
Doyen de la Faculté de droit de
l'Université Laval

Comme notre littérature, ce que notre œuvre juridique, au Canada français, manifeste clairement, c'est que nous avons plus de mémoire que d'imagination. Depuis Cartier, Champlain, Maisonneuve et ... les anonymes coureurs des bois, si l'esprit d'aventure souffle encore quelque part en ce rude pays, ce n'est pas pour nous porter vers les hautes spéculations intellectuelles. Nous ne sommes plus des découvreurs. C'est de loin, et presque en rechignant, que nous suivons les envolées de la doctrine française vers l'infini du dessus, ses plongeons dans l'infini du dessous, que nous admirons l'effarant chassé croisé des évolutions — merveilleuses d'équilibre et parfois de fantaisie — auxquelles se livrent les grands maîtres de la pensée légale contemporaine. Nous ne suivons que de loin, à cause sans doute d'une vieille habitude, contractée en ces « Terres-Neuves » qu'il fallait défricher, de tâcher toujours à nous tenir du côté pratique des choses ; à cause aussi de notre fort penchant au repos, après l'immense effort ancestral qui nous a fait la vie trop facilement heureuse. A quoi bon, quand on peut devenir ici grand homme à si peu de frais ? Et nous nous consolons du terre-à-terre de nos ambitions scientifiques, nous endormons nos remords de paresseux en appelant notre sens pratique du bon sens, et en invoquant, pour excuser l'état de friche de notre avoir, l'idée et les grands mots de fidélité à nos traditions.

Mais il y a lieu de se désoler, non de désespérer. A la veille même de ce congrès si gros pour nous de promesses d'enrichissement, on vient de découvrir et de montrer la nécessité d'une doctrine juridique à nous, et c'est déjà faire un pas décisif que de nous mettre résolument à la recherche d'une méthode.

Pour l'heure, dans tout notre droit civil non encore « rajeuni », c'est cette matière des contrats, qui peut-être illustre le mieux, avec la carence de nos inventions, ce goût tenace et paresseux pour les solutions d'une sagesse en train de se pétrifier. Il n'y a pas d'autre chapitre du code qui ait moins subi ce que, selon la tendance de notre esprit, nous appelons la profanation des novateurs. Pour ceux à qui sont familiers Pothier, la Coutume de Paris, le Code Napoléon, il n'y en a pas de moins intéressant à consulter ... A moins de convenir entre nous — en ces jours si propices à l'échange de nos humilités vaniteuses et de votre politesse — qu'il n'est pas sans intérêt de constater que,

pour l'acte juridique qui exprime le plus fidèlement la vie du droit, l'âme même de la nation, nous en avons, malgré tout, conservé intacte la notion essentielle, élémentaire sans doute, mais toujours saine.

Ainsi, la base reste la même ; tout repose sur le grand principe de la liberté des conventions. Les volontés peuvent se lier sans réserve pourvu que les lois de la morale et de l'ordre public ne soient pas violées. Et elles peuvent le faire de la façon qu'il leur plaît. Notre droit positif, produit du droit naturel, n'est plus une « procédure ». Dégagé du formalisme du droit romain, de l'asservissement rituel des coutumes germaines, sous l'influence du droit canonique survivant à son mécanisme désuet, il rend impératif le respect de la parole donnée, obligatoire, avec sanctions, le consentement manifesté sous quelque forme que ce soit. Les quelques exceptions que vous savez — mariage, donation entrevifs et testamentaire etc ... — confirment simplement la règle. Et si notre article 13 ne rappelle pas en propres termes, comme fait l'article 1134 C. N., que la convention est la loi des parties, c'est que. sans conteste, cela va sans dire.

La théorie générale des contrats se trouve au titre intitulé dans notre code : des *Obligations*, chapitre I. Plus fidèle en cela que le Code Napoléon, à la méthode de Pothier, — et à la logique, — notre code traite du contrat en tant que première et principale source des obligations (articles 984 à 1040), et c'est seulement après avoir étudié les autres sources (quasi-contrats, délits, loi, 1040 à 1057) qu'il définit l'*objet* (1058 à 1062), l'*effet* des obligations en général, (1063-1078), leurs diverses *espèces*, (1079-1137) et leurs *modes d'extinction* (1138-1202) et de *preuve* (1203-1245).

Le Code Napoléon traite en deux titres distincts des *Contrats ou obligations conventionnelles*, (III) et des *Engagements qui se forment sans convention* (IV) ; le nôtre écarte cette anomalie, source d'erreurs assez fréquentes, de paraître attribuer aux seules obligations contractuelles des conséquences que les autres peuvent avoir aussi bien, malgré leur origine différente.

Quant au texte même des articles, nos codificateurs de 1866 n'entendaient que reproduire celui du Code Napoléon sauf à y faire quelques retranchements, additions ou modifications de détail. Ces corrections (?) inspirées par le désir d'améliorer une rédaction jugée par eux inexacte, ont parfois, dans d'autres chapitres, été désastreuses. Résignés à « sacrifier au besoin la perfection minutieuse du language » (sic), ces rédacteurs novices ont souvent aggravé le mal qu'ils voulaient guérir. Mais le guide sûr que leur était Pothier, en matière de contrats, les a heureusement tenus au large des plus dangereux écueils.

Notre code ne donne pas, comme l'article 1101 C. N. une définition — discutable d'ailleurs, — du contrat. Il ne prend pas la peine non plus de définir les contrats *synallagmatiques, commutatifs, à titre*

onéreux ou gratuit, ni les autres. Un code n'est pas un cours ni un traité. Le nôtre s'est allégé des articles 1101 à 1107 C. N., qui sont affaire d'école.

Pour le reste, c'est, avec des variantes la plupart anodines, les unes importantes, dans les termes, c'est la marche, suivie pas à pas, du code français.

Pour la *formation,* la *validité du contrat* même exigence des quatre conditions essentielles : *capacité, consentement, objet* et *causes,* avec une énumération plus complète des catégories d'incapables ; les mêmes vices du consentement, *erreur, dol, violence ;* moins la lésion que les majeurs capables ne peuvent plus invoquer, la même confusion entre l'objet des contrats et celui des obligations ; le mot « considération », employé comme synonyme de cause.

Il en est ainsi quant à l'*effet des contrats,* qui est de produire des obligations et en certains cas de transférer la propriété. Selon ces deux codes, le contrat ne lie que les parties contractantes et leurs ayants-cause, et les cas où la stipulation pour autrui est sanctionnée sont exceptionnels. Notre jurisprudence s'est mise d'accord avec la doctrine française dans le cas de tiers indéterminées mais déterminables, et des lois d'hier couvrent celui des contrats collectifs. Enfin, notre code, avec des développements plus précis, donne lui aussi aux créanciers l'action révocatoire des contrats frauduleux.

En définitive, les règles fondamentales qui régissent chez nous la formation des contrats et leur effet général, ce sont : pour le fond, celles de l'ancien droit français ; pour la forme, celles du droit français moderne et même du droit français contemporain pour les modifications récentes. Il faut toutefois prendre garde qu'il n'y a pas parfaite identité ni de texte, ni d'interprétation judiciaire et doctrinale. Et le commentaire serait long des divergences à signaler — et qui ne sont pas de simple détail, si notre grand et très cher maître à tous, M. Mignault, ne s'était déjà chargé de ce soin, et il est de ceux « qui laissent peu à glaner aux champs où il moissonne » (Faguet). Mais, depuis qu'a paru son *Traité* (4e vol. 1901), il est arrivé à notre législateur de modifier certains articles, à notre jurisprudence de changer son orientation et même à nos auteurs de s'émanciper. De ces manifestations de vie personnelle les principaux exemples, semble-t-il, à retenir concernent l'incapacité juridique de la *femme mariée,* la date de naissance du *contrat entre absents* et la troublante théorie de la *cause.*

La femme n'est incapable de contracter, c'est entendu, que si elle est sous puissance du mari ; mais alors son incapacité est générale. Nos textes disent, en effet, 986 : « Sont incapables de contracter : les femmes mariées *excepté* dans les cas spécifiés par la loi », 177 : « La femme, même non commune, ne peut contracter ni s'obliger, sans le concours du mari » etc.

L'article 1124 C. N. s'exprime à l'inverse. « Les incapables de

contracter sont : les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi ». La capacité reste donc en principe la règle chez vous, elle est chez nous l'exception. Mais une législation nouvelle a tellement élargi la sphère de ces cas prévus par la loi, où, exceptionnellement, la femme mariée recouvre sa capacité, que dans l'application aux divers contrats, ces textes différents finissent par créer à la Française et à la Canadienne des conditions juridiques qui sont sensiblement les mêmes. C'est une loi de 1931 qui, par « amendements » de certains articles, a supprimé la nécessité de toute autorisation pour la femme séparée de corps, et permis l'aliénation de ses biens meubles à la femme séparée de biens (qui déjà avait, seule, tout pouvoir d'administration) et qui a constitué ce patrimoine à part, ces *biens réservés* que, même commune en biens, la femme peut non seulement administrer mais aliéner à titre onéreux (non pas à titre gratuit comme en France).

Deux différences profondes, et celles-là anciennes, subsistent entre le code français et le nôtre : la première, c'est que la femme, ici, ne peut jamais s'obliger avec ou pour son mari qu'en qualité de commune (1301) ; la seconde, c'est que, dans ce cas et dans tous les autres où l'autorisation requise fait défaut, la nullité du contrat, relative en France, est chez nous absolue, « rien ne peut la couvrir et peuvent s'en prévaloir tous ceux qui y ont intérêts » (183 c. c., 1125 C. N.). Tandis que, en France, l'incapacité de la femme, comme celle du mineur n'est que relative, ne peut être invoquée que par elle-même et par son mari.

Cette incapacité devrait-elle disparaître, selon le vœu formulé tout à l'heure par M. le professeur Capitant ? Il me permettra bien de dire que nous ne le pensons pas. Quand tout va bien dans le ménage, on en convient, le système fonctionne à merveille. Il a des inconvénients quand les époux ne s'entendent plus. Mais la règle, ici, c'est que le désaccord grave est l'exception ... Et quelle loi n'offre pas d'inconvénients pour qui vit en marge de la vie normale ? ... La vérité légale, nous continuons de la trouver dans le principe d'où découle la nécessité d'une hiérarchie des pouvoirs, donc d'un chef, dans cette société qu'est la famille. Les associés, égaux dans les autres sociétés civiles, n'ont pas de chef ? Il est vrai, mais s'ils n'arrivent pas à s'entendre, ils ont la ressource de se séparer, de rompre leur contrat ; tandis qu'on est marié pour la vie ... Nous n'avons pas, comme en France, pour dissoudre la société conjugale, le divorce. Et nous n'en voulons pas pour les raisons mêmes que nous exposait M. Capitant. Et puis, les femmes de ce pays, gardiennes jalouses de ces mœurs qui, en effet, « peuvent se passer de lois », ne sont pas seulement « indifférentes » à cette revendication féministe ; elles sont hostiles à un changement dont elles sentent bien qu'elles seraient les victimes le plus cruellement frappées. On n'est pas arrivé encore à les convaincre qu'elles sont malheureuses. Et notre loi, telle quelle, remplit donc sa fonction : elle sanctionne le vœu général de la société qu'elle abrite ; ce qui nous

paraît un indice assez sûr de sa raison de subsister.

Quant à la date (il faudrait dire, l'heure, le moment), de la formation d'un contrat entre absents, nous sommes aux prises avec les mêmes difficultés qu'en France. Les textes sont trop laconiques, les théories trop abondantes et contradictoires, la jurisprudence des tribunaux est trop incertaine pour qu'on puisse même prévoir le jour où cette question vexante sortira du champ de la controverse.

Peut-être cependant avons-nous sur vous quelque avantage d'ordre pratique. Sur tous ces systèmes de *déclaration, émission, expédition, réception, information,* notre Cour Suprême ne s'est pas, comme la Cour de Cassation, dérobée au devoir de nous faire connaître son sentiment. Même s'il est vrai qu'elle en a changé, surtout alors, il faut la remercier et déplorer seulement que l'heureuse contradiction entre son premier arrêt et le second ne soit pas plus évidente.

En effet, pour son orientation, le praticien, grâce à elle et à notre cour d'Appel, et même s'il n'a pas la sensation d'être établi dans une vérité dogmatique immuable, est à peu près en état de « faire le point ». Et voici, semble-t-il, où nous en sommes.

Comme, entre parties présentes, le contrat se forme au moment où s'exprime l'acceptation de l'offre, il en est de même, quant à la date, lorsque les parties s'accordent par communication téléphonique. Quant au lieu, en ce dernier cas, c'est celui où s'est prononcé le *oui* (instantanément entendu par le pollicitant) qui a manifesté le concours des volontés (Sherwin v. Quebec Fish, 38 B. R. 574, 1925, Lafontaine J. C., Dorion, Rivard JJ.).

Si l'offre d'acheter s'accompagne d'un ordre, exprès ou implicite, d'expédier la marchandise, le contrat est formé, date et lieu, par l'acte du vendeur qui exécute l'ordre reçu. C'est affaire de convention libre, d'intention des parties, et l'offrant peut ainsi se déclarer d'avance lié dès que l'acceptant aura, par l'acte extérieur désigné (l'expédition), manifesté son acquiescement.

Si l'offre de vendre est faite par agence — et c'est le cas pratique du commerce par commis-voyageur — le contrat est fait, nous dit un nouveau texte législatif (94 C. P. amendé par 21 George V, chapitre 109), au lieu où l'acheteur a donné son consentement au mandataire du vendeur.

Pour le cas de contrat passé entièrement par correspondance, notre cour d'appel avait adopté, en 1895, le système de *l'information* ou de la *réception* (Underwood v. Maguire, 6 B. R. 237). Mais la Cour Suprême, en 1901, nous imposa le système de l'émission, mieux connu par elle — nom et chose — comme système du Common Law. L'offre ayant été faite par la poste, le contrat se forme au moment et à l'endroit où la lettre d'acceptation a été elle-même déposée à la poste, dès avant donc que l'offrant ait reçu cette réponse (Magann v. Auger, 31 S. C. R. 186, 1901). La raison que l'on donne après coup,

un peu comme une excuse — car la Cour Suprême ne l'avait pas alors invoquée — c'est que cette missive d'acceptation devient la propriété de l'offrant à qui elle est adressée dès qu'elle a été mise à la poste (ce qui est vrai) et (ce qui l'est moins, ne l'est pas du tout), que l'administration des postes a été constituée, par l'offrant qui lui a confié une lettre dont elle ne sait pas le contenu, son mandataire pour conclure le contrat en recevant de l'acceptant une lettre close.

L'offrant, ainsi, est censé savoir ce que son pseudo-agent ni ne sait ni ne peut savoir.

« C'est admettre une fiction contraire à la réalité, une fiction qui va contre le droit même du pays qui protège le secret des lettres » (Demogue, Revue trimestrielle de droit civil 1928 p. 1014).

C'est en plus à la fois méconnaître la notion pourtant si claire du mandat et donner un effet, une signification semblables à deux opérations de valeur inégale : l'expédition d'une lettre d'acceptation est un acheminement vers la conclusion du contrat, l'expédition de marchandises sur ordre est par surcroît l'exécution du contrat conclu (même si l'acheteur n'est pas encore devenu propriétaire des marchandises, parce qu'il n'a pas encore été « notifié » (1026 c. c.) le contrat produit ses autres effets (1065 c. c.).

L'autre arrêt de la Cour Suprême est de 1928 (Charlebois v. Baril, C. L. R. p. 88). Il s'agissait d'une offre de contracter contenue dans une lettre transmise par messager et acceptée par lettre mise à la poste, que l'offrant n'avait pas reçue. La cour d'Appel, qui, comme il convenait, s'était déjà ralliée au système de l'émission (Butler v. Mechanical Equipment, 7 D. L. R. 77 et Beaudoin v. Waterson, 19 B. R. 530, 1910) n'y vit qu'un contrat par correspondance et conclut au contrat parfait par l'*envoi* de la dernière lettre, (Charlebois v. Baril, 43, B. R. 295, Cf. aussi Renfrew Flour Mills v. Sanschagrin, 45 B. R. 29, 1928). Et c'est alors que notre cour de cassation, précisant qu'elle n'avait autrefois disposé que d'un contrat fait par lettres échangées toutes les deux par la poste, affirma, en dehors de ce cas d'agence en effet exceptionnel et singulier, le principe de la nécessité de la réception et sanctionna l'ancienne règle : pour faire un contrat la loi exige réception de l'acceptation comme de l'offre par les parties ou leurs représentants (« to make a contract the law requires *communication* of offer and acceptance alike either to the person for whom each is respectively intended, or to his authorized agent » (Anglin J. en C. *dixit*).

On pourrait croire, alors, que si l'acceptation et l'offre se font toutes les deux par la poste, la question pour nous est définitivement réglée. Ce n'est pas aussi simple que cela. Le débat entre tribunaux, même entre juges du même tribunal continue, tant est tenace notre rétivité à marcher selon le système « émission ».

En effet, en 1931, la majorité de la cour d'appel, ou bien a voulu voir dans l'attitude de la Cour Suprême une volte-face dont celle-ci

ne convenait pas, ou bien elle n'a voulu retenir que le principe de son second arrêt, le bon, ou bien elle a trouvé sans le dire une distinction (Association Pharmaceutique v. Eaton, 50 B. R. 482, 1931) à faire suivant les formes graphiques que peut prendre l'offre transmise même par la poste, en tout cas dans une affaire où il s'agissait d'une offre au public faite par catalogues transmis par la poste, elle a exigé que la commande de l'acheteur, elle-même adressée par la poste, sur cette invite, fût reçue par le vendeur pour clore le contrat.

Si votre cour de Cassation décidait comme vient de le faire notre Cour Suprême, ou bien si celle-ci avait chez vous l'autorité qu'a celle-là chez nous, vous seriez fixés sur la question du contrat conclu par échange de télégrammes, puisque votre organisme d'Etat, les P. T. T., accapare aussi le télégraphe. Ici, où nous avons deux compagnies télégraphiques, nous avons évidemment à distinguer.

L'offre et l'acceptation ont-elles été transmises par la même agence ? Celle-ci alors joue le rôle qu'on a fait jouer à la Poste : c'est le système *émission* qui opère, le contrat se forme au moment (et au lieu) où le télégramme d'acceptation est remis à l'agence.

L'offre a été télégraphiée par l'agence « A », l'acceptation, par l'agence « B » ; celle-ci n'a pas de mandat, ne représente personne, l'exception disparaît, c'est la règle qui s'applique : le contrat ne se formera que lorsque, ce dernier télégramme, l'offrant l'aura reçu.

La cause des contrats : On disait naguère : la théorie de la cause; on dit aujourd'hui : les théories de la cause ; il faudra peut-être dire dire demain : les théories des causes. La cause, en droit, est comme, en poésie, le cœur, innombrable. En France, en Belgique, en Italie, jusque dans les Balkans, se livrent, au jeu de la cause, des joutes académiques sensationnelles. Comme aucun sport ne nous est étranger, nous en sommes les spectateurs attentifs et amusés. Il serait inexact de dire que nous nous tenons au-dessus de la mêlée ; il n'y a pas plus haut. Et l'intervention de l'un des nôtres — qui a fait quelque bruit dans notre Landernau canadien, si elle n'a pas eu d'écho au-delà des mers — n'avait guère pour objet que de demander grâce et de nous rendre, plus près du sol, à un air moins propice au vertige.

Or, si, fort heureusement, le praticien peut, lui, n'être que spectateur amusé, le sort du professeur improvisé, est plus angoissant ; l'enseignement chez nous n'est qu'un à-côté, il se fait en marge du vrai métier qui accapare toute la journée, et, pour orienter ses élèves, le maître ne peut pas convenablement paraître jouer le rôle du guide qui serait lui-même aveugle. Il lui faut prendre parti. Et voici donc ce que, non sans inquiétude, mais avec l'assurance affichée de celui qui tremble, il enseigne aux jeunes ingénus qui n'oseront pas le contredire.

Notre code exige comme élément essentiel du contrat : *une cause ou considération licite*. Au mot *cause* il a donc ajouté celui de *considération,* comme synonyme. Le mot *considération* a-t-il été pris par les

codificateurs, coupables de tant d'anglicismes, dans son sens anglais ; y a-t-il, dans la controverse, à peser minutieusement les deux sens respectifs de ces mots, c'est de quoi on ne s'embarrasse pas trop, à l'Ecole. Qu'est-ce que cette cause ?

Dans les contrats synallagmatiques, c'est très simple : l'obligation d'une partie est (réciproquement) la cause de l'obligation de l'autre contractant.

Dans les contrats unilatéraux *intéressés,* la cause pour qui s'oblige, c'est la prestation fournie par celui qui ne s'oblige pas, et c'est, pour celui-ci, l'obligation contractée par celui-là.

Dans les contrats de pure bienfaisance (où l'on prend congé, avec tout le respect qu'il faut, de la vénérable théorie de l'*intention libérale,* trop subjective) la cause du consentement du donataire, c'est ce qu'il reçoit ou la promesse qu'on lui fait (de donner, de faire ou de ne pas faire) : et pour le donateur, c'est la qualité (de parent, d'ami, etc) — *meritum* — de celui qui reçoit le service antérieurement rendu, l'œuvre humanitaire qu'il accomplit.

Et voilà retrouvée la clef du vieux mystère. Il n'y a même plus de mystère du tout. La cause, que l'on s'égarait à chercher, (avec des guides éminents qui nous indiquaient des voies opposées), dans le maquis des motifs, mobiles et intentions, nous ne la cherchons plus (sûrs toujours de l'y trouver, pour tout contrat), que sur le terrain net du concret, de l'objectif, du palpable. Elle n'est pas indifférente à la pensée, souvent cachée et introuvable, de celui qui s'oblige, elle est extérieure à cette pensée, au sentiment qu'elle a déterminé.

Ces conclusions, évidemment, ne peuvent pas manquer de provoquer quelque part ou sourire ou pitié ; vous trouverez leur simplicité sans doute touchante. Mais si ce système nous séduit par la sécurité que donne sa clarté, il a cet autre attrait d'avoir été, sinon tout à fait inventé, du moins reconstruit et mis au point par le plus récemment venu, le plus profond et aussi le moins révérencieux de nos civilistes. Notre amour propre savoure l'honneur d'avoir, sur la question qui s'imprègne le plus nécessairement de la philosophie du droit, notre doctrine à nous. Cet honneur, il faut le dire, c'est à l'auteur de *La Cause des Obligations et Prestations* que nous le devons.

Mais, il faut le dire aussi, c'est bien dommage pour lui de s'être donné tort par la manière d'avoir raison. Il nous faut bien assurer ceux qui ont été ses cibles et qui sont nos hôtes, que dans pareille lutte d'idées pures, ses écarts de langage ne sont point selon les usages de notre pays.

En définitive, on l'a vu, — sauf sur cette question de la Cause, où nous nous sommes portés à l'avant, en bousculant un peu tout le monde — il en est un peu de notre droit des contrats comme de tout ce qui caractérise notre vie intellectuelle. Vous ne nous trouverez pas à la page. C'est peut-être impuissance, mais nous n'avons pas la

modestie d'oublier que c'est peut-être défaut d'outillage dans la formation. C'est peut-être que, ce précieux patrimoine (dont on parle si souvent) nous avons eu trop le souci de le préserver intact, pas assez celui de l'augmenter ; mais la question se pose peut-être de savoir si nous sommes plus en retard que vous n'êtes trop pressés. Mais nous savons que, si vous nous donnez crédit pour quelque progrès, notre avancement reste assez peu perceptible. On dirait que notre droit privé, pour lui tenir compagnie, a la même démarche que notre langue, cet autre reflet de nos mœurs surannées.

Mais, voyez-vous, nous tenons beaucoup à ce rien d'archaïsme qui pénètre notre parler et nos lois ; et c'est ce qui fait lente au point d'être traînarde leur nécessaire évolution. Nous les aimons tels quels, (« de même », comme disent nos paysans), comme nous aimons ces vieilles chansons, ces vieux airs de chez nous et de chez vous, qui, au pays de Gaspé et de Québec, vous ont émus.

Du sentiment, à propos de droit ! N'en exagérez pas plus que nous la part. Notre fidélité à l'âme, à la tradition française, s'appuie et elle devrait s'appuyer davantage, sur une idée, celle de l'intérêt, de l'intérêt même matériel qu'il y a pour nous, pour combattre les influences qui, dans les deux sens, vertical et horizontal, menacent notre survivance ethnique, à nous nourrir de la seule culture — ancienne ou contemporaine — dont nous puissions nous assimiler les fruits.

Et il importe peu que, recevant toujours, nous prenions à vos yeux l'air de ces emprunteurs qui ne rendent jamais rien. Au fond, en réalité, nous sommes comme vous des héritiers, et le partage du fonds commun ne fait que se continuer. Pour mettre l'héritage en valeur, vous avez là-bas, dans des foyers intellectuels plusieurs fois séculaires, des facilités de développement qui nous ont manqué, qui nous manquent encore, à nous dont les Facultés de droit sont nées d'hier. Cela fait tout simplement de nous vos créanciers ; quand nous allons piller dans le trésor ancestral que vous gardez, nous n'avons pas de scrupule, ayant conscience de prendre où il se trouve notre bien. Et nous ne croyons vous devoir de reconnaissance — celle-là elle vient de tout notre esprit, de tout notre cœur — que pour l'extrême bonne grâce avec laquelle, débiteurs zélés et généreux, vous êtes sans y être tenus, venus si loin, jusque chez nous, payer votre dette.

THE DOCTRINE OF THE QUASI-CONTRACT IN THE PROVINCE OF QUEBEC : ITS DEBT TO THE CODE NAPOLÉON AND ITS DEVELOPMENT

Presented by

MR. GEORGE V. V. NICHOLLS

of the Bar of Montreal

Pothier, to whose genius for arrangement and classification the Code Napoléon and to an even greater degree the Civil Code of Quebec are so much indebted, defined the quasi-contract as « le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles » (1). Somewhat similar is the attempted definition of the Code Napoléon, of which article 1371 reads, « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». The definition of the Code Napoléon is more complete than Pothier's in specifying that the act referred to must be « volontaire » and thus in distinguishing obligations arising from quasi-contracts and those resulting from the operation of law solely. As article 1370 of the Code Napoléon puts it, these latter obligations are formed « involontairement », in the words of article 1057 of the Quebec Code « independently of the will of the person obliged or of him in whose favor the obligation is imposed ». On the other hand, the Code Napoléon, in omitting an equivalent for the words « permis par la loi » employed by Pothier, has failed adequately to distinguish the quasi-contract from offences and quasi-offences. Offences and quasi-offences are also acts, but illicit acts. Nor, in its omission of Pothier's phrase « sans qu'il intervienne aucune convention entre elles », does it emphasize as strongly as did Pothier the difference between a quasi-contract and a contract proper.

These definitions of Pothier and of the Code Napoléon are of course not definitions at all. Both are concerned with explaining what a quasi-contract is not rather than with defining what it is. Pothier wrote that a person might oblige himself toward another and sometimes another toward him by an act that amounted neither to a contract nor

---

(1) Pothier, Des Obligations, No. 113 (ed. Bugnet, II, p. 56). An almost identical definition is given in the same author's « Introduction Générale aux Coutumes », No. 115 (ed. Bugnet, I, p. 43).

to an offence or quasi-offence.. The Code Napoléon provides that a man may be bound to another, and sometimes the two be mutually bound, by a voluntary act in a manner not resulting from the law solely. Neither offers a principle that would be common to all quasi-contracts but absent from such acts as do not amount to a quasi-contract.

The first difference to be pointed out between the Code Napoléon and the Quebec Code is that the latter attempts no definition of the quasi-contract. In their First Report the Quebec Commissioners said of their codification that they had avoided in it « definitions and enumerations of examples, except in cases of obvious necessity » (1). Of the quasi-contract they simply stated it as a fact, combining what had been said by Pothier and in the Code Napoléon, that :

> « A person capable of contracting may, by his lawful and voluntary act, oblige himself toward another and sometimes oblige another toward him, without the intervention of any contract between them ».

As a guide to the nature of the quasi-contract the Quebec Code is of course only slightly more satisfactory than the Code Napoléon.

It is probable that in the stage of development reached by the civil law when Pothier was writing and when the civil codes of France and Quebec were drafted no better definitions of the quasi-contract could have been given, and it is possible that even today none can be given. It may be that today in Quebec the doctrine of the quasi-contract is a kind of repositary, as it were, of all those obligations that cannot be classed as contracts, offences or quasi-offences, or as resulting from the operation of the law solely. One is tempted after an examination of the heterogeneous jurisprudence of this Province to state that that is all it is.

At any rate, it seems to the writer that here is the fundamental question to be attacked in any discussion of the civil law doctrine of the quasi-contract. In the discussion that follows it will frequently be asked if there is not some quality common to all the lawful and voluntary acts of a person capable of contracting that would enable us to say *a priori* that that person had obliged himself toward another and perhaps obliged another toward him in virtue of a quasi-contract. In short, can a true definition of the quasi-contract be offered ? If none can be then the quasi-contract in Quebec is nothing but a convenient name given to a number of « cas d'espèce » in which the courts or the legislature feel that for equitable and social reasons an obligation

---

(1) Page 8 of the « First Report of the Commissioners for the Codification of the Laws of Lower Canada relating to Civil Matters, appointed under the Statute 20 Vic. Cap. 43 ». The Report is most readily available in the French version published in « La Bibliothèque du Code Civil de la Province de Québec », by C.C. De Lorimier, VII, pp. 613 et seq.

should be enforced, an obligation that cannot be fitted into any of the other sources of obligations.

It is somewhat extraordinary, but, so far as the writer is aware, no attempt has been made up to the present in Quebec to formulate a true definition. After a few preliminary remarks on the development of the doctrine of the quasi-contract in the civil and the common law, the present article is therefore mainly concerned with a discussion of the two quasi-contracts specifically dealt with as such in the Quebec Code and of such other obligations as have been or should have been classified as quasi-contracts in the jurisprudence of the Province, with a view to discovering if there is not some fundamental principle common to them all. Necessarily, then, the present article is mainly descriptive. It concerns, with the exception of its concluding pages, what the law is rather than what it should be.

I

HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE DOCTRINE OF THE QUASI-CONTRACT AND OF THE CLASSIFICATION OF THE SOURCES OF OBLIGATIONS

The jurist likes to think of the law as developing continually to meet changing social and economic conditions. Of all the sources of obligations the offence or delict and the contract were undoubtedly the first to develop, and of these two the offence or delict was probably the first concern of the law. It was after all only to be expected that in a primitive and non-commercial community the law should first seek to regulate self-help in the matter of personal wrongs. But civilization has made vast strides before the law recognizes certain obligations that arise neither from an offence nor a contract, obligations which we call, for want of a better term, quasi-contracts. The doctrine of the quasi-contract is a product of a comparatively sophisticated stage in the development of law, and while quasi-contractual obligations have been recognized for centuries in the civil law it is only in the last fifty years that as a doctrine it has received much attention in France. Whatever development there has been in the doctrine of the quasi-contract in this Province has been an unashamed and, may we say, undigested borrowing from the doctrine and jurisprudence of France. The common law has lagged even farther behind. In both the civil and common law a doctrine with the potentialities of the quasi-contract will undoubtedly, however, continue to receive increasing attention.

The use of the term « quasi-contract » has been frequently criticized on the ground that a quasi-contract does not, unlike the contract proper, arise from an agreement between the parties concerned, and cannot accurately therefore be classified as « almost a contract ». The criticism seems a little precious. It is suggested that the history

of those obligations now classified as quasi-contracts shows that their resemblance to contracts proper is in their results, in the consequent rights and duties, and not in their sources. Those who are bound in virtue of a quasi-contract are bound *almost as if* they were bound by a contract. Their obligations arise *quasi ex contractu,* almost as if from a contract. Thus the « negotiorum gestio » is in its effect something like a mandate, the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due in its effect something like a loan.

The word « quasi-contractus » is nowhere found in the Roman law. Primitive Roman law recognized only two sources of obligations, contracts and delicts. As Gaius had written, « Obligationum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto » (1). In another of his works, however, Gaius recognized the inadequacy of his dual classification, and there he admitted that in addition certain obligations arose from multifarious causes, « ex variis causarum figuris »(2). The classification of the Institutes is a fourfold one and marks a further stage of development. Obligations in the Institutes of Justinian are classified as arising *ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto,* or *quasi ex delicto,* or as the last two divisions were sometimes put *ex maleficio, quasi ex maleficio* (3). As examples of obligations arising *quasi ex contractu,* Justinian mentioned the « negotiorum gestio », the obligations arising from the relationship of tutor and ward and curator and ward, the obligations arising between heir and legatee and between co-heirs, the obligations arising from common ownership where there exists no actual partnership, and the obligations arising from the receipt of money paid by mistake. But Justinian, it should be emphasized again, did not say that in such cases there was a *quasi-contractus.* The obligations arose, he said, *quasi ex contractu.*

Not only is the name *quasi-contractus* not to be found in Roman law but the Roman law attempted no definition of the obligations that it classified as arising *quasi ex contractu.* Some of them arose from fiduciary relationships; some again, perhaps, from the idea of uniust enrichment at the expense of another. But the truth is that there was in the Roman law no quality common to all the obligations classified as arising *quasi ex contractu* that could not also be found in obligations not so classified. Nor can any explanation be given of the failure of the Institutes to classify as obligations arising *quasi ex contractu* various miscellaneous obligations, such as those sanctioned by certain of the *condictiones,* which are seemingly analogous to those it did classify as **such.**

---

(1) Institutes, 3, 88.
(2) D. 44, 7, 1, pr.
(3) Institutes, 3, 13.

Medieval French law copied its rules on obligations and the sources of obligations largely from the Roman law. Thus, like the Roman law, it had not evolved a distinct category that it called « quasi-contrat ». Bouteillier, who lived during the latter half of the fourteenth century, was still writing that a man not bound formally by contract might yet be obliged « comme par contrat », and he added, significantly, « car nul ne doit tenir le bienfait d'autruy sans rémunération » (1). It is an important development when a distinct category is formed. Only then is a new legal doctrine, a new legal conception, possible. Just when the change came about in French law is not clear. By the middle of the eighteenth century, however, with Pothier, the doctrine of the quasi-contract had assumed very much its present form. In his volume on obligations Pothier dealt with contracts in one section by themselves, and with quasi-contracts, delicts, quasi-delicts, and obligations arising from the law or equity alone, together in a second section.

It looked at one time as if the Roman law on the quasi-contract might have a profound influence on the common law. Henry of Bracton, who lived during the middle years of the thirteenth century and whose debt to the civilists was always great, wrote, with the Roman law, that obligations arose *ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto,* and *quasi ex delicto*. But, having made that division and after citing practically the same examples of the quasi-contract as had Justinian, he had little else to say about it. His classification did not become a part of medieval English law. It could not, to begin with, be reconciled with the ancient forms of action. But by a development, which often amounted to a distortion, of these purely native forms of action, and particularly of the actions of debt and account, and later of the indebitatus assumpsit, many obligations, which in the Roman law would have been classed as arising *quasi ex contractu* acquired binding force in the common law.

It would seem that the common law on the quasi-contract is even more haphazard than the civil law. Attempts have been made from time to time to formulate a principle that could he used as a test whether a claim could be enforced as a quasi-contract. Thus, Lord Mansfield, whose judgments were often strongly reminiscent of the civil law, seemed to be seeking to make the idea of undue enrichment the basis of the quasi-contract (2) and the idea has had an appeal for common-law lawyers ever since. But it has been said that although the common law sometimes allows a right of recovery in virtue of the

(1) Bouteillier. « Somme rurale », tit. XXV.
(2) See his judgment in *Moses v. Macferlan*, (1760) 2 Burr. 1005 ; and in *Towers v. Barrett*, (1786) 1 T.R. 133.

principle of undue enrichment at the expense of another it has steadily refused to recognize any such general obligation (1). Further, the common law has refused to accept the general principle finding expression in the « negotiorum gestio » of the civil law, on the theory that a man cannot be made to accept a benefit or to incur a liability against his will. You cannot force a liability on a man behind his back. It would appear then that no true definition of the quasi-contract in the common law can be formulated (2). Nevertheless, as has been said, the common law recognizes as binding many obligations that the civil law classifies as quasi-contracts and also enforces. Thus if a man under a *bonâ fide* mistake of fact pays another a sum of money he thought he owed him, and did not, he can recover in the common law too in virtue of a quasi-contract. So too if a third party remits money to an intermediary to be forwarded to his creditor, and the intermediary refuses to pass it on, an action will lie against him. Other examples could be cited as well.

The Civil Code of the Province of Quebec is based of course, particularly in its general scheme, upon the Code Civil of France, or, as it is referred to in Quebec to avoid confusion, the Code Napoléon. The Act of the old Province of Canada (3), which provided for the codification of the laws of what is now Quebec in two codes, laid down in its article VII that, « The said Codes shall be framed upon the same general plan, and shall contain, as nearly as may be found convenient, the like amount of detail upon each subject, as the French Codes known as the *Code Civil*, the *Code de Commerce*, and the *Code de Procédure Civile* ». It will be found however that the Quebec Civil Code in the provisions dealing with obligations differs materially from the Code Napoléon both in general arrangement and in detailed provisions. The changes made were designed in the main to present a more logical arrangement of the subject and more certainty and less ambiguity in detail. Although they had been directed to frame their work upon the same general plan as the Code Napoléon, the Quebec Commissioners, in common with most of the French jurists, were critical of the arrangement adopted in the French code in its titles on obliga-

(1) See « The Doctrine of Unjustified Enrichment » by H. C. Gutteridge and R.J.A. David in « The Cambridge Law Journal ». Vol. 5. (1934), pp. 204 et seq.
See also « Roman Law in Modern Practice » by James Mackintosh, Edinburgh, 1934, pp. 189 et seq.

(2) The Corpus Juris (13 C.J. p. 244, § 10) offers the following. « Contracts implied in law, or more properly quasi or constructive contracts, are a class of obligations which are imposed or created by law without regard to the assent of the party bound, on the ground that they are dictated by reason and justice, and which are allowed to be enforced by an action ex contractu ».

(3) « An Act to provide for the Codification of the Laws of Lower Canada relative to Civil matters and Procedure », 20 Vict. chap. 43 (1857).

tions. In their First Report the Commissioners wrote,

> « With respect to the arrangement and division of the subject of obligations, it may be safely assumed that the method observed by Pothier in his treatise is of all others the best. The French code professes to have followed his method, but in fact has departed from it so materially that its symmetry and logical connection are greatly impaired ».

They could not, they said, carry « their respect for the model proposed to them so far as to copy its acknowledged faults ».

Where the Code Napoléon deals with the subject of obligations in two titles, the first labelled, « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », and the second, in which are included quasi-contracts, « Des engagements qui se forment sans convention », the Quebec Code groups them all in a single title called « Of Obligations ». While in the Code Napoléon there are thus two main divisions of obligations, the second being again subdivided into quasi-contracts, delicts and quasi-delicts, and obligations resulting from the authority of the law alone, the Quebec Code treats all five sources of obligations on an equal footing (1). In this respect, at any rate, the Quebec Commissioners had not followed the method of Pothier as closely as the Code Napoléon, which they had criticized for departing from it. In article 983 they did however embody a provision that is to be found in Pothier and not in the Code Napoléon :

> « Obligations arise from contracts, quasi-contracts, offences, quasi-offences, and from the operation of the law solely ».

In the Quebec Code, then, unlike the Code Napoléon, it is expressly provided that there are five sources of obligations, and presumably no others. It will be suggested later that the inclusion of article 983 is perhaps an argument against recognizing in Quebec as a sixth source of obligations the doctrine of undue enrichment at the expense of another, « l'enrichissement sans cause », which many of the recent French authors seem to treat as such.

Articles which properly concern obligations in general, and which

---

(1) Because of this change article 1370 of the Code Napoléon becomes superfluous and is omitted from the Quebec Code. The first paragraph of article 1370 C.N. reads:

> « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé ».

This article had been criticized by the authors on the ground that it suggests that there can be a « convention » on the part of one person only. The second paragraph continued:

> « Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé ».

This paragraph, too, is inaccurate, as the authors have frequently pointed out. An act of a person may not only oblige him to another but may oblige another toward him.

in the Quebec Code are treated under such rubrics as, « Of the Object of Obligations », « Of the Effect of Obligations », « Of the Extinction of Obligations » and « Of Proof » (1), are placed in the Code Napoléon in the first of the two titles dealing with obligations, which would suggest, erroneously, that they applied in the Code Napoléon only to contracts and to conventional obligations in general. Such articles of course apply to quasi-contracts and to the other obligations formed without an agreement, as well as to contracts proper, and the arrangement of a code should so suggest.

Of their detailed changes in specific provisions of the Code Napoléon the Quebec Commissioners in the same report wrote:

> « In addition to a departure from the general method adopted in the French code, other changes have been found necessary, consisting, 1st., in the transposition or uniting of articles so as to bring together all the rules connected by their subject ; 2nd., in the rejection of useless articles, and the avoidance of definitions and enumerations of examples, except in cases of obvious necessity ; 3rd., in the introduction of new articles relating to subjects on which the French code is silent ; and, finally, in the correction of loose and vague forms of expression, by a careful choice of words, for the conveyance of leading ideas, and a strict adherence to the same words and the same form of expression in the same sense ».

Examples have already been given of the omission of useless articles and the avoidance of definitions. Examples of most of the other changes outlined in the above excerpt from the Commissioners' report will be found in the following discussion of the particular articles dealing with the « negotiorum gestio » and the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due.

The alterations, additions and omissions made in the articles dealing with these quasi-contracts are unusually frequent. Where the commentators on the Code Napoléon had expressed doubts on the interpretation of particular articles there the Commissioners in the interests of greater certainty made changes, changes which were generally in conformity with the views of the majority of the commentators. But inevitably greater certainty was only acquired at the expense of flexibility. It will have to be examined therefore whether many of the fruitful suggestions of French jurists during the last fifty years in the realm of the quasi-contract are consistent with the changes made in the Quebec Code, and hence whether they can be adopted in

---

(1) Thus an article like 1348 of the Code Napoléon, which corresponds roughly with article 1233 of the Quebec Code, is definitely misplaced in the French Code. Article 1233 reads in part:

> « Proof may be made by testimony:
>
> .....
>
> 5. In cases of obligations arising from quasi-contracts, offences and quasi-offences, and all other cases in which the party claiming could not procure proof in writing ».

this Province.

The Civil Code of Quebec, following the lead of the Code Napoléon, deals specifically with only two types of quasi-contract, the « negotiorum gestio » and the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due. The arrangement of the Code, in which two general articles on the quasi-contract are followed by subsections dealing with these two special quasi-contracts, would suggest that there might be others. The point is of great importance. If the only quasi-contracts are the « negotiorum gestio » and that resulting from the reception of a thing not due, both of which are treated with reasonable fullness in the Code, then the search for a true definition of the quasi-contract is of academic interest only, and the doctrine itself of comparatively small importance in the law. But if there are other quasi-contracts besides these two then a definition must be formulated before it can be stated what those others are. The law will then have ready to hand a liberalizing doctrine, largely based on equitable considerations and offering almost unlimited possibilities of expansion to keep pace with changing economic and social conditions. It is not too much to say that these possibilities have as yet hardly been realized in the jurisprudence of this Province.

The conception of the « negotiorum gestio » and of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due to be found in the civil codes of France and Quebec is by no means integrated. But at least most of the minor difficulties met with in the interpretation of the four articles of the Code Napoléon on the « negotiorum gestio », and the six on the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due have been avoided in the corresponding articles of the Quebec Code. To make a very appreciable improvement the Quebec Commissioners had only to adopt the criticisms of the French authors who in the more than fifty years since the promulgation of the Code Napoléon had commented upon it. Of the changes made by them in these ten articles the Commissioners wrote: (1)

> « Of the articles contained in chapter 2. Of quasi-contracts, answering to the articles of the French code numbered from 1371 to 1381, it may be generally remarked that they have been drawn with a view to avoid the doubts and discussions which have arisen upon the articles of the French code, from which otherwise they do not materially differ, except in the article 63 (68) » (2).

Specific examples of this avoidance of doubts and discussions will be given in what follows. But fundamentally the « negotiorum gestio »

---

(1) The French version of this except will be found in C.C. DeLorimier, VII, p. 623.

(2) Now article 1043 C.C.

and the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due described in the Quebec Code are the « negotiorum gestio » and the reception of a thing not due of the Code Napoléon.

II

THE « NEGOTIORUM GESTIO »

Article 1043 of the Quebec Code provides in part that there exists a « negotiorum gestio » when a person « assumes the management of any business of another ». The words of the article can no longer be taken literally. Jurists since Roman times have repeated as the classic example of the « negotiorum gestio » the repair, urgently required, of an absent friend's house. Originally the application of the doctrine was probably limited to those situations, as in the example given, in which the *gestor* cares for things already in the possession of the person for whom he acts. Indeed this seems to be the situation contemplated by article 1043. In addition that article would seem to suggest that the « negotiorum gestio » must be limited to acts of administration, and not to a single act but a series of acts of administration.

There has been a great expansion of the doctrine in the modern law both of France and of Quebec. For a « negotiorum gestio » it is of course necessary that there should be an interference in the affairs of another. But given that one condition the doctrine and jurisprudence of France and the jurisprudence of Quebec would seem to suggest that the interference might be of any conceivable nature. Thus it is said that there is a « negotiorum gestio », not only when something already in the possession of another is cared for, but when an absolutely new right is acquired. In this latter event we are face to face with the « stipulation pour autrui », which in recent years has received much attention from French jurists. Not only a series of acts but an isolated act, not only an act of administration but an act of disposition, can amount to a « negotiorum gestio ». And so it has been said in Quebec (1) that there is a « negotiorum gestio » each time a per-

---

(1) *Robitaille v. Grant*, (1924) 62 S.C. 175 at p. 177 (1923-S.C.).
See also :
Planiol, II, No. 2273, p. 709 ;
Colin et Capitant, II, pp. 719 et 720 ;
Demogue, I. III, Nos. 5 et seq., pp. 9 et seq. ;
Planiol et Ripert, VII, No. 721, p. 4 & No. 728, p. 11.
For the extension of the doctrine in the French jurisprudence see, Picard, « La Gestion d'Affaires dans la Jurisprudence Contemporaine », Revue Trimestrielle, Vol. 20 (1921) p. 419 and Vol. 21 (1922) p. 5.
For the classic viewpoint see, *Brasset v. La Corporation de la Paroisse de Grande-Rivière*, (1928) 34 R. de J. 7 at pp. 16 and 17 (1927-S.C.), and the remarks of Mr. Justice Howard, dissenting, in *Dame Bilodeau v. Daoust Lalonde ltée.*, etc., (1932) 52 K.B. 22 (1931) : « Thus in *negotiorum gestio*, it is essential that there be a business or property to administer and that the *gestor* voluntarily takes upon himself the administration of it ». See also Langelier, III, pp. 444 and 445.

son accomplishes a juridicial act, of administration or otherwise, in the interest of another. What limits, if any, are to be placed on that statement it is impossible to say at this stage in the development of the doctrine of the « negotiorum gestio ».

But even with this recent expansion there are still remarkably few examples of the « negotiorum gestio » in the jurisprudence of this Province. As an example of it in its traditional form might be cited the case of *Demers v. Dame Henfield* (1) in which it was held that when a widow continues the operation of her husband's factory after his death, depositing the revenue in a bank « in trust » and paying the debts incurred by her husband before his death, she is acting as a *negotiorum gestor* in the interest of the succession and of the creditors and she cannot be presumed thereby to have tacitly accepted the succession. A further example is to be found in *Lortie v Adelstein* (2) in which the plaintiff, a coachman, had been iniured while stopping runaway horses belonging to the defendant. Again in *Martin dit Versailles v. Grenier* (3) it was held that there was a « negotiorum gestio » where a creditor took possession of the business of an insolvent trader, who had suddenly become insane, and disposed of it to the advantage of the creditors and of the insane debtor. In all three of these cases the plaintiff had cared for things already in the possession of another.

A somewhat analogous situation is furnished by the case of *Forest v. Cadot* (4). Here a family physician, without consulting his patient, had called in the plaintiff, another physician, to assist at an operation. It was held that in so doing the family physician had acted as his patient's *negotiorum gestor,* and that the patient was responsible to the assisting physician for his fees. Here it could hardly be said however that the family physician had assumed « the management of any business of another », or that he had cared for something already in the possession of another, except in the sense that a man's own body is something already in his possession.

In other cases an expansion of the original theory of the « negotiorum gestio » can be seen. In some of them the *gestor's* purpose was to procure a thing or right not already in the possession of the person for whom he was acting, rather than to manage a business of his, in the strict sense. Thus in *Quesnel v. Bourbonnais* (5), there was held to be a « negotiorum gestio » when a mayor acted in the nego-

---

(1) (1932) 38 R.L. n.s. 154 (1932-Magistrate's Court).
(2) (1914) 46 S.C. 543 (1914-S.C.).
(3) (1884) 12 R.L. 604 (1884-S.C.).
(4) (1895) 1 R. de J. 173 (1895-C.C.).
See also : *Paquin v. Grand Trunk Ry. Co.,* (1896) 9 S.C. 336 (1896-C. of R.) : *Tremblay v La Ville de Baie St. Paul,* (1921) 59 S.C. 498 (1921-C. of R.).
(5) (1930) 36 R.L.n.s. 103 (1930-S.C.). But here there seemed to have been a confusion in the judge's mind between the tacit mandate and the « negotiorum gestio ».

tiations to procure electrical service for proprietors living in the municipality, ultimately himself paying what they had agreed to contribute. Again, in *Granger v. Sicotte* (1) the purchase by a husband of material to be used in the construction of a house belonging to his wife was held to amount to a « negotiorum gestio ».

Similarly, cases could be cited in which an isolated act, hardly amounting to an act of administration, was held to be a « negotiorum gestio ». The commonest example of this is where a person voluntarily does something that another was obliged to do, for instance, pays the debt of another without a mandate to do so and with no intention of liberality. Thus in *Robitaille v. Grant* (2) Chief Justice Lemieux cited as examples of the « negotiorum gestio » the situations in which a universal legatee pays charges that under the terms of the will had devolved upon the particular legatees, in which an heir has paid the debts of the succession to the discharge of his co-heirs, and in which a person without a mandate pays the debts of a dissolved partnership in liquidation. An analogous example would be where a person supplies another with the necessities of life for which as an alimentary debt a third person was responsible under articles 165 and following of the Quebec Code (3). The responsibility of the third person to reimburse what has been paid has been frequently recognized in the jurisprudence of Quebec, but usually without relating it to a quasi-contract.

It would be idle to suggest that there is any certainty in the jurisprudence of this Province dealing with the « negotiorum gestio ». But as will be pointed out again, there are six conditions precedent to its existence. If one of those six conditions is absent, the interference in the affairs of another may still give rise to obligations, but it will not be in virtue of the quasi-contract of « negotiorum gestio ». The obligations resulting from such an interference may and probably will arise in virtue of one of what are later discussed under the name of innominate quasi-contracts. But the quasi-contract of « negotiorum gestio » and the innominate quasi-contrats must be clearly distinguished, as they have not always been distinguished in the past in Quebec.

The equitable principle underlying both is the same. Both are derived from the idea that a person must not be permitted to enrich himself at the expense of another. But the obligations of a person

---

(1) (1911) 40 S.C. 247 (1911-C. of R.). Here again the tacit mandate and the « negotiorum gestio » were confused.

See also :

Bélanger v. Paquet, (1885) 11 Q.L.R. 67 (1884-C. of R.) ;

Casey v. Holmes, (1895) 8 S.C. 105 (1895-C. of R.). both of which were discussed in *Dame Lavoie v. Fournier*, (1924) 37 K.B. 63 (1923).

(2) *Supra*, (1924) 62 S.C. 175 at p. 177 (1923-S.C.).

(3) See : *Greenshields v. Duhamel*, (1888) 11 L.N. 250 (1888-C.C.) ;

Ouellet v. Gauvin, (1898) 13 S.C. 542 (1897-C.C.).

whose business has been managed by another in virtue of a « negotiorum gestio » are more extensive than those of the person who is bound in virtue of an innominate quasi-contract. Article 1046 of the Quebec Code, which is almost identical with article 1375 of the Code Napoléon, lays down the responsibilities of the person whose business has been managed by a *negotiorum gestor*. A necessary precedent of this responsibility is that the business should have been well managed, or, in French, « utilement » managed (1). The reason for this requirement is that people should not be encouraged to interfere officiously and without sufficient reason in the affairs of another. But once that condition has been fulfilled the responsibility of the person whose business has been managed is threefold. He must fulfil the obligations that the person acting for him has contracted in his name, he must indemnify him for all personal liabilities he has assumed, and he must reimburse him all necessary or useful expenses (2).

Just here is the distinction between the « negotiorum gestio », giving rise to the sanction of the *actio negotiorum gestorum contraria*, and an innominate quasi-contrat, giving rise to the sanction of the *actio de in rem verso*. In a « negotiorum gestio » the utility of the management of another's business is estimated as of the moment it was completed. Thus if a person repairs a leaking roof in the owner's absence, the owner will be responsible to him in the three respects just outlined, even though the building is destroyed by lightning before he has taken it over. On the other hand, the responsibility of a person in virtue of an innominate quasi-contract is limited to the extent of his ultimate enrichment. If the work done by another on his behalf has been destroyed by a fortuitous event before he has benefited from it, then he has no responsibility, however useful or valuable the work in itself may have

---

(1) See: *Craig v. Dame Gibault*, (1918) 53 S.C. 488 at p. 491 (1914-S.C.) ; *Rousseau v. John Breakey, Limited*, (1919) 56 S.C. 255 at p. 258 (1919-S.C.). *Brasset v. La Corporation de la Paroisse de Grande-Rivière, supra*, (1928) 34 R. de J. 7 at pp. 17 et 18 (1927-S.C.).

See also :

Mignault, V, pp. 309 and 310 ;
Langelier, III, p. 449 ;
Domat, liv. 2, tit. 4, sec. 2, nos. 2 and 3 (ed. Carré, vol. III, p. 247) ;
Pothier, Du Quasi-Contract Negotiorum Gestorum, No. 221 (ed. Bugnet, vol. V, p. 261) ; and the modern French authors.

Domat and Pothier were referred to by the Quebec Commissioners. It might be noted that, if the person whose business has been managed subsequently ratifies the management, he is of course responsible even though it was not well managed. But here he will be responsible in virtue of the contract of mandate and not of a quasi-contract.

(2) Actions against the person whose business has been managed by another are prescribed only by thirty years : *Robitaille v. Grant, supra*, (1924) 62 S.C. 175 at p. 178 (1923-S.C.) ;

Demogue, I. III., No. 50, pp. 81 and 82.

been.

The reason for the more extensive responsibility in the case of the « negotiorum gestio » is perhaps an historical one. A maxim of the ancient law of Rome was, « Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti ». But in later times the law, while still discouraging an officious interference in another's business by requiring that the management of it must be useful, attempted also to encourage people to look after the affairs of strangers where they were genuinely in need of attention. The conditions for the existence of a «negotiorum gestio» must be strictly fulfilled, but if they are the rewards will be correspondingly greater.

There can never be a « negotiorum gestio » unless a person, capable of contracting, of his own accord and intentionally does something lawful in the interest of another, without the knowledge of this latter and without a mandate from him. The first condition required before there can be a quasi-contract of « negotiorum gestio » is that the person who assumes the management of another's business should have done so of his own accord and voluntarily (1). Article 1041 of the Quebec Code speaks of « his lawful and voluntary act », while article 1043 begins, « He who of his own accord assumes the management of any business of another ». The French version of article 1041 and the corresponding article 1371 of the Code Napoléon use the word « volontaire » : the French version of article 1043 and the corresponding article 1372 of the Code Napoléon use « volontairement ».

The use of the words « volontaire » or « volontairement » has given rise to some comment in France. It has been pointed out that they are often employed of a person who has done something with a knowledge of the issues involved and with a certain intention. Some of the French authors have cited the presence of the words in the Code Napoléon in support of their contention that before there can be a « negotiorum gestio », the *gestor* must have intended to manage the business of another. But they are not used in that sense in either of the Codes. They are used there to distinguish the « negotiorum gestio » from obligations arising from the operation of the law solely, obligations which are spoken of as « involontaires » or arising « involontairement » (2). That this is their correct meaning in the Code Napoléon can be proved by a comparison of texts ; that it is their

---

(1) See: *Dame Bilodeau v. Daoust Lalonde, ltée., etc., supra,* (1932) 52 K.B. 22 (1931) the remarks of Mr. Justice Howard, dissenting.

(2) Langelier, III, p. 445 ;
Toullier. XI, No. 28, pp. 36 et seq. ;
Larombière, V. No. 4 on articles 1372 and 1373 C.N., pp. 560 and 561 ;
Demolombe, XXXI, No. 34, p. 31 and No. 76, pp. 72 and 73 ;
Laurent. XX, No. 320, pp. 349 and 350 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2792, p. 1044.
Toullier had been referred to by the Quebec Commissioners.

meaning in the French version of the Quebec Code is shown by the use of the words « of his own accord » as an equivalent in the English version.

The second condition required for the existence of the « negotiorum gestio », and one concerning which there has been much controversy in France, is that the person who assumes the management must have intended to manage the business of another (1). It has been said that the historical justification for the exceptionally heavy obligations imposed upon the person whose business has been managed by another in virtue of a « negotiorum gestio » is to be found in the desire of the law to encourage people to care for the business of others, when it genuinely requires attention. There would no longer be that justification if, for instance, the selfish management of a business a man thought to be his own, but was not, were held to be a « negotiorum gestio ». But all this is not to say that the person who manages the business of another without intending to, and confers a benefit thereby, has no right to remuneration. But the obligations arising from such a situation have their source in an innominate quasi-contract and not in the « negotiorum gestio », their sanction in the *actio de in rem verso* and not in the *actio negotiorum gestorum directa* or *contraria*.

It follows from the requirement that the *gestor* must have intend-

---

(1) *La Compagnie de Peribonka, Ltée., v. Gaudreault*, (1921) 31 K.B. 214 at pp. 216 and 217 (1921) ;
Consolidated Sand Company Limited v. Oka Sand and Gravel Company, Limited, (1928) 66 S.C. 85 at pp. 88 and 89 (1927).
Beaubien, III, p. 252 ;
Pothier, Du Quasi-Contrat Negotiorum Gestorum, No. 185 (ed. Bugnet, V, p. 248) ;
Demolombe, XXXI. No. 77, pp. 73 and 74 ;
Laurent, XX, No. 324, pp. 353 and 354 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2792, pp. 1044 and 1045 ;
Aubry et Rau, VI, No. 441, pp. 300 and 301 ;
Colin et Capitant, II, pp. 720 and 721 ;
Demogue, I.III, Nos. 15 et seq., pp. 28 et seq. ;
Planiol et Ripert, VII, No. 727, pp. 9 and 10.
But see: Langelier, III, pp. 445 and 446 ;
Toullier, XI, Nos. 22 to 24, pp. 30 to 33 ;
Marcadé, V, No. 3 on article 1375 C.N., p. 252 ;
Larombière, V, No. 18 on article 1372 and 1373 C.N., pp. 572 to 574.
Nor is this the view adopted by the jurisprudence in France. See the article of Picard, « La Gestion d'Affaires dans la Jurisprudence Contemporaine », *supra*, vol. 20 Rev. Trim., (1921), p. 419, and vol. 21 (1922), p. 5 ;
Colin et Capitant, II, p. 720 ;
Demogue, I. III., No. 15, pp. 28 et seq.
Whatever may be the answer to the controversial question as to whether there need be an actual intention of managing the business of another, the defendant would of course succeed if he could prove that he was not in reality the owner of the business managed by the plaintiff :
Richard v. Stevenson, (1905) 28 S.C. 188 (1905-C. of R.).

ed to manage the business of another, that there can be no « negotiorum gestio » if he manages the business of another believing it to be his own (1). The intentional administration of one's own affairs cannot amount to a « negotiorum gestio », even if it indirectly procures an advantage to another (2). Indeed in this latter event there will not even be an innominate quasi-contract.

Pothier seemed to go even farther. At least as a theoretical requirement of the « negotiorum gestio », he demanded not only that one should have intended to manage the business of another but that one should have intended to manage the business of a determinate other person (3). The authors however have not followed him (4). In their view it is sufficient for the « negotiorum gestio » if a person intended to manage the business of another, though he may actually have undertaken the management of the business of one person believing it to be another's or even not being sure whose it was. The aim of the law, to compensate those who have acted in the genuine desire to assist somebody else, is here fulfilled.

The third requirement for the « negotiorum gestio » is that the

---

(1) See: *Adams v. Dame Adams*, (1919) 28 K.B. 278 (1918) ;
Dame Bilodeau v. Daoust Lalonde, ltée., etc., *supra*, (1932) 52 K.B. 22 (1931), particularly at p. 31 :
Paquette v. Desaulniers, (1935) 73 S.C. 160 (1934), particularly at p. 168.
Mignault, V, pp. 315 and 316 ;
Pothier, Du Quasi-Contrat Negotiorum Gestorum, No. 189 (ed. Bugnet, V, pp. 248 and 249) ;
Larombière, V. No. 16 on article 1375 C.N., pp. 602 and 603 ;
Demolombe, XXXI, Nos. 81 and 82, pp. 77 to 80 ;
Laurent, XX, No. 324, pp. 353 and 354 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2794, p. 1045 ;
Aubry et Rau, VI, No. 441, p. 300 and footnote 17 ;
Planiol, II, No. 2277, pp. 710 and 711 ;
Colin et Capitant, II, pp. 720 and 721 ;
Demogue, I.III., No. 16, pp. 32 to 34 ;
Planiol et Ripert, VII, No. 727, pp. 9 and 10.

(2) *Price v. Tanguay*, (1905) 14 K.B. 513 (1905), the dissenting opinion of Chief Justice Sir A. Lacoste. The judgment of the King's Bench was reversed by the Supreme Court, (1906) 37 S.C.R. 657 (1906), with special approval of this opinion of the Chief Justice.

(3) Pothier Du Quasi-Contrat Negotiorum Gestorum, Nos. 185 and 194 (ed. Bugnet, V., pp. 248, and 251 and 252 respectively).

(4) Mignault, V, p. 315 ;
Domat, liv. 2, tit. 4, sec. 1, no. 9 (ed. Carré, III, p. 244) ;
Demolombe, XXXI, No. 79, pp. 74 to 76, but see No. 75, pp. 71 and 72 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2793, p. 1045 ;
Aubry et Rau, VI, No. 441, p. 296 ;
Planiol, II, No. 2277, pp. 710 and 711 ;
Demogue, I.III., No. 16, p. 33 ;
Planiol et Ripert, VII, No. 727, p. 10.
But see: Laurent, XX, No. 325, pp. 354 and 355 ;

person who assumes the management of the business of another should have intended to be compensated for his services and disbursements. The quasi-contract of « negotiorum gestio » is « à titre onéreux », and there is no « negotiorum gestio » if the person who managed the affairs of another intended to do so gratuitously (1). The only difficulty here is one of proof. A donation is never presumed, and ordinarily the burden of proof that the services were rendered gratuitously will be upon the person whose business has been managed.

The fourth requirement for the existence of the quasi-contract of « negotiorum gestio » is that the person who assumes the management of the business of another should do so without the knowledge of this latter (2). An even stronger reason of course for refusing to admit a « negotiorum gestio » would be that the person whose business was being managed not only had known of the management but had been opposed to it (3). It should be emphasized once more however that this fourth condition is a condition precedent to a right of recovery by virtue of the quasi-contract of « negotiorum gestio », not of all recovery whatsoever. A person, managing the business of another who knew of the management or was actively opposed to it, might, in the first case, have a right of recovery in virtue of a tacit mandate, in the second, of an innominate quasi-contract.

Article 1372 of the Code Napoléon had provided in part that the obligations of the *gestor* in « negotiorum gestio » arose « Lorsque vo-

---

(1) See *La Compagnie de Péribonka, Ltée. v. Gaudreault, supra* (1921) 31 K.B. 214 at pp. 216 and 217 (1921) :
Consolidated Sand Company Limited v. Oka Sand and Gravel Company, Limited, supra, (1928) 66 S.C. 85 at pp. 88 et seq. (1927).
Beaubien, III, p. 252 ;
Mignault, V, p. 313 ;
Pothier, Du Quasi-Contrat Negotiorum Gestorum, Nos. 185 to 187 and No. 196 (ed. Bugnet, V, pp. 248 and 253 respectively) ;
Larombière, V, No. 19 on articles 1372 & 1373 C.N., p. 574 ;
Demolombe, XXXI, Nos. 84 and 85, pp. 81 to 83 ;
Mourlon, II, No. 1667, pp. 875 and 876 ;
Laurent XX, No. 323, pp. 352 and 353 ;
Huc, VIII, No. 376, pp. 496 and 497 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde XIII, No. 2798, p. 1047 ;
Demogue, I. III., No. 18, pp. 34 and 35.

(2) This requirement was referred to in the following Quebec cases :
Adams v. Dame Adams, supra, (1919) 28 K.B. 278 at pp. 281 and 282 (1918) ;
Consolidated Sand Company, Limited v. Oka Sand and Gravel Company, Limited, supra, (1928) 66 S.C. 85 at pp. 88, 89 and 90 (1927).
See also : Beaubien, III, p. 252 ; Mignault, V, pp. 313 & 314 ;
Langelier, III, p. 445.

(3) See for a reference to this point, *Adams v. Dame Adams, supra,* (1919) 28 K.B. 278 at p. 281 (1918).

lontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore ... ». In a passage already quoted from their First Report the Quebec Commissioners had said of the articles on quasi-contracts that they did not differ materially from the articles of the Code Napoléon, except in the article numbered 63(68) in their draft. Continuing, they wrote :

> « In that article our rule of law is preserved in preference to that adopted in the article 1372 of the French code in relation to the effect which the knowledge of a party whose business is undertaken has upon the quasi-contract *negotiorum gestio*. The old rule is conformable to the principles of the Roman law and ought to be preserved ».

So article 1043 of the Quebec Code now provides that, « He who of his own accord assumes the management of any business of another, without the knowledge of the latter, is obliged to continue the management ... ».

The rule embodied in article 1372 of the Code Napoléon has caused serious disagreement in France. Pothier, following the Roman law, and himself followed by the Quebec authors, had held that where a person was aware that a business of his was being managed by another, and did not protest, a tacit mandate was formed between them (1). He who knows that someone is acting for him and does nothing to prevent it is presumed to have given his consent. There can be no « negotiorum gestio » where there is an express or tacit mandate (2).The French authors were confronted with the problem either of accepting article 1372 of the Code Napoléon literally, and in consequence of denying that there is any such thing as a tacit mandate, or of following Pothier's teaching in face of the express wording of the Code Napoléon, or of attempting to find some point half way between the extreme views represented by these two.

Few of the French authors have gone so far as to deny the existence of a tacit mandate in French law (3). None, so far as the writer knows, have gone so far as Pothier. Those authors who attempt a reconciliation between the views of Pothier and of the Code Napoléon would admit that, when a person whose business is being

---

(1) Pothier, Du Mandat, No. 29, and Du Quasi-Contrat Negotiorum Gestorum, No. 180 (ed. Bugnet, V, pp. 183 and 246 respectively).

(2) There seems to have been a confusion between the « negotiorum gestio » and the tacit mandate, though the former is a quasi-contract and the latter a contract, in :

Granger v. Sicotte, supra, (1911) 40 S.C. 247 (1911-C. of R.) ;
Laferrière, etc. v. Gariepy, (1921) 31 K.B. 256 (1921).
Quesnel v. Bourbonnais, supra, (1930) 36 R.L.n.s. 103 (1930-S.C.).

See also the headnote in *Tourigny v. Wheler,* (1883) 9 Q.L.R. 198 (1883-C. of R.).

(3) But see, Toullier, XI, No. 25, pp. 33 and 34.

managed by another knows of the management and does nothing to interfere, there may be a « negotiorum gestio », but would recognize the possibility of a tacit mandate, and hence would deny that there is always a « negotiorum gestio » in such a case. As it has been expressed, there is a difference between knowing and approving the management of one's affairs by another, and knowing and merely tolerating it (1). In the former case, there will be a tacit mandate ; in the latter, there may be a « negotiorum gestio ». The two can only be distinguished by examining the circumstances of each particular case (2). In view of the change in article 1043 of the Quebec Code it can only be said that in neither case in Quebec law would there be a « negotiorum gestio ».

Other distinctions are made in France by other authors. Some would argue that, when the person whose business was being managed by another knew of the management but was unable to protest, there is a « negotiorum gestio », but if he knew of the management, could have protested, and did not, there is a tacit mandate (3). Others again are of opinion that if before the management began the person whose affairs were about to be administered was aware of what was going to happen and did nothing, then this silence is equivalent to a consent, and there is a tacit mandate. But if the management is begun without his knowledge, even though he subsequently acquire knowledge of it, there can only be a « negotiorum gestio » (4). These subtleties have been avoided in Quebec. By avoiding them, however, the Quebec Commissioners have somewhat limited the possible situations to which the doctrine of the « negotiorum gestio » can be applied in Quebec.

No capacity is required of the person whose business is managed by another in virtue of a « negotiorum gestio ». On the other hand, he who assumes the management must be capable of contracting. This is the fifth requirement for the existence of the « negotiorum gestio ». It is a requirement laid down by article 1041 of the Quebec Code, which applies to all quasi-contracts:

> « A person capable of contracting may, by his lawful and voluntary act, oblige himself toward another, and sometimes oblige another toward him, without the intervention of any contract between them ».

That no capacity is required of the person whose business is managed by another is provided for by article 1042 of the Quebec Code:

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2795, pp. 1045 and 1046.
(2) Marcadé, V. No. 2 on articles 1372 to 1374 C.N., pp. 250 and 251 ; Demogue, I.III., No. 14, pp. 26 and 27.
(3) Larombière, V. No. 15, on articles 1372 and 1373 C.N., p. 571 ; Mourlon, II, No. 1667, pp. 875 and 876 ; Demolombe, XXXI. No. 66, pp. 67 and 68.
(4) Laurent, XX, No. 311, pp. 341 et seq.

> « A person incapable of contracting may, by the quasi-contract which results from the act of another, be obliged toward him ».

The words « capable of contracting » of article 1041, and article 1042, are not to be found in the Code Napoléon. Concerning the addition of the words « capable of contracting », the Quebec Commissioners had nothing in particular to say. But of article 1042 they wrote:

> « It is only necessary further to refer in particular to the articles 62(67) (now article 1042 C.C.) and 67 (72) (now article 1047 C.C.). The former of these is not in the French code, but is necessary as declaring the rule upon a matter which might admit of doubt ».

The Quebec Commissioners in making these additions were simply adopting the opinion of the majority of the French authors who had written up to that time (1). It is suggested however that these changes in the Quebec Code have a significance never contemplated by the Commissioners. The reason given for requiring capacity on the part of the person who assumes the management of another's business, while none is required of the person whose business is managed, is this. The person whose business is managed by another must have no knowledge of the management, and whatever obligations he has are not the result of any act of his. No capacity therefore is required of him. But, say the authors, capacity is required of the person who assumes the management, because there is on his part a manifestation of will, of consent. It is submitted therefore that in Quebec the basis of the quasi-contract of « negotiorum gestio » has, and must always have, so long as the words « capable of contracting » of article 1041, and article 1042, remain in the Quebec Code a subjective element. That element is the intention of the *gestor* manifesting itself in the

---

(1) See for the authors in France supporting the view adopted by the Quebec Commissioners :
Pothier, Des Obligations, No. 115 (ed. Bugnet, II, p. 57) ;
Marcadé, V, No. 3 on article 1374 C.N., pp. 248 and 249 ;
Both these passages in Pothier and Marcadé were referred to by the Commissioners in their report.
See also the following French authors who are of the same opinion :
Demolombe, XXXI, Nos. 91 et seq., pp. 89 et seq. ;
Laurent, XX, No. 308, p. 339, and No. 312, pp. 344 and 345 ;
Huc, VIII, Nos. 379 and 380, pp. 501 et seq. ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, Nos. 2799 & 2800, pp. 1047 & 1048 ;
Aubry et Rau, VI, No. 441, p. 293 and footnote 1 on p. 294 ;
Planiol, II, No. 2278, p. 711, and No. 2282, p. 712 ;
Colin et Capitant, II, p. 721 ;
Demogue, I.III., Nos. 29 and 30, pp. 51 to 55 ;
Planiol et Ripert, VII, No. 729, pp. 11 to 13.
But see the following :
Domat, liv. 2, tit. 4, sect. 1, no. 10 (ed. Carré, III, p. 244) ;
Toullier, XI, Nos. 39 and 40, pp. 47 et seq. ;
Larombière, V, No. 9 on article 1374 C.N., pp. 586 and 587.

act of management. The basis of the « negotiorum gestio » in Quebec can never be, as some of the French authors would have it in France, the mere objective act of management alone. Once more the Quebec Commissioners, in acquiring greater certainty, have, rightly or wrongly, limited the possibilities of development of the « negotiorum gestio ».

The sixth and last condition is that the act of assuming the management of the business of another should be lawful and should not have been undertaken under a mandate. No particular comment is required here. If the act is not lawful the resultant obligations have their source in an offence or quasi-offence, and not in a quasi-contract. If it is undertaken under a mandate there is, not a quasi-contract, but a contract.

Once these six conditions are present and there exists a valid « negotiorum gestio », the responsibilities of the person who has assumed the management of another's business give rise to no particular difficulties. Certain of them are expressly provided for in articles 1043, 1044 and 1045 of the Quebec Code; others will be found in the articles from 1709 onward, which deal with the obligations of the mandatary and which are applicable to the « negotiorum gestio ». These articles will be found to differ from the corresponding articles of the Code Napoléon, but generally the changes are verbal only and require no particular comment.

First, article 1045 provides that the person who assumes the management of another's business is bound to exercise in it all the care of a prudent administrator, all the care of « un bon père de famille » (1). The court however is empowered to moderate the damages according to the circumstances in which the management has been assumed. Article 1045 is practically identical with article 1374 of the Code Napoléon.

Secondly, he is bound to continue the management and to take charge of the accessories of the business either until the business is completed or until the person for whom he acts is in a condition to provide for it himself. If the person for whom he acts dies before the business is terminated, he is obliged to continue the management, and take charge of the accessories, either until the business is completed or until the heir or other legal representative is in a condition to take over the management himself. These are the provisions of articles 1043 and 1044. Where article 1372 of the Code Napoléon in part provided « celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même », the French version of article 1043 reads more accurately « Celui qui ... est tenu de con-

---

(1) See : *Martin dit Versailles v. Grenier, supra,* (1884) 12 R.L. 604 (1884-S.C.).

tinuer la gestion qu'il a commencée, jusqu'à ce que l'affaire soit terminée, ou que la personne pour laquelle il agit soit en état d'y pourvoir elle-même ». Article 1044 differs only verbally from article 1373 of the Code Napoléon, the French version of the Quebec Code employing « la personne pour laquelle il agit » instead of « le maître », « avant que l'affaire soit terminée » for « avant que l'affaire soit consommée » and adding after the word « l'héritier » of the French Code, « ou autre représentant légal ».

Such other obligations as he may have will be found in the articles on mandate. Thus, like the mandatary, the person who assumes the management of another's business is bound to render an account of his administration (1), and pay over what he has received. Article 1713 of the Quebec Code, which lays down these obligations for the mandatary is, however, somewhat broader than article 1993 of the Code Napoléon in that it expressly gives him a right to deduct from the sums received the amount of his disbursements and charges, and a right of retention on any determinate thing in his possession for their payment. Again article 1714, which is almost identical with article 1996 of the Code Napoléon, requires the mandatary, and hence too the *gestor*, to pay interest on the money of the mandator or of the person whose business he is managing, which he employs for his own use. This interest is due from the date of so employing it, and upon any remainder from the time of being put in default.

III

THE QUASI-CONTRACT RESULTING FROM THE RECEPTION OF A THING NOT DUE.

He who has unduly received a thing is obliged in virtue of a quasi-contract to restore it. What has been paid without being legally due must be repaid. The basis of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due is again an ordinary principle of natural justice and equity. A debtor has paid his debt to a person other than his creditor. Ultimately he will be required to pay the true creditor, and if he were not allowed to recover what he had already paid would be forced to pay the same debt twice over. A person other than the debtor has paid the creditor what was owing him. Ultimately the

---

(1) On this obligation see :
Stewart & Stewart, (1896) 5 Q.B. 469 (1896) ;
Boivin v. Rock Shoe Manufacturing Co., (1916) 49 S.C. 24 (1915-S.C.) ;
Consolidated Sand Company Limited v. Oka Sand and Gravel Company, Limited, supra, (1928) 66 S.C. 85 (1927).

creditor will be paid again by the true debtor, and if he were not obliged to return what he had already received would be paid the same debt twice over. What principle of justice in the former case permits a person who has received a payment of which he was not creditor to retain it at the expense of the debtor, or in the latter case permits a creditor who will receive payment from the true debtor to retain at the expense of a person other than the debtor what he has received from him? A debtor has paid his creditor, but he has paid him something he was not obliged to pay. In this, as in the other two cases, the obligation to repay what has been unduly received is based upon the equitable principle expressed in the French maxim, « Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ». Indeed, that maxim receives an even more obvious application in the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due than in the « negotiorum gestio » (1).

The conditions necessary for the existence of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due have been variously stated in Quebec jurisprudence (2). The division that follows is into four. First, one person must have received payment from another. Second, the payment must not have been in virtue of a valid obligation existing between the parties. Third, the payment must have been made through error of law or of fact. Fourth, the person who received the payment must have been capable of contracting.

The first requirement is, then, that one person must have received a payment from another. In the modern law of France and Quebec the thing paid may be either a fungible or a non-fungible, though Pothier had classified the obligation resulting from the payment of a fungible not as giving rise to a *condictio indebiti*, not as the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, but as a separate quasi-contract altogether, to which he gave the name *pro-mutuum*. But though there must be a payment, it does not always follow that the person receiving the payment will be the one obliged

---

(1) Some of the French authors go so far as to treat the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due as a mere appendage of the general topic of « l'enrichissement sans cause ». See for example :
Colin et Capitant, II, pp. 409 et seq. :
Demogue, I.III, Nos. 85 et seq., pp. 139 et seq.

(2) *Haight v. The City of Montreal*, (1887) M.L.R. 3 S.C. 65 (1887) at p. 67, reversed by the Queen's Bench in a judgment reported at (1888) M.L.R. 4 Q.B. 353 (1888), but not on this point ;
Petry et al. v. La Caisse d'Economie de Notre-Dame de Québec (1890) 16 Q.L.R. 193 at pp. 197 and 198 (1889-S.C.), confirmed in a judgment reported at (1892) 19 S.C.R. 713 (1891) ;
Casgrain v. Pacaud, (1892) 2 S.C. 89 at p. 91 (1892-S.C.) ;
Bernard v. Bégin, (1896) 2 R. de J. 230 at p. 231 (1896-S.C.) ;
Corporation de New Rockland v. Torrance, (1902) 21 S.C. 165 at p. 167 (1902-C.C.).

to make the repayment. This would be the case, for instance, where the recipient has received on behalf of another (1). It is true, however, that the person who has made the payment has a right of action based on the quasi-contract for its recovery, and it is not open to the defendant to question the plaintiff's title to the thing paid (2).

It might be well however to emphasize that the basis of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due is the act of *receiving* what was not due, and not as the authors and jurisprudence seem often to suggest the act of *paying* what was not due. Article 1041, which has been quoted already, provides that, « A person capable of contracting may, by his lawful and voluntary act, oblige himself toward another, and sometimes oblige another toward him, without the intervention of any contract between them ». In short, the « act » of which article 1041, and also article 1042, of the Quebec Code speaks is the act of receiving. And in emphasizing this article 1047 is more accurately phrased than article 1048. The point is of importance when it comes to the question of capacity.

The second condition, namely, that the payment must not have been made in virtue of a valid obligation existing between the parties, may be present in any one of three cases. It is present, first, where the payment is made of a debt that does not exist or exists in appearance only, or, second, where a debt exists but where payment is made to a person other than the creditor, or, third, where a debt also exists but where payment is made by a person other than the debtor. Article 1047 of the Quebec Code, of which the first paragraph reads, « He who receives what is not due to him, through error of law or of fact, is bound to restore it; or if it cannot be restored in kind, to give the

---

(1) Thus in *Riberdy v. Tremblay*, (1918) 27 K.B. 385 at pp. 388 and 389 (1918), it was held that where a fine had been illegally collected by the Collector of Revenue, an action for the recovery of the money paid will not be maintained against him. The action should have been directed against the Provicial Treasurer, or some such officer.

In *Brown v. Mowat* (1888) 16 R.L. 170 (1888-S.C.), it was held that a lessee, who, as required by his lease, has paid certain taxes to the lessor, has no right of recovery against the lessor on the ground that he was exempt from taxation, when the lessor has in turn paid them over to the proper municipal authorities. The lessee's recourse if any is against the authorities.

In *Hébert v. Girouard and Martin*, (1931) 37 R. de J. 325 (1931-S.C.), it was held that where payment was made in error to a mandatary, the *condictio indebiti* must be directed against the mandator.

(2) *Johnston, etc., v. Dame Channell*, (1934) 56 K.B. 573 (1934).

See also, *Martin v. National Real Estate & Investment Co. of Canada*, (1922) 60 S.C. 148 (1921-C. of R.), though it should be emphasized that it is not suggested that is was correct to classify either of these cases under articles 1047 and following.

value of it », covers the first situation (1). The same situation is also provided for by article 1140 of the Quebec Code, of which, again, the first paragraph reads, « Every payment presupposes a debt ; what has been paid where there is no debt may be recovered », but article 1140 is of broad application and gives a right of recovery in cases in which, properly speaking, the particular quasi-contract known as the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due is not present. The application of article 1140 will be referred to again.

There is no debt in this sense, not only where no debt exists or where it exists in appearance only, but also where the debt is subject to a suspensive condition, or is due with a term of payment. What has been paid by error in virtue of an obligation subject to a suspensive condition not yet fulfilled can be recovered. So too in Quebec, though not in France, can be recovered what has been paid in error in virtue of an obligation subject to a term of payment not yet expired. Article 1090 of the Quebec Code provides :

> « That which is due with a term of payment cannot be exacted before the expiration of the term ; but that which has been paid in advance voluntarily and without error or fraud cannot be recovered ».

The corresponding article 1186 of the Code Napoléon differs materially

---

(1) The following cases might be cited in which recovery was permitted of a payment made in discharge of a debt that did not exist, or existed in appearance only :

Langlois v. Walton, (1862) 12 L.C.R. 236 (1862-S.C.) ;
Pinsonnault v. Grant, (1897) 12 S.C. 339 (1897-C. of R.).

The commonest example of all is where a ratepayer has in error paid an illegally imposed tax. See :

Dubois v. La Corporation du Village d'Acton Vale, (1870) 2 R.L. 565 (1870-C.C.) ;
The City of Montreal & Walker, (1885) M.L.R. 1 Q.B. 469 (1885) ;
Desjardins v. La Corporation de la Cité de Québec, (1900) 18 S. C. 434 (1900-C.C.) ;
La Cité de Montréal & The Royal Insurance Company, (1906) 15 K.B. 574 (1906) ;
Cloutier v. Ville de la Pointe-aux-Trembles, etc., (1930) 68 S.C. 421 (1929-S.C.).

These cases however must be distinguished from those discussed on pages 314 and in footnotes (2), (3), (4) and (5) to that page, where recovery was permitted because the tax had been paid, not through error, but under compulsion. There is great confusion in the jurisprudence itself, and some of the above cases may be considered to have been misplaced.

It has of course been held that where a debtor has overpaid his creditor he can recover the excess paid. No debt exists with respect to this excess : See :

Kneen & Boon, (1883) 3 D.C.A. 55 (1882-Q.B.) ;
Ménier v. Viau, (1912) 41 S.C. 298 (1911-C. of R.).

See also :

Aubry et Rau, VI, No. 442, p. 310 ;
Planiol et Ripert, VII, No. 738, p. 24.

from article 1090 in that it contains nothing equivalent to the words, « voluntarily and without error or fraud ». Of the addition of these words in article 1090 the Quebec Commissioners wrote :

> « The article 110(122) differs from the article 1186 of that code and perhaps also from our own law by the insertion of the words « voluntarily and without error or fraud ». The number and weight of authorities seem to be in favor of the rule excluding the debtor in all cases from recovering back what he has paid before the expiration of the term. The subject is fully discussed in the books cited under the article and more particularly by Toullier and Marcadé on different sides. The references to the Digest and to Pothier do not support the article submitted but are contrary to it. Nevertheless the equity is clearly with the qualification which the article gives to the rule. The Commissioners are of opinion that the debtor who, through error, fraud or violence, pays at once a debt which he has only obliged himself to pay after a certain time, should be entitled to relief ; and that the article as drawn ought to be adopted either as declaring the law on a doubtful point, or as an amendment to it » (1).

Also, there is no debt in this sense only if the debt does not exists civilly. It is not necessary that there should be no debt, natural or civil, for what has been paid in error in discharge of a natural obligation can be recovered. Thus where a person pays a natural obligation erroneously believing it to be a civil obligation there is a right of recovery (2). This rule is derived from the second paragraph of article 1140, which does not differ from the second paragraph of article 1235 of the Code Napoléon and which reads :

> « There can be no recovery of what has been paid in voluntary discharge of a natural obligation ».

In other words, what has been paid by mistake in discharge of a natural obligation can be recovered. What has been paid in discharge of a civil obligation, even by mistake, of course cannot be.

The word « voluntary » used in this article 1140 has a more extended meaning than the « voluntary » of article 1041 and the words « of his own accord » of article 1043, to the exact meaning of which

---

(1) The following were referred to by the Quebec Commissioners under the article (page references are to the particular edition used in this article). ff.L.1, § 1. De condit & demost., and ff.L. 46 De verb. oblig., which are apparently references to D. 35,1.1, pr., and D. 45,1.46, pr.
Pothier, Des Obligations, Nos. 230 and 231, and 547 (ed. Bugnet, II, pp. 109 and 110, and 288 respectively) ;
Domat, liv. 1, tit. 1, sec. 3, No. 7, and liv. 4, tit. 1, sec. 1, No. 5 (ed. Carré, I, pp. 260 and 261 and IV, p. 337, respectively) ;
Marcadé, IV, Nos. 572 to 574, pp. 452 and 453 ; V, No. 3 on articles 1376 & 1377 C.N., pp. 256 and 257 ;
Duranton, XI, No. 113, pp. 128 et seq ;
Zachariae, III. No. 537, p. 385 and footnote 6 ;
Toullier, XI, Nos. 59 and 60, pp. 73 et seq.

(2) See : *Bernard v. Bégin, supra,* (1896) 2 R. de J. 230 (1896-C.C.) ;
Daoust v. Boileau, (1911) 17 R. de J. 8 at pp. 18 and 19 (1910-C. of R.).

some reference has already been made. In article 1140 the word means not only « freely », that is, that the payment must not have been made under the influence of fraud, violence or fear, but also « without error », that is, that the payment must have been made knowing that the debt was only a natural obligation and need not by law be satisfied (1). This latter meaning is the important one here, since, as has already been said, the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due cannot exist unless the payment has been made in error.

The temptation to discuss the question as to what constitutes a natural obligation must be resisted, interesting as the topic is (2). The Quebec Code refers to the natural obligation only in article 1140. Pothier's discussion of the subject has been criticized by the French authors, but Pothier wrote :

> « Il y a aussi des obligations qui sont seulement des *obligations naturelles*, sans être *obligations civiles*.
>
> Ces obligations, dans le for de l'honneur et de la conscience, obligent celui qui les a contractées à les accomplir ; mais la loi civile refuse l'action à celui envers qui elles sont contractées, pour en poursuivre en justice l'exécution » (3).

In a passage referred to by the Quebec Commissioners (4), Pothier continued that natural obligations were, first, those for the enforcement of which the law denied a right of action because of the disfavour with which it regarded the « cause » from which the obligation arose (5), and, second, those arising from contracts made by persons who though possessing sufficient discernment and judgment to contract are nevertheless declared by law to be incapable of contracting.

---

(1) See : *Daoust v. Boileau, supra*, (1911) 17 R. de J. 8 at pp. 18 and 19 (1910-C. of R.).
Mignault, V, pp. 531 & 532.

(2) The question is discussed at length by most of the authors. See for instance :
Mignault, V. pp. 528 et seq. ;
Laurent, XVII, Nos. 1 et seq., pp. 5 et seq. :
Baudry-Lacantinerie et Barde, XII, Nos. 1652 et seq., pp. 661 et seq. ;
Planiol et Ripert, VII. Nos. 978 et seq., pp. 285 et seq.

(3) Pothier, Des Obligations, No. 175 (ed. Bugnet, II, p. 85), quoted by Mr. Justice Lemieux in *Corporation de New Rockland v. Torrance, supra*, (1902) 21 S.C. 165 (1902-C.C.).

(4) Pothier, Des Obligations, No. 192 (ed. Bugnet, II, p. 91).

(5) In *The Corporation of Quebec & Caron*, (1867) 10 L.C.J. 317 (1866-Q.B.), a pre-Code case, it was held that though a debt is prescribed the natural obligation subsists. It should be noted however that the court had held that the effect of prescription was only to bar the remedy and nothing more, a rule not universally true of modern Quebec. In this particular case recovery of what had been paid in discharge of a debt already prescribed was however permitted because the payment had not been voluntary.

As an example of this latter situation Pothier referred to the case of the married woman who has contracted without her husband's authorization, where such authorization is needed (1). Somewhat more neatly, a natural obligation has been defined as being a duty which one's conscience would oblige one to fulfil, but which one is not compelled by law to fulfil (2). But a natural obligation is something more than a mere moral duty dictated by one's conscience. For this reason it is common to say that there cannot be a natural obligation unless there is a « lien juridique » between the parties.

The second situation, where a debt exists but where payment is made to a person other than the creditor, is, like the first, covered in the Quebec Code by article 1047. A common example of this is where a depositary returns a thing deposited with him to a person other than the depositor (3). The third situation, where a debt exists but where payment is made by a person other than the debtor, is covered by article 1048 of the Quebec Code. Of this article the first paragraph reads, « He who pays a debt believing himself by error to be the debtor, has a right of recovery against the creditor ».

Exceptionally however no right of recovery is allowed when, in the words of the second paragraph of article 1048, « the title has in good faith been cancelled or has become ineffective in consequence of the payment; saving the remedy of him who has paid against the true debtor ». The reason for this exceptional provision is this. The creditor who has cancelled his title, or whose title has become otherwise ineffective, has no means of proving his debt and will in consequence be unable to collect from the real debtor. As between the creditor who has received in good faith and the person who has paid by error the law considers that the loss should fall on the latter (4), If however the person who has paid by error has in this way lost his recourse against the creditor, article 1048 gives him a remedy against the true debtor. This remedy however has its basis in the doctrine of

---

(1) In *Buckley & Brunelle*, (1877) 21 L.C.J. 133 (1873-Q.B.), it was held however that a married woman who has gone surety for her husband in violation of article 1301 C.C., and who has subsequently paid the sum for which she has bound herself, can recover what she has paid, there being no natural obligation, since the payment was forbidden by law and was contrary to public policy.

(2) See *Bernard v. Bégin*, *supra*, (1896) 2 R. de J. 230 (1896-C.C.).

(3) *Hotte v. Rochon, etc.*, (1909) 15 R. de J. 525 (1905-S.-C.).

(4) This defense to an action for the recovery of money paid in error was briefly considered in the following cases :

Buckley & Brunelle, *supra*, (1877) 21 L.C.J. 133 (1873-Q.B.) ;

Petry et al. v. La Caisse d'Economie de Notre-Dame de Québec, *supra*, (1890) 16 Q.L.R. 193 at pp. 198 & 199 (1889-S.C.) confirmed by the Supreme Court, (1892) 19 S.C.R. 713 (1891) without reference to this point ;

Gratton & La Banque d'Hochelaga, (1912) 21 K.B. 97 (1911), confirming (1910) 37 S.C. 324 (1909-S.C.).

undue enrichment at the expense of another rather than in the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due.

The second paragraph of article 1048 differs materially from the corresponding provision of the Code Napoléon. The second paragraph of article 1377 of the Code Napoléon provides :

> « Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du payment, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur ».

In short, the Code Napoléon does not specifically provide that the creditor must be in good faith when he cancels his title, and it contains no equivalent to the words of the Quebec Code, « or has become ineffective in consequence of the payment ». The French authors commenting on their article 1377 were unanimous, however, that the exception contained in the second paragraph of the article only applied if, as is required in Quebec, the creditor were in good faith (1).

The added words in the Quebec Code, « or has become ineffective in consequence of the payment », make the article applicable not only to the case where the creditor has himself cancelled his title, to which the Code Napoléon, if literally interpreted, would be limited but to the case where the debt in consequence of the purported payment has been allowed to become prescribed or where the creditor has lost his recourse against sureties, or a privilege or hypothec guaranteeing the debt. Most of the French authors however have for a long time taught that some such rule as is now embodied in these additional words of the Quebec Code was to be read into the Code Napoléon (2). Indeed many of the French authors express the rule by saying that the second

---

(1) See :
Pothier, Des Obligations, No. 256 (ed. Bugnet, II, p. 119) :
Marcadé, V, No. 4 on articles 1376 and 1377 C.N., pp. 257 and 258 ;
Larombière, V, No. 8 on article 1377 C.N., pp. 646 and 647 ;
Demolombe, XXXI, No. 317, pp. 267 and 268, and No. 319, p. 268 ;
Mourlon, II, No. 1680, pp. 883 and 884 ;
Huc, VIII, No. 396, pp. 524 to 526 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2835, pp. 1064 and 1065 ;
Demogue, I. III, No. 90, p. 150 ;
Planiol et Ripert, VII, No. 742, p. 28.

(2) See :
Duranton, XIII, No. 685, pp. 706 and 707 ;
Larombière, V, No. 10 on article 1377 C.N., pp. 647 and 648 ;
Demolombe, XXXI, Nos. 320 et seq., pp. 268 et seq. ;
Aubry et Rau, VI, No. 442, p. 312 ;
Colin et Capitant, II, p. 414 ;
Demogue, I.III., No. 90, pp. 147 et seq. ;
Planiol et Ripert, VII, No. 742, p. 28.
But see :
Laurent, XX, No. 363, pp. 384 and 385 ;
Huc, VIII, No. 396, pp. 524 to 526 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2836, p. 1065.

paragraph of article 1377 of the Code Napoléon applies every time a creditor cannot be put back in the same position he was in before he received the payment. Once more the Quebec Commissioners in their code were merely adopting the views of the majority of the French commentators.

The third condition necessary for the existence of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, and the one that has received most attention in Quebec jurisprudence, is that the payment must have been made through error of law or of fact on the part of the person paying. As in the « negotiorum gestio », there is also in this quasi-contract a subjective element. In the « negotiorum gestio » the subjective intention to manage the business of another is required ; in the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due the person paying must have thought, mistakenly, that he was indebted to the person he has paid. Without error the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due cannot exist (1), but the error that consists in paying an existing debt in ignorance that

---

(1) See : *Bain & The City of Montreal*, (1884) 8 S.C.R. 252 (1882), confirming the judgment of the Court of Queen's Bench reported at (1882) 5 L.N. 76 (1882). In the decision of the Supreme Court see especially the judgment of Taschereau, J. :

McDonell & Buntin, (1885) M.L.R. 1 Q.B. 1 (1884), especially the judgment of Ramsay, J. ;

Haight v. The City of Montreal, supra, (1887) M.L.R. 3 S.C. 65 at p. 68 (1887), reversed by (1888) M.L.R. 4 Q.B. 353 (1888) but not on this point ;

Corporation de New Rockland v. Torrance, supra, (1902) 21 S.C. 165 at pp. 167 and 169 (1902-C.C.) :

Ross etc., & The King, (1903) 32 S.C.R. 532 at pp. 536 and 537 (1902) : *Girard v. Brunet*, (1912) 18 R. de J. 503 (1912-C.C.).

But see :

La Corporation de Ste. Foye v. Laberge, (1909) 35 S.C. 373 (1909-C.C.), where Acting Chief Justice Langelier held, erroneously it is suggested with respect, that a corporation, unlike an individual, could recover though it has not paid in error.

It is a common phraseology of the courts in Quebec to say that a plaintiff cannot recover if he has paid voluntarily or « en connaissance de cause ». By this is simply meant that he cannot recover in virtue of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due unless there has been error. For this phraseology see :

Caldwell v. Patterson, (1846-47) 2 R. de L. 27 (1811-K.B.) ;

Leprohon & Le Maire etc., de Montréal, (1852) 2 L.C.R. 180 at p. 190 (1851-Q.B.) ;

Fradet & Guay, (1882) 11 R.L. 531 (1882-Q.B.) ;

Corporation de New Rockland v. Torrance, supra, (1902) 21 S.C. 165 (1902-C.C.) ;

Sheffield v. Lighthall, (1908) 14 R.L.n.s. 137 (1907) where the Superior Court held that the plaintiff could not recover because he had paid voluntarily.

Néron v. La Corporation de Roberval, (1908) 14 R. de J., 473 (1907-K.B.).

the contract in virtue of which it was paid could be annulled is not sufficient. This does not mean that a person who has paid knowingly to another to whom he was not indebted may not be able to recover the whole or a part of what he has paid. But whatever right of recovery the person who has paid knowingly has will be in virtue of some quasi-contract other than that resulting from the reception of a thing not due.

Where a person other than the debtor pays an existing debt there is no doubt, from the phraseology of the Codes, that he must have paid in error if he is to recover. Article 1048 of the Quebec Code provides, as has been said already, that, « He who pays a debt believing himself by error to be the debtor, has a right of recovery against the creditor ». The wording of article 1377 of the Code Napoléon is similar. The reason for the rule is obvious. If a person who knows himself not to be the debtor pays willingly a debt of another, as of course by article 1141 of the Quebec Code he is permitted to do, he does so either because he wishes to make a gift indirectly to the real debtor, or because he is acting as the *negotiorum gestor* of the real debtor. In neither case can he recover from the creditor.

Where however payment is made to a person other than the creditor, or where payment is made of a debt that does not exist, it is not quite as clear from the Codes alone that the person making the payment must have paid in error. Article 1376 of the Code Napoléon reads that, « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ». In other words the article of the French Code makes reference to the state of mind of the recipient, but none to that of the person paying. Nevertheless, most of the French authors are of opinion that the person who pays a debt to someone other than the creditor, and the person who pays a debt that does not exist, must also have paid in error if he is to recover in virtue of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due. And this was certainly the opinion of the codifiers of the Code Napoléon (1).

Article 1047 of the Quebec Code differs however from article 1376 in what might at a first glance seem a material degree. In part article 1047 reads, « He who receives what is not due to him, through error of law or of fact, is bound to restore it ; or if it cannot be restored in kind, to give the value of it ». Where the Code Napoléon employs the words « par erreur ou sciemment », the Quebec Code reads, « through error of law or of fact ». What significance has the omission of an equivalent for « sciemment » in the Quebec Code ? It cannot mean that the person who knowingly receives what is not due in Quebec has no obligation to restore. Receiving what one knows

(1) See the « Discours Prononcé par M. Tarrible », to be found in Locré, XIII, No. 15, paragraphs 6 and 7, p. 55.

is not due, bad faith, in Quebec as in France changes the *extent* but not the *fact* of one's responsibility. Nor does the explanation that an equivalent for the word « sciemment » was omitted as superfluous from the Quebec Code, it being obvious that a person who receives knowingly what is not due him must restore it, seem adequate to the writer (1). Rather it is suggested that the Quebec Commissioners meant and intended the words, « through error of law or of fact », to refer to the act of paying rather than to the act of receiving. Such a meaning is not altogether incompatible with the arrangement and punctuation of the English version of article 1047 (2). If the syntax of article 1047 should be considered not to allow of that meaning, then it can only be said that the Quebec Commissioners have erred in suggesting that the person who has received what is not due him must have done so in error if he is to be responsible. In any case it can be said without hesitation that the person who pays to someone other than the creditor or who pays an inexistent debt must, like the person who pays a debt without being the debtor, have paid through error of law or of fact if he is to recover in virtue of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due. It is suggested then that article 1047 should be understood as if it read, « He who receives what is not due to him, through error of law or of fact on the part of the person making the payment, is bound to restore it ; or if it cannot be restored in kind, to give the value of it » (3).

The Code Napoléon says nothing as to the nature of the error required. It has however always been the opinion of the French

---

(1) This is Mignault's explanation. See his Vol. V, the footnote on p. 319.

(2) It must be admitted that it is not as consistent with the French version of article 1047 :

« Celui qui reçoit par erreur de droit ou de fait, ce qui ne lui est pas dû, est obligé de le restituer : et s'il ne peut le restituer en nature, d'en payer la valeur ».

As against this is the fact that the English version of the title on obligations was the first drafted, and to it perhaps greater weight can be given.

(3) In *Ross, etc., & The King, supra*, (1903) 32 S.C.R. 532 (1902), Chief Justice Strong said at p. 537, « The error mentioned in articles 1047 and 1049 is clearly the error of the party paying, not that of the party receiving », (the reference to article 1049 is an obvious mistake for article 1048).

This is further borne out by the passages in Domat and Pothier referred to by the Quebec Commissioners under article 1047. The Commissioners refer, *inter alia*, to :

Domat, liv. 2, tit. 7, sec. 1, No. 5 (ed. Carré, III, p. 280) ;
Pothier, Traité du Quasi-Contrat appelé *Promutuum*, et de l'Action *Condictio Indebiti*, Nos. 132 and 140 (ed. Bugnet, V, p. 101 and pp. 103 and 104 respectively).

It is significant too that the Commissioners did not here refer to Marcadé, though references to him are frequent in their reports. Marcadé (V, No. 1 on articles 1376 and 1377 C.N., pp. 254 and 255) was of opinion that the person who paid a debt that did not exist or who paid to a person other than the creditor could recover even though he had not paid in error.

authors that error of law as well as error of fact was sufficient (1). As has been shown the Quebec Code in article 1047 expressly states that the error required may be of law or of fact. Article 1048 uses the word « error » without amplification, but the same thing must be understood there. Then the error must in addition be excusable (2).

The nature of the error required as a condition of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due was discussed in the important case of *Petry et al. v. La Caisse d'Economie de Notre-Dame de Québec* (3). The plaintiffs here, who were entitled under a substitution to certain shares, which had been pledged by one of their number to the defendant bank as collateral security for a loan made to him personally, sought to recover a sum of money that still another of their number had paid the bank to redeem the shares. The basis of the plaintiffs' action was that the money has been paid through error of law and that they could have recovered the shares without paying the debt, as security for which they had been pledged. Here a debt actually existed and had been paid by persons other than the debtors. But they had not paid believing themselves by error to be the debtors. On the contrary they had paid solely to recover the shares belonging to them. Whatever error there was was in the motive with which they had paid. It was held that they had voluntarily and intentionally paid the debt of another and could not recover. Other cases, to which reference has been made, have held that the error which leads one to pay a natural obligation believing it to be a civil debt is sufficient and sums so paid can be recovered (4).

---

(1) Toullier, XI. No. 63, pp. 79 to 81 ;
Marcadé, V, No. 2 on articles 1376 and 1377 C.N., pp. 255 and 256 ;
Larombière, V. No. 32 on article 1376 C.N., p. 637 ;
Demolombe, XXXI. No. 280, pp. 235 and 236 ;
Laurent, XX. No. 354, p. 378 ;
Huc, VIII, No. 389, p. 517 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2838, pp. 1067 and 1068 ;
Aubry et Rau, VI, No. 442, p. 305 ;
Demogue, I. III., No. 92, pp. 154 and 155 ;
Planiol et Ripert. VII, No. 740, p. 27.
But see : Pothier, Traité de l'Action *Condictio Indebiti*, No. 162 (ed Bugnet, V, p. 111).
This was also the law of Quebec before the codification. See, *Leprohon & Le Maire etc., de Montréal, supra.* (1852) 2 L.C.R. 180 (1851-Q.B.).

(2) See *Gratton & La Banque d'Hochelaga, supra,* (1912) 21 K.B. 97 at pp. 115 et seq. (1911), confirming (1910) 37 S.C. 324 (1909-S.C.) where this point however was not referred to.

(3) (1892) 19 S.C.R. 713 (1891), confirming the judgments of the lower courts. The judgment of Mr. Justice Larue in the Superior Court is reported at (1890) 16 Q.L.R. 193 (1889-S.C.).

(4) *Bernard v. Bégin, supra,* (1896) 2 R. de J. 230 (1896-C.C.) ;
Daoust v. Boileau, supra, (1911) 17 R. de J. 8 at pp. 18 and 19 (1910-C. of R.) ;
Mignault, V, p. 531

The existence of the three conditions just discussed must be alleged and proved by the plaintiff who seeks to recover what he has paid. The burden of proving that the defendant has been paid what the plaintiff seeks to recover, that the payment was not made in virtue of a valid obligation existing between himself and the defendant, and that he, the plaintiff, made payment through error of law or of fact, is upon him (1). To prove the second of these conditions the plaintiff is of course not required to go through the whole gambit of obligations and to prove that none of them apply to his situation. If he prove that he had intended to pay such and such a debt, and that the debt he had intended to pay did not exist, he will have discharged the burden.

There is obviously no error if a person being sued pays a sum of money under protest, reserving to himself the right to recover what he has paid by an action « en repétition de l'indu ». The fact of the protest and reserve shows that the plaintiff had paid « en connaissance de cause » and not in error. See: *Bain & The City of Montreal*, *supra*, (1884) 8 S.C.R. 252 at p. 285 (1882) ;
Girard v. Brunet, *supra*, (1912) 18 R. de J. 503 (1912-C.C.).

(1) The leading case is *Bain & City of Montreal*, *supra*, (1884) 8 S.C.R. 252 (1882), confirming a judgment of the Court of Queen's Bench reported in (1882) 5 L.N. 76 (1882-Q.B.) ;
Leclerc & Leclerc, (1897) 6 Q.B. 325 (1897).

In the following case it was held that the burden of proving the second condition is on the plaintiff ; *Harbec & Menard*, (1913) 22 K.B. 320 (1913), where at p. 323 Cross, J., went so far to say that the plaintiff must prove not only the non-existence of the debt, but also must prove « negatively that there existed no civil or natural obligation to warrant making the payment ».
See also, *Migner & Goulet*, (1902) 31 S.C.R. 26 (1900) and
North Western Employment Agency v. Putnick, (1915) 24 K.B. 285 (1915).

In the following cases it was held that the burden of proving the third condition is on the plaintiff :
La Société de Construction de Montarville & Robitaille, (1881) 1 D.C.A. 225 (1881-Q.B.) ;
Girard v. Brunet, *supra*, (1912) 18 R. de J. 503 at p. 505 (1912-C.C.) ;
Schacter v. Miller, (1914) 20 R.L.n.s. 528 (1914-C. of R.).

See also: Demolombe, XXXI, No. 286, pp. 240 & 241 :
Laurent, XX, No. 368, pp. 390 & 391 ;
Huc, VIII, No. 394, pp. 522 to 524 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2840, p. 1069 ;
Demogue, I.III., No. 92, p. 154 ;
Planiol et Ripert, VII, No. 740, p. 27.

The point is however not quite settled. The following cases suggested that, where there was doubt whether the payment had been made in error, the presumption was in favour of the plaintiff that it had been :
Les Révérendes Dames Religieuses Ursulines des Trois-Rivières v. Les Commissaires d'Ecoles de la Rivière du Loup, (1877) 3 Q.L.R. 323 at p. 325 (1877-C. of R.) ;
Migner v. Goulet, *supra*, (1902) 31 S.C.R. 26 at p. 31 (1900) ;
Ménier v. Viau, *supra*, (1912) 41 S.C. 298 at p. 302 (1911-C. of R.).

See also : Pothier, De l'Action *Condictio Indebiti*, No. 161 (ed. Bugnet, V. p. 111) ;
Mignault, V, pp. 323 and 324 ;
Larombière, V, Nos. 28 & 30 on article 1376 C.N., p. 633 and pp. 634 & 635 respectively.

A few further points of procedure might be referred to here. If the existence of any one of the three conditions discussed is not alleged then of course the action may be dismissed on an inscription in law (1). Where a plaintiff had alleged that he had made a payment under constraint and it was proved that he had made it through error, he will be permitted to amend his declaration to conform to the facts proved even after he has closed his case, such an alteration not being sufficient to change the nature of the action (2). Finally, the *condictio indebiti*, like the *actio negotiorum gestorum contraria*, is prescribed only by thirty years (3).

The fourth condition necessary for the existence of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due is that the person who has received the payment must have been capable of contracting. It has already been said that his is the « act » which is the basis of the quasi-contract, and article 1041 reads, « A person capable of contracting may, by his lawful and voluntary act, oblige himself toward another, and sometimes oblige another toward him, without the intervention of any contract between them ». The same article applies to the « negotiorum gestio ». As too in the « negotiorum gestio » the person whose business has been managed by another need not be capable of contracting, so here the person who in error has paid what was not due need not be capable of contracting. Although it is true that an incapable who has received what was not due is not liable in virtue of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, the authors teach that the incapable is none the less liable to the extent to which he has profited. Analogous provisions are contained in articles 1011 and 1146 of the Quebec Code, which would suggest that the authors are correct in this.

Once these four rather stringent conditions are present, a correspondingly heavy responsibility is placed on the person who has received what was not due. The primary obligation of the recipient is to return what he has received, the identical thing if it is a non-fungible or an equal quantity of the same kind and quality if it is a fungible (4), but this obligation is more or less extensive, depending upon whether the recipient is in bad or good faith. If he be in good faith, says the second paragraph of article 1047 of the Quebec Code,

---

(1) See for instance : *McDonell & Buntin*, *supra*, (1885) M.L.R. 1 Q.B. 1 (1884-Q.B.) ;
Casgrain v. Pacaud, *supra*, (1892) 2 S.C. 89 (1892-S.C.).

(2) *Haight & The City of Montreal*, *supra*, (1888) M.L.R. 4 Q.B. 353 (1888), reversing (1887) M.L.R. 3 S.C. 65 (1887-S.C.).

(3) *Les Révérendes Dames Religieuses, etc. v. Les Commissaires d'Ecoles, etc.*, *supra*, (1877) 3 Q.L.R. 323 at p. 324 (1877-C. of R.).

(4) And of course the recipient must sign such documents as may be required to transfer the title in the thing unduly received to the true owner. See, *Greece v. Greece*, (1911) 39 S.C. 233 (1911-S.C.).

« he is not obliged to restore the profits of the thing received » (1). This second paragraph is printed in the Code in square brackets, indicating that by it the Quebec Commissioners considered they were altering the existing law. It is the only provision of the chapter on quasi-contracts so printed. Of this change the Commissioners in their First Report wrote:

> « Under the article 67 (72) (now the article 1047), a change is proposed in the law to make it correspond with the article 1376 of the French code. It seems more equitable that an innocent party who receives by error in good faith, what does not belong to him, should not be held for the fruits of the thing, which in the great majority of cases he would consume. The subject is discussed by Pothier, as cited under the article and in the note upon page 469, of the first volume of the edition of Domat by Remy » (2).

It would perhaps have been more accurate if the Commissioners had stated that it was their intention to make the law correspond with articles 1376 and 1378 of the French Code. Article 1376 of the Code Napoléon makes no reference whatever to good or bad faith. Even article 1378 says only that the recipient in bad faith is bound to restore the interest and fruits as well as the capital. But certainly the addition to article 1047 of the Quebec Code did express a rule that the French authors had arrived at by an *a contrario* argument from article 1378.

If on the other hand the recipient be in bad faith, he is according to article 1049 of the Quebec Code bound « to restore the sum paid

---

(1) In the following cases it was held that no interest on sums of money unduly received, except of course from the institution of the action, were due, the defendant having been in good faith :

Buckley & Brunelle, supra, (1877) 21 L.C.J. 133 (1873-Q.B.) ;
Wilson v. The City of Montreal, (1878), 1 L.N. 242 (1878-S.C.), confirmed by (1880) 24 L.C.J. 222 (1880-Q.B.) ;
Baylis & The Mayor, etc. of Montreal, (1879) 23 L.C.J. 301 (1879-Q.B.) ;
Seguin v. Les Syndicats de la Minorité Dissidente de la Municipalité de la Pointe Fortune, (1886) 14 R.L. 235 (1886-C.C.) ;
Ross etc., & The King, supra, (1903) 32 S.C.R. 532 (1902), in which it was said that, even admitting for the sake of argument that a person is presumed to know the law, still mere ignorance of the law does not constitute bad faith, and good faith is always presumed.

It will be noted in some of these cases, however, that though the courts referred to articles 1047 and 1049 the facts were not such as to permit, as it seems to the writer, of the existence of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due. It is possible of course that the principle discussed above is applicable to other quasi-contracts as well, but this point is one awaiting authorative decision.

(2) It is not quite clear to which sections of Pothier the Commissioners were referring. Under their article 67(72) they refer to Pothier, Traité de l'Action *Condictio Indebiti,* Nos. 132, 140, 165 and 168 (in the edition by Bugnet used in this article to be found at Vol. V, pp. 101, 103 and 104, 112, and 113 and 114 respectively), but Pothier in these sections does not discuss the point. Pothier, however, did make some reference to the obligation to restore the fruits produced by a thing unduly received at No. 172 (ed. Bugnet, V, p. 115).

The reference to Domat is to his liv. 2, tit. 7, sec. 3, Nos. 3 and 4 (in the edition by Carré used here to be found at Vol. III, pp. 288 and 289).

or thing received, with the interest and profits which it ought to have produced from the time of receiving it, or from the time that his bad faith began ». Article 1378 of the Code Napoléon differs somewhat from this article of the Quebec Code :

> « S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du payement ».

In the first place the Quebec Code requires the recipient in bad faith to restore not only the interest and profits the thing has produced, as the Code Napoléon requires, but also the interest and profits it should have produced. In the second place the Quebec Code provides that the recipient in bad faith is obliged to restore the interest and profits that the thing ought to have produced, either from the time of receiving it or from the time the bad faith commenced, whichever is the later of the two, while the Code Napoléon requires restitution of the interest and profits the thing has produced, without distinction, from the day of the payment. As a result of the first change the rule of the Quebec Code is more onerous for the recipient than that of the Code Napoléon. As a result of the second it may be more lenient for the recipient.

If the thing received have perished or deteriorated, and being a non-fungible cannot be returned in its original form, or being a fungible cannot be returned in kind, the extent of the recipient's responsibility again depends upon his good or bad faith. If the recipient be in good faith both at the time of the reception of the thing not due and at the time of its destruction or deterioration he is not responsible for its loss by a fortuitous event or even through his own neglect. But if he receives the thing in bad faith or after being put in default retains it in bad faith he is responsible for its loss by a fortuitous event, unless the thing would equally have perished or deteriorated in the possession of the owner. Irrespective of his state of mind at the time he receives the thing not due he is bound to restore its value if the destruction or deterioration were due to his bad faith. Article 1050 of the Quebec Code is, to say the least, poorly drafted. but what precedes is an attempt to summarize its provisions. The article, which differs considerably from the corresponding article 1379 of the Code Napoléon, reads :

> « If the thing unduly received be a thing certain, he who has received it is bound to restore its value, if through his fault and his bad faith it have perished or deteriorated, or can no longer be delivered in kind.
>
> If he have received the thing in bad faith, or after having been put in default retain it in bad faith, he is answerable for its loss by a fortuitous event ; unless the thing would have equally perished or deteriorated in the possession of the owner ».

Article 1379 of the Code Napoléon provides :

> « Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute ; il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi ».

Besides the difficulty in the interpretation of article 1050 itself there is an at least superficial conflict between it and the first paragraph of article 1047 of the Quebec Code, the difficulty being caused by the words, « or if it cannot be restored in kind, to give the value of it » of article 1047, which were added by the Quebec Commissioners. No assistance in these difficulties is to be found in the report of the Commissioners.

The section on the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due closes with article 1051, providing that if the recipient sells the thing in good faith he is bound to restore only the price he received for it, and with article 1052 which reads :

> « He to whom the thing is restored, is bound to repay to the possessor, although he were in bad faith the expenses which have been incurred for its preservation ».

Article 1051 is practically identical with article 1380 of the Code Napoléon. Article 1381 of the Code Napoléon is similar to article 1052, except that it lays down that the person to whom the thing is restored must account for « toutes les dépenses nécessaires et utiles » which have been incurred in its preservation.

IV

OTHER QUASI-CONTRACTS

Such are the « negotiorum gestio » and the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, the only quasi-contracts specifically dealt with in the codes of France and of Quebec. As has been said already, the arrangement of the two codes, and particularly that of the Quebec Code, would suggest however that there might be other quasi-contracts in the civil law as well. As has been said, too, Justinian in the Institutes had classed not only the obligations arising from the management of the business of another and from the receipt of a thing not due but also the obligations in certain cases of the tutor towards his pupil, of the joint owner of property who has undertaken its administration to the other joint owners, of joint heirs among themselves, and of an heir to discharge legacies, as arising *quasi ex contractu* (1). Why the codifiers of the Code Napoléon and of the Quebec Code should have chosen to treat in detail two only of the situations mentioned by Justinian and to omit any mention of the others, beyond the fact that the two chosen are the most important, is uncertain. But it seems obvious that no particular significance can be attached to the omission, for both in France and in Quebec there are

(1) Institutes, 3, 27.

certainly a number of quasi-contracts in addition to the two mentioned by name in the Code Napoléon and in the Quebec Code. The problem therefore of evolving a satisfactory definition of the quasi-contract, which could be applied as a test to new situations before they are admitted as quasi-contracts, is of more than academic interest.

The authors in France and Quebec have for long been almost unanimous that other quasi-contracts must be recognized besides the two just discussed in detail (1) Their only uncertainty is in enumerating, classifying and describing the additional quasi-contracts they would admit (2). Most of the authors however would agree that the obligations of a tutor or subrogate tutor who accepts a tutorship he could have refused have their source in a quasi-contract. If the tutor or subrogate tutor could not have refused the charge then his obligations arise from the law alone and not from a quasi-contract. Similarly, the obligations of that one of several co-proprietors who administers property owned in indivision, when no mandate to administer it has been given him by the other co-proprietors and when no partnership exists between them (3), and the obligation of an heir to pay to the legatees the amount of their legacies, have been said to be derived from a quasi-contract. Again, a quasi-contract has been seen as the basis of the obligations of an administrator, provided always that there is no agreement between the parties and only if the administrator could have refused his duties (4). From these examples it will be observed that the authors have generally been content to model themselves upon

---

(1) See for instance :
Mignault, V, p. 307 ;
Pothier. Des Obligations, No. 113 (ed. Bugnet, II, p. 56) ;
Locré. XIII p. 36 (Rapport de M. Bertrand de Greuille, VI, No. 3) ;
Toullier, XI, No. 112, p. 135 ;
Marcadé, V, No. II on article 1371 C.N., pp. 246 et seq ;
Larombière, V, No. 6 on article 1371 C.N., pp. 555 and 556 ;
Demolombe, XXXI, No. 39, pp. 34 to 36 ;
Huc, VIII, No. 375, p. 495 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, No. 2789, pp. 1042 and 1043 ;
Aubry et Rau, VI, No. 440, p. 293 ;
Planiol, II, No. 813, p. 257 ;
Planiol et Ripert, VII, No. 719, p. 2.
But see : Locré, XIII, p. 51 (Discours de M. Tarrible, VII, No. 8) ;
Laurent, XX. No. 309, pp. 339 and 340. This opinion of Laurent has been strongly criticized by Demolombe and Baudry-Lacantinerie et Barde in the passages just referred to.

(2) The best discussion of these additional quasi-contracts known to the writer will be found in C. Bufnoir, « Propriété et Contrat », 2nd, edition, Paris, 1924, at pages 779 et seq.

(3) See Beaubien, III, pp. 182 et seq., who wrote before the codification and was evidently of opinion that this quasi-contract was a part of contemporary Quebec law.

(4) See Larombière in the passage referred to in the third preceding footnote, V, No. 6 on article 1371 C.N., pp. 555 and 556.

Justinian.

The question whether in the civil law of Quebec there are other quasi-contracts beside the two specially dealt with in the Quebec Code is one that has been consistently evaded in the jurisprudence. So far as the writer is aware there is no reported case in the Province in which the question is formally considered. There is indeed only one case known to him, and that a recent one, in which the question is even referred to (1). On the other hand the Quebec courts have on occasion decided a case with an indefinite sort of reference to the general articles 1041 and 1042, and without referring it either to the « negotiorum gestio » or to the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, and where indeed the conditions necessary for the existence of those two quasi-contracts were not present. What are some examples of these, what can best be called, innominate quasi-contracts ?

It has been held more than once that an advocate who has been concerned in the preliminaries leading up to an incorporation has a claim for his fees and disbursements against the corporation when formed (2). The question at once arises as to the juridical basis for this obligation of a newly-formed corporation to pay an advocate for the services rendered in connection with the incorporation. Obviously, the advocate has a claim in virtue of a contract against the individuals who engaged his services, but there is no contract between the advocate and the corporation, which at the time the services were rendered was

---

(1) *Sicotte v. Dame Desmarteaux*, (1935) 73 S.C. 59 (1934), where at p. 62 Mr. Justice Forest gave as one of the reasons of his judgment the following. « Considérant que notre droit civil reconnaît, en principe, toutes les formes de quasi-contrats sanctionnés par la doctrine française et qu'une personne capable de contracter peut s'obliger envers une autre, sans qu'il n'intervienne entre elles aucune convention ».

(2) *De Bellefeuille v. La Municipalité du Village de St. Louis du Mile End*, (1881) 25 L.C.J. 18 (1880-S.C.) ;
Atwater v. The Importers & Traders Coy., (1887) 31 L.C.J. 52 (1886-C. of R.) ;
Archambault v. La Corporation de la Ville des Laurentides, (1890) 19 R.L. 266 (1886-C. of R.) ;
Burroughs v. La Corporation de la Ville de Lachute, (1894) 6 S.C. 393 (1894-S.C.).

For the sake of completeness reference might also be made here to the somewhat analogous case of *Auger & Cornellier* (1893), 2 K.B. (1892), in which it was held that those who allow their names to be used as provisional directors of a projected company are responsible to the advocate who looked after the preliminaries leading up to the incorporation.

The decision in the *De Bellefeuille* case was discussed in an article entitled « Les Corporations peuvent-elles être obligées par quasi-contrats ? », Vol. 2 La Thémis (1880) pp. 193 et seq. See also on this question of the power of a corporation to be bound by a quasi-contract, *Boutelle v. The Corporation of the Village of Danville*, (1874) 6 R.L. 2 (1874-C.C.) and *Corporation de St-Raymond v. Dame Prior*, (1902) 21 S.C. 172 (1902-S.C.) particularly at pp. 182 and 183.

not yet in existence. The courts see in the obligation of the corporation towards the advocate an obligation based upon a quasi-contract. Properly speaking, that quasi-contract is neither a « negotiorum gestio » nor a quasi-contract resulting from the reception of a thing not due. Its sole justification is in the general articles 1041 and 1042.

As to what in this case constitutes the « lawful and voluntary act » referred to in those articles there may be two views. It may be found, on the one hand, in the act of the advocate of preparing and procuring the incorporation, or, on the other, in the act of the corporation, when formed, of using and benefiting from what has been procured by another's efforts. The disadvantage in the former view is that, while article 1042 provides that a person incapable of contracting may by the quasi-contract that results from the act of another be obliged toward him, it does not go so far as to say that a person not in existence at the time of the act can be bound when it has come into existence by the quasi-contract resulting from that act. It is not clear whether article 1042 can be extended so far, and the question is indicated without being answered in the jurisprudence. The important point, however, is that here is a situation in which the courts have recognized the existence of a quasi-contract that is neither a « negotiorum gestio » nor a quasi-contract resulting from the reception of a thing not due.

Another example is to be found in the Privy Council decision in *Price & Neault* (1). Here a local agent had, without a completed contract to purchase, permitted a person to take possession of a plot of land, to effect improvements upon it and in due course to transfer it to the defendant, all with the reasonable expectation of getting a title upon the payment of a fair price. It was held that the landlord, the agent's principal, was bound in virtue of a quasi-contract to transfer the property to the defendant upon payment of the purchase price. Said Lord Hobhouse for the Privy Council, « If Beaudry (the agent) had been the owner, his proceeding to recover the land after Perron and the defendant had bestowed money and labour on it, would have been a glaring injustice ; and their Lordships hold that by his conduct Beaudry laid himself under an obligation, such as in art. 1041 of the Civil Code is called a quasi contract, not to disturb Perron in his possession, and to transfer the land to him or his successors in title on payment of the purchase-money ».

As has been said already in the section dealing with the « negotiorum gestio », the payment of the debt of another, or the accomplishment of something another was obliged by law to do, may amount to a « negotiorum gestio ». It might, in view of the recent extension of the « negotiorum gestio », particularly in France, amount to one even

(1) (1887) 12 A.C. 110 (1886).

though it was an isolated act and not part of a general administration. When the payment however is an isolated act it is probably more correct to explain, as has been done on occasion in Quebec, the obligation of the person whose debt has been paid to reimburse the person who has paid it on the ground of the general articles 1041 and 1042. In *Picard v. Poitras* (1) it was said, « Considérant que le demandeur, en fournissant ainsi, de bonne foi, au fils du défendeur, dans un temps où il n'avait pu en gagner lui-même, des articles nécessaires pour son usage, a exécuté l'obligation du père, et que, sous l'article 1041 du Code Civil, il a le droit de recouvrer du défendeur, sous les circonstances prouvées dans la présente cause, quoique ce dernier n'ait pas été partie à la vente, le prix des dits effets ». There is a right of recovery of course only if the person paying the debt had no intention of conferring a liberality upon the real debtor.

An interesting situation arose in the recent case of *Sicotte v. Dame Desmarteaux* (2). The plaintiff's father, a farmer, had in 1905 when the plaintiff was about four years old entrusted him to the defendant's husband until he should reach the age of majority. The agreement was entered into with no intention of liberality on either side, and the defendant's husband was to support the plaintiff, presumably in exchange for assistance on his farm. At approximately the same time the plaintiff reached the age of twenty-one and the defendant's husband died, but the plaintiff without any express contract continued to work for the defendant. It was held that she was obliged in virtue of a quasi-contract and the doctrine of unjust enrichment at the expense of another to reimburse him for his services. There was of course no « negotiorum gestio » or quasi-contract resulting from the reception of a thing not due in these circumstances (3).

None of the situations just discussed were covered expressly by articles of the Code, except in so far as they are very generally covered by articles 1041 and 1042. Yet there are other situations in which articles of the Code in addition to articles 1041 and 1042 can be found to justify the enforcing of an obligation, but in which all the conditions of a quasi-contract are present. Perhaps the commonest examples of this are the situations covered by article 1140, of which the first

---

(1) (1889) 17 R.L. 355 (1889-C.C.) at pp. 356 & 357.
(2) *Supra*, (1935) 73 S.C. 59 (1934).
(3) The following case might also be referred to in which the general articles 1041 and 1042 were depended upon :
Chevalier v. La Municipalité de la Paroisse de St. François de Salles, (1886) 9 L.N. 290 (1886-C.C.) ;
Laporte v. Gravel, (1889) 17 R.L. 164 (1889-S.C.) ;
Corporation de St-Raymond v. Dame Prior, supra, (1902) 21 S.C. 172 (1902-S.C.), particularly at pp. 182 & 183 ;
Belley v. La Ville de Montmagny, (1920) 58 S.C. 221 (1920-C. of R.), the dissenting opinion of Chief Justice Lemieux ;
Ouellette v. Cité de Montréal, (1932) 70 S.C. 95 (1932).

paragraph reads :

> « Every payment presupposes a debt ; what has been paid where there is no debt may be recovered ».

This paragraph has already been quoted in connection with the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, and it was then said that its application was not limited to that particular quasi-contract. What has been paid where there is no debt can be recovered, says the article, but it can only be recovered if the payment were not made in circumstances such as to suggest that it was made voluntarily and as a gift. In the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due it was the circumstance that the payment had been made through error which proved that it could not have been intended as a gift. But also, other things being equal, a payment made under the influence of violence or fear where no debt existed can be recovered. Again, a payment made in good faith in virtue of an annulable contract, which is subsequently annulled, can be recovered. And again payments made in virtue of a contract without a consideration, or with an unlawful consideration, can be recovered. All these are examples of the extended application of article 1140 to which reference has been made.

The term « quasi-contract » is nowhere used in article 1140 but they are none the less examples of the true quasi-contract, of what we have been calling innominate quasi-contracts, though this is seldom recognized by the courts. Their analogy with the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due must be obvious. Thus back of them all is the idea that one man must not be allowed to enrich himself unjustly at the expense of another. All the conditions necessary for the existence of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due must be present here too, except that instead of the payment being made through error of law or of fact it must have been made in such other circumstances as would suggest that a gift was not intended. This similarity has led to endless confusion in the jurisprudence. The courts seem frequently to be proceeding on the assumption that they are dealing with the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, and frequently they apply the articles on the extent of the recipient's responsibility in the section dealing with that quasi-contract without every considering if they are properly applicable. Those articles may be applicable to the innominate quasi-contracts now to be discussed, but the question is one needing decision after a due consideration of the issues involved. In short the obligations that are to be taken up in a moment do not have their source in the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due. Their sanction is not the *condictio indebiti*. It will be, what were in Roman law one of the other *condictiones*, for instance the *condictio sine causa*, the *condictio causa data causa non secuta*, or the *condictio ob turpem vel iniustam causam*. The essential requirement of

error is lacking.

The obligation then to restore what has been paid under the influence of violence or fear where there was no debt has its source in an innominate quasi-contract. Thus it has been held that a sum of money paid by a father under the threat that his son would be arrested on a criminal charge can be recovered (1). A very common example occurs where a person has paid a tax or licence fee under threat of legal compulsion, and the law or by-law under which it was collected is subsequently found to be *ultra vires* or inapplicable to the particular situation (2). Sometimes the courts will order taxes thus paid under compulsion to be returned to the taxpayer, suggesting erroneously that the right of recovery is based upon the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due (3), but on occasion they will point out correctly that articles 1047 and following have no application to this particular situation (4).

It will be found that in most of the cases in which recovery was allowed of sums illegally collected under compulsion by a municipality, the plaintiff had paid the tax under protest, and some of the cases even seem to suggest that a protest is a necessary precedent to the right of recovery (5). There is no support for the suggestion in the Code, and logically it is equally unjustified. In an action based upon the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, where the debtor must have paid through error of law or of fact, of course in the nature of things he cannot protest, and indeed the fact of his having protested would show that he had not paid in

---

(1) *Martin v. United States Fidelity & Guarantee Company*, (1925) 63 S.C. 231 (1925-S.C.).

(2) See, for instance : *Bisson & City of Montreal*, (1879) 2 L.N. 341 (1879-Q.B.) ;
Lachance v. The City of Montreal, (1895) 7 S.C. 158 (1895-S.C.).
See also the cases mentioned in the footnote on page 295 where however no mention was made of compulsion.

(3) See : *The Corporation of Quebec & Caron, supra*, (1867) 10 L.C.J. 317 (1866-Q.B.) ;
Wilson & The City of Montreal, supra, (1880) 24 L.C.J. 222 (1880-Q.B.), confirming the decision of the Superior Court reported at (1878) 1 L.N. 242 (1878-S.C.).

(4) *Ross, etc., & The King, supra*, (1903) 32 S.C.R. 532 (1902), particularly at pp. 536 and 537 ;
Bissonnette v. La Corporation de St. Joseph de Soulange, etc., (1915) 21 R.L.n.s. 215 (1914-C. of R.).
See also, *Dame Pelletier v. Duchaine*, (1933) 71 S.C. 216 (1932).

(5) See: *Bain & The City of Montreal, supra*, (1884) 8 S.C.R. 252 at pp. 285 and following (1882), and
McCarthy v. City of Hull, (1913) 12 D.L.R. 502 (1913-K.B.) for this suggestion.

error (1). To pay under protest and at the same time to pay through error are two incompatible propositions. But where it is alleged that the payment was made under the influence of violence or fear, and therefore not voluntarily, a protest is useful as showing conclusively that it was not voluntary. Even here, though, it should be considered as an aid to proof only. If no protest is made, and it is none the less sufficiently proved that the payment was made under compulsion or fear, then the right of recovery of what has been paid must be recognized (2). The converse of this proposition is also true, and as a protest is not a necessary precedent to the recovery of what has been paid under the influence of violence or fear, so too a protest alone is not sufficient to cover the absence of violence or fear. As it is expressed, a protest is of no avail if the payment were otherwise voluntary (3).

Of course the protest to be effective, even as an aid to proof, must be in the proper form. Thus it has been held that a protest must specify the amount of the payment and must show on its face that it refers to the payment in question (4). A protest accompanying the payment of an assessment to cover the cost of a sidewalk is insufficient if it simply reserves all recourse in damages based on faulty construction (5).

A case similar to the just discussed and one sometimes confused with it in the jurisprudence of this Province occurs when a person makes a payment in virtue of a contract subsequently annulled by the courts or voluntarily rescinded by the parties to it. In the words of article 991 of the Quebec Code :

> « Error, fraud, violence or fear, and lesion are causes of nullity in contracts ; subject to the limitations and rules contained in this code »,

and of article 1000 :

> « Error, fraud, and violence or fear are not causes of absolute nullity in contracts. They only give a right of action, or exception, to annul or rescind them ».

A payment made in virtue of a contract subject to one of these defects before it has been annulled or rescinded is a payment in discharge of an existing obligation. True it is an obligation that can be rescinded or annulled with retroactive effect, but at the time the payment was made the obligation was an existing one. Though the debtor may have paid

---

(1) *Bain & The City of Montreal*, *supra*, (1884) 8 S.C.R. 252 at p. 285 (1882) ; *Girard v. Brunet*, *supra*, (1912) 18 R. de J. 503 (1912-C.C.).
The case of *Girard v. Brunet* was distinguished in *Bissonnette v. La Corporation de St. Joseph de Soulanges, etc.*, *supra*, (1915) 21 R.L.n.s. 215 (1914-C. of R.).
(2) See : *Bisson & City of Montreal*, *supra*, (1879) 2 L.N. 341 (1879-Q.B.).
(3) *Bain & The City of Montreal*, *supra*, (1884) 8 S.C.R. 252 at p. 287 (1882) ; *Scott v. The City of Hull*, (1911) 39 S.C. 207 (1910-S.C.).
(4) *Scott v. The City of Hull*, *supra*, (1911) 39 S.C. 207 (1910-S.C.).
(5) *Caron v. La Ville de Chateauguay*, (1920) 26 R.L.n.s. 90 (1919-C. of R.).

in error, in this sense that he may not have known that the contract was annulable at the time he made the payment, still he did not pay a debt believing mistakenly that he owed it when he did not. At the time of the payment he did owe it. Indeed it is probably true that if the debtor is to recover here he must have paid at least in ignorance that the contract was annulable, on the theory that the voluntary payment of an annulable contract, knowing it to be annulable, amounts to a ratification, but this error is not the error spoken of in articles 1047 and following. At least it seems to the writer that the justification for the obligation to repay what has been received under an annulable contract subsequently annulled is article 1140 and not articles 1047 and following, an innominate quasi-contract and not the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due (1).

Another distinction should perhaps be made. It is possible to conceive of a contract being annulable on the ground of error, and yet the payment not being made in error in the sense the writer has just stated he considers to be required by articles 1047 and following. Error, if it fulfil the requirement of article 992 of the Quebec Code, is one of the causes of nullity of contracts. But it is, for example, possible to conceive of a contract being annulable on the ground of error on the part of the person who is now being sued for the return of what he has received, and not on the part of the person who has paid. Even where the contract is annulable because of the error of the person who now seeks to recover what he has paid under it, a clear distinction must be made between a *contract* annulable for error and a *payment* made in error.

All this is perhaps of theoretical rather than practical importance. A situation however is now to be discussed that has received frequent attention from the courts. Article 989 of the Quebec Code provides in part that, « A contract without a consideration, or with an unlawful consideration has no effect ». Such a contract is more than annulable; it is radically null and inexistent. And, again, article 1140 must receive application, unless the circumstances are such as to suggest that a payment made in virtue of the inexistent contract was intended as a gift.

Subject to this last exception, sums paid under a contract null for lack of consideration, or paid in virtue of a contract with a future consideration that subsequently fails, must be returned. Thus sums paid under a contract whereby an institution has undertaken to cure a person of the habit of drinking within a period of three days can be recovered when the institution had not fulfilled its undertaking, the

---

(1) See *De Repentigny v. Dame Boucher*, (1918) 24 R.L. n.s. 475 (1917-C. of R.), where a payment was made in virtue of a deed of sale annulled on the ground of error. The court ordered the repayment of the purchase price, but, without making this distinction, seemed to hold that the payment too had been made in error.

contract having failed for lack of a cause or consideration (1). Again where the vendor of a property is unable to furnish his purchaser with a good and valid title he must refund whatever money he has been paid towards the sale price (2). Finally, where an insurance policy is cancelled before the expiration of the term, the company is bound to return the unearned part of the premium (3).

Article 990 provides that « The consideration is unlawful when it is prohibited by law, or is contrary to good morals or public policy » (4). At a first glance there would seem to be no reason why the courts should not recognize the obligation to return what has been paid under a contract, null because of an illegal consideration, as they have recognized the obligation to repay what has been received under a contract lacking a consideration. Both contracts are inexistent. But on occasion the courts of Quebec, like those of France, have made a distinction and have refused to enforce the obligation to repay what has been received under a contract with an unlawful consideration. Unfortunately there is no unanimity in the jurisprudence of modern Quebec as to when the obligation exists and when it does not. The conflicting opinions can perhaps be summed up under three heads (5). There is first of all the opinion, adopted by the Roman law and by the ancient laws of France and of Quebec, that there can be no recovery of what has been paid under a contract of which the consideration is illegal, when the plaintiff himself is a party to the illegality, either alone or in concert with the defendant. Only where the plaintiff is not a party to the illegality can he recover (6). But while that is

---

(1) *Laferrière v. Neal Institute of Canada, Ltd.*, (1915) 47 S.C. 105 (1914-C. of R.).

(2) *Babineau v. Railway Centre Park Co. Ltd.*, (1915) 47 S.C. 161 (1914-S.C.).

(3) *Clement v. Dufresne*, (1913) 19 R.L.n.s. 410 at pp. 417 and 418 (1913-C. of R.) ;
Prevost v. Painchaud, (1915) 21 R. de J. 485 (1915-C. of R.).
See also, *Northern Assurance Company v. Cunningham*, (1930) 68 S.C. 519 (1930-C.C.), where an insurance company was permitted to recover from an agent the amount of the commission, when the policy had been retroactively cancelled on the ground that a substantial part of the risk had not been disclosed.

(4) For a discussion of this ground of nullity in Quebec see J. J. Beauchamp, « De la considération illégale dans les contrats ». (1901) 7 R.L.n.s. 261.

(5) The division that follows is that of Mr. Justice Flynn in *Côté v. Lamarre*, (1916) 22 R.L. n.s. 76 (1914-C.C.), particularly at p. 82.

(6) This seems to have been the view adopted by Mr. Justice Routhier in the frequently quoted case of *McKibbin v. McCone*, (1899) 16 S.C. 126 (1898-S.C.).
See also the judgment of the Court of Review in *Brault & l'Association St. Jean Baptiste*, (1903) 12 K.B. 124 (1901). This judgment had reversed that of Mr. Justice Lemieux in the Superior Court, and was itself confirmed by the Court of King's Bench on slightly different grounds.

probably an accurate statement the emphasis placed upon the rule differed in Roman law, on the one hand, and in the ancient laws of France and of Quebec, on the other. It would seem that the general rule in the ancient law of Rome was that contracts were valid in spite of the immoral or otherwise unlawful nature of their consideration. As an exception to this principle, and only where the plaintiff was in good faith, the classic law permitted recovery of what had been paid by what was called the *condictio ob turpem vel iniustam causam*. Roman law had an exaggerated respect for the position of an actual possessor, and only exceptionally would it alter his position. In the ancient law of France, on the other hand, the general rule was that contracts with an immoral or otherwise illicit consideration were null. What has been paid under such a contract should be repaid. Only where the plaintiff is a party to the immorality or other illegality is his right of recovery exceptionally taken away. Now it becomes common to give as the reason for this that it would be a reflection on the dignity of the court to ask it to consider an immoral contract even to the extent of merely ordering repayment of what had been received under it. Where the maxims of the Roman law, often quoted still in the Quebec courts, such as *ex turpi causa actio non oritur*, or *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, or *ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus*, or *si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo repetitionem cessare*, were equally applicable to the laws of Rome and to the ancient law of France. the more common maxim, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, properly speaking, comes down to us from the ancient French law. No one can be allowed to allege or to invoke his own turpitude.

This opinion has however received little attention in recent jurisprudence, and the real dispute in Quebec is between the exponents of the second and of the third opinions. The second view, which is really only a refinement of the rule of the Roman law and is treated as such by the few French authors who maintain it, has received so much attention from the Quebec courts that it merits separate treatment. According to it a distinction must be made between contracts that are contrary to good morals or to some penal statute and those that are

---

See among the authors : Domat, liv. 1, tit. 18, sec. 4, No. 5. and liv. 2. tit. 7. sect. 2. No. 4 (ed. Carré. III. pp. 120 and 121, and p. 286 respectively : Pothier, Des Obligations, Nos. 43 to 45 (ed. Bugnet, II, pp. 25 et seq.) : Toullier, VI. No. 126. pp. 123 et seq. :
Troplong. XV, Nos. 171 et seq., pp. 346 et seq. ;
Duranton, X, No. 374. pp. 391 and 392 ;
Delvincourt, II, pp. 472 and 473, note 8 ;
Aubry et Rau, VI. No. 442 bis., pp. 321 et seq. ;
and particularly Tzarano, « Etude sur la règle : 'Nemo auditur propriam turpitudinem allegans' », thesis, Paris, n.d.

merely contrary to public order (1). Where the contract is contrary to good morals or to a penal statute, and the plaintiff is a party to the illegality, he will not be permitted to recover what he has paid under it. The reason sometimes given for this is the old one that the facilities of the courts must not be placed at the service of those who are pleading their own turpitude, sometimes, that public policy requires that a person who has been a party to an immoral contract must be punished by refusing him the right to recover what he has paid. Where on the other hand the contract is merely contrary to public policy, or is prohibited by some law other than a criminal statute, the person who has made a payment under it is allowed to recover. He is similarly permitted to recover even if the contract was contrary to good morals or to a penal statute if he was not a party to the illegality. The distinction in practice is an arbitary one, but the weight of Quebec jurisprudence is in favour of it.

The third opinion, which has received the support of the majority of the French authors, was first authoritatively explained in this country by Mr. Justice Girouard in the case of *The Consumers Cordage Company & Connolly* (2). No such distinctions as those just discussed are recognized. As Mr. Justice Girouard said, « The broad rule must be established that, under the Code, moneys advanced or paid, not being the profits of the illegal, or even immoral or criminal adventure or contract, can always be recovered back by the advancing party, whether or not he be a principal to the same », and again, « In all cases of illegal, immoral or criminal contracts, the parties should be

---

(1) The leading case is, *Rolland & La Caisse d'Economie Notre-Dame de Québec*, (1894) 3 Q.B. 315 (1894), the judgment of the majority being rendered by Bossé, J. The judgment of the Superior Court under the name, *In re J. A. Langlais & La Caisse d'Economie Notre-Dame de Québec, etc.*, which was reversed, is reported at (1893) 4 S.C. 65 (1893-S.C.). An appeal to the Supreme Court from the judgment of the Queen's Bench was dismissed without reference to the distinction referred to above, (1895) 24 S.C.R. 405 (1895) ;
Paquet v. Dame Pepin dit Lachance, (1902) 22 S.C. 155 (1902-S.C.) ;
Brault v. l'Association St. Jean Baptiste, *supra*, the decision of Lemieux, J., in a decision reversed by the Court of Review and by the Queen's Bench. All three judgments can be found at (1903) 12 K.B. 124 (1901) ;
Belzile v. Godbout, (1911) 40 S.C. 469 (1911-C. of R.) ;
Côté v. Lamarre, *supra*, (1916) 22 R.L.n.s. 76 (1914-C.C.) ;
Guay v. Vézina, (1920) 58 S.C. 104 (1919-C. of R.) ;
Courteau v. Mlle. Viau, (1920) 58 S.C. 257 (1920-C. of R.) ;
Hébert v. Sauvé, (1932) 38 R.L.n.s. 410 (1932-S.C.).
See also : Larombière, I, No. 10 et seq., on article 1133 C.N., pp. 306 et seq., and No. 29 on the same article, pp. 332 et seq.

(2) (1902) 31 S.C.R. 244 (1901). See also, *Leclaire v. Casgrain*, (1887) M.L.R. 3 S.C. 355 (1887-S.C.).
The decision in *The Consumers Cordage Company & Connelly*, has been followed by Chief Justice Lacoste, dissenting from the judgment of the

replaced where they stood before the illegal act was committed » (1). Unfortunately for the sake of clarity this rule was modified by a further statement of Mr. Justice Girouard, of which the exact effect is somewhat uncertain. « There may possibly be cases », he wrote, « where the sense of justice would be so shocked as to close its eyes and ears and turn the rascals out of court the moment the true character of the suit is revealed, for instance, a demand to recover back moneys paid to commit murder or other atrocious crimes, although I do not wish to express any opinion upon a supposition of that kind ».

There is a great deal to be said for the view expressed in the first two quotations from Mr. Justice Girouard's judgment. The distinction between the plaintiff in good faith and the plaintiff in bad faith made by the exponents of the first view, and the distinction between a contract contrary to good morals or to a penal statute and a contract merely contrary to public order, made by the exponents of the second, will be found nowhere in the Civil Code. More particularly, no such distinctions are made, in articles 989, 990 and 1140. Those articles suggest the general rule that what has been paid in virtue of an annulable or null contract can be recovered. It is significant, first, that where, exceptionally, there is to be no right of recovery, as for instance of what has been paid in voluntary discharge of a natural obligation or in discharge of a gambling contract or bet, the Code expressly so provides (2). Again, it seems hardly logical to refuse a right of recovery on the ground that the law should not extend its protection to a person who has been a party to an immoral contract. Generally the law must choose between two parties who are equally guilty. To refuse a right of recovery to the plaintiff is to reward the equally guilty defendant who is permitted to retain what he has unlawfully received. Finally, as the authors point out, article 989 provides in part that, « A contract without a consideration, or with an unlawful consideration has no effect ». To refuse to order the repayment of what

---

majority of the Court of King's Bench, in *Brault v. l'Association St. Jean Baptiste*, *supra*, (1903) 12 K.B. 124 (1901), and in the following cases: *Lefebvre v. Foucrault*, (1915) 21 R.L.n.s. 416 (1915-C. of R.) ; *Lapointe & Messier*, (1914) 49 S.C.R. 271 (1913), though some of the judges seemed actually to be adopting the distinction made in the Rolland case.

See also : Marcadé, IV, No. 458, pp. 378 and 379 :
Demolombe, XXXI, Nos. 431 et seq., pp. 363 et seq. ;
Laurent, XVI, Nos. 162 et seq., pp. 218 et seq. ;
Huc, VIII, No. 392, p. 521 ;
Baudry-Lacantinerie et Barde, XI, No. 316, p. 323 ;
See also : Planiol, II, Nos. 845 and 846, pp. 268 and 269.
Planiol et Ripert, VII, Nos. 748 et seq., pp. 36 et seq.

(1) See pages 301 and 303, respectively, of the Supreme Court's judgment.

(2) Articles 1140 C.C. and 1927 C.C., respectively.

has been paid in discharge of such a contract would seem to be to give it some effect. For these reasons the writer inclines to the opinion expressed by Mr. Justice Girouard in the case of *The Consumers Cordage Company & Connolly,* but there is no certainty in the jurisprudence (1).

One criticism may perhaps be made of the classification of the obligation to return what has been paid under a contract with an unlawful consideration as arising from a quasi-contract. Article 1041 of the Quebec Code provides that a person capable of contracting may « by his lawful and voluntary act » oblige himself toward another and sometimes another towards him. In the case of payments under an unlawful contract, whether the « act » that is the basis of the quasi-contract be the act of receiving or the act of paying, it would seem equally to be unlawful and to violate article 1041. The answer to the criticism is to be found in the history of the article. The corresponding article of the Code Napoléon contains no equivalent for the word « lawful ». French authors commenting upon it have consistently pointed out what they considered the omission in it, and have stated that the Code should have provided that the « act » must be « licite », so as to distinguish quasi-contracts from offences and quasi-offences. The word « lawful » then in article 1041 has a very restricted meaning. More accurately the article might provide that a person capable of contracting may « by a voluntary act not amounting to an offence or quasi-offence » oblige himself toward another and sometimes another toward him. In that sense article 1041 is not an argument against classifying the obligation to repay what has been received under a contract with an unlawful consideration as arising from a quasi-contract.

The Code furnishes many other examples, in addition to article 1140, of articles in which a quasi-contractural obligation is recognized. Certainly these obligations, though they are laid down by express articles of the Code in which the word « quasi-contract » does not

---

(1) Certain cases of course have ordered the repayment of what has been received without giving much clue as to the judge's attitude on this point. See for example :
La Banque de St-Hyacinthe v. Sarrazin, supra, (1892) 2 S.C. 96 (1892-S.C.) ;
Décary v. Pominville, (1896) 2 R. de J. 306 (1890-S.C.) ;
Dame St-Sauveur v. Gatien, (1920) 58 S.C. 95 (1920-C. of R.) ;
Massé v. Gatien, (1921) 27 R.L.n.s. 411 (1921-C. of R.) ;
Levine v. Sherwin, (1932) 38 R. de J. 264 (1932-S.C.) ;
Other cases have dismissed the action « en répétition », also without much clue. See for example :
Massue & Dansereau, (1867) 10 L.C.J. 179 (1865-Q.B.) :
La Compagnie Montréal-Canada contre l'Incendie v. Therrien, (1909) 15 R. de J. 64 (1908-S.C.) ;
Aubut v. Gareau, (1918) 27 K.B 474 (1918).

appear, cannot be said to result from the operation of law solely. They do not, to use the words of article 1057, result « from the sole and direct operation of law, without the intervention of any act, and independently of the will of the person obliged or of him in whose favor the obligation is imposed ». Thus the obligation of the proprietor of the soil who has constructed buildings or works with materials which do not belong to him to pay their value, provided for by article 416, is a quasi-contractual obligation. So too are the obligations arising where improvements have been made by a possessor with his own materials, provided for by articles 417, 418 and 419. Another example is the obligation of those benefited to make good the loss of the cargo or ship sacrificed at sea in time of peril to save the ship or passengers, which is provided for by article 2450 under the name of general average. If space would permit many other articles could also be cited in which a quasi-contractual obligation is recognized (1).

The courts in Quebec, then, though they have never, with the one exception referred to, expressly held that there are other quasi-contracts besides the two specifically dealt with in the Code have on occasion looked for justification in enforcing an obligation to the general articles 1041 and 1042, and in doing so have tacity admitted that there were others. Reference has been made to cases in which these articles 1041 and 1042 have been depended upon. Reference has also been made to certain other articles of the Quebec Code in which, though no reference is made to the doctrine of the quasi-contract, obligations are laid down which might, and the writer feels should, be also classed as quasi-contractual. It only remains now to refer to a series of cases in which the Quebec courts have enforced an obligation without basing it upon any particular article of the Code, even upon the general articles 1041 and 1042, and without reference to the quasi-contract. Instead, in the cases that follow, the courts proceeded upon same vague theory of natural justice, which when analysed proved to be nothing more than the old idea that no one must be permitted to enrich himself unjustly at the expense of another. Actually the cases now to be discussed might have been justified, it seems to the writer, by the general articles 1041 and 1042 and the doctrine of the quasi-contract.

---

(1) Mignault in an article entitled « L'enrichissement sans cause » (La Revue du Droit, XIII (1934), p. 157), in a footnote on page 161, refers to a series of articles in which he sees an application of the doctrine of undue enrichment at the expense of another. They are indeed an application of that doctrine, but many of them are, with respect, also examples of quasi-contractual obligations. The following articles are there referred to : 410, 416, 417, 419, 430, 434, 435, 438, 473, 474, 582, 729, 731, 740, 947, 958, 965, 1011, 1046, 1146, 1279, 1296, 1303, 1304, 1308, 1376, 1382, 1397, 1461, 1640, 1654, 1801, 1855, 1867, 2072.

The frequently quoted *Paquin v. Grand Trunk Ry. Co.*, (1) is an example of this. In that case a collision had taken place between two trains belonging to the defendant company. The victims had been taken to a hospital in Levis and were there attended by physicians summoned by the company. The plaintiff, a physician practising in Quebec, hearing that there were insufficient medical men on hand to care for the large number of patients, crossed to Levis and rendered assistance, though his services had not been formally required by the company or its agent. The court held as a fact that there had been no contract between the plaintiff and the company. It held further that before the plaintiff arrived there had been insufficient doctors on hand to care for the victims. Although there was no contract, the defendant company had therefore benefited from the plaintiff's services and was bound to reimburse him. No mention was made of the quasi-contract.

In *La Cité de Québec & Mahoney* (2) what threatened to be a serious fire had started in the St. Roch quarter of Quebec. To stop its progress the municipal authorities caused a house belonging to the plaintiff to be destroyed. Although the fire was actually stopped before it reached the plaintiff's house, the court held the municipality liable for its value on the ground that the demolition had been in the interest of the municipality. Again no mention was made of the doctrine of the quasi-contract.

In the sections on the two quasi-contracts dealt with as such in the Code it has been said that there may be an enforceable obligation though one or more of the conditions required for the « negotiorum gestio » or the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due is lacking. In accordance with this principle, the court in *La Compagnie de Péribonka Ltée v. Gaudreault* (3), held that where a person, believing that he is acting in his own interest, actually looks after the business of another, he has a recourse up to the extent of the benefit conferred. Here the essential condition of the « negotiorum gestio », that the *gestor* must have acted with the intention of managing the business of another, was lacking. Frequent reference was made in this case to the *actio de in rem verso* and the doctrine of undue enrichment.

---

(1) supra, (1896) 9 S.C. 336 (1896-C. of R.). This case was referred to with approval in the judgments of Anglin, C.J.C., and of Mignault J. dissenting, in *Regent Taxi & Transport Company & La Congrégation des Petits Frères de Marie, etc.*, (1929) S.C.R. 650 (1929). The Supreme Court's judgment was reversed by the Privy Council, (1932) A.C. 295 (1932), without reference to this point. It was also referred to with approval in *Robillard v. Robillard*, (1935) 41 R.L.n.s. 346 (1935-S.C.) and in *Zaid v. Delicato*, (1910) 37 S.C. 159 (1909-C. of R.).

The case of *Wark v. The People's Bank of Halifax*, (1900) 18 S.C. 486 (1900-C.C.) might also be cited here.

(2) (1901) 10 K.B. 378 (1901).

(3) *supra*, (1921) 31 K.B. 214 (1921).

In *Lafleur v. Dame Damiens* (1), the facts were these. The plaintiff, a painter, had under a contract with the defendant's husband done a certain amount of painting on a house belonging to the defendant. The court held that the defendant had benefited from the plaintiff's work and, in virtue of the rule that one cannot enrich oneself at the expense of another, was liable. The decision is perhaps a little unsatisfactory in that the court, though it held that the work had been done with the knowledge of the defendant, did not appear to decide on the plaintiff's allegation that her husband in ordering the work had been acting as her agent.

Another example occurs where a person sued for a debt he has already paid sees judgment go against him because, for instance, he is unable at the time to prove payment. Assuming for the moment that he does not, or cannot, attack the judgment rendered against him and is therefore required to satisfy it with costs, he is permitted to recover what he had previously paid, this time of course upon proving the payment (2). But the obligation of the creditor to restore what he had previously received does not arise, as might be thought at a first glance, in virtue of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due. When he received payment of the original debt, upon which he has subsequently sued, the debt was actually due him. Nor was the payment made to him through error of law or of fact. Two conditions required for the existence of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due are therefore lacking. Nor is it easy to see how article 1140 can justify the obligation to return what has been received in these circumstances. That justification can only be found in the general articles 1041 and 1042.

---

(1) (1931) 69 S.C. 79 (1930-S.C.).

The following cases, which, while they turned on different circumstances, were decided on the same principles, might perhaps be referred to here :

Gouge v. Beaumont, (1898) 14 S.C. 527 (1898-S.C.) ;
Gray v. Perley, (1913) 44 S.C. 418 (1913-C. of R.) ;
Marion v. Marion, etc., (1925) 63 S.C. 385 (1925-S.C.) ;
Gelinas v. Quessy & Dame Massicotte, (1933) 71 S.C. 136 (1932-S.C.).

(2) See : *Mulholland v. Morrison*, (1885) 11 Q.L.R. 35 (1883-S.C.) ;
Rohdt v. Gagnon, (1888) 11 L.N. 186 (1888-C.C.) and for an analogous case, *Cornell & Richard*, (1878) 1 L.N. 471 (1878-Q.B.).

See also :

Toullier, X, Nos. 126 and 127, pp. 108 and 109 ;
Duranton, XIII, No. 474, pp. 502 and 503 ;
Larombière, V, No. 162 on article 1351 C.N., pp. 335 et seq. ;
Laurent, XX, No. 154, pp. 187 to 189.

It must be emphasized however that we are here referring to the debtor's right to recover what he had paid on the ground that he has subsequently satisfied a judgment for the same amount, not to his right to recover what he has paid under the judgment on the ground that he had previously paid the same debt.

V

THE DOCTRINE OF UNDUE ENRICHMENT AT THE EXPENSE OF ANOTHER AND A DEFINITION OF THE QUASI-CONTRACT

The civil law governing the quasi-contract is just entering that stage of development in which the need of a definition is realized. It is typical of the evolution of most legal doctrines that it proceeds from specific instances to generalizations. The doctrine of the quasi-contract in Roman and in primitive French law had not developed beyond the stage of specific instances, and neither the Roman nor primitive French law attempted to find a principle common to the instances if recognized as quasi-contracts. Though the need for a definition has been recognized in the modern civil law, the actual search for one has not progressed since the time of Toullier, and no authoritative definition can be given even now which could be supported by reference to the jurisprudence and doctrine. So far as the writer is aware no attempt has yet been made in the Province of Quebec to formulate one. The present article at this point, then, ceases to aim at describing the law as it is and attempts, perforce, to suggest what it might or should be.

In one sense, of course, the law is ultimately the source of all obligations. In the last analysis the sanction, without which there would be no such thing as an obligation, is imposed by the law. But given this ultimate source, few obligations have not another and more immediate source. There are few obligations, in the words of the Code, that result « from the sole and direct operation of law, without the intervention of any act, and independently of the will of the person obliged or of him in whose favor the obligation is imposed ». Thus certain obligations arise from contracts and have their immediate source in the agreement of the parties to the contract. Others arise from offences and quasi-offences and have their immediate source in an act, which the law considers as reprehensible and as a fault. Still others arise from quasi-contracts and also have their immediate source in an act, but here it is specified that the act must be lawful and voluntary, that is, voluntary and not such as to amount to an offence or quasi-offence. Can anything else be said of the act that is the immediate source of the quasi-contract ?

The older French writers were in the habit of saying that the quasi-contract was based upon a principle of natural justice and equity (1). More recently, and as part of a tendency exhibiting itself in many other branches of the law, it has become fashionable to empha-

(1) See, Locré, XIII, p. 29 (Exposé de Motifs par M. Treilhard. V. No. 5), and XIII, pp. 34 and 35 (Rapport par M. Bertrand de Greuille, VI, No. 1).

size the social justification for the doctrine (1). It is necessary however, and should be possible, to be more specific and to find the particular principle of natural justice and equity that is the basis of the quasi-contract. The answer must surely suggest itself by this time. The principle is surely the same that finds expression in so many articles of the Code Napoléon and the Quebec Code, the principle, namely, that a man must not be permitted to enrich himself unduly, unjustly, at the expense of another. That principle, it has been shown, is certainly back of the « negotiorum gestio », the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, and all the obligations that have been classified as arising from one of the innominate quasi-contracts. The writer now suggests that it is much more than that, that it is the *sine qua non* of a quasi-contract.

The following then is offered as a definition of the quasi-contract. There is a quasi-contract when by a voluntary act, not amounting to an offence or quasi-offence, one man is unduly and unjustly enriched at the expense of another, who in turn is impoverished to his benefit (2). In the case of specific quasi-contracts, such as the « negotiorum gestio » or the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, other conditions must of course be present, but that is a general definition. What is undue or unjust enrichment at the expense of another is in the final analysis for the court to decide.

---

(1) See, Demogue, I.III, No. 3, pp. 4 et seq.

(2) See : Toullier, XI, No. 112, p. 135 and No. 20, pp. 28 and 29 ;
Bufnoir, « Propriété et Contrat », particularly at pp. 455 and 456, and p. 780 ;
Planiol, II, No. 812 ,pp. 255 and 256, and No. 813, p. 257.
See also : Demogue, I.III., No. 3, p. 7 ;
Planiol et Ripert, VII, No. 719, p. 2.
The following cases also seem to furnish some support for thus fusing the doctrine of unjust enrichment with the quasi-contract :
De Bellefeuille v. La Municipalité du Village de St. Louis du Mile End, supra, (1881) 25 L.C.J. 18 (1880-S.C.) where at p. 19 is to be found the following, « The law makes the *quasi*-contract to spring not from capacity or completeness of power, but from a fact, — a benefit ; therefore, if the defendant has power to be benefited it would seem it ought to be bound » ;
Langlois v. Labbé, (1914) S.C. 373 (1914) particularly at pp. 376 & 377 ;
Belley v. La Ville de Montmagny, supra, (1920) 58 S.C. 221 (1920-C. of R.), the dissenting opinion of Chief Justice Lemieux ;
Lemieux Automobile Reg'd v. Lalonde. (1931) 69 S.C. 345 (1931-S.C.) ;
Dame Bilodeau & Daoust Lalonde, ltée, etc., supra (1932) 52 K.B. 22 (1931), the introductory remarks of Rivard, J. ;
The Merchant's Coal Supply Co., v. Dame Ellison, etc., (1934) 40 R. de J. 4 (1933-C.C.), where at p. 15 Mr. Justice Archambault said, « Néanmoins si, après avoir considéré les éléments contractuels, on en conclut — ce qui est encore possible — qu'il n'y a pas eu accord de volonté, ch ! bien alors on en pourra venir à l'action d'enrichissement sans cause qui est quasi-contractuelle » ;
Sicotte v. Dame Desmarteaux, supra, (1935) 73 S.C. 59 (1935-S.C.).

This definition, embodying as it does the idea of undue enrichment at the expense of another, at once suggests a difficulty. Neither the Code Napoléon nor the Quebec Code anywhere lays down the general rule that no one shall unduly and unjustly enrich himself at the expense of another. But the recent *doctrine* of France and Quebec seems to make of that principle a sort of sixth source of obligations, a source additional to the five mentioned in article 983 of the Quebec Code (1). This conception of it finds expression in the statement that the rule, to the effect that no one shall unduly and unjustly enrich himself at the expense of another, has application only when a plaintiff has no other recourse either in virtue of a contract, of an offence or quasi-offence, or of a quasi-contract.

Now it is certainly true that the great majority of cases in which an obligation was enforced as having its source in that principle could equally well have been decided by a recourse to one of the innominate quasi-contracts. Indeed for Quebec the writer does not know of a single case in which the court could not with propriety have seen a quasi-contract. So strong is the impression left by a reading of the jurisprudence that the writer was at first inclined to conclude that the doctrine of the quasi-contract and the doctrine of undue or iniust enrichment at the expense of another were, as independent sources of obligations, mutually exclusive. It was possible to conclude, as had been done, that the category of the quasi-contract was superfluous (2). On the other hand both codes had recognized the quasi-contract, which in practice was based on the idea of undue enrichment, and so long as the present codes were in force one was compelled to give effect to their classification. That meant, in the writer's opinion, that there was no such thing as an independent source of obligations based

---

(1) For a discussion of the doctrine of undue enrichment at the expense of another and of its sanction, the *actio de in rem verso*. see :
Mignault, « L'enrichissement sans cause », Vol. 13 La Revue du Droit (1934), pp. 157 et seq. ;
Ripert et Teisseire, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause », Vol. 3 Rev. Trim. (1904), pp. 727 et seq. ;
Renard, « Etude sur les conditions de l'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne », Vol. 19 Rev. Trim. (1920) pp. 243 et seq. ;
Raoust, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », Vol. 21 Rev. Trim. (1922) pp. 35 et seq. ;
Mosoiu, « De l'enrichissement injuste, étude de droit comparé », thesis, Paris, 1932 ;
Gutteridge & David, « The Doctrine of Unjustified Enrichment », Vol. 5 The Cambridge Law Journal (1934), pp. 204 et seq.
See also the recent authors such as Demogue, Planiol et Ripert, and Bonnecasse in his supplement to Baudry-Lacantinerie and in his « Précis de Droit civil ».

(2) See for instance Colin et Capitant. Also, both the German and Swiss Codes have treated only of obligations arising from contracts, of those arising from unjust enrichment, and of those arising from illicit acts.

on undue enrichment.

One difficulty in the way of this uncompromising conclusion however arose. Article 1041 of the Quebec Code provides that a person capable of contracting may by his lawful and voluntary act oblige himself toward another and sometimes another toward him, and article 1042, that a person incapable of contracting may by the quasi-contract resulting from the act af another be obliged toward him. Now there may be undue enrichment at the expense of another when the « act » that gives rise to the enrichment was not the act either of the person enriched or of the person impoverished. The enrichment, say the French authors, may conceivably have been caused by a fortuitous event or irresistible force, or by the act of a third person altogether. When this was the case, how could the situation be reconciled with the characterization of the quasi-contract given by articles 1041 and 1042 ? The answer that at once suggests itself is that the mere act of unduly enriching oneself at the expense of another is such an act as those articles require. The difficulty in that answer is that articles 1041 and 1042, taken literally, mean that the person whose act has resulted in the quasi-contract must be capable of contracting, while on the other hand it has been frequently held in France that a person incapable of contracting can be obliged in virtue of the doctrine of undue enrichment. All of which would suggest that the act of unduly enriching oneself was not the kind of act required by articles 1041 and 1042. Here is a dilemma. Either there is a place for the doctrine of undue enrichment, considered as an independent source of obligations, in those exceptional cases in which the enrichment is the result of a fortuitous event or irresistible force or of the act of a third person, or else the requirement of capacity on the part of the person whose act is the source of the quasi-contract, laid down by articles 1041 and 1042, is subject to exception.

This is hardly the place to discuss the question further, but the writer inclines to the opinion that the doctrine of undue enrichment is never an independent source of obligations, and that exceptionally a person incapable of contracting may by his act be obliged toward another in virtue of a quasi-contract. Article 983, which the Commissioners added in the Quebec Code, provides that there are in Quebec five sources of obligations. While it may be argued that that article is not exclusive, still a sixth source must not be added without good reason. If it is admitted that exceptionally there can be a quasi-contract when the person whose act is its source is incapable of contracting, all the obligations that have been justified by the doctrine of undue enrichment can be explained on the ground of the quasi-contract. And in connection with the admissibility of such an exception it is interesting to note that the words « capable of contracting » of article 1041 and « incapable of contracting» of article 1042 are not to be found in the Code Napoléon. Quite correct when applied to the « negotiorum gestio » and the quasi-

contract resulting from the reception of a thing not due, and so used by the French authors upon whom the Quebec Commissioners based themselves, their inclusion in the Quebec Code in articles 1041 and 1042 illustrates the danger of too hasty generalization.

But because the doctrine of undue enrichment at the expense of another, viewed as an independent and sixth source of obligations, may be superfluous is not to say that the vast amount of writing on the subject in recent years is of no value in this Province. Omitting as incorrect the condition already referred to, that a prerequisitle of its existence is that the plaintiff has no other recourse, it is commonly said that before the doctrine has application it is necessary that there be an enrichment and an impoverishment, that there be a causal connection between these two, and that the enrichment and impoverishment be « sans cause », by which is meant that they cannot be justified by an express provision of law or by the terms of a valid contract (1). This rule has a value for the quasi-contract. It furnishes the only guide as to the conditions required for the existence of those innominate quasi-contracts which are based upon the general articles 1041 and 1042, and for which the conditions are laid down nowhere in the Code.

The rules evolved in connection with the doctrine of undue enrichment at the expense of another have in another respect a value for the quasi-contract. The extent of the obligations of those bound in virtue of a « negotiorum gestio » or of a quasi-contract resulting from the reception of a thing not due is provided for in detail in the Code. The same thing is true of certain of the innominate quasi-contracts founded upon specific articles of the Code, for instance, of the

---

(1) See : *Marquis (ltée) v. Rousseau*, (1932) 70 S.C. 529 (1932), and *Beliveau v. Corporation du Village Saint-Sauveur*. (1934) 40 R.L.n.s. 182 at pp. 192 & 193 (1933-S.C.), for a somewhat different statement of the conditions required.

See also : *Dussault v. Grenier*, (1934) 72 S.C. 138 (1934).

Perhaps in Quebec the added condition might be made that the *actio de in rem verso* does not lie when the person benefited has expressly forbidden the act that resulted in the benefit. See for this :

Adams v. Dam Adams, supra, (1919) 28 K.B. 278 at p. 281 (1918) :
Gelinas v. Quessy & Dame Massicotte, supra, (1933) 71 S.C. 136 (1932-S.C.) :
La Compagnie de Péribonka, Ltée, v. Gaudreault, supra, (1821) 31 K.B. 214 (1921).

In the *actio de in rem verso* it must be alleged that the defendant has profited and benefited at the expense of the plaintiff, benefit being the basis of the action :

La Corporation de la Paroisse de Saint-Gabriel-de-Brandon v. La Corporation du Village de Saint-Gabriel-de-Brandon, supra, (1919) 25 R.L.n.s. 118 (1918-K.B.).

The *actio de in rem verso*, like the *actio negotiorum gestorum contraria*, and the *condictio indebiti*, is prescribed only by thirty years :

Sicotte v. Dame Desmarteaux, supra, (1935) 73 S.C. 59 (1934).

situations covered by articles 416 and following. But for many of the innominate quasi-contracts, as for instance those founded upon article 1140, the Code gives no clue as to the precise extent of the obligation laid down. Faced with this difficulty, the usual procedure of the courts has been either to order the defendant to do such and such a thing without attempting to explain why he is asked to do that particular thing and not something else, or, where the facts are similar to those required for the « negotiorum gestio » or for the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, to apply by analogy the rules governing the extent of responsibility in those two quasi-contracts.

It is suggested that the rules governing the extent of the responsibility of those who have been held to be obliged in virtue of the doctrine of undue enrichment might be applied to the quasi-contract, when the Code furnishes no guide. Now the purpose of the *actio de in rem verso*, it has long been held, is to restore as nearly as possible the equilibrium between the parties without doing an injustice to either one of them. The enrichment and impoverishment must be estimated as at the institution of the action (1). Thus if a thing one has unduly received has been lost before the institution of the action there is no obligation, unless it be a fungible such as a sum of money, in which case the obligation is to return an equal quantity of the same kind and quality. And, estimating them as at the institution of the action, the amount restored must never exceed the extent of the enrichment of the defendant or of the impoverishment of the plaintiff. How far these rules are applicable to the innominate quasi-contracts it would be temerity, in the present state of the law, to attempt to say.

It is proposed now to summarize the chief points in the doctrine of the quasi-contract that await authoritative decision in the Province of Quebec. It is hardly too much to say that until at least the necessity of answering the following questions is realized there can be no such thing as a *doctrine* of the quasi-contract.

1. Most important of all, is it possible to formulate a true definition of the quasi-contract, and, if so, what is it ? If the writer is wrong in his assumption that a true definition can be evolved, then the quasi-contract remains as it was in Roman law a sort of residuary category into which are thrown all those obligations that cannot be classified as anything else.

2. What is the relationship between the quasi-contract and what has been called the doctrine of undue enrichment at the expense of

---

(1) See *Paquin v. Grand Trunk Ry. Co., supra*, (1896) 9 S.C. 336 (1896-C. of R.).

another ? Are they aspects of the same thing, as the writer has suggested, or is there a sixth source of obligations based upon the rule that no one shall enrich himself unduly at the expense of another ?

3. If there are other quasi-contracts recognized by the civil law in addition to the « negotiorum gestio » and the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due, as is pretty generally agreed, what are they ? If the writer's enumeration of them is correct so far as it goes, then the doctrine of the quasi-contract plays a larger part in the law of Quebec than is generally realized.

4. What are the principles governing the extent of the responsibility of those bound in virtue of these additional and innominate quasi-contracts, when the Code contains no provision on the point ? It has been suggested that the rules evolved for the *actio de in rem verso* would be helpful here.

5. Due primarily to a failure to admit frankly that there are other quasi-contracts besides the two mentioned by name in the Civil Code, many obligations have been classified as arising from the « negotiorum gestio » or the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due that properly have their source in an innominate quasi-contract. There is a pressing need at the moment, because of differences in the resulting responsibilities, to distinguish clearly between the different quasi-contracts.

But difficulties such as these make the quasi-contract at this writing the most interesting of the more important doctrines of the civil law.

BIBLIOGRAPHY

OF WORKS REFERRED TO IN THE FOOTNOTES BY THEIR AUTHORS'

NAMES ONLY

Aubry et Rau : « Cours de Droit Civil Français », Vol. VI, 5th edition, Paris, 1920.

Baudry-Lacantinerie et Barde : « Traité Théorique et Pratique de Droit Civil », Vols. XI, XII and XIII, 2nd edition, Paris, 1900, 1902 and 1905.

Beaubien : « Traité sur les Lois Civiles du Bas-Canada », Vol. III, Montréal, 1833.

Colin et Capitant : « Cours Elémentaire de Droit Civil Français », Vol. II, 4th edition, Paris, 1924.

Delvincourt : « Cours de Code Civil », Vol. II, Paris-Dijon, 1834.

Demogue : « Traité des Obligations en Général », *Sources des Obligations*, Vol. III, Paris, 1923.

Demolombe : « Cours de Code Napoléon », Vol. XXXI, Paris. 1882.

Domat : « Œuvres Complètes », edited by M. Carré, Vols. I, III and IV. Paris. 1822 and 1823.

Duranton : « Cours de Droit Français », Vols. X & XI, Paris, 1830, and Vol. XIII. Paris, 1831.

Huc : « Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil », Vol. VIII. Paris. 1895.

Langelier : « Cours de Droit Civil de la Province de Québec », Vol. III. Montréal, 1907.

Larombière : « Théorie et Pratique des Obligations », Vols. I and V, Paris. 1857.

Laurent : « Principes de Droit Civil », Vols. XVI, XVII and XX, Bruxelles-Paris, 1887.

Locré : « La Législation Civile, Commerciale et Criminelle de la France », Vol. XIII, Paris, 1828.

Marcadé : « Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon », Vols. IV and V, 5th edition, Paris, 1855.

Mignault : « Le Droit Civil Canadien », Vol. V, Montréal, 1901.

Mourlon : « Répétitions Ecrites sur le Deuxième Examen de Code Napoléon ». Vol. II, 9th edition, Paris, 1873.

Planiol : « Traité Elémentaire de Droit Civil », Vol. II, 7th edition, Paris. 1917.

Planiol et Ripert : « Traité Pratique de Droit Civil Français », Vol. VII, Paris. 1931.

Pothier : « Œuvres Complètes », edited by M. Bugnet, Vols. I, II and V. 2nd edition, Paris, 1861.

Toullier : « Le Droit Civil Français », Vols. VI, X and XI, 5th edition, Paris. 1830.

Troplong : « Le Droit Civil Expliqué Suivant L'Ordre des Articles du Code ». Vol. XV, Paris, 1845.

Zachariae (Massé et Vergé sur) : Le Droit Civil Français, Vol. III, Paris, 1857.

LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE EN LA PROVINCE DE QUÉBEC

Rapport présenté par

M. P. B. MIGNAULT,

Ancien Juge de la Cour Suprême du Canada.

(*A nos collègues et confrères de la France et des autres pays de droit civil*)

Messieurs,

Constatons d'abord en ce qui concerne cette responsabilité un trait commun des deux codes, le Code civil français et le nôtre. Je veux dire l'extrême sobriété de leurs formules. Sous la rubrique « Des délits et quasi-délits » le Code Napoléon contient cinq articles (1382-1386). Notre code en a quatre (1053-1056), et encore le dernier article — l'article 1056 dont il sera spécialement question plus loin — ne se trouve pas au code français.

On conçoit donc que ces formules si concises, et en même temps si générales, aient donné lieu à une très abondante jurisprudence dans les deux pays, et cette jurisprudence, quelquefois, est elle-même devenue source de droit au même titre presque que les textes. Il s'est produit sans doute à l'occasion des interventions du législateur, mais chez-nous, et pour ne pas parler de changements de phraséologie seulement, cette intervention s'est bornée à la loi concernant la responsabilité des accidents du travail, loi, dans sa première rédaction, calquée en grande partie sur la loi française sur le même sujet.

J'ai dit que la jurisprudence qui a commenté et appliqué les formules des deux codes est quelquefois devenue source de droit. Il est impossible en effet de n'y pas voir, en certains cas, une extension des textes. En France — s'il est permis à un observateur du dehors de hasarder une appréciation de l'œuvre des tribunaux — il me semble que la jurisprudence, se faisant l'écho des préoccupations sociales courantes, n'a pas attendu l'action législative pour rajeunir les formules du code.

Puis-je insister un peu sur ce travail des tribunaux ? Si je ne me trompe on y doit, en France, les nouveaux systèmes de l'abus des droits et de l'enrichissement sans cause, pour ne parler que de ceux-là. Il est bien vrai qu'on s'est défendu de vouloir innover en invoquant la tradition du droit romain. Mais j'éprouve quelque difficulté à ne pas croire qu'il y a eu innovation quand même, au moins dans certaines applications de ces doctrines. Et nous avons le spectacle d'un code conçu dans un esprit individualiste qui, de nos jours, est interprété dans un sens social. C'est ainsi que dans les dernières

années du 19e siècle on s'est avisé d'une nouvelle interprétation de l'article 1384, dont est sorti le système de la responsabilité du fait des choses. Il est curieux de constater que cette interprétation aurait donné une protection plus complète aux ouvriers que la loi française du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et la responsabilité des patrons, puisque cette loi fait supporter à l'ouvrier une partie du risque auquel l'expose son travail.

Il est une autre constatation très intéressante pour nos avocats qui, un peu forcément, pratiquent le droit comparé dans leurs rapports avec les autres provinces de la Confédération canadienne. C'est que le droit commun dans ces provinces, comme du reste en Angleterre, découle de décisions judiciaires, sauf le cas de lois spéciales plutôt rares. On l'appelle quelquefois « *judge made law* ». En France, autrefois, le législateur faisait la loi et le juge l'appliquait : *non exemplis sed legibus judicandum !* Aujourd'hui, le juge ne donne-t-il pas quelquefois une extension à la loi en France ?

Laissons de côté cependant les extensions apportées aux articles du code, et je les crois très réelles, et reconnaissons que les formules du code sont susceptibles d'un développement normal qui n'en force pas le texte qu'on a intentionnellement rendu très général. Le système de la faute commune comportant mitigation de la responsabilité — et ce système est admis par la jurisprudence de nos deux pays — en est un exemple (1).

Je n'ai pas l'intention de faire ici une revue de notre propre jurisprudence qui consiste en bonne partie en arrêts d'espèce. Je ne crois pas, cependant, qu'elle soit allée aussi loin que la jurisprudence française. Nos tribunaux supérieurs n'ont pas encore accueilli, au moins comme des constructions juridiques, les systèmes de l'abus des droits et de l'enrichissement sans cause. Ils se montrent du reste soucieux de ne pas dépasser le texte qu'ils appliquent. Personnellement, je ne me serais jamais cru autorisé, à la faveur de je ne sais quelle conception sociale du droit, de faire œuvre de législateur en admettant d'autres règles de responsabilité que celles qu'énonce notre code.

Ces règles d'ailleurs sont assez larges. Il semblerait impossible d'imaginer une formule plus compréhensive que notre article 1053 que je vais vous lire.

> 1053. « Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté ».

---

(1) Il est intéressant de noter que la plupart des provinces anglaises du Dominion ont emprunté à la Province de Québec le système de la faute commune. Auparavant, si le demandeur avait lui-même commis une faute contribuant à l'accident, « *contributory negligence* », il se voyait refuser tout recours nonobstant la faute commise par le défendeur. Telle est encore la loi en Angleterre.

Ce n'est pas le même langage, mais c'est bien la pensée des articles 1382, 1383 du code français. Il y a de plus une précision qui ne souffre aucune difficulté, portant que la responsabilité fondée sur la faute n'atteint que ceux qui sont *doli capaces*, ceux qui sont capables de discerner le bien du mal. Pothier (Obligations, no. 118) parlait de personnes qui ont l'usage de la raison. Il s'agit évidemment de la responsabilité morale qui est le fondement de la responsabilité civile. Il ne peut être question donc dans notre droit de la responsabilité des irresponsables ; il y aurait contradiction dans les termes. C'était probablement bon de le dire expressément pour qu'on ne fût pas tenté de prendre à son compte certains systèmes qui envisagent le dommage causé plutôt que la culpabilité ou la non-culpabilité de l'auteur de ce dommage.

En cela, nous sommes d'accord avec la doctrine traditionnelle française. Je présenterai donc notre article 1053 comme étant l'équivalent des articles 1382, 1383 du code Napoléon. Sa formule couvre tous les cas où la faute personnelle est le fondement de la responsabilité. Cette faute est la faute de la personne même de qui on réclame une indemnité.

Mais en disant que la règle de responsabilité posée par notre article 1053 est la même que celle des articles 1382, 1383 du code civil français, je ne veux pas prétendre que toutes les applications de cette règle admises en France seraient acceptées ici. Par exemple, peut-on recouvrer des dommages-intérêts uniquement à raison d'un préjudice moral ? Je crois du reste que cette question est très controversée en France. Ici on n'accorde pas des dommages-intérêts en compensation de la douleur (le *solatium doloris*) qu'on éprouve par suite du décès d'un parent occasionné par le fait délictueux d'autrui (*Canadian Pacific Railway Co.* v. *Robinson,* 1887, 14 Can. S. C. R. 105).

Une autre question s'est soulevée récemment dans notre jurisprudence devant la Cour suprême du Canada, de savoir si la généralité de la formule de l'article 1053 donne un droit d'action pour un préjudice qui découle indirectement d'un fait délictueux. (*Regent Taxi and Transport Co.* v. *La Congrégation des Frères Maristes,* 1929, S. C. R. 650). Une congrégation religieuse réclamait une indemnité à raison de la perte des services d'un de ses religieux, professeur dans une école dirigée par elle, et qui se trouvait dans l'impossibilité de continuer son enseignement à la suite de blessures causées par la faute du préposé de la défenderesse. Celle-ci reconnaissait sa responsabilité directe envers l'accidenté, mais le recours de ce dernier était prescrit, et la congrégation alléguait que cette prescription n'affectait pas sa demande pour les dommages-intérêts qu'elle avait elle-même éprouvés comme suite de l'accident. D'accord avec mon collègue, M. le juge Rinfret, j'étais d'avis qu'une action pour des dommages-intérêts indirects n'était pas recevable. La majorité des juges (le juge en chef Anglin et les juges Lamont et Smith) fut d'opinion contraire. La cause

fut portée devant le Conseil privé qui, tout en cassant l'arrêt de la Cour suprême, ne s'est prononcé que sur la question de prescription. On peut donc considérer que le débat n'est pas clos. Je suis porté à croire qu'en France on a accordé ces dommages-intérêts — par exemple, ceux qu'éprouvait un associé par le mort de son associé tué par la faute d'un tiers (voy. Demolombe, t. 31, no. 675, p. 579) — et s'il en est ainsi, je suis respectueusement d'avis qu'il n'y a pas droit d'action ici pour de semblables dommages indirects. Mais je reconnais que le débat n'est pas clos ; tout ce que je puis dire c'est : *Roma non locuta est.*

Cependant, la question de la responsabilité qui découle de la faute personnelle n'est pas la seule qui doive nous occuper dans cette très courte exposition de la doctrine de notre droit, et du vôtre, en ce qui concerne la responsabilité délictuelle. Il y a la responsabilité du fait d'autrui, il y a aussi celle qui nous oblige à réparer le dommage causé par les choses dont nous avons la garde. Il en est question à nos articles 1054 et 1055 qui correspondent aux articles 1384 et 1385 du code français.

Je vais d'abord m'occuper de notre article 1054, et il sera utile de le comparer à votre article 1384. Je mettrai donc les deux textes en juxtaposition. Cependant, comme notre article traite de la responsabilité des maîtres et serviteurs dans son dernier alinéa, j'intervertis l'ordre des alinéas de l'article 1384 afin de rendre la comparaison plus facile à suivre.

1054. « Elle est responsable non seulement du dommage qu'elle cause par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle, et par les choses qu'elle a sous sa garde.	1384. (Alinéa 1er) « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.
Le père, et après son décès la mère sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs ;	(Alinéa 2) Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.
Les tuteurs sont également responsables pour leurs pupilles ;	
Les curateurs ou autres ayant également la garde des insensés, pour le dommage causé par ces derniers ;	
L'instituteur et l'artisan pour le dommage causé par ses élèves ou apprentis, pendant qu'ils sont sous sa surveillance ;	(Alinéa 4) Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.
La responsabilité ci-dessus a lieu seulement lorsque la personne qui y est assujettie ne peut prouver qu'elle n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage ;	(Alinéa 5) La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

Les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et ouvriers, dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés ».

(Alinéa 3) Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ».

Je donne le texte de l'article 1384 tel qu'il existait lors de la mise en vigueur de notre code (1866). Il y a eu des modifications par des lois subséquentes.

Envisageant les deux genres de responsabilité dont il est ici question, responsabilité pour le fait ou la faute d'autrui, et responsabilité pour le dommage causé par les choses dont on a la garde, le premier alinéa de nos deux articles sert d'entrée en matière. Les personnes dont on est responsable — mais comme proposition générale on peut dire qu'on est responsable du dommage causé par toute personne quelconque dont on a un contrôle effectif — sont énumérées aux alinéas subséquents, et l'énumération de l'article 1054 est plus complète que celle de l'article 1384.

Les maîtres et commettants sont compris dans l'énumération de l'article 1384, les père et mère, etc, et exclus de celle de l'article 1054. Dans ce dernier article, il en est question au dernier alinéa, de telle manière que ce que j'appellerai la clause d'exonération, contenue dans l'avant-dernier alinéa de l'article 1054 (c'est le dernier alinéa de l'article 1384), ne s'applique pas aux maîtres et commettants. Le résultat est le même sous l'article 1384 puisque sa clause d'exonération énumère les personnes qu'elle exonère, et les maîtres et commettants ne sont pas compris dans l'énumération.

Mais voici un point important pour l'interprétation de notre article 1054. Nous avions toujours soutenu que les mots « la responsabilité ci-dessus » se restreignaient à l'énumération spécifique qui précède, les père et mère, etc. Le Conseil privé, dans un arrêt que je signalerai dans un instant, a appliqué ces mots au premier alinéa de l'article 1054 en ce qui se rapporte à la responsabilité du fait des choses.

Le résultat pratique de cette différence d'orientation de la jurisprudence de nos deux pays, c'est que chez-nous la clause d'exonération restreint la responsabilité du gardien d'une chose. Si je ne me trompe, il en est autrement en France, et là le gardien n'échappe à la responsabilité qu'en prouvant, ou bien la faute de la victime, ou bien cas fortuit ou force majeure.

Avant, cependant, de discuter la responsabilité du gardien d'une chose inanimée, je veux vous signaler une différence entre notre jurisprudence et la vôtre en ce qui concerne la responsabilité des maîtres et commettants.

En France, la responsabilité du maître ne me paraît pas se restreindre à un fait délictueux du serviteur ou préposé dans l'exercice de ses fonctions, mais le rend encore responsable alors même que ce fait ne s'est produit qu'à l'occasion de ses fonctions.

Ainsi Planiol et Ripert, tome 6, no. 650, indiquent trois cas où cette responsabilité est admise par la jurisprudence française :

1. lorsque le préposé a agi pour le compte du commettant, soit sur son ordre, soit dans son intérêt, sans instructions ou même contre ses instructions ;

2. lorsqu'il a profité des facilités que lui donnaient ses fonctions pour commettre le fait dommageable dans son propre intérêt ou dans l'intérêt d'un tiers (1) ;

3. lorsque le fait qui en lui-même ne constitue ni l'accomplissement ni l'exercice des fonctions, a été commis au chantier ou à l'atelier, et généralement au temps et au lieu où le préposé exerce ses fonctions.

Ces solutions telles que formulées, la première peut-être exceptée, sont inacceptables ici. Notre plus haut tribunal canadien, la Cour suprême du Canada, l'a expressément jugé dans deux espèces qu'il me suffira de mentionner : *Curley* v. *Latreille,* 1920, 60 Can. S. C. R. 131 ; *Moreau* v. *Labelle,* 1933, S. C. R. 201. Dans chaque cas la cour exige comme base de la responsabilité, que le fait délictueux ait été commis dans l'exercice même des fonctions du préposé.

Sur une autre question controversée en France, le transport bénévole dans une automobile ou autre voiture, je ne vois pas pourquoi la personne ainsi transportée n'aurait pas une action pour tous ses dommages-intérêts lorsqu'elle a été blessée par la faute même légère du conducteur. Le fait qu'elle ne payait pas son transport me semble indifférent. Il y a une décision conforme de notre cour d'appel : *Parent et autres* v. *Garneau,* R. Q., 54 B. R. 335. Je suppose, bien entendu, qu'il n'y ait pas eu acceptation volontaire du risque.

Parlons maintenant de la responsabilité du gardien d'une chose inanimée. J'ai dit qu'il s'agit ici d'une nouvelle interprétation de l'article 1384 du code civil français qui remonte aux dernières années du 19e siècle, et dont M. Josserand fut l'un des initiateurs. J'ai ajouté que le gardien n'échappe à la responsabilité, en France, qu'en établissant, ou bien la faute de la victime, ou bien cas fortuit ou force majeure ; je ne parle pas de la cause étrangère, car alors il ne s'agit plus du fait de la chose.

Ici la question de l'interprétation de l'article 1054 avait été posée devant la Cour suprême du Canada dans la cause de *Shawinigan Carbide Co.* v. *Doucet,* 1909, 42 Can. S. C. R. 281, mais les opinions des juges avaient été également partagées, et le débat restait ouvert.

L'interprétation du premier alinéa de notre article 1054, en y appliquant la clause d'exonération de l'avant-dernier alinéa du même article, nous vient d'une décision du Conseil privé.

On sait que le Conseil privé d'Angleterre — ou, pour parler plus

---

(1) Sous ce rapport il y a un arrêt contraire de notre Cour suprême : *Dominion Transport Co. v. Mark Fisher, Sons and Co.* 1925, S. C. R. 126.

exactement, le Comité judiciaire de ce Conseil — est une cour d'appel en dernier ressort pour toute l'Empire britannique, sauf l'Angleterre et l'Ecosse qui sont justiciables de la Chambre des lords. Ses arrêts lient tous nos tribunaux y compris la Cour suprême du Canada. Cette juridiction est traditionnelle dans l'Empire, mais depuis la concession aux Dominions d'une autonomie législative à peu près complète, on commence à la trouver anormale (1).

Il y a deux arrêts à citer du Conseil privé sur cette interprétation de l'article 1054 : *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* v. *Vandry*, 1920, A. C. 622, et *City of Montreal* v. *Watt and Scott, Limited*, 1922, 2 A. C. 555. Je vais les appeler, comme on le fait toujours ici, les causes de Vandry et de Watt et Scott, respectivement. Dans le premier cas il s'agissait d'une maison incendiée par le courant électrique de la défenderesse, dans le second, de dommages causés par le débordement d'un égoût municipal pendant un orage qui ne constituait pas un cas fortuit ou de force majeure.

Dans la cause de Vandry, Lord Summer parlant au nom du Conseil privé s'est borné à l'interprétation littérale (sans se référer à l'interprétation contemporaine française de l'article 1384) du premier alinéa de l'article 1054 auquel il rapportait la clause d'exonération du même article. La responsabilité du gardien dérive de la loi seule, dit-il, et non d'une présomption de faute, mais le défendeur peut y échapper en démontrant qu'il n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage.

C'est cette clause d'exonération que le Conseil privé a envisagée dans la cause de Watt et Scott, où Lord Dunedin a prononcé le jugement. Il suffit, dit-il, que le défendeur établisse qu'il n'a pu « *by reasonable means* » empêcher le fait qui a causé le dommage. Il ajoute : « *it* (cette clause) *does not denote an absolute inability* », c'est-à-dire, le défendeur n'est pas astreint à démontrer qu'il lui était absolument impossible d'empêcher le fait dommageable.

D'où je conclus que le défendeur, pour se disculper, n'est pas obligé de prouver soit la faute de la victime ou bien le cas fortuit ou la force majeure, comme l'exige la jurisprudence française, mais qu'il échappe à la responsabilité s'il fait voir qu'en prenant toutes les précautions que suggère la prudence il n'aurait pu prévenir le fait dommageable. A mon sens c'est réellement combattre une présomption légale de faute (présomption *juris tantum*) par la preuve que dans l'espèce aucune faute n'a été commise, preuve qui est à la charge du défendeur. Ainsi, si le risque même n'aurait pu se prévoir dans les circonstances de l'espèce, il est clair que le gardien de la chose échappera à la responsabilité. Il y a, dans ce sens, une décision récente de la Cour suprême du Canada : *Colpron* v. *Canadian National Railway Co.*, 1934, S. C. R. 189.

---

(1) Le Statute of Westminster, 22 Geo. V, ch. 4 (impérial), laisse le Canada libre d'abolir cet appel.

Je me résume. Dans le cas où un dommage est causé par une chose et non par une personne faisant mouvoir cette chose, comme le conducteur d'automobile — c'est ce qu'on a appelé le fait autonome de la chose — le gardien de cette chose en est responsable en principe, mais il échappe à cette responsabilité en faisant voir qu'en prenant les précautions qu'il était raisonnable de prendre dans les circonstances, il n'aurait pas pu empêcher le dommage (1).

Telle est notre jurisprudence actuelle, et on peut ajouter qu'il s'agit maintenant moins d'interpréter l'article 1054, que d'interpréter les arrêts du Conseil privé qui en ont fixé la portée.

Une question qui passionne le public comme le monde judiciaire c'est la responsabilité du propriétaire d'automobile.

L'an dernier, lors du Congrès du Barreau Canadien à Ottawa, Mtre Ernest Vallier, l'éminent délégué du Barreau de Paris, a traité la question même qui forme le sujet de mon rapport devant vous.

Je vais vous lire un extrait de son rapport. C'est une voix assurément bien autorisée qui expose la doctrine actuelle en France sur la question générale de la responsabilité d'après l'article 1384, et spécialement celle du propriétaire d'automobile.

> « Désormais, lorsqu'une victime peut invoquer l'article 1384 ou l'article 1385 du Code civil, elle n'a pas à établir la faute commise par le défendeur. La charge de la preuve pèse sur ce dernier. Que doit prouver le défendeur pour échapper à la responsabilité qui lui incombe ? Pendant longtemps, la jurisprudence, tenant compte de ce que la responsabilité reposait sur une présomption de faute, admettait que le défendeur pouvait s'en dégager en démontrant qu'il n'avait commis aucune faute et qu'il avait pris toutes les précautions désirables. Mais les accidents de voitures se multipliant à mesure que la circulation devenait plus intense, la jurisprudence est venue d'une manière encore plus efficace au secours de la victime. Dorénavant, le défendeur, pour échapper à la responsabilité, a une preuve positive à faire ; il doit prouver que l'accident est dû à la force majeure, c'est-à-dire à un événement qu'il ne pouvait ni prévoir, ni éviter, ou à la faute de la victime ; s'il ne peut y parvenir, quand bien même il démontrerait que sa conduite est irréprochable, il doit réparation ».

Comment en est-il dans la province de Québec ? Je vous lirai un

---

(1) Il sera intéressant de citer ici un court passage de M. René Demogue, Obligations, t. 6, p. 656 :

> « Prouver l'absence de faute, c'est prouver que les précautions ordinaires ont été prises ; donc que les fautes usuelles, dans l'espèce, ont été évitées. Ce n'est pas prouver l'absence de toute faute possible, ce qui serait une négative indéfinie ».

Il est visible que ce passage se rapproche de ce que disait Lord Dunedin dans la cause de Watt et Scott.

court extrait de la Loi des véhicules automobiles, Statuts refondus de Québec, 1925, ch. 35, art. 53.

« 2. Quand un véhicule automobile cause une perte ou un dommage à quelque personne dans un chemin public, le fardeau de la preuve que cette perte ou ce dommage n'est pas dû à la négligence ou à la conduite répréhensible du propriétaire ou de la personne qui conduit ce véhicule automobile, incombe au propriétaire ou à la personne qui conduit le véhicule automobile ».

Il n'y a ici qu'une présomption de faute, accompagnée du renversement de la charge de la preuve.

Mais chez-nous le propriétaire peut se disculper.

En France il ne le peut qu'en prouvant soit la faute de la victime ou cas fortuit ou force majeure. Ici la situation est la même sous la loi des véhicules automobiles que sous notre article 1054 tel que le Conseil privé l'a interprété.

Je crois qu'en France vous n'avez pas encore imposé aux propriétaires d'automobile l'obligation de s'assurer. Mtre Vallier nous disait que la coutume de s'assurer est presque universelle en France. Ici elle est assez générale, je ne dirais certainement pas presque universelle. Je doute même que la moitié des propriétaires d'automobile soient assurés.

Je ne crois pas que nos législateurs — qui ne sont pas exempts de soucis quant à leurs électeurs, — aient jamais le courage d'imposer l'assurance obligatoire.

Pourtant ce serait le seul système logique. Pourquoi la victime doit-elle subir les jeux du hasard, être indemnisée quand l'automobile qui la frappe est assurée, et n'avoir aucune compensation quand le propriétaire, souvent insolvable, n'a pas d'assurance ?

Je dois noter, toutefois, que dans un cas particulier, le législateur (en 1932) prévoit l'adoption d'un règlement qui forcerait les propriétaires de taxis et les entreprises de location d'automobiles, comme condition du permis officiel, à s'assurer. Je ne sais pas cependant si tel règlement a été fait.

Bien entendu, lorsque le chauffeur de l'automobile est le préposé du propriétaire, absent lors du sinistre, l'article 1054 du Code s'applique. Mais la responsabilité dans ce cas suppose que le chauffeur a commis une faute. Cette faute sera sans doute présumée. Cependant, la preuve contraire semble admissible aux termes mêmes de l'article 53 de la Loi des véhicules automobiles que je viens de vous lire.

Je continuerai très succinctement cet exposé des règles de la responsabilité civile dans notre droit.

L'article 1055 ne donnera lieu à aucune difficulté d'interprétation. Il s'occupe de la responsabilité du dommage causé par un animal ou par la ruine d'un bâtiment. Il correspond aux articles 1385 et 1386 du code français. Il n'y a entre ces derniers articles et notre article 1055 que des différences de langage. Vous en jugerez par le texte de l'article 1055 que je vais mettre sous vos yeux.

1055. « Le propriétaire d'un animal est responsable du dommage que l'animal a causé, soit qu'il fût sous sa garde ou sous celle de ses domestiques, soit qu'il fût égaré ou échappé.

Celui qui se sert de l'animal en est également responsable pendant qu'il en fait usage.

Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par vice de construction ».

Prenons maintenant notre article 1056 que je vais vous lire d'après le texte que lui donne une loi récente.

1056. « Dans tous les cas où la partie contre qui le délit ou quasi-délit a été commis décède en conséquence, sans avoir obtenu indemnité ou satisfaction, son conjoint, ses ascendants et ses descendants ont, pendant l'année seulement à compter du décès, droit de poursuivre celui qui en est l'auteur ou ses représentants, pour les dommages-intérêts résultant de tel décès.

Au cas de duel cette action peut se porter de la même manière non seulement contre l'auteur immédiat du décès, mais contre tous ceux qui ont pris part au duel soit comme seconds, soit comme témoins.

En tous cas il ne peut être porté qu'une seule et même action pour tous ceux qui ont droit à l'indemnité et le jugement fixe la proportion de chacun dans l'indemnité.

Ces poursuites sont indépendantes de celles dont les parties peuvent être passibles au criminel, et sans préjudice à ces dernières ».

Il n'y a pas d'article semblable au code français, mais vous reconnaissez bien le droit d'un parent, ou même d'une personne étrangère intéressée. de réclamer une indemnité pour le préjudice que lui occasionne le décès, causé par un fait délictueux, d'un père ou mère, ou autre parent, même d'une personne avec qui le demandeur était en relations d'affaires. Vos tribunaux vont ainsi plus loin que les nôtres qui se trouvent en présence d'un texte restrictif.

Il est clair que le droit d'action donné par l'article 1056, pour les dommages causés par la mort d'une personne, à la suite d'un fait délictueux, n'appartient qu'à ceux qui sont dénommés en cet article. Il y a un récent arrêt dans ce sens : *Fauvelle* v. *Guérin* (1934) R. Q., 72 C. S., p. 305. Je puis y aiouter un arrêt de la Cour suprême du Canada qui a refusé d'accueillir l'action de la mère d'un enfant naturel : *Town of Montreal West* v. *Hough* 1931 S. C. R. 113. Depuis ce procès, la Législature a substitué l'expression plus générale « ascendants » aux mots « père, mère », dans l'article 1056, mais si on peut dire qu'un enfant naturel n'a pas un père ou une mère dans le sens très strict qu'il faut donner à ces mots d'après cette décision, encore

moins a-t-il des ascendants.

L'article 1056 est entré dans notre code sans qu'on puisse en trouver de trace dans les travaux préparatoires. Il provenait sans doute d'une loi antérieure dont il a cependant restreint la portée. Cette loi antérieure, à son tour, s'inspirait de la loi anglaise connue sous le nom de Lord Campbell's Act, qui, dans le cas d'un décès causé par un fait fautif, faisait exception à la règle de la common law, *actio personalis moritur cum persona*. Il ne saurait cependant être question de cette loi pour interpréter notre article 1056. Ce dernier article parle du duel. Je n'ai pas souvenir d'une instance où il fût question de duel, car le duel n'est pas dans nos mœurs.

Mais à l'égard de la portée générale de l'article 1056, il y a un arrêt important à vous signaler, celui prononcé par le Conseil privé dans la cause de *Robinson* v. *Canadian Pacific Railway Co.*, 1892, App. Cas. 481.

Le Conseil privé a jugé que l'action des personnes mentionnées dans l'article 1056 est indépendante de celle de la victime, et il importerait peu que l'action de celle-ci fût prescrite à sa mort, car la prescription de l'action de l'article 1056 compte du décès et non du fait dommageable. Cependant, d'après le texte même de notre article, les représentants n'ont plus d'action lorsque la victime a reçu de son vivant indemnité ou satisfaction. Si lors du décès de la victime une action en responsabilité était pendante, mon avis serait que les personnes mentionnées à l'article 1056 auraient quand même le droit d'instituer leur action, déclarée indépendante de celle de la victime ; ou bien les héritiers du défunt pourraient continuer l'action de ce dernier restreinte dans ce cas aux dommages subis par la victime dans ses biens, par exemple ils pourraient réclamer les frais d'hospitalisation du défunt.

Vous noterez que l'action donnée par l'article 1056 est sujette à une courte prescription, un an, à compter du décès de la victime. J'ajouterai qu'en matière de délits et quasi-délits, et en dehors de l'article 1056, il y a dans notre droit deux prescriptions. S'il s'agit d'une manière générale d'un délit ou quasi-délit, la prescription est de deux ans. Si, cependant, le délit ou quasi-délit a causé des lésions ou blessures corporelles, la prescription est réduite à un an. Pour cette différence de termes de prescription, je ne puis vous donner d'autre raison que la volonté du législateur, raison décisive tout de même. Vous constaterez qu'il y a ici une différence entre le droit français et le droit canadien.

Je ne vous ai pas encore parlé de la *Loi des accidents du travail* de la province de Québec, entièrement refondue en 1931 (1). Notre première loi sur cette matière était calquée, je pourrais presque dire copiée, sur la loi française. Alors, comme chez-vous, on réclamait les

(1) 21 Geo. V, ch. 100.

indemnités par action devant les tribunaux ordinaires. La loi était courte et ne prêtait pas à de sérieuses difficultés d'interprétation.

La nouvelle loi est rédigée d'après un tout autre plan. Elle est d'une structure beaucoup plus savante, et par là même, elle est d'une grande complication. Les tribunaux ordinaires sont exclus. La législature a créé un tribunal d'exception, La Commission des accidents du travail. Il n'est pas exigé que les membres de cette Commission appartiennent au Barreau. En pratique, le président est choisi parmi les avocats, et son opinion sur toute question qui, de son avis, est une question de droit, est obligatoire pour la Commission. Les deux autres commissaires peuvent être — je sais bien qu'ils ne le seront pas — mais peuvent être n'importe qui. La Commission, pourtant, possède tous les pouvoirs de la Cour supérieure, et il n'y a pas d'appel de ses arrêts. Elle rend ses décisions, dit la loi, « suivant l'équité, d'après le mérite réel et la justice du cas ».

Pour vous expliquer cette loi, il faudrait vous préparer un rapport deux fois plus long que celui que j'ai l'honneur de vous soumettre. Cela vous intéresserait sans doute vivement, mais j'aurais scrupule à abuser de votre indulgence.

Ce qui caractérise la *Loi des accidents du travail* de Québec, c'est d'abord cette Commission qui décide tout sans appel. Ensuite on divise les employeurs en deux catégories : 1° les industries en général, divisées en vingt-quatre classes ; 2° les entreprises de chemin de fer, les compagnies de télégraphe, de téléphone, de navigation et quelques autres assujetties à la juridiction du Parlement du Canada. On prélève un fonds d'accident par cotisation sur les employeurs de la première catégorie, et ce fonds sert à indemniser les accidentés. Les employeurs de la seconde catégorie paient directement aux intéressés les sommes allouées par la Commission. Enfin, on exclut de la *Loi des accidents du travail* l'industrie agricole et les services domestiques.

De tout cela je ne puis vous entretenir aujourd'hui. Mon souci était d'ailleurs de me limiter au droit commun, et de vous donner une idée sommaire des dispositions de notre code en matière de responsabilité civile. Si notre système jurisprudentiel a été construit en somme d'une façon assez indépendante, il n'en est pas moins vrai qu'il s'inspire largement du vôtre. Votre code a été le modèle de notre code. Votre jurisprudence nous guide tous les jours, et vous reconnaîtrez facilement, à l'égard du droit civil, que nous sommes toujours les fils de la France.

NOTE DU COMITÉ DIRECTEUR

Depuis le Congrès de droit civil, l'Université de Paris a conféré à l'honorable P. B. Mignault le degré de docteur honoris causa. *Personne n'était plus que lui digne de cet honneur, et tous les juristes canadiens applaudissent à ce beau geste de la reine des Universités de France.*

THE LAW OF EVIDENCE

I

A CONSIDERATION OF THE PRINCIPAL DIFFERENCES BETWEEN THE LAW OF FRANCE AND THAT OF THE PROVINCE OF QUEBEC

Presented by

MR. O. S. TYNDALE, K. C.

Member of the Montreal Bar

PRELIMINARY REMARKS

(1)

In the Chapter « Of Proof », our codifiers did not follow the French Code as closely as in most of the other branches of the Civil Law. Their observations in this connection read, in part, as follows :

> « Dans le chapitre correspondant du code français, les règles du droit civil modifiées par les ordonnances et la jurisprudence de l'ancienne France, ont été suivies assez à la lettre, et ces dernières ont servi de base aux articles maintenant soumis en tant qu'elles font encore partie de notre droit. Les changements néanmoins, dont quelques uns ont été introduits par des statuts et dont d'autres sont le résultat d'une jurisprudence formée par l'expérience, sont si considérables qu'il est impossible d'adhérer strictement à la méthode et aux principes qu'on trouve dans le code français. Les Commissaires se sont, en conséquence, efforcés de rendre dans une forme aussi concise que possible les règles fondamentales sur cette matière, embrassant dans leurs articles non seulement celles du droit civil, mais encore les changements et additions qui ont surgi des sources mentionnées plus haut ».

In commercial matters the English rules of evidence were introduced and retained after the Cession, and although, unlike France, we have no Commercial Code, our rules of evidence in such matters still differ from the rules in civil matters. The situation in this respect may be briefly set out as follows :

a) Generally, in commercial matters, testimony is admissible. (article 1233 (1).

b) Under Article 1235 C. C., drawn from local legislation which was based on the English Statute of Frauds and Lord Tenterden's Act, when the sum or value in question exceeds fifty dollars, there must be a signed writing in the four special cases following :

1. Upon any promise or acknowledgment whereby a

debt is taken out of the operation of the law respecting the limitation of actions ;

2. Upon any promise or ratification made by a person of the age of majority, of any obligation contracted during his minority ;

3. Upon any representation, or assurance in favour of a person to enable him to obtain credit, money or goods thereupon ;

4. Upon any contract for the sale of goods, unless the buyer has accepted or received part of the goods or given something in earnest to bind the bargain.

c) Apart from these special rules, the provisions of the Chapter « Of Proof » unless expressly or by their nature limited, apply in commercial as well as in other matters ; but « when no provision is found in this code for the proof of facts concerning commercial matters, recourse must be had to the rules of evidence laid down by the laws of England » (1206 C. C.).

(2)

As the English Trial System was adopted after the Cession, with many modifications, in the matter of examination of witnesses, production of documents, and rules of a procedural character generally, our law is based, broadly speaking, on that of England. Thus, on questions of relevancy, and on questions concerning the manner, time or order in which evidence should be introduced, when local rules or authorities are lacking, we look to England rather than to France for guidance.

(3)

So far as what may be termed the « substantive » law of evidence is concerned, however, our code is based, speaking in a very general way, on the French Code (apart, of course, from commercial matters). There are, nevertheless, important differences which arise partly from specific provisions adopted from the English law and partly from variations in the arrangement and phraseology of our articles as compared with those of the French Code in certain cases where the origin is common.

It may be interesting, in this connection, to note that there is a basic difference between the English Law of Evidence, and both the French and the Quebec Law. It would appear from Halsbury and other English authorities that there are, in the English Law only two fundamental rules of general application, namely that the evidence *must be relevant*, and that it *must be the best* of which the case in its nature is susceptible. There are, in addition, various rules, statutory and otherwise, excluding verbal evidence or requiring written evidence in specific instances.

In Quebec, on the other hand, perhaps even more clearly than in France, written evidence is the rule, and Testimony the exception. Our article 1233 sets out in seven sub-paragraphs the cases in which testimony may be admitted, and concludes : « In all other matters proof must be made by writing or by the oath of the adverse party ». The practical effect is that the party offering verbal evidence must be prepared to justify its admissibility by some specific provision ; whereas in England (it would seem) the party objecting to verbal evidence would have to justify his objection.

(4)

Apart from our Civil Code, there are important rules of evidence in the Code of Procedure and in certain special statutes, particularly those regulating certain professions, and others in which presumptions are established, or the burden of proof is shifted. It is obvious that these various provisions cannot be included in this brief survey. Moreover, there are certain portions of the law of evidence concerning which a comparison would be of little value for our purpose, in view of the differences between the administrative and judicial systems of the two countries concerned.

We shall, therefore, omit entirely all statutory provisions, questions of relevancy, requirements for authentic and semi-authentic acts, commercial matters and procedure. For the rest, we shall attempt to point out only those principal points of difference which appear to have a real and practical significance.

II

A COMPARISON OF THE GENERAL ARRANGEMENT OF THE QUEBEC CODE WITH THAT OF FRANCE, IN THE CHAPTER « OF PROOF ».

(Note : The letters C. N., in accordance with traditional practice in Quebec, are used to designate the French Civil Code, and the letters C. C. the Quebec Civil Code).

Before dealing with the specific points of difference in detail, it may be useful to compare the general sequence of our Chapter « Of Proof » with that of the French Code.

Of the two introductory articles of the C. N. 1315 deals with the burden of proof and 1316 mentions the different kinds of proof. The C. C. opens with Section I entitled « Dispositions générales » and consisting of articles 1203-1206. Articles 1203 and 1205 correspond broadly to 1315 and 1316 C. N. Article 1204 lays down the Best Evidence Rule and 1206 refers to commercial matters.

The first section of the French Code has the same title as section II of our Code (La Preuve Littérale), but the divisions are different.

C. N. Division I, Section I (Du Titre Authentique, articles 1317-

1321) defines the « acte authentique », declares when a defective authentic act may serve as a private writing, defines the probative force of authentic and private acts (referring to the suspension of the execution of authentic acts pending improbation proceedings) and defines the effect of counter-letters.

C. C. Division I, Section II (1207-14) describes in detail those acts which are held to be authentic, defines their probative force, refers to the manner in which they may be contradicted or set aside, defines the effect of counter-letters and the probative force and effect of acts of recognition, ratification or confirmation.

Division II, Section I C. N. (De l'Acte sous seing privé, articles 1323-32) defines the obligatory force of a private act recognized as genuine, refers to the necessity for a formal denial of the signature or writing thereof, describes the respective formalities required for bilateral and for unilateral agreements, provides specially for the case where a difference exists between the body of the act and the *bon*, deals with the question of the date of private acts, and with the books of merchants, domestic papers and endorsements on title.

Division II of the C. C. (1215-19) deals with copies of authentic writings (corresponding as to subject matter with Division IV of the C. N.), and Division III (article 1220) concerns certain semi-authentic writings executed outside the Province, which make *prima facia* proof of their contents, and which may be contradicted only under certain conditions laid down in the Code of Procedure. There does not appear to be any article in the C. N. corresponding to article 1220 C. C. Division IV of the C. C. corresponds in title and in subject matter generally to Division II of the C. N.

Division III of Section I C. N., consisting of one article only, deals with « Tailles et Echantillons », giving effect to a usage which is apparently dying out in France, and which is not referred to in the C. C.

Division IV C. N. (1334-6) deals with copies of titles and Division V (1237-40) with acts of recognition and confirmation.

Section II of the C. N. (De la Preuve Testimoniale, 1341-1347) corresponds in title and in subject matter, generally speaking, to Section III of the C. C. (1233-1237), but the differences in arrangement and in phraseology are important. The respective texts will be given later.

Section III (Présomptions, 1349-53) and Section IV (De l'aveu de la partie, 1354-6) of the C. N. correspond respectively and broadly speaking to Sections IV (1238-42) and V (1243-5) of the C. C.

As to Section V C. N. (Du Serment, 1357-69) our Code had originally a corresponding section VI (1246-54) but it was repealed in 1897. It may be mentioned, however, that under our Code of Procedure a party can give evidence on his own behalf, can be examined by

the opposite party, and also by the Court if there is some proof already in the record (C. P. 316, 371 and 372).

III

TWO RULES OF THE QUEBEC LAW ADOPTED FROM ENGLAND

The Best Evidence Rule and the rule excluding Hearsay Evidence are, admittedly, of English origin.

A. *The Best Evidence Rule.*

This rule is laid down by Article 1204 C. C. :

« 1204. The proof produced must be the best of which the case in its nature is susceptible.

Secondary or inferior proof cannot be received unless it is first shown that the best or primary proof cannot be produced ».

The only source indicated by our codifiers under this article is Greenleaf, and the phraseology is practically copied from him. Greenleaf was a Professor of Law in Harvard College, and his work on Evidence was first published in 1842. Although he was an American, his work was, of course, based largely upon English Law and was indeed one of the first comprehensive treatises in English on the subject of Evidence.

As above intimated, this rule is not to be found as such in the French Law, and a few words of comment may be in order.

According to Greenleaf, and all other leading commentators, the word « best » does not necessarily mean weightiest or most convincing, but rather « primary » as opposed to « secondary ». The real meaning of the rule, as Taylor puts it, is « That no evidence shall be received which is merely substitutionary in its nature, so long as the original evidence is available » (Taylor on Evidence, No. 391). And again, the rule « excludes evidence which itself indicates the existence of more original sources of information ». (Ibid No. 393).

The rule is chiefly invoked, under the English system, to restrict verbal evidence as to the contents of documents, and its importance in England appears to be less today than it was, in view of subsidiary rules which have been developed and judicially recognized. Phipson (7th Edition 1931, p. 46) says that the rule is becoming more and more relaxed and that all admissible evidence is equally receivable.

So far as Quebec is concerned, the rule, being specifically laid down in the Code, must be observed ; but, as it is a rule of general character, its application is restricted by the specific provisions contained in the following articles, and more particularly in articles 1233-34. It is chiefly invoked in Quebec to exclude hearsay evidence in general and verbal evidence as to the contents of any writings, even those which are not « actes » (unless it first be established that the writing

in question cannot be produced). But it may be, and often is, invoked in other circumstances. For instance, in the case of Murphy vs Murphy (23 K. B., 529) it was applied to exclude testimony to establish the insolvency of a party, on the ground that the best evidence would be a statement of his assets and liabilities.

B. *The Rule excluding Hearsay Evidence.*

No specific text of our Code refers to hearsay evidence as such, but the rule is universally accepted and applied in this Province, presumably as a specific instance of the Best Evidence Rule (although some English commentators deal with it under the heading of « Relevancy»). The rule excluding hearsay evidence is succinctly expressed by Phipson, who says (Op. cit. p. 212) : « Oral or written statements made by persons not called as witnesses are inadmissible to prove the truth of the matters stated ». So far as written statements are concerned, our rule differs somewhat from the English Law, but as to verbal hearsay it is the same.

As appears from the wording of the rule, it may be admissible for a witness to report the statement of another person not before the court, as a proof, not that the statement was true, but merely that it was made, which fact may be relevant in cases of slander, and where the statement forms part of the *res gestae*. Such cases are not, of course, exceptions to the rule.

There are, however, several real exceptions to the rule, recognized in England. The chief exceptions of practical importance in this country are :

a) Matters of pedigree (Filiation), which are dealt with in articles 228 et seq. C. C. (compare C. N. 319 et seq.).

In the cases, in which, under those articles, verbal evidence is admissible, hearsay evidence would doubtless be received, subject to the restrictions imposed in England, where the exceptional admissibility is restricted to statements made by persons *de jure* related by blood or marriage to the party in question.

b) Declarations against interest.

This exception is expressed as follows, by Phipson (Op. cit. page 269) :

> « Declarations, oral or written, made by deceased persons as to facts within their personal knowledge or belief, and consciously against their pecuniary or proprietary interests are admissible in proof of the matters stated ».

This exception has been applied by our courts.

c) Declarations in the course of duty.

To adopt Phipson's wording again, this exception admits « declarations, oral or written, made by deceased persons in the ordinary course of duty, contemporaneously with the facts stated and without motive to misrepresent » in proof of the contents of such declarations

(ib. page 278).

The Quebec commentator Langelier (De la Preuve, No. 315) considers that these exceptions (and several others recognized in England which are of a lesser practical importance in this country) should be admitted in Quebec because the Best Evidence Rule, being of English origin should be interpreted as it is in England, and also because they come within the second paragraph of Article 1204 C. C. In C. P. R. vs QUINN, (22 K. B., 428) Cross, J., expressed the view with regard to declarations in the course of duty, that they might be admitted even if the person who made them were not dead, provided it was impossible to produce him as a witness. This extension of the exception, though reasonable on its face, does not appear to rest on any specific English authority.

There is, however, an apparent logical inconsistency in connection with hearsay evidence as a specific application of the Best Evidence Rule. Under the wording of the second paragraph of 1204 C. C., it would seem reasonable to admit hearsay in any case where it is established that the person who made the statement cannot be produced as a witness. But this is not the law. Hearsay evidence is inadmissible, save in those exceptional cases specifically laid down. The only explanation which appears to have been offered of this inconsistency is that hearsay evidence is excluded not merely because it is not the primary evidence but also because the statement was (usually) not made under oath and because the person who made it was not (usually) subjected to cross-examination. These considerations are set aside in the exceptional instances referred to because the circumstances were such that in all probability the statement was true.

Of course. even in the recognized exceptional cases, oral hearsay could be admitted in Quebec only if the matter were one in which oral evidence in general is admissible under Article 1233 C. C.

IV

CERTAIN DIFFERENCE IN THE RULES CONCERNING WRITTEN EVIDENCE.

Subject to the limitations above referred to, although the wording of the two codes on written proof is by no means identical, the following appear to be the only important points of difference :

A. *The Probative Effect of Authentic and Private Acts.*

(C. N. 1319, 1320, 1322 and 1328 ; C. C. 1210, 1222, 1225 and 1226).

The provisions of the two Codes in this respect are practically identical, and, according to most commentators they are both imperfectly worded. The only real difference that might exist would be in the probative effect with regard to third persons. On this point Lan-

gelier (op. cit. No. 438) considered that as we have adopted the Hearsay Rule of England, the recitals (énonciations) could have no probative effect as regards third persons. The Supreme Court of Canada, confirming the Quebec Court of King's Bench, has, however, decided the contrary, at least for those recitals which have a direct connection with the obligation or the object of the deed. (La Corporation de la Paroisse de St-Joseph de Coleraine vs Colonial Chrome Co., Limited, 1933 S. C. R., page 13).

B. *Denial of the Signature of Private Acts.*

(C. N. 1323, 1324 ; C. C. 1223, 1224, Quebec Code of Civil Procedure 208).

There appears to be some difference on this point. The C. N. exacts a formal denial in the case of the party himself. This does not seem to mean anything more than an explicit and categorical denial. The C. C. refers to the Code of Procedure, which, in turn, requires that the denial be accompanied by an affidavit. Under both systems, if the denial is made in the form respectively required, the validity of the signature is decided by the Court, which may hear experts, but is not bound to follow their opinion. The burden of proving the signature is on the party invoking the document.

In Quebec, according to our recent jurisprudence, if the denial is not accompanied by an affidavit, the party cannot adduce testimony to disprove his signature. (Vipond vs Finestone 53 K. B., 59 ; St. Henry Syndicate vs Chadillon, 55 K. B., 563). Many of the earlier decisions were to the effect that the lack of the affidavit merely shifted the burden of proof to the defendant.

C. *The Date of Private Acts.*

The text of Article 1225 C. C. differs in one very important particular from 1328 C. N. The first paragraph is practically the same, but we have a second paragraph, reading as follows : — « La date peut néanmoins en être établie contre les tiers par une preuve légale ». We are not, therefore, restricted in Quebec to the specific circumstances enumerated in the first paragraph of the article. It would seem that if the matter involved were one concerning which testimony is admissible, the date might be proved by testimony ; otherwise not, unless there were a commencement of proof in writing.

D. *Formal Requirements for Private Acts.*

Articles 1325-6 C. N. contain provisions governing the form of certain private acts. There are no similar provisions in our Chapter « Of Proof ». Apart from wills, acts which may be made as private writings are not subject to any special formalities.

V

THE PRINCIPAL DIFFERENCES AS TO THE ADMISSIBILITY OF TESTIMONY

A. *The two texts compared in Detail.*

As the two codes are so differently arranged and as there are also important differences in the phraseology in this branch of the subject, it may be interesting to set out the texts *in extenso*.

C. N.

Art. 1341. Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cinq cents francs, même pour dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq cents francs :

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

Art. 1342. La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cinq cents francs.

Art. 1343. Celui qui a formé une demande excédant cinq cents francs, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive.

Art. 1344. La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cinq cents francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit.

Art. 1345. Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cinq cents francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et quelles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits pro-

C. C.

1233. La preuve testimoniale est admise :

1) De tout fait relatif à des matières commerciales ;

2) Dans toute matière où le principal de la somme ou la valeur demandée n'excède pas (cinquante piastres) ;

3) Dans les cas où des biens-fonds sont occupés avec la permission du propriétaire et sans bail, tel que pourvu au titre DU LOUAGE ;

4) Dans les cas de dépôt nécessaire ou de dépôts faits par des voyageurs dans une hôtellerie, et autres cas de même nature ;

5) Dans le cas d'obligations résultant des quasi-contrats, délits et quasi-délits, et dans tout autre cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite ;

6) Dans les cas où la preuve écrite a été perdue par cas imprévu, ou se trouve en la possession de la partie adverse, ou d'un tiers, sans collusion de la part de la partie réclamante, et ne peut être produite ;

7) Lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

Dans tous les autres cas la preuve doit se faire au moyen d'écrits ou par le serment de la partie adverse.

Le tout néanmoins sujet aux exceptions et restrictions spécialement énoncées dans cette section et aux dispositions contenues dans l'article 1690.

1234. Dans aucun cas la preuve testimoniale ne peut être admise pour contre-

cédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

Art. 1346. Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit ne seront pas reçues.

Art. 1347. Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Art. 1348. Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui.

Cette seconde exception s'applique :

1° Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits ;

2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait ;

3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit ;

4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.

dire ou changer les termes d'un écrit valablement fait.

1235 (omitted, as it refers exclusively to commercial matters. Vide supra).

1236. La preuve testimoniale ne peut être admise sur la demande d'une somme n'excédant pas cinquante piastres), si cette somme est la balance ou fait partie d'une créance en vertu d'un contrat qui ne peut être prouvé par témoins.

Le créancier peut néanmoins prouver par témoins, la promesse du débiteur de payer telle balance si elle n'excède pas (cinquante piastres).

1237. (Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes qui réunies forment une somme qui excède cinquante piastres, la preuve par témoins peut être admise, si ces créances procèdent de différentes causes ou ont été contractées à des époques différentes et étaient originairement chacune d'une somme moindre que cinquante piastres.

B. *Matters under Fifty Dollars.*

(C. N. 1341-1345 ; C. C. 1233 (2), 1236-7.

1) Though 1233 (2) C. C. can be traced to the Ordonnance de Moulins of 1566, the context and phraseology differ from those of 1341 C. N. Moreover we have no article corresponding to 1342 C. N., and this omission, together with the word « principal » in article 1233 (2) C. C. appears to settle in the negative the question as to whether interest is to be included in calculating the amount. Such, at least, is the view of Mignault (Vol. VI, page 71) ; Langelier (No. 514) is of

the contrary opinion.

2) It will be seen that the second paragraph of 1236 C. C. admits testimony in circumstances where, presumably, it would not be receivable in France.

3) It is also apparent that by enacting 1237 C. C. we have adopted a rule contrary to that of 1345 C. N.

4) Although we have no article corresponding to 1343 C. N. it is clear that the principle laid down therein is admitted in Quebec.

C. *Permissive Tenure* (C.C. 1233 (3).

The C. N. contains no provision corresponding to our third exception, but, according to Langelier (No. 526) it was unnecessary to make a special exception as the case involves only « un fait matériel ».

D. *Necessary Deposits, etc.*

C. N. 1348 (2) and (3) C.C. 1233 (4).

The provision of the C. C. does not enumerate the cases of necessary deposit, but article 1813 defines necessary deposit as « celui qui a lieu par une nécessité imprévue et pressante provenant d'un accident ou de force majeure, comme dans le cas d'incendie, naufrage, pillage ou autre calamité soudaine ».

E. *Quasi-contrats, etc.* (C.N. 1348 (1) ; C.C. 1233 (5).

Although the wording of the two codes is different, the substance appears to be the same. The commentators of both countries appear to agree that for those parts of the claim where it was possible to obtain written proof, the general rules would apply. Indeed, some go so far as to say that is was not necessary to enact this exception since the basis of the obligation is a « fait matériel » (e. g. Planiol et Ripert, Oblig. 2, No. 1535).

F. *When the Written Proof has been lost etc.*

(C.N. 1348 (4) ; C.C. 1233 (6).

It will be seen that the Quebec provision is not quite so exacting as the French with regard to the cause of the loss ; and it also allows testimony when the writting is in the hands of another — under certain conditions.

An interesting point was raised under 1233 (6) C. C. by the commentator Langelier as a judge of the Court of Review in Lafrance v. Larochelle 27 S. C. 153 (1905). In that case Plaintiff had purchased a cheese factory from Defendant (who was illiterate). Plaintiff had made a contract in duplicate and one copy was delivered to Defendant. Plaintiff subsequently sued Defendant for breach of a subsidiary clause in the contract, which clause Defendant alleged was not in his duplicate. He had lost his copy of the contract, but adduced four witnesses

who had seen it. Their evidence was taken under objection, and the Trial Judge held it to be illegal, because Defendant had not proved that he had lost the document by a « cas imprévu ». The Court of Review overruled this decision and Langelier said, at page 155 of the report :

> « Il y a ici une erreur : le tribunal de première instance a confondu deux cas parfaitement distincts : celui où, comme ici, on veut prouver par témoins le contenu d'un écrit perdu, et celui où l'on veut faire une preuve par témoins, non pas du contenu d'un écrit, mais du fait que cet écrit établissait, et dont la preuve par témoins n'était pas permise. En ce dernier cas, celui qui veut faire la preuve par témoins n'y peut être admis que s'il est établi que l'écrit a été perdu ou détruit par un cas imprévu. (Code civil, art. 1233, parag. 6) Mais il en est tout autrement lorsqu'une partie veut faire, comme ici, la preuve secondaire du contenu d'un écrit perdu : il suffit qu'elle n'ait pas pu le trouver, bien qu'elle ait fait dans ce but des efforts que le tribunal juge suffisants. Si elle fait cette preuve, elle est admise à faire la preuve secondaire, alors même que l'écrit aurait été perdu par sa faute, (Taylor, On Evidence, No. 429 et Greenleaf, On Evidence, vol. I, No. 558) ».

It is clear from the authorities mentioned in the citation and from other English commentators (e. g. Phipson, pages 525-6) that under the English law it is not necessary to prove loss by unforeseen accident. Proof of loss without fraud and proof of a reasonably diligent search would be sufficient.

With great respect for the learned Judge and commentator, the writer is of the opinion that his ruling in this instance was unsound. It is true that the codifiers cite Greenleaf ; but they also cite Pothier (No. 815), and it appears that by adopting the French phraseology in 1233 (6) and in drafting 1233 generally in a form which makes testimony the exception, they intended to adopt the French doctrine rather than the English. As was stated above, the Best Evidence Rule, as found in 1204 C. C. is one of general application and must yield, if necessary, to the special provisions of 1233.

It would, therefore, seem reasonable to conclude that no testimony may be received in Quebec concerning the contents of a document, unless the conditions of 1233 (6) are first established. (Saving, of course, the cases in which one of the other exceptions of 1233 would apply to admit it). This view is supported by the following Quebec decisions : — Giroux v. Martin, 24 R. L. n. s. 195 ; Brodeur v. Larivière, 36 K. B. 280 ; Ball v. Rolland 24 R. L. n. s., at page 180 ; Côté v. Cantin 21 S. C. 432.

G. *When there is a Commencement of Proof in Writing.*

(C. N. 1347 ; C. C. 1233 (7). The only difference here is that, as

is frequently the case throughout the Code, our codifiers have not reproduced the définition of the C. N. Nevertheless, our courts readily accept it, as the exception is so obviously of French origin.

H. *Testimony in contradiction, etc. of Writings.*

1) It is quite clear from the disposition and the wording of the relevant articles of the C. N. (1341 and 1347) that testimony may be received to establish something « contre et outre le contenu » or something which was said « avant, lors ou depuis les actes », when there is a « commencement de preuve par écrit ». (Planiol et Ripert, Oblig. 2 no. 1531). In Quebec, however, the situation is different. The fact that 1234 comes immediately after the enumeration of the cases in which testimony is admitted and the phraseology of the article itself appear to the writer to exclude the possibility of introducing testimony even with a « commencement de preuve par écrit ».

The question has been vigorously debated on more than one occasion. Langelier's « De la Preuve » was published in 1894 and that same year the majority of the Supreme Court of Canada accepted and approved his view that a « commencement de preuve par écrit », unless it amounted to an admission, would not suffice to admit testimony. (Bury vs Murray, 24 S. C. R. 77). Taschereau, J., however, said, at page 85 of the report : « I express no opinion one way or the other on the point determined by the majority of the Court as to the admissibility of verbal evidence under articles 1233, 1234 and 1235 of the Code where there is a commencement of proof in writing. The solution of the question is not necessary to determine the case and it was not argued before us nor in the Courts below ». Langelier's opinion and the decision of the majority of the Supreme Court were vigorously attacked in several articles in the first volume of La Revue Légale, nouvelle série, by the then young lawyer Philippe Demers, who has since become one of the most learned jurists of our Superior Court. Langelier replied to these attacks with equal vigour, but the point has not since come before the Supreme Court. Our Court of Appeal (3 Judges division, since abolished) dealt with it in 1918 in the case of St Martin vs Mathieu (36 K. B. 421). The Judge of first instance did not consider that a « commencement de preuve » existed and so did not pass on the point. In Appeal, Rivard, J. was of the same opinion and declined to pass upon the admissibility question ; Allard, J., was personally of the opinion that a « commencement de preuve » should admit testimony, but felt that he was bound by the Supreme Court decision of Bury vs Murray ; Hall, J. dissented definitely.

It may be permitted to the writer, in support of his own view that our article is of English origin, to quote the English text of 1234 C. C. and an extract from Greenleaf on Evidence, No. 275. (Note : Greenleaf, as well as various French authorities, is cited by the codifiers).

1234 C. C. reads : « Testimony cannot in any case, be received to contradict or vary the terms of a valid written instrument ».

Greenleaf, No. 275 (*in fine*) : « ... parol contemporaneous evidence is inadmissible to contradict or vary the terms of a valid written instrument ».

If the rule is, in fact, drawn from the English law, this would be a further argument in support of Langelier's view, because the « commencement de preuve », as such, is unknown in English law.

2) It is apparent that our article 1234 is less extensive in restricting testimony in connection with valid written instruments than is 1341 C. C. As we have seen, the phraseology of 1234 C. C. is such that it is reasonable to believe that it comes from the English law, through Greenleaf ; and our Courts have allowed testimony in circumstances where it would not appear to be admissible under the French law. For instance :

a) When a document is *incomplete,* and apparently not intended to include all the terms arranged between the parties, testimony may be admitted with respect to the terms omitted (Pelletier v. Lamarre 50 S. C. 441 ; Rainboth v. O'Brien 24 K. B. 88, confirmed by the Supreme Court).

b) A *subsequent* contract, changing the terms of the former, may be proved by testimony if the matter thereof be itself susceptible of proof by testimony. (Forest v. Galbraith 26 R. L. n. s., 235, a decision of the Court of Appeal in 1919).

As is apparently the case in France, testimony may be admitted to prove the meaning of technical or ambiguous terms in accordance with custom and usages.

VI

PRESUMPTIONS

(C. N. 1349-1353 ; C. C. 1238-1242).

In substance the provisions of the two codes do not differ essentially except on one point. Our articles are less detailed than those of the C. N. and in particular our codifiers did not attempt to bind the courts by requiring specifically that presumptions of fact must be « graves, précises et concordantes ». However, in practice, our judges are not inclined to accept presumptions which do not possess the three attributes mentioned by the C. N.

The one point of essential difference above mentioned is that our Code does not restrict the admissibility of proof by presumptions to cases in which testimony would be received. In the opinion of our two leading commentators, the omission of this restriction of the C. N. means that in Quebec proof by presumptions may be made in all cases (Langelier No. 217, Mignault, tome VI, pages 113-114).

VII

ADMISSIONS

(C. N. 1354-6 ; C. C. 1243-5).

The principal difference between the two codes on this subject is that the C. N. declares categorically that the judicial admission is indivisible, whereas the C.C. provides that an admission is divisible : —

> « ... dans les cas suivants, d'après les circonstances et suivant la discrétion du tribunal :
> 1) Lorsqu'il contient des faits étrangers à la contestation liée ;
> 2) Lorsque la partie contestée de l'aveu est invraisemblable ou combattue par des indices de mauvaise foi ou par une preuve contraire ;
> 3) Lorsqu'il n'y a pas de connexité ou de liaison entre les faits mentionnés dans l'aveu ».

It appears, however, that the difference in practice is not so great as a comparision of the two texts would lead one to believe. See particularly Planiol et Ripert, Oblig. 2, no. 1570.

VIII

OF THE OATHS OF THE PARTIES

(C. N. 1357-1369 ; C. C. 1246-1256 - repealed).

As we have said, the articles of the C. C. on this subject were repealed in 1897. See above.

The foregoing is offered, not, of course, as an exhaustive treatment of an interesting and rather difficult subject, but simply as a preliminary survey which may serve as the basis for a more detailed study. In the meantime, the writer craves the indulgence of his confrères for all omissions and inaccuracies.

LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Rapport présenté par
M. E. FABRE-SURVEYER,
Juge à la Cour supérieure
de la Province de Québec,
professeur à l'Université
Mc Gill, Montréal.

« Le droit matrimonial des anciennes coutumes Françaises, disparu dans le pays où il s'est constitué, et où il ne présente plus qu'un intérêt historique, s'est enraciné plus profondément dans l'ancienne colonie Française du Canada, et il y subsiste à l'état de législation positive et vivante. On peut aller voir fonctionner en pratique dans le Bas-Canada, de vieilles institutions que l'on est réduit à étudier en France dans des textes morts. On y observera comment le Velléien se combine avec la communauté, comment dans l'intérêt des enfants la communauté continue parfois à exister après la dissolution du mariage, comment le douaire est une compensation pour l'épouse des droits étendus du mari ».

(Albert AFTALION, *La femme mariée.*)

LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Dans l'histoire des lois qui gouvernent, dans la province de Québec, le régime matrimonial, il y a quelques dates qu'il est bon de noter :

1. 1663. — En avril, Louis XIV rend un édit créant le Conseil Souverain « pour juger souverainement et en dernier ressort selon les loix et ordonnances de notre royaume, et y procéder autant que faire se pourra en la forme et manière qui se pratique et se garde dans le ressort de notre Cour de Parlement de Paris » (1) ;

2. 1841. — une loi du 9 février (4 Victoria, c. 30) reproduit le sénatus-consulte velléien et contient des dispositions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée ;

3.—1866 : les commissaires nommés pour codifier les lois civiles du Bas-Canada présentent un rapport indiquant pourquoi, dans la rédaction du code, ils ont, d'une manière générale, suivi la Coutume de Paris, et quelles dispositions ils ont cru bon de reproduire du code civil français ;

---

(1) Edits et ordonnances, I, 37 ; Doutre et Lareau, *Le Droit civil canadien.* (Montréal, 1872), pages 115, 117 ; M. Jean Delalande, *Le Conseil souverain de la Nouvelle-France,* (Québec, 1927), p. 57.

4.—1897 : la continuation de communauté est abolie et remplacée par l'usufruit légal du conjoint survivant ; en cette même année, comme conséquence de l'adoption d'un nouveau code de procédure civile, certaines dispositions sont introduites relativement à la séparation de biens judiciaire ;

5.—1904 : on modifie les dispositions reproduites du sénatus-consulte velléien ;

6.—1906 : l'abolition de la mort civile nécessite la suppression ou la modification de cinq articles du titre des conventions matrimoniales ;

7.—1931 : une commission chargée de faire rapport sur les droits civils de la femme, propose à la Législature certaines modifications qu'elle adopte.

En 1863, Me T. K. Ramsay, plus tard juge à la Cour d'appel, publiait un opuscule dans lequel il constatait que sur les 362 articles de la Coutume de Paris, 125 n'avaient pas force de loi au Canada, les titres I « Des fiefs », et II « Des censives et droits seigneuriaux », ayant été abolis par la loi de 1854 sur la tenure seigneuriale et le titre VII, « Du retrait lignager », ayant été supprimé en 1855. Quant au titre XII, « De la garde noble et bourgeoise », il avait disparu automatiquement par la cession du pays.

Le titre X, « De la communauté », subsistait en 1863, moins l'article 238 relatif à la prérogative du survivant des conjoints nobles sans enfants, prérogative disparue avec le changement de régime. L'article suivant, 239, était affecté par une loi de 1847 relative aux engagements des mineurs en matière commerciale.

Le titre XI, « Du douaire », avait subi des modifications plus importantes à raison de la loi de 1841 et des dispositions subséquentes relatives à l'enregistrement.

Le titre quatrième du livre troisième du code civil bas-canadien, est intitulé : « Des conventions matrimoniales et de l'effet du mariage sur les biens des époux ». Les rédacteurs du code expliquent que le terme « contrat de mariage » prête à équivoque et signifie tantôt le mariage même, tantôt l'acte qui en contient les conditions. Le code suisse paraît avoir tourné la difficulté en parlant du « régime matrimonial » lequel peut être légal ou conventionnel.

Comme le code français, le code bas-canadien est divisé en trois chapitres :

I. Dispositions générales.
II. De la communauté de biens.
III. Des douaires.

Ce dernier chapitre remplace le troisième chapitre du code français : « Du régime dotal », dont les rédacteurs du code disent : « Ce système dotal, en usage en France, dans les pays de droit écrit, ne

l'était pas dans les pays de coutume. L'on n'a pas cru devoir l'adopter ». En Louisiane, où il est l'objet d'une législation méticuleuse, ce régime est à peu près inexistant, écrit le juge Saunders dans ses commentaires (1).

Quoi qu'il en soit, des trois chapitres qui composent ce titre, l'un, le dernier, diffère absolument du droit français actuel et reproduit fidèlement la coutume de Paris, excepté en tant qu'il y est ajouté par les lois concernant l'enregistrement ; le second, au contraire, suit fidèlement la division du code français, sans tenir compte de la critique de Marcadé, qui proposait la division suivante :

I. Régimes de communauté : 1° Communauté légale ; 2° Communauté conventionnelle.

II. Régimes sans communauté : 1° Exclusion simple de communauté ; 2° Séparation de biens ; 3° Régime dotal (2).

Les seules différences sont : 1° le titre de la section relative à la dissolution de la communauté, et 2° la suppression, jusqu'à 1931, de la section qui traite, en France, de la communauté réduite aux acquêts. Nous reviendrons plus loin sur ces deux points.

Enfin, le premier chapitre : « Dispositions générales », contient et des dispositions analogues à celles du code français, dont tous les articles, sauf de 1389 à 1392, ont leur équivalent dans le code bas-canadien, et quelques dispositions qui s'en écartent. Nous allons noter ces différences.

CHAPITRE I

L'article 1387 du code français est remplacé par les articles 1257 et 1258, ainsi conçus :

« 1257. Il est permis de faire, dans les contrats de mariage, toutes sortes de conventions, même celles qui seraient nulles dans tout autre acte entre vifs ; telles sont : la renonciation à une succession non ouverte, la donation de biens futurs, l'institution contractuelle et autres dispositions à cause de mort ».

« 1258. Sont cependant exceptées de cette règle toutes conventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou interdites par quelque loi prohibitive ».
Comme exemple de ces lois prohibitives, les rédacteurs du code

---

(1) *Lectures on the Civil Code*, (Nouvelle Orléans, 1925), p. 81. Le code civil du Bas-Canada, qui ne mentionne pas le régime dotal, parle en trois endroits de la dot ; art. 208 (séparation de corps), art. 954 (substitutions) et art. 2234 (prescription). Ces titres ont été préparés avant celui des conventions matrimoniales, et les rédacteurs du code croyaient sans doute que le régime dotal serait mentionné plus tard.

(2) Marcadé, *Explication du Code civil* 5e éd., tome 5, p. 379.

citent l'Edit des secondes noces et l'article 279 de la Coutume de Paris, qui restreignent notablement les avantages que peuvent se faire les personnes convolant en secondes noces, ayant des enfants d'un premier mariage. Cependant l'article 764 du code, qui est de droit nouveau, abolit ces prohibitions (1).

Le régime de droit commun est indiqué dans l'article 1260 :

« A défaut de conventions ou en l'absence de stipulations contraires, les époux sont présumés vouloir se soumettre aux lois et coutumes générales du pays, et notamment qu'il y ait entre eux communauté légale de biens et douaire coutumier ou légal en faveur de la femme et des enfants à naître ».

La communauté peut être conventionnelle (1262) et le douaire préfix (1263).

Les conventions matrimoniales sont rédigées, avant le mariage, par acte devant notaire (2). Les conventions matrimoniales sont irrévocables, et le don mutuel d'usufruit, qui était tombé en désuétude, a été formellement aboli par le code (3). Par exception, le mari peut, sous certaines conditions et restrictions, mentionnées dans une loi spéciale (4), assurer sa vie, pendant le mariage, pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants. Mais une femme peut renoncer, en faveur d'un tiers, à une hypothèque que son mari lui aurait consentie par contrat de mariage pour lui assurer l'exécution de certaines obligations assumées par lui envers elle, pourvu que ces obligations subsistent malgré la renonciation à l'hypothèque (5).

Quant aux changements qui peuvent être apportés, avant le mariage, aux conventions matrimoniales, l'article 1266 n'exige pas impérieusement qu'ils soient toujours, et dans tous les cas, faits par le même notaire et à la suite de la minute du premier acte. Il suffit qu'ils soient constatés par acte notarié, en présence et avec le consentement de toutes les personnes présentes au premier contrat, qui y ont intérêt.

Enfin le dernier article du chapitre s'éloigne à la fois de la Coutume et du Code. « Il permet, disent les rédacteurs du code, au mineur, assisté de son tuteur, s'il en a un, et des personnes dont le consente-

---

(1) Voir M. Mignault, *Droit civil canadien*, (Montréal, 1899), tome 4, p. 21 *et seq.*; tome 6, pages 140, 141. M. Louis Antier, *Le Droit civil du Bas-Canada* (Rouen, 1923), p. 73.

(2) Une disposition spéciale exempte de la forme notariée les contrats de mariage passés dans le district électoral de Gaspé. Cette disposition est devenue à peu près lettre morte, deux contrats sous seing privé ayant été enregistrés dans les dix dernières années.

(3) Rapport des Codificateurs — de Lorimier, *Bibliothèque du Code civil*, (Montréal, 1883), tome 9, p. 702.

(4) Cette loi forme le chapitre 244 des Statuts refondus de 1925 (Québec).

(5) *Laframboise* v. *Vallières*, Cour suprême du Canada, 1927, p. 193.

ment à son mariage est requis, de faire, en faveur de son futur conjoint et des enfants, tels avantages qu'il juge convenables, liberté qui est restreinte à ces derniers seulement et ne s'étend pas aux tiers, à l'égard desquels le mineur reste assujetti aux règles ordinaires quant à la disposition de ses biens ».

CHAPITRE II

Ce chapitre peut se diviser en trois parties :

1. Communauté légale ;
2. Communauté conventionnelle ;
3. Séparation de biens.

Quant au régime d'exclusion de communauté, il est inutile d'en parler, les articles du code bas-canadien étant une copie à peu près textuelle de ceux du code français. Ils sont d'ailleurs presque sans application.

I. COMMUNAUTÉ LÉGALE

Pour ce qui concerne l'actif de la communauté, les articles sont calqués sur ceux du code français, sauf l'omission des coupes de bois dans le texte correspondant à l'article 1403. Mais au contraire de l'article 1405, l'article 1276 du code bas-canadien, reproduisant l'ancien droit, fait entrer dans la communauté, à moins de stipulation contraire, les donations et legs d'immeubles autres que les donations et legs faits par les ascendants (1).

Quant au passif de la communauté, la seule disposition qui diffère du texte correspondant du code français est celle de l'article 1281, qui interdit au créancier de la femme en vertu d'un acte n'ayant pas acquis date certaine, d'en poursuivre contre elle le paiement, même sur la nue propriété de ses biens, avant la dissolution de la communauté. Mais la date de l'acte peut être établie non seulement par son enregistrement ou par le décès d'un signataire, mais par toute preuve satisfaisante, et même, en matière commerciale, par témoins. Conséquemment, l'article 1288 diffère également de l'article 1417 du code français.

La section suivante (dont le titre est le même qu'en France) a subi, depuis la promulgation du code, d'assez sérieuses modifications. L'article 1295 a disparu quand la mort civile a été remplacée, en 1906, par la dégradation civique, et l'article 1301, reproduction du sénatus consulte velléien, a été retouché en 1904. Enfin, en 1931, l'article 1292 a été modifié et l'article 1298*a* a été ajouté.

L'article 1292 tel que primitivement rédigé, comprenait deux alinéas. Le premier reproduisait l'article 1421 du code français.

(1) Antier, *op. cit.*, p. 75.

Quant au second, voici ce qu'en disaient les rédacteurs du code : « Le dernier paragraphe est au lieu de l'article 1422, dont il diffère beaucoup. Ce paragraphe permet au mari de disposer par donation et à titre gratuit entre vifs, des biens tant mobiliers qu'immobiliers de la communauté, pourvu que ce soit en faveur de personne qualifiée à acquérir à ces titres et sans fraude ». Suit une défense de cette disposition (1).

La commission des droits civils de la femme, nommée en 1929, disait l'année suivante, dans son deuxième rapport : « L'étendue presque illimitée des pouvoirs du mari est sans doute l'élément de la comunauté qui expose le régime à la plus sérieuse critique. Cette domination à peu près absolue engendre un grief qui n'est pas sans fondement » (2).

Conformément aux conclusions des commissaires, la législature de Québec décrète, le 11 mars 1931, que le mari ne peut, sans le concours de sa femme, « disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. Il peut disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit et que ce soit sans fraude ». Notons que, par exception, la loi concernant la protection des colons (3) permet encore au propriétaire du patrimoine de famille et des terres publiques concédées pour des fins de colonisation, de les aliéner, même à titre gratuit, sans le consentement de son conjoint.

Les articles suivants (1293 à 1300) reproduisent les articles correspondants du code français, mais en 1931, fut ajouté l'article 1928*a*:

> « Au cas où le mari refuse d'agir ou est incapable, par absence ou autre cause, de le faire, la femme peut, avec l'autorisation du juge, intenter seule ou en son nom une action en recouvrement de dommages-intérêts pour injure personnelle. Le mari doit être mis en cause, mais il n'encourt aucune responsabilité, ni personnellement ni comme chef de la communauté, à moins qu'il ne prenne part à la contestation ».

Cette disposition a été inspirée par le rapport de la commission dont nous avons parlé plus haut, qui disait : « Nous croyons que le législateur aurait raison de déclarer quel est notre droit certain en la matière ; et il devrait, à notre avis, le déclarer conforme à notre ancien droit qui, s'inspirant du droit romain, faisant la distinction entre l'action d'injure proprement dite et les actions en recouvrement de dom-

---

(1) de Lorimier, *op. et loc. cit.*, pages 708, 709 ; Antier, *op. cit.*, pages 76, 77.
(2) Deuxième rapport de la commission des droits civils de la femme (Québec, 1930), pages 18 à 21.
(3) Statuts refondus de Québec, 1925, c. 78 art. 2, 3, 6.

mages-intérêts ordinaires résultant de délits ou quasi-délits » (1).

Nous arrivons à l'article 1301 qui correspond à l'article 1431 du code français, mais en diffère sensiblement. Cet article a une histoire.

De 1838 à 1841, le Bas-Canada fut régi par un conseil spécial, qui promulgua de nombreuses ordonnances, dont trente-trois en 1841. La trentième de ces ordonnances, qui contenait cinquante-neuf articles, avait surtout trait aux hypothèques et à leur enregistrement (2).

Les articles 34 à 37 n'ont avec le sujet de l'enregistrement qu'un rapport éloigné. Ils sont ainsi résumés en marge du texte :

« 34. Femmes sous puissance de mari, saisies de terrains, etc., pourront les aliéner par contrat exécuté conjointement avec leurs maris.

« 35. Femmes mariées pourront se joindre à leurs maris pour aliéner les terrains, etc., qui pourront être sujets à leur douaire coutumier ou légal ».

L'article 37 se rapportait au douaire coutumier des enfants.

Enfin l'article 36 contenait la disposition suivante que nous reproduisons textuellement, bien que le style en soit vieux :

> « Et qu'il soit de plus Ordonné et Statué, que depuis et après le jour auquel cette Ordonnance aura force et effet, il ne sera pas loisible à aucune femme mariée de devenir caution ou responsable, ou d'encourir aucune responsabilité quelconque, en aucune autre qualité, ou autrement, que comme commune en biens avec son mari pour les dettes, engagements ou obligations qui pourront avoir été contractés ou faits par son mari, avant leur mariage, ou qui pourront par son dit mari être contractés ou faits en aucun temps pendant la durée de tout tel mariage ; et tous cautionnements, engagements, ou obligations faits ou contractés par aucune femme mariée, après le jour en dernier lieu mentionné, en contravention à cette disposition, seront absolument nuls et inefficaces à toutes fins que de droit quelconques ».

Lors de la refonte des lois, en 1861, cette disposition, sous une forme abrégée, devint l'article 55 du chapitre 37 des Statuts refondus, dont une section portait le titre : « Biens des femmes mariées, et douaire ». Enfin le code reproduisait cette disposition sous une forme encore plus brève, en disant :

> « 1301. La femme ne peut s'obliger avec ou pour son mari, qu'en qualité de commune ; toute obligation qu'elle contracte ainsi en autre qualité est nulle et sans effet ».

Dans son discours au Conseil Législatif, dont il sera question plus tard, M. Archambeault (plus tard sir Horace, Juge en chef de la Pro-

---

(1) Deuxième rapport de la commission des droits civils de la femme, 1930, pages 23, 24.

(2) Voir une critique de cette ordonnance dans M. Lemieux, *Les origines du droit franco-canadien*, (Montréal, 1900), pages 427 à 429.

vince), disait :

« Les codificateurs ont ... donné une extension aux termes de l'Ordonnance. Ils expliquent, dans leur rapport, la nouvelle rédaction de la loi en disant que, d'après une présomption admise par les tribunaux, les engagements que la femme contracte avec son mari sont assimilés à ceux qu'elle contracte pour lui ».

En octobre 1897, Me Jean-J. Beauchamp, publiait une longue étude sur ce sujet, et terminait en demandant qu'on ajoutât à l'article 1301, les mots « excepté quant aux tiers de bonne foi » (1).

Le 14 décembre 1897, M. le juge Cimon rendait un arrêt très élaboré où il appliquait le sénatus-consulte velléien (2). Cette décision, infirmée par la Cour de Révision, fut rétablie par la Cour d'Appel (3).

Ces deux décisions furent tour à tour critiquées (4) ; mais en 1902, la majorité de la Cour d'appel annula un emprunt contracté par une épouse pour le bénéfice de son mari, et le Conseil privé d'Angleterre lui donna raison (5). Alors la Législature, que le Conseil législatif avait empêchée, en 1899, de modifier la loi existante, remit la question à l'étude, et, la composition du conseil législatif étant changée, les promoteurs du changement y obtinrent une voix de majorité, et on vota, le 2 juin 1904, une loi qui, tout en décrétant que l'article 1301 ne s'est jamais appliqué aux achats, ventes ou échanges d'immeubles ni aux baux emphytéotiques faits par des femmes mariées, y ajoutait ces mots : « sauf les droits des créanciers qui contractent de bonne foi » (6). La discussion du projet au conseil législatif fournit à son président, l'honorable M. Horace Archambeault, professeur de droit commercial, l'occasion de prononcer, à l'encontre du projet, un discours qui est un exposé remarquable de la législation sur ce sujet, depuis le droit romain. Plus tard, M. Archambeault, devenu Président de la Cour d'appel, décida que les mots ajoutés au texte de l'article ont pour effet de dispenser le créancier, qui remet de l'argent à une femme mariée autorisée, de surveiller l'emploi qu'elle fait de cet argent, et la Cour d'Appel partagea son avis (7).

---

(1) *Revue légale*, nouvelle série, t. 2, pages 321 à 389.

(2) *Boucher v. Globensky*, Revue de jurisprudence, t. 5, p. 49.

(3) Rapports de la Cour supérieure, tome 13, p. 129 ; Rapports de la Cour d'appel, tome 10, pages 318, 321.

(4) Voir spécialement M. Louis J. Loranger, aujourd'hui juge à la Cour supérieure, *De l'incapacité de la femme mariée* (thèse de doctorat, Montréal, 1899) pages 116 à 127.

(5) *Trust and Loan Company* c. *Keroack*. Rapports de la Cour d'Appel, t. 12, p. 281 ; 1904 Appeal Cases, 94.

(6) Voir une critique de cette nouvelle législation dans Langelier, *Cours de droit civil*, (Montréal, 1908), tome 4, p. 330.

(7) *Lebel c. Bradin*, *Revue légale*, nouvelle série, tome 19, p. 16. Le discours de M. Archambeault y est cité textuellement par M. le juge Gervais.

L'article 1302 étend la disposition de l'article 1432 du code français, en déclarant que « le mari qui s'oblige pour les affaires propres de sa femme a, sur les biens de cette dernière, un recours pour se faire indemniser de ce qu'il est appelé à payer par suite des obligations qu'il a ainsi contractées ».

Quant à l'article 1306, nous citerons ce qu'en dit M. Antier (1) :

« L'article 1306 résout un point controversé dans l'ancien droit. L'acceptation du remploi de la femme ne devait-elle pas se faire lors de l'acquisition même et par l'acte qui la contient ? Pothier le prétendait. Mais le Code décide que l'acceptation peut se faire par acte subséquent, pourvu qu'il intervienne avant la dissolution de la communauté. Ce parti l'a également emporté en France ; mais l'article 1435 du Code Napoléon ne le précisait pas ».

La division suivante se compose de deux sections :

I. De la dissolution de la communauté.
II. Usufruit légal du conjoint survivant.

I. — Dissolution de la communauté.

L'abolition de la mort civile a modifié l'article 1310 comme elle avait modifié l'article correspondant du code français. Le code bas-canadien ne mentionne pas le divorce comme cause de dissolution de la communauté. C'est que, dans la province de Québec, le divorce n'est pas accordé par les tribunaux, mais par le Sénat, chambre haute du parlement du Canada. Si le Sénat accordait un divorce à des Bas-Canadiens communs en biens, il resterait à partager la communauté. Ce partage se ferait conformément aux règles du partage de la communauté, et, s'il était demandé par la femme, elle pourrait procéder par action en partage de communauté suivant les règles de la séparation de biens. Quant au mari, il pourrait, sans poursuivre, remettre les titres de propriété à un praticien, qui procéderait suivant les règles tracées par le code.

Le Code (art. 1310, al. 5) reconnaît l'absence comme cause de dissolution de la communauté. C'est une conséquence de l'article 109, emprunté à Pothier et conforme à l'ancienne jurisprudence :

« Si les conjoints sont communs en biens, la communauté est dissoute provisoirement du jour de la demande à cette fin par les héritiers présomptifs, après le temps requis pour se faire envoyer en possession des biens de l'absent, ou à compter de l'action que le conjoint présent porte contre eux au même effet ; et dans ces cas il peut être procédé à la liquidation et au partage des biens de la communauté, à la demande de l'époux présent, des envoyés en possession ou de tous autres intéressés ».

L'article 1311, voté sur la recommandation des commissaires de

(1) *Op. cit.*, p. 79.

1929, va moins loin que leur deuxième rapport (1). Il est dans les termes suivants :

« La séparation de biens peut être poursuivie par la femme :

1. Lorsque ses intérêts sont mis en péril ;

2. Lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme ;

3. Lorsque le mari a abandonné sa femme ou que la femme est forcée de pourvoir seule ou avec ses enfants aux besoins de la famille ;

4. Lorsque, pour raisons graves, il paraît juste et nécessaire que la séparation soit prononcée pour sauvegarder les intérêts de la femme.

Toute séparation simplement volontaire est nulle ».

L'article 1312, inspiré par l'article 1444 du code français, ne fixait aucun délai dans lequel devaient être commencées les procédures d'exécution. Depuis 1931, il se contente de dire que la séparation judiciaire est sans effet tant qu'elle n'a pas été exécutée dans la manière énoncée au code de procédure civile qui, en fait, reproduit l'article 1444 du code français, mais sans fixer de délai et en réservant les droits des tiers.

L'article 1313, correspondant à l'article 1445 français, modifié en 1897, a été abrogé en 1931. La publication du jugement de séparation de biens est maintenant laissée complètement au code de procédure civile.

Cette loi de 1897 avait ajouté au code cinq articles, 1314 *a, b, c, d* et *e,* dont deux, *c* et *d,* ont été abrogés en 1931. Les autres dispositions permettent à la femme d'accepter la communauté, qui se partage alors selon les règles tracées aux articles 1354 et suivants, ou d'y renoncer ; dans le premier cas, elle peut, au défaut du mari, être autorisée à faire procéder à l'inventaire ; dans le second, sa renonciation doit être enregistrée. Le mari peut éviter l'exécution forcée de la sentence en liquidation des droits de la femme, en lui transportant des immeubles, estimés à dire d'expert, pourvu cependant que ces immeubles ne rendent pas désavantageuse la situation de la femme (2).

Les trois articles suivants sont calqués sur ceux du code français. L'article 1318 l'était aussi, jusqu'à la loi de 1931, qui a substitué à un texte semblable à celui de l'article 1449 du code français, celui-ci : « La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend l'entière administration et exerce tous les pouvoirs conférés par les articles 210 ou 1422, suivant le cas (3).

---

(1) Pages 28, 29.
(2) Voir les commentaires de M. Mignault. *op. cit.* tome 6, pages 268 à 272.
(3) Deuxième rapport, etc., pages 36, 39, 40.

L'article 210 est au chapitre des effets de la séparation de corps, qui rend maintenant la femme capable de tous les actes de la vie civile et supprime la nécessité de l'autorisation maritale ou judiciaire, disposition que l'on retrouve dans la loi française du 6 février 1893, modifiant l'article 311. Quant à l'article 1422, il viendra à sa place quand nous traiterons de la clause de séparation de biens.

L'article 1319 retranche de l'article 1450 du code français la disposition finale, qui enlève au mari toute responsabilité quant à l'utilité de l'emploi du prix de l'immeuble aliéné par la femme sous l'autorisation de la justice.

La loi de 1931 reproduit dans l'article 1320 la disposition du code français qui exige qu'un acte authentique constate le rétablissement de la communauté, qu'elle ait été dissoute par la séparation de corps ou par celle de biens. Avant cette loi, le retour de la femme séparée de corps dans la maison du mari opérait de plein droit ce rétablissement (1).

L'article 1322 diffère de l'article 1452 du code français, et déclare que les droits de survie appartenant à la femme, ne deviennent exigibles par la dissolution de la communauté qu'au cas où il en a été ainsi convenu par le contrat de mariage.

II. — Usufruit légal du conjoint survivant.

Les rédacteurs du code avaient conservé la continuation de communauté (2).Ce système, aboli en France par le Code, trouva, dans le Bas-Canada, de nombreux détracteurs (3), et fut finalement aboli par une loi du 1er septembre 1897 qui y substitua l'usufruit du conjoint survivant.

Cette loi reproduit assez fidèlement les articles 384 à 387 du code français tels qu'ils se lisaient en 1897. Cet usufruit cependant ne porte que sur les biens de l'enfant qui lui viennent du chef du conjoint prédécédé (4) ; il n'est créé qu'à la dissolution de la communauté par décès et en l'absence d'un testament à ce contraire il cesse dans le cas d'un second mariage. Enfin, le conjoint survivant est obligé de faire faire, dans les trois mois du décès, sauf prorogation par le juge, inventaire des biens communs, sous peine de déchéance. Le subrogé tuteur qui n'a point obligé le survivant à faire inventaire dans le délai, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations

---

(1) Voir les remarques des rédacteurs du Code ; de Lorimier, *Bibliothèque du Code civil*, tome 9, pages 713-4. — Sur la loi actuelle, voir Deuxième rapport, etc., pages 43-4.

(2) Voir leurs raisons dans de Lorimier, *op. cit.*, pages 714-9 ; Antier, *op. cit.*, p. 81.

(3) Une liste des écrits publiés à ce sujet est reproduite par Beauchamp, *Code civil annoté*, art. 1323.

(4) Antier, *op. cit.*, p. 82.

qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. Il peut demander la cessation de la jouissance du conjoint survivant si celui-ci ne se conforme pas à ses obligations. A son défaut, tout parent des mineurs jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, peut demander la nomination d'un tuteur *ad hoc* pour pousuivre cette demande.

Ces articles (1331-2) semblent présumer que le conjoint survivant est en même temps tuteur de ses enfants, ce qui n'est pas toujours exact, puisque (sauf pour les enfants trouvés recueillis dans certains hôpitaux) toutes les tutelles sont datives (C. civ., 249). S'il y a un tuteur autre que le conjoint, c'est lui qui devrait avoir ces pouvoirs et ces responsabilités (1).

L'acceptation de la communauté ne peut être faite par une mineure qu'avec l'assistance de son curateur et l'autorisation du juge, sur avis du conseil de famille (art. 1341).

La femme peut renoncer à la communauté sans faire inventaire : 1° quand la dissolution a eu lieu du vivant du mari ; 2° quand les héritiers de ce dernier sont en possession de tous les biens ; 3° s'il a été fait inventaire à leur requête ; 4° s'il y en a eu un peu avant le décès du mari ; 5° s'il y a eu récemment saisie et vente générale des biens de la communauté, ou 6° s'il est justifié par un procès-verbal de carence, qu'il n'y en avait aucun. Cette disposition (art. 1343), disent les rédacteurs du code, est conforme à la doctrine de Pothier et des auteurs qui ont écrit sous la Coutume de Paris.

La femme poursuivie comme commune peut encore renoncer à la communauté tant qu'elle ne s'est pas immiscée, en faisant l'inventaire requis ; mais en ce cas elle est tenue des frais, si elle est poursuivie comme commune (1342, différent de l'article français 1359). La faculté par la femme de se loger gratuitement ou de vivre avec les provisions existantes, est prolongée en conséquence.

La renonciation à la communauté peut être faite par acte notarié, aussi bien qu'au greffe du tribunal, et sans publicité. Il n'y a pas, comme en France (1463), de renonciation présumée par la femme divorcée ou séparée de corps. L'annulation de la renonciation à la demande des créanciers de la femme ne profite qu'à eux et jusqu'à concurrence de leurs créances, et non à la femme ou à ses héritiers qui ont renoncé (1351). Si la communauté est dissoute par le prédécès de la femme, ses héritiers peuvent y renoncer de la même façon qu'elle, sauf qu'ils ne sont pas tenus pour cela de faire inventaire.

Les règles du partage de l'actif de la communauté sont formulées dans les termes mêmes du code français, sauf que les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre, portent intérêt suivant les règles ordinaires (mise en demeure) et non seulement, comme en France, du jour de la demande en justice.

---

(1) Langelier, *op. cit.*, tome 4, p. 368.

Quant au passif de la communauté, le mari est tenu, envers les créanciers, pour la totalité des dettes qu'il a contractées envers la communauté, sauf recours contre la femme et ses héritiers au cas d'acceptation. C'est la règle du code français, à laquelle le code bas-canadien a ajouté une condition empruntée à Pothier (1), grâce à laquelle le mari ne doit que la moitié des dettes personnelles à la femme, tombées dans la communauté, à moins que la part qu'elle y a ne suffise pas pour acquitter la moitié de ces dettes. Le recours de la femme poursuivie pour la totalité des dettes qui procèdent de son chef et qui sont entrées dans la communauté, lui est donné contre le mari ou son héritier pour la moitié de ces dettes si elle accepte la communauté, et pour la totalité si elle y renonce. Comme conséquence de l'introduction du sénatus-consulte velléien, la femme qui s'est obligée, même solidairement, avec son mari, pendant la communauté, n'est jamais tenue de la dette que pour moitié ; mais si elle a payé davantage, elle ne peut répéter l'excédent, à moins que la quittance ne constate qu'il y a eu erreur dans la somme payée.

La femme qui renonce à la communauté peut cependant retenir, avec ses linges et hardes, les gages et dons nuptiaux. Pour le reste, le texte est identique au code français.

II. COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE

Jusqu'en 1931, l'article énumérant les principales modifications qui peuvent être apportées à la communauté légale, ne faisait aucune mention de la communauté d'acquêts. Les rédacteurs du code n'indiquent même pas pourquoi, tout en déclarant que les indications n'étaient pas limitatives, et que les parties peuvent faire bien d'autres stipulations, pourvu qu'elles ne soient contraires à aucune loi positive, ils se sont abstenus de mentionner la première des modifications indiquées par le code français, qu'ils copiaient, et qui constituait, comme aujourd'hui, le droit commun de la Louisiane, dont ils avaient le code sous les yeux.

Une réaction violente sembla s'opérer dans ces dernières années, et les commissaires des droits civils de la femme durent expliquer longuement pourquoi ils ne recommandaient pas la substitution de la communauté d'acquêts au régime en vigueur (2). Ils durent cependant, par déférence pour ceux qui préconisent ce régime, proposer deux articles calqués sur les articles 1498 et 1499 du code français.

Sont exclus de la communauté d'acquêts tous biens et dettes existant à l'époque du mariage ainsi que ceux qui adviennent plus tard à titre de propres. La présomption du caractère d'acquêts peut être repoussée non seulement par inventaire, mais par titre équivalent. Cette

---

(1) *Communauté*, no 730. (éd. Bugnet).
(2) Deuxième rapport, etc., pages 11 à 17.

constatation, entre époux, se fait suivant les règles tracées pour la clause de réalisation, et les dettes sont divisées comme dans la clause de séparation de dettes.

Les articles concernant la clause de réalisation sont copiés du code français, sauf cependant la disposition suivante : « Si l'apport n'est pas fait dans les dix ans (du mariage), la femme est censée l'avoir fait, sauf preuve contraire », qui semble empruntée à Lebrun (1).

L'ameublissement est traité comme dans le code français. Il est général ou particulier, suivant qu'il comprend tous les immeubles, ou quelques-uns seulement (1391).

Pas de différence dans les textes relatifs à la séparation de dettes, ou à la reprise de l'apport franc et quitte.

Pour l'ouverture du préciput, le code déclare que la séparation de biens n'y donne pas lieu, ce qui s'imposait, puisque pas même le divorce n'a, en France, l'effet de l'ouvrir. Mais le code bas-canadien permet une stipulation contraire. Il avait été suggéré de forcer le mari, qui garde le préciput dans l'intervalle entre la dissolution de la communauté et la mort du prédécédant, de donner caution pour le montant qui pourra être dû à la femme en vertu de ce droit. La législature a repoussé cette innovation.

Dans la stipulation de parts inégales, lorsque les époux conviennent que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, les héritiers de l'autre ont droit d'exiger la reprise de tout ce qui est tombé dans la communauté du chef de celui qu'ils représentent.

Rien de changé au paragraphe de la communauté à titre universel, ni aux dispositions communes aux huit sections ci-dessus, sauf que le dernier paragraphe de l'article 1527 du code français n'a pas été reproduit, à cause de l'article 764 qui laisse liberté complète dans le cas de secondes noces, comme nous l'avons vu.

L'exclusion de communauté est traitée de la même façon qu'en France, sauf que le mot « mariage » est substitué au mot « dot » dans l'article 1417, correspondant à l'article 1531 du code français.

III. — SÉPARATION DE BIENS

Jusqu'à 1931, la séparation de biens était régie par un texte identique à l'article 1536 du code français. La commission a proposé d'y ajouter que la femme séparée de biens possède le droit d'aliéner, sans autorisation, ses biens meubles, et lui refuse le droit, sans autorisation, d'aliéner ses immeubles ou d'accepter une donation immobilière (2). On peut se demander si ce nouveau texte modifie la loi préexistante,

(1) *Communauté*, liv. 3, ch. 2, sec. 1, dist. 3, no 42.
(2) Deuxième rapport, p. 39.

ou s'il a simplement pour but de mettre fin aux incertitudes de la jurisprudence (1). Dans tous les cas, la défense à la femme d'aliéner ses immeubles sans autorisation était déjà contenue dans l'article 1424, identique à l'article 1538 du code français. Cet article 1424 a aussi subi une modification, sous la forme d'un renvoi au nouvel article 1425*a* qui permettrait à la femme d'aliéner sans autorisation ses immeubles, si ces immeubles étaient l'emploi du fruit de son travail ou des indemnités qu'elle aurait reçues à la suite de poursuites en réparation d'injures.

Sous ce régime, la femme, au lieu de contribuer, à défaut de conventions, un tiers de ses revenus, se soumet à la décision du tribunal, qui doit se guider sur les moyens et circonstances des époux, comme le désirait Pothier (2).

La loi de 1931 a ajouté au code civil, titre *Des Conventions Matrimoniales*, un chapitre IIA, intitulé : « Des biens réservés de la femme mariée » calqué sur la loi française du 13 juillet 1907. En effet, comme le disent MM. Planiol et Ripert, « les règles spéciales édictées par la loi de 1907 se superposent en quelque sorte à la structure générale des régimes du Code civil, pour modifier, en ce qui concerne les biens réservés de la femme, le fonctionnement normal de ces régimes (3) ».

L'article 1425*a* est conforme à l'article 1 de la loi de 1907, amputé des modifications apportées par les lois du 19 mars 1919 et du 8 juin 1923, cette dernière n'apportant rien qui ne soit, en principe, dans le code civil bas-canadien (4).

Des différences de procédure seules distinguent l'article 2 de la loi française de l'article 2 de ce chapitre. D'après ce dernier article, «en cas d'urgence le juge peut enjoindre provisoirement de surseoir à tout acte que la femme se propose de passer avec un tiers. Les jugements rendus en vertu des dispositions ci-dessus ont les effets indiqués par l'article 10 de la loi de 1907. Au cas d'aliénation simulée ou frauduleuse, le mari peut, dès avant la dissolution de la communauté, en poursuivre l'annulation par action ordinaire ».

L'article suivant ne se trouve pas dans la loi française : « Dans l'exercice de ces pouvoirs, dit-il, la capacité de la femme d'agir sans autorisation est présumée en faveur des tiers de bonne foi, s'il y a déclaration écrite de sa part qu'elle exerce une profession ou un emploi distincts de ceux de son mari ». Cette disposition fait pendant à celles de la loi sur les sociétés commerciales.

Les autres articles du chapitre sont calqués sur la loi française, *mutatis mutandis*. Les articles 8 et 9 et de la loi de 1907, qui règlent la procédure, n'ont pas été insérés dans le chapitre. Ils ne semblent, d'ail-

---

(1) *Sadosky c. Leclerc*, Rapports de la Cour supérieure, tome 72, p. 105.
(2) *Communauté*, no 465 (éd. Bugnet).
(3) *Droit civil* I, 1313, cité au Deuxième rapport, etc., p. 31.
(4) Deuxième rapport, etc., pages 20 à 34.

leurs, pas à leur place dans un code civil.

Notons une fois de plus que les dommages-intérêts obtenus par la femme dans une poursuite en réparation d'injures dont son mari n'a pas voulu se charger sont considérés biens réservés, et mis sur le même pied que le salaire de la femme.

CHAPITRE III

DES DOUAIRES

Jusqu'ici, le code du Bas-Canada, suivait le code français assez fidèlement pour qu'il fût possible d'indiquer surtout les différences entre les deux textes, et, quand la chose était possible, la raison de ces différences. Maintenant, pareil travail n'est plus possible. Les rédacteurs du code ont, malgré l'exhortation des Pères du Concile d'Arles, en 524 : « *Nullum sine dote fiat conjugium, juxta possibilitatem fiat dos* » (1), refusé de renoncer au douaire pour accepter le régime dotal. La comparaison entre les deux textes n'étant pas possible, restait à résumer le nôtre. Mais ce travail était déjà fait, d'abord par les rédacteurs du Code eux-mêmes (2), puis par M. Louis Antier, qui après avoir résumé les conventions matrimoniales en douze pages, en consacre vingt au douaire (3). Nous nous contenterons de noter les différences entre le Code et la Coutume de Paris.

« Il y a, dit l'article 1426, deux douaires : celui de la femme et celui des enfants. Chacun de ces douaires est soit légal ou coutumier, soit préfix ou conventionnel ».

« Ces deux douaires, ajoutent les rédacteurs du Code, sauf quelques modifications notables, dues à notre propre législation, sont encore en existence dans le pays, comme ils étaient en France avant le Code ». Le coutumier résulte, en droit, du mariage seul, indépendamment de toutes conventions, s'il n'a pas été exclu ; le préfix, subordonné aux stipulations des parties, auxquelles il doit toujours son origine, est cependant sujet à certaines règles qui lui sont particulières et qui s'appliquent, s'il n'en a été convenu autrement.

« Le présent chapitre expose les dispositions relatives à l'un et à l'autre ; plusieurs desquelles sont semblables à celles qui régissent l'usufruit ordinaire, tandis qu'un bon nombre n'ont avec ces dernières aucun rapport.

« Le sujet se divise en trois sections : la première comprenant ce qui est commun au douaire de la femme et à celui des enfants, au

---

(1) Laurière, p. 251.
(2) de Lorimier, tome 9, pages 727 à 738.
(3) *Op. cit.*, pages 85 à 104.

coutumier comme au préfix ; la seconde, ce qui regarde l'usufruit de la femme, et la troisième, le droit des enfants ».

« Le douaire coutumier, dit l'article 1434, consiste dans l'usufruit pour la femme, et dans la propriété pour les enfants, de la moitié des biens immeubles dont le mari est propriétaire lors du mariage et de ceux qui lui échoient de ses père et mère et autres ascendants pendant sa durée ». Il est exclu par le douaire préfix (1429) ; « l'on peut également stipuler l'un ou l'autre au choix de la femme ou des enfants ; dans ce cas, ces derniers sont liés par l'option de la femme, mais ils ont le droit de choisir si elle meurt sans l'avoir fait (1430) ».

« ... Le douaire préfix ne peut exister sans convention, c'est au contrat qui le contient qu'il doit son origine, et c'est de sa date que le droit commence. Quant au coutumier, s'il est créé par la loi seule, sans stipulation, c'est la célébration du mariage qui lui donne l'être, et c'est de cette époque que le droit existe ; mais s'il est stipulé, c'est au contrat qu'il doit son origine, et c'est de sa date que le droit prend naissance » (1). Cette disposition, inexistante dans la Coutume de Paris, diffère de celle de la Coutume de Normandie qui exigeait que le mariage fût consommé : « La femme gagne son douaire au coucher » (2). La règle « jamais mari ne paya douaire », qui en faisait un droit de survie, peut être modifiée par le contrat de mariage (1257).

La femme et les enfants sont saisis du douaire de plein droit, à compter de son ouverture ; cependant si les immeubles objets du douaire sont passés en mains tierces, il faut une demande en justice pour faire courir les fruits et intérêts .

L'article 1443 va plus loin que l'ancienne loi en déclarant que le simple consentement de la femme ni celui des enfants n'affecte en rien ni son propre droit ni celui des enfants, si ce n'est au cas de renonciation expresse dans l'acte d'aliénation par le mari de l'immeuble sujet au douaire, ou dans un acte postérieur. Cette disposition déroge au sénatus-consulte velléien, et a été critiquée par M. Aftalion (3). Cette renonciation libère l'immeuble, sans indemnité et affecte les enfants. Les rédacteurs du Code disent : « Ces trois articles (1444 à 1446) sont dûs à notre législation provinciale, qui a introduit des règles nouvelles, dérogatoires à l'ancienne jurisprudence, et qui ne se peuvent justifier que sur la défaveur dans laquelle paraissent être tombés les douaires ... » (4).

Après la mort de la femme, l'enfant majeur peut renoncer à son douaire dans les cas où sa mère eût pu le faire.

Le douaire coutumier non ouvert n'est pas purgé par le décret, sauf s'il est poursuivi par un créancier antérieur au douaire. Le douaire

---

(1) de Lorimier, tome 9, p. 728.
(2) Antier, p. 87.
(3) *La femme mariée* (Paris, 1889), p. 361.
(4) de Lorimier, tome 9, p. 731.

préfix est sujet aux lois d'enregistrement et purgé par le décret, sauf, si le douaire n'est pas ouvert, recours contre qui de droit et les cautions.

SECTION II. Le don mutuel, pendant le mariage, est aboli ; mais le douaire préfix n'est pas incompatible avec une donation de l'usufruit des biens affectés au douaire, que pourrait faire le mari à sa femme. La douairière n'est pas tenue de rester dans l'indivis pour son usufruit : elle peut demander un partage des biens, qui n'est que provisionnel, si les propriétaires n'y ont pas été appelés. Les héritiers du mari ont aussi le droit de forcer la femme au partage. La douairière jouit de son douaire à sa caution juratoire, sauf si elle se remarie, auquel cas elle donne caution comme tout autre usufruitier, et, à défaut de caution, les règles de l'usufruit s'appliquent. Elle est tenue d'entretenir les baux que son mari a faits, pourvu que ce soit sans fraude et sans anticipation excessive. Les baux qu'elle a faits expirent avec son usufruit, sauf le droit du fermier ou du locataire de continuer son occupation pendant le reste de l'année commencée, à charge d'en payer loyer au propriétaire (457, 1457). Elle est également tenue des charges de l'usufruitier, qui sont celles du droit français, même pour les modes d'extinction. Ainsi la femme peut être déclarée déchue de son douaire pour abus de jouissance. Elle peut aussi en être déclarée déchue pour adultère ou désertion ; mais il faut que le mari se soit plaint de son vivant, sans qu'il y ait eu réconciliation ; dans ce cas seulement les héritiers peuvent continuer les poursuites commencées.

SECTION III. Le douaire des enfants, issus du mariage pour lequel il a été constitué, s'ouvre à la mort de leur mère, par sa renonciation ou sa déchéance, suivant le cas. L'enfant ne peut être à la fois héritier, même bénéficiaire, de son père, et douairier, et pour pouvoir se porter douairier, il doit rapporter à la succession de son père, en nature ou en moins prenant, tous les avantages qu'il en a reçus, en mariage ou autrement. Les enfants douairiers ne sont pas tenus de payer les dettes de leur père antérieures au mariage ; pour les dettes postérieures, ils n'en sont tenus qu'hypothécairement, avec recours sur ses biens. Le douaire préfix d'une somme de deniers à une fois payer, est réputé mobilier.

Après l'ouverture du douaire et l'extinction de l'usufruit de la femme, les enfants et petits-enfants se partagent les biens affectés au douaire comme dans le cas d'une succession. La part des renonçants reste dans la succession. Comme le dit M. Antier (1) :

> « On disait dans l'ancien droit qu'il n'y avait pas d'accroissement ; la raison en était que les enfants prennent le douaire *jure contractus* et non pas *jure successionis*, et il ne peut y avoir d'accroissement qu'entre héritiers, l'accroissement n'ayant aucune raison d'être dans les contrats ».

---

(1) *Op. cit.*, p. 104.

HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

Ce travail ne serait pas complet sans une comparaison, sur ce sujet, des textes français et québecois.

Les dispositions de la loi sur ce sujet viennent de l'ordonnance de 1841, dont il a déjà été parlé, celle qui introduisit à Québec le sénatus-consulte Velléien. Les dispositions de l'ordonnance furent modifiées par une législation subséquente (1) et l'article 2029 du Code civil porte: « La femme a hypothèque légale pour toutes réclamations et demandes qu'elle peut avoir contre son mari à raison de ce qu'elle a pu recevoir ou acquérir pendant le mariage par succession, héritage ou donation ».

Cette disposition est complétée par la suivante :

« L'hypothèque légale de la femme ne peut avoir d'effet sur les immeubles de son mari que par l'enregistrement de la créance, droit ou réclamation, et seulement sur les immeubles décrits et spécifiés dans un avis à cet effet enregistré soit en même temps que le droit réclamé, ou en tout autre temps après ; et l'hypothèque ne date que de tel enregistrement ».

Enfin l'article 2113 dispose :

« Tout mari majeur est tenu de faire enregistrer sans délai, les hypothèques et charges dont ses immeubles sont grevés en faveur de sa femme, sous les peines portées contre les délits et à peine de tous dommages-intérêts ».

Ces deux dispositions, comme l'article 2029, ont leur source dans l'ordonnance de 1841. L'article 2113, cité en dernier lieu, se rapproche de l'article 2136 du Code français qui, en pareil cas, déclare que les maris ou les tuteurs qui, ayant manqué de requérir ou de faire les inscriptions ordonnées par l'article, auraient consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et, comme tels, contraignables par corps (2).

L'article 2117 du code bas-canadien assimile le tuteur au mari majeur. Quant au mari mineur, l'article 2114 pourvoit que le père, la mère ou le tuteur avec le consentement duquel il s'est marié, est tenu de faire faire l'enregistrement, à peine de tous dommages-intérêts en faveur de la femme. C'est là la limite de sa responsabilité.

L'article 2113 ne déclare pas que le mari majeur coupable de n'avoir pas fait enregistrer l'hypothèque légale de la femme, est contraignable par corps. L'article 2272 qui énumérait les cas de contrainte

---

(1) L'évolution de la législation est décrite dans le rapport des codificateurs : de Lorimier, *op. cit.*, tome 17, pages 16 et 17.

(2) Ces derniers mots ont été retranchés par la loi du 22 juillet 1867, abolissant la contrainte par corps.

par corps, ne mentionne pas le mari (1). En revanche, l'article 2113 parle d'un délit (misdemeanor). A ce sujet, M. le juge Langelier remarque : « Lorsque le Code civil a été rédigé, notre Droit criminel distinguait deux sortes d'infractions à la loi criminelle ; le délit et la félonie. Cette distinction a été abolie par le Code Criminel que nous avons maintenant (2). Mais l'amende ou l'emprisonnement étaient les punitions de ce qu'on appelait les délits » (3).

Ces remarques sont incomplètes. Cette disposition, nous l'avons dit, vient de l'ordonnance de 1841. Or, à cette époque, et jusqu'à 1867. la même autorité légiférait en matière civile et en matière pénale. C'était encore vrai quand le code civil fut rédigé et promulgué, et le mot « délit » avait sa raison d'être. Mais la loi qui a créé la confédération canadienne a enlevé aux provinces le droit de légiférer en matière criminelle, et le mot délit (dans le sens de *misdemeanor*) n'a plus sa place dans un code civil.

Voici ce que dit M. Aftalion à propos de cette disposition : (4)

« Jusqu'ici on avait vu la législation du Bas-Canada attachée au droit Français du passé. Mais sur un point elle paraît plutôt donner l'exemple au droit français de l'avenir. L'hypothèque légale de la femme a perdu son caractère tacite et général (C. civ., art. 1443. 1444). L'épouse n'a plus que le droit d'enregistrer une hypothèque spéciale et publique (C. civ., art. 2029, 2086, 2087. 2115). Le mari est tenu de veiller à l'enregistrement de cette hypothèque ».

Il fait plaisir de terminer la citation : « Mais, sauf relativement à cette dernière question, le Code civil de Québec rappelle à bien des égards les vieilles coutumes de France. Il est touchant de constater que la fidélité aux traditions Françaises a été plus grande dans une ancienne colonie aujourd'hui soumise à une domination étrangère que dans la métropole elle-même ».

CONCLUSION

Cherchons à résumer à grands traits les différences entre les deux codes :

1. Le douaire coutumier de la femme fait à Québec partie du régime de droit commun.
2. Le régime dotal n'y est pas usité.
3. On peut, par contrat de mariage, renoncer à une succession non ouverte.

---

(1) Cet article a été transporté dans le code de procédure civile de 1897, dont il est l'article 833.

(2) Promulgué en 1892, et formant maintenant le chapitre 36 des Statuts refondus du Canada, (1927).

(3) *Op. cit.*, tome 6, p. 354. Comp. M. Mignault, *op. cit.*, tome 9. p. 231.

(4) *Op. cit.*, pages 363-4.

4. Sauf les donations et legs faits par les ascendants, toutes les donations et legs d'immeubles entrent dans la communauté, à moins de stipulation contraire.

5. Pendant le mariage, les dettes contractées par la femme antérieurement et qui n'ont pas date certaine, les condamnations pécuniaires encourues par la femme pour crime et délit, ne peuvent pas se poursuivre avant la dissolution de la communauté.

6. Les actes accomplis par la femme sans le consentement de son mari engagent la communauté jusqu'à concurrence de ce qu'elle en profite.

7. La femme ne peut, en principe, s'obliger avec ou pour son mari, qu'en qualité de commune.

8. Les causes de séparation de biens qui étaient autrefois celles de l'article 1443 du code français, ont été étendues par la loi de 1931.

9. L'usufruit du conjoint survivant est limité aux biens de l'enfant qui lui viennent du conjoint prédécédé.

10. Le retour de la femme séparée de corps à la maison conjugale rétablit de plein droit la communauté.

11. L'hypothèque légale de l'épouse est spéciale et publique, et doit être enregistrée par le mari.

Plusieurs de ces conclusions reproduisent le texte même de monsieur Antier (1). Nous avons tenu à lui rendre cet hommage reconnaissant.

---

(1) *Op. cit., passim.*

DE LA VENTE EN LA PROVINCE DE QUÉBEC ET EN FRANCE

Rapport présenté par

M. THIBAUDEAU-RINFRET,

Juge à la Cour Suprême
du Canada.

Ce rapport a pour but de reconnaître ce que, dans le titre de la Vente de notre Code civil, nous devons au droit français et d'indiquer les principales modifications que nous lui avons fait subir, les dispositions du Code Napoléon que les commissaires chargés de codifier nos lois civiles — et plus tard nos législateurs — ont jugé à propos d'écarter ou de remplacer afin de l'adapter à notre milieu.

J'ai devant moi des auditeurs familiers avec les deux Codes et qui ont déjà pour leur compte personnel accompli cette étude comparative. Je ne prétends être ici rien d'autre que leur porte-parole.

La revue que nous allons faire doit se borner aux principes généraux tels qu'ils sont exposés dans le Code. Elle ne peut s'égarer dans les applications d'à côté ou dans les nuances d'interprétation que lui ont apportées les arrêts des tribunaux, la jurisprudence et la doctrine. Il faut s'en tenir aux idées d'ensemble et se garder d'entrer dans les explications de détail qui sont le propre d'un traité.

Disons-le tout de suite : en matière de vente, le fond du droit est le même en France et dans la province de Québec. C'est d'ailleurs, on se le rappelle, l'avertissement que nous donnaient les codificateurs. Ils ont suivi l'ordre des matières du Code Napoléon « à quelques légères exceptions près ». Ces exceptions consistent principalement dans l'addition de trois chapitres qui constituent une législation de concordance plutôt que l'introduction de principes nouveaux. Celui *De la Vente aux enchères* est surtout du droit administratif. Celui *Des Ventes forcées* est surtout de la procédure ; et celui *De la Vente des Vaisseaux Enregistrés* n'est, comme nous le verrons, qu'une référence pure et simple.

Bien entendu, nous ne signalerons pas, dans le texte français et dans le nôtre, les différences de mots qui, en somme, sont employés dans le même sens. Ce qu'il y a surtout à retenir, c'est que le principe fondamental est le même. Cela est intéressant parce que, dans chaque cas, il s'écarte du grand ancêtre commun, le droit romain.

Les codificateurs se demandèrent s'ils devaient s'en tenir « à la loi en force relative à la nécessité de la tradition pour transférer le droit de propriété (*jus in re*), ou adopter la règle du Code français qui donne cet effet au contrat seul ». Ils ajoutaient :

« Cette dernière règle est certainement la plus commode,

car elle évite le circuit d'actions et diminue les procès. Elle écarte aussi toutes les questions subtiles et embarrassantes sur la tradition fictive ou symbolique au moyen desquelles la jurisprudence, dans tous les pays où l'ancienne règle prévaut, s'est constamment efforcée de se soustraire à son opération.

« Elle a été adoptée non seulement dans le code français, mais encore dans celui de la Louisiane et dans ceux de différents Etats de l'Europe. Il serait déplacé de s'arrêter sur les raisons qu'on peut faire valoir en faveur de l'une ou de l'autre règle. Le sujet est discuté par les auteurs et plus particulièrement par Toullier aux numéros 54 et suivants de son quatrième tome. Il en fait remonter l'origine aux circonstances d'une société totalement différente de celle de nos jours et en parle justement comme suit : « On tirait de ce principe erroné des conséquences d'une injustice frappante. Pour éluder ces conséquences on avait imaginé des traditions feintes et symboliques qui rendaient rares l'application d'un principe dont on reconnaissait l'injustice sans oser l'abandonner ». Les Commissaires ont donc recommandé l'introduction de la nouvelle règle.

Avant la promulgation du Code civil, le vendeur n'était pas tenu de transférer la propriété. Il devait seulement mettre l'acheteur en possession et le garantir contre toute éviction. D'où il suivait que l'acheteur qui n'était pas troublé dans sa possession n'avait, en général, rien à réclamer du vendeur, lors même qu'il avait la preuve qu'on lui avait vendu et livré la chose d'autrui (Mignault, vol. 7, p. 2 note c, et page 3).

En droit romain, le transport de la propriété n'était pas concomitant à la création des obligations ; il résultait, au contraire, de leur acquittement. Dans notre droit, par suite de l'adoption du système français, la vente rend l'acheteur propriétaire. La propriété passe du vendeur à l'acheteur par la seule puissance de la vente. Elle est instantanément translative de propriété (Idem, loc. cit. pp. 11 et 12).

Ce principe faisant l'essence à la fois du code français et du code de Québec, il s'en est suivi que les règles qui régissent la vente dans les deux systèmes de droit sont presque toujours semblables et assez souvent identiques. Sur ce chapitre, ce n'est pas sur les différences, mais sur les ressemblances, qu'il faudrait insister. Et cela n'est pas surprenant si l'on se reporte aux sources où les commissaires du code de Québec ont puisé. Suivant la méthode adoptée par eux, ils ont indiqué dans leur projet, sous chaque article proposé, le nom de leurs inspirateurs. L'on y trouve notamment Pothier, dont on peut dire qu'il a été l'étoile polaire des codificateurs. Mais on y trouve également Domat, Troplong, Marcadé, Fenet, Guyot, Nouveau Denisart, Dumoulin, Pigeau, Merlin, Boileux, Bourjon, Duranton Duvergier, Zachariæ, Delvincourt, Despeisses, Lacombe, Maleville, Loyseau, Ricard, Lebrun, Pardessus, et quelques autres noms connus. Il était

difficile que, s'inspirant à pareilles sources, les commissaires ne fissent pas œuvre française. Quelques autres références sont ajoutées par eux : les arrêts de Lamoignon et des arrêts prononcés par les tribunaux du Bas-Canada antérieurement au Code. Quelques articles seulement indiquent une source anglaise. Ils se trouvent au chapitre huitième (*De la Vente aux enchères*), qui n'est pas dans le code français.

Au surplus, les commissaires ont suivi le Code Napoléon de très près. Un très grand nombre des articles sont calqués sur ceux de ce code ; et, dans leur rapport, il est constamment indiqué comme base ou fondation du texte qu'ils suggèrent. Quand ils s'en éloignent, c'est presque toujours la Coutume de Paris qui devient leur autorité.

L'article 1472 qui, dans notre Code, est le premier du titre, donne la définition de la vente ; cela paraît logique, mais c'est quand même une particularité à signaler, parce que le Code civil contient fort peu de définitions. Les commissaires chargés de la codification ont cru, dès le début de leur premier rapport, devoir « offrir une courte explication de leur mode général de procéder et des raisons qui, dans le cours de leur travail, leur ont fait adopter certaines règles et recommander des changements ». Or, ils insistent sur « l'inconvénient d'insérer des définitions ... dans un code ». Cet inconvénient, affirment-ils, « est énoncé par les lois romaines, et devient manifeste par les critiques dont elles sont assaillies de la part des commentateurs qui ont écrit sur le code français ». Elles sont presque toujours trouvées inexactes, « et Toullier ajoute qu'elles n'ont aucune utilité pratique ».

En dépit des risques qu'ils couraient, les commissaires ont quand même tenté de définir la « vente » ; et ils nous assurent qu'ils ont fait tout en leur pouvoir pour éviter la rédaction, qu'ils qualifient d'« inexacte », du Code Napoléon (Quatrième rapport, p. 7). Voici la définition qu'ils ont proposée et qui a été insérée dans le Code :

« Article 1472. La vente est un contrat par lequel une personne donne une chose à une autre, moyennant un prix en argent que la dernière s'oblige de payer ».

L'article ajoute : la vente « est parfaite par le seul consentement des parties, quoique la chose ne soit pas encore livrée ». C'est l'application au contrat de vente de la règle générale adoptée par notre Code civil pour tous les contrats d'aliénation d'une chose certaine et déterminée (voir les articles 1025 et 1026 C. C.). Cette règle s'applique aussi bien aux tiers qu'aux parties contractantes. Elle ne reçoit d'exception que pour la vente des vaisseaux enregistrés.

Il y faut cependant apporter ce correctif que si une partie s'oblige successivement envers deux personnes à livrer à chacune d'elles une même chose : si cette chose est purement mobilière, celle des deux personnes qui en aura été mise en possession actuelle a la préférence et en demeure propriétaire, quoique son titre soit de date postérieure, pourvu que sa possession soit de bonne foi (C. C. 1027). La possession acquise de bonne foi « en affaires de commerce en général » et

dans certains cas particuliers qui ont avec le commerce une certaine connexité, empêche la revendication par le véritable propriétaire.

En fait d'immeubles, les droits résultant de la vente à deux personnes successives sont régis par les dispositions particulières contenues au titre de l'enregistrement des droits réels. Le titre d'acquisition ne peut être opposé au tiers qui a acquis le même immeuble du même vendeur pour valeur et dont le titre est enregistré (C. C. 2098).

C'est dire que la nature et la forme de la vente sont les mêmes dans la province de Québec et en France. La définition du Code Napoléon : « Article 1582 : la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer », donne au contrat de vente l'effet de transférer la propriété de la chose à l'acheteur sans qu'il soit besoin d'aucune délivrance pour la compléter. Nos commissaires, en suivant les suggestions des commentateurs du Code français, lui ont peut-être donné une rédaction plus stricte, plus conforme à la nature du contrat que les deux législateurs ont envisagée. Il est peut-être plus exact de dire que, suivant l'esprit de la loi, le vendeur « donne » sa chose plutôt qu'il ne « s'oblige à la livrer ». Le mot « donne » exprime davantage l'idée de transfert immédiat de la propriété, la notion d'un contrat complet et définitif dès que le consentement du vendeur et de l'acheteur se rencontre.

De même, le mot « payer » employé seul dans la définition française, n'a pas sans doute la précision que viennent, dans le Code de Québec, lui ajouter les mots « moyennant un prix en argent » qui différencient la vente de l'échange. Mais il est évident que les deux législateurs avaient en vue de définir une convention identique, quant à sa nature et quant à sa forme ; et, dans la pratique, les tribunaux comme la doctrine n'ent font aucune distinction.

Il ne s'agit pas ici naturellement de faire une revue complète de la loi qui régit la vente dans chacune des juridictions. Il serait fastidieux dans cette réunion de juristes, de rappeler les textes qui se ressemblent, quand ils ne sont pas identiques. D'autre part, le devoir de mentionner les dissemblances se résume à peu de chose.

Il convient de glisser rapidement sur cet article tout spécial de notre Code — qui ne manque pas de pittoresque — qui dénie le droit d'action aux « cabaretiers et autres qui vendent des liqueurs enivrantes pour être bues sur le lieu à d'autres que des voyageurs » (C. C. 1481). Cet article n'est pas dans le Code Napoléon. Il est basé sur l'article 128 de la Coutume de Paris. Les commissaires nous avertissent qu'ils l'ont adopté parce que nonobstant que le déni de l'action puisse être considéré comme une peine ou confiscation fondée sur une raison de police et d'ordre public ... et qu'il était ainsi envisagé en France, « il ne laisse pas d'être une règle salutaire et qui a toujours été mise en force par les tribunaux ».

Si le Code français ne s'occupe pas des « cabaretiers et autres qui vendent des liqueurs enivrantes pour être bues sur le lieu », en re-

vanche, il consacre un article spécial « à l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est en usage de goûter avant d'en faire l'achat » (C. N. 1587). En France, il n'y a point vente de ces choses en pareil cas tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées. Cet article a été omis par nos codificateurs « comme contenant une règle sujette à bien des doutes et à bien des exceptions ». Il leur a paru « plus prudent et plus convenable de regarder l'épreuve par le goûter... comme comprise dans l'expression générale de notre article concernant la vente d'une chose à l'essai ». En vertu de cet article (C. C. 1475) « La vente d'une chose à l'essai est présumée faite sous une condition suspensive, lorsqu'il n'appert pas d'une intention contraire des parties ». C'est presque l'article 1588 du Code Napoléon.

La première divergence sérieuse concerne la promesse de vente. Chez nous, la simple promesse de vente n'équivaut pas à vente. L'article correspondant (1589) du Code français prescrit que « la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». Sur ce point, nos commissaires se contentent de dire : « Il ne paraît pas qu'il y ait aucune bonne raison pour recommander un pareil écart (celui du code français) de l'article soumis ». Il est peut-être plus juste de remarquer, comme le fait M. Mignault (vol. 7, p. 23), que dans le Code Napoléon il est plutôt question de la promesse de vente synallagmatique, tandis que, à l'instar de Pothier (Vente, no 478), notre code ne parle que de la promesse unilatérale. Il va de soi que la promesse unilatérale de vente, dès qu'elle est acceptée, devient un contrat synallagmatique et que, de ce moment, il y a vente. (Mignault, loc. cit. p. 27).

D'autre part, le Code Napoléon ne contient pas de disposition semblable à notre article 1478 en vertu duquel

> « La promesse de vente avec tradition et possession actuelle équivaut à vente ».

Les codificateurs n'ont soumis aucune observation pour justifier l'introduction de cet article. On en chercherait vainement dans les auteurs français, et même dans Pothier. Les sources qu'ils nous ont indiquées sont des arrêts des tribunaux du Bas-Canada : Kerr vs Livingston, 1 Lower Canada Reports, page 275 ; Gosselin vs Grand Trunk Railway, 9 Lower Canada Reports, page 315 ; Patton vs Gosselon, 23 mai 1856.

Il n'y a pas lieu d'insister sur les modifications apportées aux articles du Code français qui traitent des incapacités spéciales au contrat de vente, résultant des relations particulières qui existent entre les parties, ou de la situation de ceux qui sont chargés d'effectuer la vente. Là où le texte n'est pas semblable, on s'aperçoit en général que la jurisprudence y a suppléé et lui a donné le même effet.

Dans notre Code cependant, la vente entre époux est toujours prohibée. Le Code français admet trois exceptions. Elles se rapportent aux cessions de biens entre mari et femme en paiement des droits matrimoniaux. Nos codificateurs ont trouvé que ces exceptions allaient

au delà de ce que la loi autorisait lors de la rédaction de leur projet, non pas qu'ils aient été d'avis qu'il ne « puisse se rencontrer des cas où les transports de propriété ressemblant aux ventes ne puissent être tenus pour admissibles », mais ils ont cru que ces cas n'étaient pas de nature a être envisagés comme infractions à la règle générale exprimée dans notre article 1483.

C'est ainsi, par exemple, que la première exception du code français (article 1595), qui autorise l'un des deux époux à céder des biens à l'autre séparé judiciairement d'avec lui en paiement de ses droits, peut être considérée comme existant dans notre droit. C'est l'opinion de M. Mignault (page 40), et notre jurisprudence s'est prononcée dans ce sens.

Au sujet de la seconde exception, la cession que le mari fait à sa femme non séparée, pour une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté, la différence réside surtout dans la forme. Le Code Napoléon en fait simplement une vente permise par exception à la prohibition générale du contrat entre époux; notre code entoure cet acte (C. civ. art. 1306) de formalités spéciales.

Quant à la troisième exception, celle où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot et lorsqu'il y a exclusion de communauté, elle ne correspond à aucune disposition de notre code.

En traitant « Des choses qui peuvent être vendues », je ne vois pas bien la distinction pratique entre le pouvoir de vendre « toute chose qui n'est pas hors du commerce » (C. C. 1486) le pouvoir de vendre « tout ce qui est dans le commerce » (C. N. 1598).

En France, d'après le texte du Code, la vente de la chose d'autrui est toujours nulle. Dans la province de Québec, il y a trois exceptions à cette règle. Elle est toujours valide s'il s'agit d'une affaire commerciale. Nous avons vu dans quelles conditions le droit de revendication du véritable propriétaire est refusé par la loi à l'encontre du possesseur de bonne foi qui détient un meuble corporel à titre de propriétaire. La vente de la chose d'autrui est également valide si le vendeur devient ensuite propriétaire de la chose.

Enfin, la chose perdue ou volée est l'objet de règles particulières. Si elle a été vendue sous l'autorité de la loi, elle ne peut être revendiquée. Si elle a été achetée de bonne foi dans une foire, un marché, ou à une vente publique, ou d'un commerçant trafiquant en semblables matières, le propriétaire ne peut la revendiquer sans rembourser à l'acheteur le prix qu'il en a payé. Il existe sur ce point une relation étroite entre les articles 1488, 1489 et 1490 du titre De la vente et l'article 2268 du titre De la prescription.

Il faut ajouter que, sous ce rapport, les exceptions insérées dans notre Code civil sont en général reconnues par la jurisprudence et la doctrine françaises, auxquelles viennent s'ajouter les prescriptions des articles 2279 et 2280 du Code français qui contiennent une partie

des dispositions de notre article 2268. Le principe de ces articles ne se trouve pas dans la loi antérieure à 1866. Les commissaires l'ont proposé en conséquence de la modification fondamentale éliminant la tradition comme élément essentiel pour compléter le contrat de vente.

Une innovation qui mérite d'être signalée a été introduite ici par le droit statutaire en ce qui concerne la vente des automobiles. Dans la province de Québec, les vendeurs d'automobiles doivent être autorisés ou « licenciés » par le gouvernement, à qui ils sont tenus de fournir un cautionnement. Toute vente d'automobile faite par une personne qui n'est pas licenciée sous l'autorité de cette loi « n'est pas censée avoir été faite par un commerçant trafiquant en véhicules automobiles » ; ou, pour employer l'expression du Code civil, par un « commerçant trafiquant en semblables matières ». Le but évident de cette loi est d'empêcher l'application de l'article 1489 du Code civil et, en pareil cas, d'éliminer l'obligation du propriétaire, en revendiquant la voiture qui lui a été volée, de « rembourser à l'acheteur le prix qu'il en a payé ». Donc : Celui qui achète une automobile d'une personne qui n'est pas licenciée perd la protection de l'article 1489 et s'expose à la revendication par le véritable propriétaire, sans aucun remboursement. D'autre part, si l'acheteur d'une automobile volée l'a acquise d'une personne licenciée, le véritable propriétaire, en la revendiquant, est tenu de rembourser à l'acheteur le prix qu'il en a payé ; mais cette loi particulière donne au propriétaire de la voiture volée « le droit de réclamer en son nom du commerçant et de sa caution le prix qu'il a payé à l'acheteur » pour rentrer en possession de son automobile (Home Fire & Marine Insurance Company v. Baptist, 1933 Rapports de la Cour Suprême du Canada, p. 382, aux pages 385 et suiv.).

Il n'y a rien d'équivalent dans la législation française, que je sache.

On trouve, au chapitre du Code français, l'article 1600, qui défend de vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement. Notre Code l'omet, et le projet ne s'explique pas sur cette omission ; mais il est assez probable qu'on a pensé que notre article 658, au titre Des Successions, y pourvoyait déjà suffisamment.

Par contre, l'article 1602 du code français contient une différence importante avec notre droit. En vertu de cet article, « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». Il n'est rien de tel dans notre Code civil de la province de Québec. Et comme, dans le silence du code, c'est la loi commune qui s'applique, nos règles de l'interprétation des contrats conduisent à un résultat contraire à celui de la loi française. (C. C. 1013 et suivants).

Toujours par suite de l'abandon des exigences de la tradition, ou de la délivrance, le chapitre qui traite des obligations du vendeur requérait l'introduction d'un droit nouveau. L'obligation de délivrer est maintenant satisfaite lorsque le vendeur met l'acheteur en possession actuelle de la chose ou consent à ce qu'il en prenne possession, tous obstacles en étant écartés (C. civ. 1493). C'est, encore une fois, la

conséquence de la modification de l'ancien droit. « Avec ce changement », expliquent les codificateurs, « la délivrance a perdu de son importance ; sans elle, la vente est complète, la propriété passe en vertu du contrat seul et l'acheteur a son droit d'action pour revendiquer la chose d'une manière aussi absolue que le vendeur l'avait lui-même. Mais il peut arriver qu'un tiers, ou le vendeur lui-même, retienne la possession après la vente ; et c'est pour protéger l'acheteur contre cette éventualité que l'obligation imposée au vendeur de faire délivrance est déclaré dans l'article suggéré comme amendement à la loi en force ».

Ils ajoutent :

« Cet article est d'accord avec la règle du Code Napoléon (art. 1605) » (N. B. Et l'on peut dire aussi : l'article 1606). « Mais il en diffère dans l'expression et l'absence des détails qui, dans l'article 1605, sont incomplets et en laissent la disposition imparfaite. Notre article a été rédigé d'après les critiques et les judicieuses suggestions des auteurs » (cités par les codificateurs : Institutes ; Pothier et Domat) « et il est conforme aux autres codes qui ont suivi le Code Napoléon dans ses innovations relatives au contrat de vente ».

Ajoutons la remarque de M. Mignault (vol. 7, p. 66) que

> « En France, le possesseur acquiert instantanément la propriété d'une chose mobilière lorsque celui qui la lui a vendue n'en était pas le propriétaire ; et cela en vertu de la maxime : « *Possession vaut titre* » ; mais cette règle (sauf exception) n'est pas suivie en cette province ».

Je glisse sur les articles 1610 et 1611 du code français. Ils ne sont pas reproduits dans le nôtre. On a cru, sans doute, que les dispositions générales concernant l'effet des obligations (C. civ. 1065) y pourvoyait déjà. On peut en dire autant de l'article 1624 du Code Napoléon qui, d'ailleurs, procède uniquement par voie de référence pour déterminer la question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison (C. civ. 1150).

On en vient maintenant au cas d'un immeuble vendu avec indication de sa contenance superficielle. L'ancien droit prévoyait deux espèces de cas auxquels il appliquait des règles différentes. J'emprunte l'explication qu'en donnent eux-mêmes les commissaires dans leur quatrième rapport, page 11 ;

> « La première espèce est celle où il y a différence entre la contenance déclarée et la contenance réelle et où la vente est faite à tant la mesure ; en ce cas, s'il y a déficit, le vendeur doit faire une diminution correspondante sur le prix ; et s'il y a un excédent, l'acheteur est tenu de payer pour cet excédent. La seconde classe est celle où l'immeuble est vendu comme contenant une certaine superficie, moyennant un seul prix ; le vendeur est alors tenu de réduire le prix suivant le déficit, mais il n'a aucune réclamation à exercer contre l'acheteur en supplément de prix, s'il

y a un excédent ».

Le Code Napoléon, sur ce point, a suivi l'ancien droit. Le code de Québec ne conserve pas cette distinction et n'adopte qu'une seule règle, établissant la même obligation pour les parties l'une envers l'autre dans les deux cas et donnant toujours au vendeur, en cas d'excédent, un droit correspondant à celui qu'a l'acheteur en cas de déficit; avec, en plus, le droit pour l'acheteur de répudier le contrat si le déficit est assez considérable pour justifier la présomption qu'il n'aurait pas acheté s'il l'eût connu.

En revanche, l'article 1503 (— le Code Napoléon ne contient pas d'article qui lui corresponde —) exprime l'ancienne loi comme la nouvelle en ce qui concerne l'héritage vendu pour un seul prix et comme chose certaine et déterminée. Dans les ventes de cette nature, les règles spéciales qui concernent la vente d'immeubles avec indication de contenance superficielle ne s'appliquent pas, les rapporteurs du code ayant été d'avis que dans ce cas, la contenance n'est pas « un élément du contrat ».

Il y a également une très grande différence dans les délais de prescription fixés par les deux codes pour l'institution des actions en supplément de prix, ou en diminution de prix, ou en résiliation du contrat résultant de l'excédent ou du déficit dans la contenance superficielle des immeubles. Sur ce point, le code français contient une disposition spéciale (article 1622) qui exige que ces actions soient intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance. Dans la province de Québec, ces actions sont sujettes seulement aux règles générales de la prescription, qui, comme nous l'avons vu, en laisse subsister la durée pendant la période certainement exagérée de trente ans.

Dès qu'on aborde le chapitre de la garantie, l'on entre dans un domaine où les deux codes se suivent et où la différence n'existe plus que dans les formes d'expression que, d'ailleurs, les jurisprudences respectives se sont plutôt appliquées à faire disparaître. A peine peut-on signaler le cas de l'éviction de partie de la chose, ou des choses vendues en bloc, lorsque la vente n'est pas rescindée. Le code français s'est écarté de l'ancien droit en donnant à l'acquéreur le droit de réclamer du vendeur la valeur de la partie dont il se trouve évincé, suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente. C'était là une innovation que Troplong et d'autres commentateurs regardaient comme peu judicieuse. Les commissaires furent d'avis que l'ancienne loi ne devait pas être changée ; et notre code donne à l'acheteur le droit de réclamer du vendeur la valeur de la partie dont il est évincé proportionnellement au prix total et aussi les dommages-intérêts à être évalués suivant l'accroissement de valeur de la chose à l'époque de l'éviction.

Au sujet de la garantie des défauts cachés. notre code a cru devoir conserver une règle utile, qui n'existe pas dans le Code Napoléon mais qu'on trouve dans Pothier et dans Domat et qui fut adoptée dans

le code de la Louisiane. Il s'agit du cas où plusieurs choses principales sont vendues ensemble comme un tout, de manière que l'acheteur n'en aurait pas acheté une sans les autres. Les défauts cachés de l'une lui donnent droit de demander l'annulation de la vente pour le tout.

Au surplus, en matière de garantie des défauts cachés, la loi est substantiellement la même. Là où les textes ne sont pas strictement semblables, la doctrine et la jurisprudence les ont interprétés de la même façon. Une légère divergence cependant dans la responsabilité du vendeur : Si la chose périt par suite de vices cachés qui existaient lors de la vente, la perte tombe sur le vendeur en vertu de l'une et l'autre législation. Mais si la perte arrive par cas forfuit, elle est, en France, pour le compte de l'acheteur. Dans Québec, qu'elle résulte du cas fortuit ou de la faute de l'acheteur, ce dernier doit en déduire la valeur dans l'état où elle se trouvait lors de la perte, mais conserve sa réclamation contre le vendeur pour le surplus, s'il y en a.

Le paiement du prix de vente, qui est la principale obligation de l'acheteur, donne lieu à deux différences, dont l'une est secondaire et l'autre est plutôt importante.

L'acheteur français doit l'intérêt du moment de la prise de possession de la chose, nonobstant le délai qu'il a pour payer le capital. Dans Québec, si un terme est stipulé pour le paiement du prix, l'intérêt n'est dû qu'à compter de l'échéance de ce terme. C'est là la différence que j'ai appelée secondaire. J'admets que, suivant l'importance du prix, elle peut signifier beaucoup pour l'acheteur. En cela, d'ailleurs, notre article est conforme à l'ancien droit.

Mais la différence importante consiste dans la sanction lorsque l'acheteur ne paie pas le prix. En France, le vendeur peut toujours demander la résolution de la vente (C. N. 1654). Ici, la règle est qu'il ne peut le faire à moins d'une stipulation spéciale à cet effet (article 1536). Les commissaires nous disent qu'ils ont donné beaucoup d'attention à l'examen de ce droit et qu'ils en sont venus à la conclusion qu'il devait être restreint au seul cas où il est expressément stipulé (Quatrième rapport, page 15). C'était revenir à la règle du droit romain « *De lege commissaria* ». L'abandon de cette règle, en France, suivit l'introduction d'une jurisprudence qui inférait que le droit de résolution était une condition tacite dans tout contrat de vente. Plusieurs commentateurs du Code Napoléon ayant signalé l'inopportunité de ce changement (Troplong, vol. 2, Vente, no. 622, p. 98, en parle comme «d'un embarras contre lequel le Code civil a vainement lutté»), nos codificateurs ont été d'avis « que l'existence de cette condition tacite était inconciliable avec la protection efficace des droits des tiers par le moyen de l'enregistrement ». Sans stipulation spéciale, le pouvoir du vendeur de demander la résolution de la vente faute de paiement du prix constituait un droit non apparent qu'il pouvait exercer en tout temps, à son gré, jusqu'à ce qu'il soit éteint par prescription de trente ans à compter du dernier terme de paiement, même contre un détenteur qui avait payé le prix d'achat. Les commissaires ont trouvé

manifeste l'inconvénient d'une semblable règle « surtout lorsque la propriété change aussi souvent de mains qu'en ce pays » (page 17). C'est pourquoi ils ont préparé une série d'articles à l'effet que la résolution pour cause de non paiement n'aurait lieu que lorsqu'elle était expressément stipulée ; et comme cette stipulation apparaissait au bureau d'enregistrement, les tiers se sont trouvés protégés.

Mais, en plus, ils l'ont subordonnée à une règle rigide et d'ordre public : Le droit de résolution ne peut, en aucun cas, être exercé après l'expiration de dix ans à compter du temps de la vente. Par ailleurs, la stipulation et le droit de résolution, dans ce cas, sont sujets aux règles concernant le droit de réméré.

La discussion en détail du droit de résolution faute de paiement du prix dans les ventes de meubles nous entraînerait trop loin et déborderait des cadres de cette étude.

Si on lit textuellement l'article 1657 du code français, « en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement ». Et ce texte ne semble pas très différent de celui de notre article 1544, dont la portée cependant est peut-être plus étendue.

Je ne saurais entrer ici dans l'examen de la distinction qu'il faut faire entre le droit de résolution et le droit de revendication, qui, au moins dans leur application, présentent des divergences intéressantes que M. Mignault a longuement étudiées dans son « Droit Civil Canadien » (vol. 7, pp. 141 et suiv.).

Mais notre article 1543 est propre à notre droit. La résolution de la vente de meubles faute de paiement du prix ne peut plus être exercée lorsque la chose a passé en la possession d'un tiers acquéreur ; et, dans le cas de faillite, ce droit est limité à la période de trente jours qui suit la livraison de la chose. Le droit de revendication est encore plus restreint ; et nous avons vu qu'il exige quatre conditions :

Que la vente ait été faite sans terme ;

Que la chose soit encore entière et dans le même état ;

Qu'elle ne soit pas passée entre les mains d'un tiers qui en a payé le prix ; et

Que le droit soit exercé dans les huit jours de la livraison ; sauf le cas de faillite où le droit persiste pendant les trente jours qui suivent la livraison.

Ces règles, nous expliquent les codificateurs, sont fondées sur la maxime de droit et l'article de la Coutume de Paris que les « meubles n'ont pas de suite ». Les autorités qu'ils citent à la suite de l'article qu'ils ont proposé et celles qu'ils ont notées à la marge s'accordent sur le point « que le droit de résolution de la vente d'un meuble ne le suit pas dans la main d'un tiers possesseur de bonne foi ». Quant au droit de revendication, tel qu'il est reconnu au titre « Des Privilèges et Hypothèques » auquel nous renvoie l'article 1543 C. C., il prend sa source dans les articles 176 et 177 de la Coutume de Paris.

Indépendamment de la résolution faute de paiement du prix et en outre des causes d'annulation communes à tous les contrats, le Code Napoléon admet la résolution « par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix » (article 1658). Sous le nom de « faculté de réméré », notre code a adopté la première, qu'il a entourée de règles pratiquement semblables à celles du code français. Nous n'avions pas, comme le signale M. Mignault (p. 157) à rencontrer la difficulté résultant de la prohibition dans le Code Napoléon du *contrat pignoratif*. La Cour Suprême du Canada a jugé (Salvas v. Vassal, 27 Rapports de la Cour Suprême, p. 68) — et la jurisprudence a par la suite adopté le principe — que la vente à réméré n'en est pas moins valable et peut être opposée au tiers, si la nature de la convention démontre que les parties quelqu'aient été leurs motifs, ou leur but immédiat ou ultérieur, avaient quand même l'intention de faire, non pas un nantissement, mais, en réalité, une vente à réméré (voir page 81 de ce rapport).

Pour ainsi dire, l'unique différence entre l'exercice de la faculté de rachat en France et celui de la faculté de réméré ici est que le terme stipulé ne peut excéder cinq années en vertu de l'article 1660 du Code Napoléon, tandis que, sous l'empire de l'article 1548 du Code civil, il peut être étendu à dix ans. Mais, dans chaque cas, si la stipulation est pour un plus long terme, il est réduit de droit à la période prescrite dans chacun des codes ; et, sauf cette restriction, le terme fixé est de rigueur. Il ne peut être prolongé par le tribunal. C'est à ce point que l'exercice du droit est essentiellement subordonnée par notre jurisprudence à l'institution d'une action en justice dans le délai stipulé et accompagnée de la consignation d'offres réelles (Fournier v. Léger, 14 Rapports de la Cour Suprême p. 134), sans quoi le tribunal ne peut maintenir l'action (Voir le rapport de cette affaire en première instance, Montreal Law Reports, vol. 4, Cour Supérieure, page 233 ; et en appel, Montreal Law Reports, vol. 6, Cour du Banc du Roi, p. 448).

Quant au droit de résolution pour cause de vileté du prix, le code de Québec n'en traite pas spécialement comme le fait le code français dans les articles 1674 à 1685.

En matière de licitation, il n'y a qu'une nuance entre les deux Codes. Dans la province de Québec, « les étrangers sont admis à enchérir à telle vente » (C. C. 1562). L'on convient cependant que si tous les copropriétaires sont majeurs et capables, ils peuvent s'entendre entre eux pour que les étrangers soient exclus de la vente. Sous l'empire du Code français, en principe, les étrangers ne sont pas admis à enchérir, mais chacun des copropriétaires est le maître de demander qu'ils soient appelés à la licitation ; ils sont nécessairement appelés lorsque l'un des copropriétaires est mineur.

C'est ici que se placent les nouveaux chapitres qui ont été introduits dans notre Code : celui « De la Vente aux Enchères » (le huitième) et celui « De la Vente des Vaisseaux Enregistrés » (le neuvième) ont été suggérés par les commissaires canadiens, de même que celui « Des Ventes forcées et des Cessions Ressemblant à la Vente » (le

onzième).

Le quatrième rapport des commissaires explique que l'incorporation dans le code des règles dont se composent ces trois chapitres « est faite, en certains cas, en conséquence des suggestions des commentateurs du Code Napoléon ; et, dans d'autres cas, à raison de leur utilité évidente dans la transaction des affaires auxquelles elles se rapportent ». Disons tout de suite que cette addition, au sujet du chapitre IX : « De la Vente des Vaisseaux Enregistrés », paraît un peu surrérogatoire, puisque ce chapitre ne se compose que d'un seul article (1569), qui se contente de dire que

> « Ce qui concerne spécialement la vente des vaisseaux et bâtiments enregistrés se trouve dans le quatrième livre de ce code au titre *Des bâtiments marchands* ».

Cette législation par voie de référence méritait à peine l'honneur d'un chapitre tout entier et eût pu facilement — si même elle était nécessaire — se contenter d'un simple article dans les dispositions générales du titre *De la Vente*. Ajoutons cependant, pour être juste, que les commissaires en avaient fait un chapitre plus élaboré qui contenait quatre articles. Ils ne faisaient, d'ailleurs, qu'énumérer les règles générales qui doivent être observées dans la vente des vaisseaux enregistrés ; et leur principal but était plutôt d'indiquer les sources de la loi que d'en donner le détail, qui se trouvait, « en grande partie, dans un statut impérial ». La législature a encore abrégé le chapitre en en reportant les dispositions au quatrième livre du Code. Dans les circonstances, il eût été plus simple de l'abroger dans son entier.

Mais revenons au chapitre *De la Vente aux Enchères,* qui a pour but de régler les ventes volontaires par encan ou aux enchères publiques, les règles concernant les ventes forcées, (en plus de la licitation que nous venons de voir), étant énoncées en un chapitre subséquent du Code civil, mais surtout au Code de procédure civile. Or, donc, le code édicte que nulle vente volontaire, à l'encan, de marchandises et effets, ne peut être faite par une personne autre qu'un encanteur muni d'un permis ou « licence ».

Cette prohibition cependant n'emporte pas nullité. Elle soumet seulement les contrevenants aux pénalités imposées par la loi.

Deux articles règlent le mode et les formalités d'une vente de ce genre. La vente est complète dès que l'adjudication d'une chose a été faite à une personne sur son enchère et que le nom de cette personne est entré sur le livre de vente de l'encanteur. Ces deux opérations rendent l'enchérisseur propriétaire de la chose, aux conditions publiées par l'encanteur, sans qu'il soit nécessaire d'un écrit signé par les parties. A dater de ce moment, le contrat est régi par les conditions ordinaires applicables au contrat de vente.

Il comporte cependant une disposition spéciale qui est inspirée de la procédure à la folle enchère dans les ventes judiciaires. Si l'acheteur ne paie pas le prix de l'adjudication, le vendeur peut, après en avoir donné avis suffisant et suivant l'usage, remettre la chose en vente à

l'enchère. C'est là un mode sommaire de résolution de la vente originaire. A cette remise à l'enchère, les conditions suivantes s'appliquent:

Il n'est pas permis au premier acheteur d'y enchérir. Si la revente de la chose rapporte un prix moindre que celui pour lequel elle avait été adjugée au premier acheteur, le vendeur a droit de répéter de lui la différence, ainsi que tous les frais de vente.

Si, au contraire, la revente rapporte un prix plus élevé, le premier acheteur n'en retire aucun profit au delà des frais de la revente.

Les règles générales qui concernent la vente volontaire aux enchères et que nous venons d'exposer comportent plusieurs exceptions.

Elles ne s'appliquent pas à la vente d'effets appartenant à la Couronne, ou saisis par un officier public en vertu d'un jugement ou d'un ordre d'un tribunal, ni aux ventes d'effets confisqués.

Elles ne s'appliquent pas, non plus, à la vente des biens de mineurs, vendus par licitation, forcée ou volontaire. En sont également exemptées les ventes faites à un bazar tenu pour des fins religieuses ou charitables, ou la vente des biens faite pour des fins religieuses ; la vente des biens ou effets d'une personne décédée, ou appartenant à une communauté de biens dissoute, ou appartenant à quelque église ; la vente de leurs biens mobiliers — grains et bestiaux — faite par des habitants (évidemment pris dans le sens de *paysans*) changeant de localité, dans les campagnes, sans but commercial ; la vente durant les expositions des animaux de ferme que les sociétés d'agriculture y exhibent ; les ventes pour taxes municipales, en vertu des lois municipales.

Toutes ces exceptions étaient moins nombreuses lors de la confection du Code civil. Les commissaires n'en recommandaient que quatre ; mais la législation subséquente les a augmentées. Comme le fait remarquer M. Mignault (vol. 7, p. 173), même l'article 1565 du Code civil, qui énumère toutes ces exceptions, a été trouvé insuffisant ; et la législature y a suppléé par des dispositions ajoutées aux statuts refondus ou que l'on trouve dans les lois spéciales de la province concernant le droit administratif.

Laissant maintenant de côté le chapitre *De la vente des Vaisseaux Enregistrés*, au sujet duquel nous nous sommes déjà expliqués, nous trouvons dans le code un chapitre de droit nouveau. C'est le chapitre 9A, intitulé : « *De la Vente en Bloc* », et qui a été ajouté en 1910 par la législature de Québec (1 Geo. V, c. 39).

La législature a voulu, dans ce chapitre, réglementer la vente et le transport des fonds de commerce ou de marchandises faits, directement ou indirectement, en dehors du cours ordinaire des opérations commerciales du vendeur, « soit que la vente ou le transport englobe la totalité ou à peu près de ce fonds de commerce ou de ces marchandises ou soit qu'il ne concerne qu'un intérêt dans les affaires ou le commerce du vendeur ». A l'origine, cette définition, que j'emprunte à l'article 1569a du Code civil, comprenait « le transport de certificats de licence pour la vente de liqueurs spiritueuses ». Cette incidente s'y

trouve encore, mais elle n'a guère conservé de signification depuis que la loi a complètement transformé le commerce des liqueurs spiritueuses dans la province et l'a placé sous le contrôle et l'administration du gouvernement.

Et voici comment doit s'opérer une « vente en bloc » en vertu de ce nouveau chapitre. Tout acquéreur dans une vente de ce genre doit, avant de payer le prix, obtenir de son vendeur une déclaration contenant les noms et adresses de tous les créanciers de ce dernier, avec le montant et la nature de chaque créance ; c'est-à-dire que la déclaration doit indiquer si la créance est pour salaire, ou pour deniers prêtés, ou pour marchandises vendues et livrées, ou pour autre chose. Chaque fois qu'un acquéreur, en pareil cas, paie une partie quelconque du prix d'achat, au comptant ou autrement, sans avoir préalablement obtenu cette déclaration assermentée de son vendeur, la vente est réputée frauduleuse ; et, à l'égard des créanciers du vendeur, elle est nulle et de nul effet, à moins qu'ils ne soient payés en entier. Et, même après avoir reçu la déclaration assermentée, l'acquéreur doit payer aux créanciers qui y sont indiqués les sommes qui leur sont dues, ou la proportion de ces sommes qui peut leur être payée à même le prix d'achat. Si, après avoir reçu la déclaration, l'acquéreur ne se conforme pas aux exigences de la loi sous ce rapport, il devient alors personnellement responsable envers les créanciers du vendeur qui sont nommés dans la déclaration, et pour les montants qui y sont portés en regard de leurs noms respectifs.

S'il y a des créanciers absents de la province, ou s'il s'élève quelque contestation avec eux au sujet de leurs réclamations l'acquéreur peut, après avis de huit jours francs, donné aux intéressés, déposer le prix d'achat entre les mains du trésorier de la province, qui paie alors le montant déposé aux créanciers qui justifient de leurs droits au moyen d'une copie authentique d'un jugement rendu en dernier ressort et passé en force de chose jugée les autorisant à toucher telles sommes d'argent. Le trésorier retient une commission de 1% sur les sommes ainsi déposées et remises.

Les prescriptions de ce chapitre ne sont pas d'ordre public. Elles ne s'appliquent pas au vendeur dont les créanciers ont renoncé au privilège de s'en prévaloir.

D'autre part, elles ne règlent pas les ventes en bloc effectuées par les exécuteurs testamentaires, les administrateurs, les liquidateurs, les curateurs pour le bénéfice des créanciers, et autres officiers publics agissant sous l'autorité des tribunaux.

Elles s'appliquent expressément aux marchands à commission, aux manufacturiers, « aux personnes dont l'occupation notoire est l'achat et la vente des marchandises ou effets de commerce qui font d'ordinaire l'objet des transactions commerciales », (C. C. 1569e).

Le chapitre de la cession des créances et droits d'action qui figure dans le Code Napoléon sous le titre de « Transport de créances et autres droits incorporels », chapitre VIII, n'offre aucune différence

qui vaille d'être soulignée. Ils ne s'écartent l'un de l'autre que dans l'exigence de certaines formalités. Il convient toutefois de signaler que les deux Codes ont abandonné le principe du droit romain, qui, en raison du caractère personnel des créances et droits d'action, se refusait à admettre qu'ils fussent susceptibles de cession et qu'un tiers puisse prendre la place du créancier (voir Mignault, vol. 7, p. 178). Aux articles du Code français, le nôtre ajoute que les règles relatives au transport de créances et droits d'action contre des tiers s'appliquent également aux contrats autres que celui de la vente, sauf l'obligation de garantie qui n'existe pas lorsque la créance ou le droit d'action est transporté par donation (C. C. 1578). Cette prescription s'inspire de Lacombe (V. *Eviction*, no. 26) ; Loyseau (*Rentes*, ch. 1, no. 14) ; Ricard (*Donations*, 1ère Partie, no. 954).

Il n'y a rien à dire des articles qui traitent de la Vente des Droits Successifs et des Droits Litigieux. Mais la définition du droit litigieux dans le Code civil de Québec, qui est censé reproduire l'ancienne loi, va sans doute plus loin que celle du droit français.

En cette matière, les codificateurs ont une fois de plus affronté leur crainte des définitions, et dans l'article 1583, ils déclarent qu'un droit est réputé litigieux

> « lorsqu'il est incertain, disputé ou disputable par le débiteur, soit que la demande en soit intentée en justice ou qu'il y ait lieu de présumer qu'elle sera nécessaire ».

En vertu de l'article 1700 du Code français, la chose est censée litigieuse (seulement) « dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit ». Dans ce cas, il faut que l'instance soit pendante ; chez nous, le droit est réputé litigieux lorsqu'il est probable qu'elle sera nécessaire (4ième rapport, p. 21). Même lorsque le procès est déjà engagé cependant, l'article 1548 de notre Code civil soustrait le cas aux règles de la vente des droits litigieux lorsque jugement maintenant le droit en question a déjà été rendu, ou lorsque le litige est en état d'être jugé. Il semble que, dans ces deux derniers cas, le code pèche par excès de prudence, car ces deux prétendues exceptions peuvent difficilement entrer dans le cadre de la définition qu'il donne du droit litigieux. Par là, les commissaires offrent eux-mêmes un exemple de la difficulté des définitions à laquelle ils faisaient allusion au commencement de leurs travaux.

Il reste le chapitre onzième intitulé : « Des ventes forcées et des cessions ressemblant à la Vente », qui est l'un de ceux que le Code civil a ajoutés au Code Napoléon.

Ce chapitre a pour but d'exposer certains préceptes qui ne trouvaient pas précisément leur place parmi les règles et formalités prescrites au Code de procédure civile.

Déjà ce code prescrivait que le créancier qui a obtenu jugement contre son débiteur peut faire saisir et vendre pour satisfaire à tel jugement les biens meubles et immeubles de ce débiteur, à l'exception seulement de certaines choses qui en sont exemptées spécialement par

la loi. Mais au chapitre de la garantie en matière de vente ordinaire, le Code civil prescrit que l'obligation de garantie à raison de vices cachés n'a pas lieu dans les ventes sur exécution forcée ; et le code est resté muet en pareil cas sur l'obligation de garantie pour cause d'éviction. Il pose maintenant le principe que dans les ventes judiciaires sur exécution en cas d'éviction, l'adjudiciaire peut recouvrer du débiteur saisi le prix d'adjudication avec les intérêts et les frais du titre. Bien plus, il peut aussi recouvrer ce prix avec intérêt des créanciers qui l'ont touché, sauf que ces derniers ont droit à leur exception aux fins de faire discuter les biens du débiteur.

Il va de soi — mais le code spécifie — que l'adjudicataire a, en plus, son recours contre le créancier poursuivant « à raison des informalités de la saisie, ou de ce qu'elle a été faite d'une chose qui n'appartenait pas *ostensiblement* au débiteur ».

Il reste dans ce chapitre quatre articles, qui procèdent *par voie* de référence. Ils traitent de l'extinction des hypothèques et des autres droits et charges par l'effet des ventes judiciaires forcées ou par l'effet d'une expropriation. Les règles générales qui concernent ces questions sont énoncées ou bien au titre Des privilèges et hypothèques, dans le Code civil, ou bien au Code de procédure civile, ou bien dans des lois spéciales, comme, par exemple, dans les lois relatives aux municipalités et aux compagnies incorporées. Mais, au surplus, ces ventes et expropriations sont sujettes aux règles générales du contrat de vente lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec les lois spéciales ou quelque autre article du Code civil.

Dans le cas où des biens-fonds sont requis pour un objet d'utilité publique le propriétaire peut être contraint de les vendre. Il peut en être exproprié sous l'autorité de la loi. Dans ce cas, l'acquéreur de la propriété n'en peut être évincé. D'autre part, les hypothèques ou autres charges sont éteintes. Les créanciers ont leur recours sur le prix de vente ou sur le montant adjugé à la suite de l'expropriation. De toutes façons, ce sont les lois spéciales, lorsqu'elles s'en expliquent, qui prévalent.

Le Code civil enfin groupe sous la dénominatien de « Cessions ressemblant à la vente », la dation en paiement et le bail à rente.

La dation d'une chose en paiement équivaut à vente et est sujette aux dispositions relatives à la vente, ainsi qu'à l'annulation des contrats et paiements pour les raisons contenues dans le titre *Des obligations*. Une seule distinction : La dation en paiement n'est parfaite que par la délivrance de la chose (C. civ. 1592).

De même, l'aliénation d'immeubles à perpétuité par bail à rente equivaut à vente et est soumise aux mêmes règles que le contrat de vente, en autant qu'elles peuvent y être appliquables. La rente peut être indifféremment payable en argent ou en effets.

La nature de cette rente est régie par des règles qui sont énoncées dans un autre chapitre du code qui pourvoit à sa durée. Elle ne

peut être créée pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ou la durée de la vie de trois personnes consécutivement. Ce terme expiré, le créancier de la rente peut en exiger le capital. Les rentes sont d'ailleurs toujours rachetables à l'option du débiteur, sauf qu'il est loisible aux parties de stipuler dans le titre constitutif qu'elles ne seront remboursées qu'à un certain terme convenu, qui ne peut pas excéder trente ans. Toute convention étendant le terme au-delà est nul quant à l'excédent. Il y a exception pour le bail emphytéotique (C. civ. arts. 389 et suiv.).

L'obligation de payer la rente est une obligation personnelle. Ainsi : l'acheteur n'en est pas libéré par le déguerpissement de l'héritage, non plus que par la destruction de la propriété par cas fortuit ou par force majeure (C. civ. 1595).

Des deux contrats ainsi dénommés « Cessions ressemblant à la vente », la dation en paiement, sans faire l'objet d'articles exprès du Code Napoléon, est cependant reconnue en France où elle est assimilée à la vente ; tandis que l'aliénation d'immeubles par bail à rente, tout en conservant la désignation de l'ancien droit, où il était, disent les commissaires (p. 21), « un mode important de tenure d'un usage très étendu dans ce pays, de même qu'autrefois en France, et régi par des règles qui lui étaient propres », a perdu son caractère distinct par suite des changements introduits par la loi statutaire qui a implicitement abrogé la plus grande partie des règles qui le concernait. Le Code a tenu compte de ces changements. Il en est résulté que le bail à rente, presque sous tous les rapports, était, dès avant 1866, assimilé à la vente et ne ressemblait plus ni à celui de l'ancien droit, ni à celui dont parlait Pothier. Tel qu'il subsiste, il n'est plus qu'une variante de la vente, qu'il faut se garder de confondre avec le contrat du même nom dont nous entretiennent les vieux auteurs (Mignault, vol. 7, pp. 212 et 213).

Nous terminons pàr là notre étude comparative. On peut en conclure qu'il n'existe pas entre les deux lois de divergences primordiales et que, même là où les textes ont voulu se séparer, les tendances ataviques, sous la poussée de la doctrine et de la jurisprudence, ont graduellement rapproché les systèmes.

Ce rapprochement sera sans doute de plus en plus prononcé, car il est évident que l'on ne saurait enlacer le droit dans la doctrine qui avait cours au temps de Pothier et qu'il faut sans cesse chercher à donner au code l'interprétation élastique que l'évolution des temps et des idées rend nécessaire. Nous en avons eu un exemple célèbre lorsque notre Conseil Privé a interprété l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord comme autorisant l'éligibilité des femmes au sénat du Canada ; et le *Lord Chancellor* a donné alors, avec l'assentiment de ses collègues du Comité Judiciaire, les directives qui devaient nous servir de guides.

Les auteurs du Code Napoléon, dans leur discours préliminaire, avaient d'ailleurs déclaré qu'ils ne pouvaient se flatter de l'« ambition

de vouloir tout régler et tout prévoir » ; et nos commissaires eux-mêmes ont recommandé une revision périodique de notre code.

Tel qu'il est, cependant, notre Code civil a fait preuve de ressources étonnantes. Les principes généraux qu'il a posés suffisent à résoudre les problèmes les plus nouveaux. Il ne faut le modifier qu'avec la plus grande circonspection ; et, suivant l'expression de Maître Fourcade, l'un des très distingués bâtonniers du Barreau de Paris, se garder de confondre l'esprit de changement avec l'esprit de progrès.

Les commissaires canadiens avaient sous les yeux le texte du Code Napoléon. Ils avaient, en plus, l'avantage des commentaires auxquels ce texte avait donné lieu de la part des plus savants auteurs et des plus grands jurisconsultes de France. Le Code Napoléon avait subi l'épreuve et on l'avait vu à l'œuvre. L'interprétation donnée par les tribunaux en avait fait sentir les bénéfices, mais, en même temps, les lacunes, les ambiguités et les inexactitudes de rédaction. Venant après, le Code civil de la province de Québec pouvait tirer partie de toutes les observations dont son aîné avait fait l'objet. Sans méconnaître le mérite des codificateurs de Québec, il faut convenir qu'ils ont trouvé la matière préparée et qu'ils ont eu beau jeu à accepter les suggestions de la doctrine et de la jurisprudence françaises, ainsi que les modifications dont l'utilité avait été démontrée par l'expérience. Il ne nous appartient pas de dire si le Code civil de la province de Québec est une amélioration du Code Napoléon. Il est certain que les codificateurs l'ont tentée. Affirmer qu'ils ont réussi participerait d'une vantardise déplacée. Il vaut mieux laisser ce soin aux commentateurs français à qui nous ne devrons cesser d'avoir recours pour nos inspirations et pour les éclaircissements dont toute loi est toujours susceptible.

LAW OF LEASE AND HIRE IN QUEBEC

Presented by
MR. LOVELL C. CARROLL,
M.A., LL.L.
of the Montreal Bar

The subject of lease and hire falls almost wholly within the category of « Property and Civil Rights » and so is within the exclusive jurisdiction of the provincial parliament. While a broad framework of rules on lease insofar as immoveables are concerned is provided for in Articles 1600 to 1665 of the Civil Code of Quebec, no provision is made regarding the lease of moveable things, and only a few sketchy and general articles make reference to the hire of work or personal services. Where the Code is silent recourse must be had to the French law in Lower Canada before 1866 and to the law in France as it existed before 1759. The danger of relying on commentators on the Code Napoléon unless the article in that Code be identical to that of the Quebec Code need not be stressed.

While the Code was never intended to cover fully every eventuality which might arise in connection with lease, but was formulated to lay down broad principles and fundamental doctrines, there has been great confusion and attending uncertainty in regard to rights and obligations resulting from a contract which is probably the most common, if not the most important source of litigation today.

For example, the fundamental question of whether lease is a personal, real, or mixed right, is not authoritatively settled by Code provision. While in France it is probably properly considered as a mixed right, the consensus of opinion and judicial finding here is that it is a purely personal right. But nothing is more uncertain than the question as to whether a tenant who has registered a lease of more than a year has the right to take an opposition to a sheriff's sale of the leased immoveable in order that the sale take place only subject to the charge of his lease. The negative has been held in Superior Court recently (38 R. P. 397) following a decision of the Court of Appeals which was based on a simulated and fraudulent lease, but the affirmative is supported by a long line of cases and articles by jurists. The question attacks the very basis of specific performance, and should be authoritatively settled.

The criterion by which to decide lease from promise of sale is left to jurisprudence. The name given to the contract is not conclusive. The intention of the parties must be considered. They may apparently provide that the contract be considered as one or other contract.

The advantages of a notarial lease compared to that of a lease under private signature have been reduced by the cutting down of the landlord's privilege under the first form, and by the provision that a private lease shall, by registration, acquire the same rights as a notarial lease with regard to the landlord's privilege.

It is settled law that the verbal proof of a lease will only be allowed if the total price or rent for the full term of the lease is not in excess of fifty dollars, but it is still most uncertain whether the lease of immoveables for commercial purposes can be considered as a commercial contract so as to allow witnesses to prove a lease entered into by a trader. (aff. 25 R.L.n.s. 183 (C.R. 1918) ; contra, 10 S.C. 6 ; 21 S.C. 432).

In regard to capacity to enter into lease, the Code refers to the rules regarding capacity in general. A lease of nine years or less is considered by jurisprudence and doctrine to be a matter of administration and that those persons possessing the power of administration may enter into such leases without assistance. But the rule appears to be too absolute. The positive law should not remain silent on the question.

The capacity of married women is difficult to determine in regard to lease. If common as to property, the rule is that she requires the consent of her husband or the court. However, the well-established rule consecrated by jurisprudence that a married woman possesses a tacit mandate from her husband to contract in regard to necessities has been applied to allow her to lease a house for herself and her family suitable to her means and to her station provided that there be actual occupation.

The wife, separate as to property, possesses full powers of administration and can lease her own property or take property on lease, without authorization. But, apparently, the defense of suits based on such leases is not a matter of administration, and she must be authorized in connection therewith. Again, all married women now have full control of what incomes they earn by themselves in employments distinct from their husbands, and can, of course, apply or bind such incomes in connection with the lease of property. A controversy exists as to whether the keeping of boarding-house is a commercial matter so as to permit a married woman to consider herself as a trader and so take on the full capacity to contract which is accorded to traders even if they are married women. The affirmative appears to impose itself.

In Quebec law the landlord's fundamental obligation is to procure enjoyment to the lessee, and it is therefore legal to grant a lease on property which is not owned by the lessor and, as long as his possession is not troubled, the lessee cannot invoke the absence of ownership or right on the part of the lessor.

If two leases have been granted by the same landlord to the same tenant, the better opinion is that the tenant in possession is entitled to

retain possession, leaving the other to sue the landlord in damages. Where neither is in possession, that tenant with the oldest title with fully established date, is preferred. But the jurisprudence is subject to change, without notice. Again, the question of specific performance is uncertain.

The three day's grace at the end of a lease during which the tenants are changed has given rise to difficulty. The grace is well-established by the jurisprudence, but no rules specifically govern the conduct of the parties during that trying time. The better opinion would be that each party owes the other Christian tolerance and mutual cooperation during this period according to circumstances, and that any abuse would be punished by the courts through an award of damages to the injured party.

The printed lease clauses stating that the tenant has examined the premises and declared himself satisfied therewith have often been held to be pure « clauses de style » which will not prevent the tenant from exacting repairs necessary at occupation, but, though perhaps equitable, such holdings are a dangerous departure from sanctity of contract and from the rule that a person shall be presumed to have read, understood, and grasped the consequences of what he signs, in the absence of fraud or misrepresentation. The prevalence of long printed forms signed without perusal would suggest that some protection should be afforded the tenant, but this should be done through Statutory Lease Conditions as in the law of insurance, or through some standard statute on lease, rather than the sentimental setting aside of « clauses de style ».

It should not be forgotten however, that enjoyment is an essential in lease and that, despite lease clauses, where enjoyment is not afforded to the tenant in accordance with the destination of the premises, he may cancel the lease, and escape his obligation thereunder. His right to damages, however, may be impaired by such clauses.

It is be considered as settled law that the procedure of the tenant who complains of lack of repairs or defects and faults in the thing leased, is that he must put the landlord in default in writing if the lease is written and, if satisfaction is not procured, take legal proceedings to cancel the lease, and that it is only in the presence of extreme urgency amounting to an actual danger to life or health, that he is justified in departing from this procedure and in abandonment without suit. But although the reason for requiring this procedure is to prevent the tenant taking the law into his own hands and abandoning the premises without giving the landlord an opportunity to remedy any defects or faults, recent jurisprudence has undermined this principle in several ways. Thus, in Bousquet v. Cote, (54 K.B. 436), the Court of Appeals held in 1933 in regard to cockroaches that to justify the tenant in abandoning the premises it is not necessary that the premises be infested as long as it is an equivalent to an impossibility to enjoy so as to prevent the normal and peaceful use of the property. The

departure from the rule of urgency is evident. Again, it has been held recently that the tenant can abandon and raise the lack of complete enjoyment as a defense to suit by the landlord, although there is authority to the contrary. It is safer, of course, to advise clients to follow the old procedure laid down, but what is the law ? It is interpreted differently by each court. Uncertainty, confusion, and disrespect for law is the consequence.

Another debatable question is whether, when defects are unknown to the landlord, can damages be claimed from him ? The weight of opinion is in the negative, but the affirmative is strongly upheld by considerable jurisprudence. There is no doubt of the landlord's liability where part of the premises collapse as the liability has been held to be quasi-delictual and not merely contractual, and no putting in default is therefore necessary.

A very common source of difficulty is the presence of vermin, cockroaches, silver fish, bed-bugs, rats etc. The question of procedure in the case of such defects has been referred to. The necessity of a proper putting in default in writing, and caution in abandonment without legal proceedings need not be stressed. There is some support for the suggestion that the municipal health inspector or authorities be endowed with some discretionary power to decide whether premises are fit to live in after the landlord has been given a reasonable time to remedy the situation, with an appeal to the court against his decision. The heavy cost of litigation prevents many parties from having recourse to the courts and some less expensive and more speedy solution of the difficulty should be adopted than ordinary legal process, summary though it may be.

Noise breeds conflicts between landlord and tenant, particularly where several tenants occupy the same building. There is no positive provision in the law on this subject. All tenants are naturally presumed to submit themselves to the reasonable inconveniences of neighbourhood, and noise incidental to occupation in other premises, but in certain circumstances noise can render premises as uninhabitable as any other defect, and when such noise is raised by the landlord, his family, a co-tenant or neighbour, at the knowledge of the landlord who does not take the necessary precautions to protect the tenant, although put in default, the lease can be cancelled. But it is necessary that the noise be of a permanent character and it has been held that the tenant should have had prior recourse to Recorder's Court against the offenders to have the disturbance cease, before he can act against the landlord (62 C.S. 538). Lease clauses can only protect the landlord where there is diminution of enjoyment but not where premises become uninhabitable. Again, as suggested in regard to vermin, a cheap quick procedure should be evolved to deal with this question. Ordinary legal recourse is too unwieldy.

Other things being equal, the landlord has no obligation to refrain from setting up a business similar to the tenant's in the same

building or contiguous block of buildings owned by the landlord or to refrain from leasing such premises for a similar business, unless the lease provides otherwise or the landlord has sold his tenant a business. Such a lease clause is not a warranty that no other tenant will deal in any article sold by the first tenant, but merely that no other tenant will engage in a similar business as a whole, and would also not prevent another tenant from selling articles which the first tenant has falled to keep and refused to obtain on request. The Code is silent on the question.

By a recent amendment to Art. 1641a no tenant on the Island of Montreal is bound to permit visits for leasing purposes except during the thirty days preceding the end of a verbal or written lease, notwithstanding any agreement to the contrary. While this protects tenants it injures landlords as no change has been made in the law regarding notices and, although a landlord receives a required notice from his tenant on January 30th that he will leave on May first next, the landlord has no right to begin to take prospective tenants through the premises. The tenant who thus decides on January 30th that he will leave the following May also cannot visit occupied premises until April 1st, unless the tenants consent. Such anomalies must be corrected.

Since the judgments of the Court of Appeals in 1931 in Gravel v. Massicotte and in 1933 in Pouliot v. Jones Bros. of Canada, there can be no doubt that the privilege of the landlord upon the moveable effects which are found upon the property leased gives him no right of retention on such effects and he cannot opopse a seizure in revendication by their owner. He only has a privilege and the recourse of saisie-gagerie or opposition for payment on their sale. If his saisie-gagerie is taken after the revendication by their owner, judgment on the same day maintaining both are not incompatible and can be executed. He accordingly cannot have his tenant convicted of theft for removing effects subject to his privilege. Even if the tenant consents to the landlord having a right of retention and puts him in effective possession of the effects this only has effect between landlord and tenant, and cannot effect the rights of third parties. (see 8 R. du Droit).

Jurisprudence has firmly established that the delay of eight days after removal of effects subject to the landlord's privilege which is fixed by law as a limitation to the landlord's right of privileged seizure, cannot be invoked by the tenant, but is in favour of the new landlord who has acquired a privilege on such effects, or third parties. The delay does not run where there is an impossibility to act or where the tenant or a third party has clandestinely removed the effects or fraudulently hidden their destination, but it does run if they have merely been removed illegally and by violence. The landlord must act diligently and as soon as aware af the monœuvres and within eight days after he is able to act. It was held in 1934 in Rouleau v. Gaudreault that the second landlord in good faith can invoke the delay of eight days even if the effects have been fraudulently removed from

the first landlord's premises, but the contrary has been held.

A landlord may have the lease cancelled if the tenant fails to furnish a house with sufficient furniture or moveable effects, unless other security be given. What does « sufficient » mean ? The better opinion, supported by the cases, is that the tenant is not obliged to keep on the premises effects of a value equal to the rent to become due during the whole lease, as has been held, but, in general, only that for the current term and that to become due, plus costs of seizure and sale, but that the courts have a discretionary power to appreciate this guarantee according to local usage, the particular circumstances, the price of the lease, its duration, the nature and quantity of the effects, the profession or occupation of the tenant and the use for which the premises are intended. For example, most of the effects in the house of a day labourer are unseizable. The criterion is to decide on what the landlord had a right to count. A trader may freely sell his stock providing he adequately replenishes and keeps sufficient to guarantee the rent according to the above rule. However, in the absence of definite specification of what is sufficient, the satisfaction of this obligation to furnish remains open to doubt.

Due to usage and stipulations in leases the common idea is that rent is payable in advance. But the Court of Review in 1921 in Mathvs v. Hyde (60 S.C. 384) laid down the rule : rent is not payable in advance unless otherwise stipulated, and even if a lease stipulates that rent will be « payable in advance » it is only payable before the end of the month for which it is paid. If the landlord, therefore, wishes to protect himself he must stipulate « to be payable in advance on the first of each month ». The provision « the first instalment to become due on May 1st » is insufficient.

It has been held in several cases that habitual acceptance of rent during the month, without objection, constitutes acquiescence and waiver of the right to demand rent on the first of the month, unless rent has been demanded on the first, but, the contrary has been held, and the issue is not settled.

Rent is « querable » and not « portable », that is, it cannot be sued for without it having been first demanded from the tenant at his domicile, and putting in default is necessary even if it be payable at the domicile of the landlord. Even if stipulated that rent will be payable without demand and a fixed date, at the domicile of the landlord, the debt becomes « querable » if the latter dies before the rent is due, so a putting in default is necessary. (32 K.B.). 541).

Art. 2129 C.C. requires that discharge of rent for more than one year must be registered to be valid against subsequent purchasers of the property leased. It was held in 1932 in Pierce v. Greenberg Lewis (70 S.C. 381) that this does not apply to an assignment of rentals, but Marler and Mignault oppose this view. This question and the whole effect of assignment of rentals in regard to voluntary or

sheriff's sales of leased property is most debatable. Positive legislation is required.

The landlord's special remedy of the Three Day's Notice by Art. 1089 C.P.C. is unsatisfactory in practice. No particular form for the notice is required as long as it is clear that the notice meant is given. It is only just that the tenant be made aware of the effect of his compliance or non-compliance therewith. It is submitted that the notice should notify the tenant to quit within three clear days, and that if he quits the rent he owes is remitted to him, but that if he does not, all his effects, even unseizables, may be seized and sold. Apparently, however, the jurisprudence considers a notice valid as long as it is a definite unconditional notice to quit within three days. There is justification for such holding if the tenant actually leaves as a result, and then invokes such notice, but if he stays on and the landlord seizes even his unseizables, such a notice has not made clear to the tenant the consequences of his act. He is, of course, presumed to know the law, but the present loose requirements for this notice allow landlords to take advantage of ignorant tenants. The Code should provide that for the landlord to invoke such a notice it must be in a definite form which should be used, on pain of nullity, or at least require that the effects of such notice be clearly set forth.

Although Art. 1629 C.C. establishes in case of fire a presumption of fault of the tenant or of the persons for whom he is responsible, the jurisprudence is now fixed it is not necessary, to escape liability, to prove the exact or possible origin of the fire or that it was due to unavoidable accident or irrisistible force, but it is sufficient for the tenant to prove that he has used the premises leased as a prudent administrator, that he did nothing which might have been the cause of the fire, and that the fire occurred without any fault that could be attributed to him or the persons for whose acts he should be held responsible. The presumption is usually formally set aside by the lease, and a clause that premises shall be handed over at the end of the lease in as good condition as when received, « accidents by fire excepted », will have the same effect. The presumption of fault must be expressly pleaded. (72 S.C. 24). It exists only in favor of the landlord, not neighbours. The landlord cannot invoke it if he occupies part of the premises unless he proves the fire did not begin in his part or began with the tenant. (46 K.B. 178).

The Court of Appeals appears to have held in 1927 in Bastien v. Br. Underwriters Agency, (42 K.B. 81) that the only insurable interest of the tenant is the locative risk resulting from the presumption of fault in case of fire referred to above. But in this case there was no covenant to insure and the facts were so complex as to make it a pure « cause d'espèce ». When a lease obliges a tenant to insure the premises there is no doubt that he has an insurable interest. The same applies where the lease contains a promise of sale. (39 R.L. 319). As a tenant is liable for his negligence which causes a fire, would this not

also give him an insurable interest ? Again, a tenant suffers direct expense in moving after a fire. Does not this bring him within Art. 1674 C.C. which provides that « a person has an insurable interest in the object insured whenever he may suffer direct and immediate loss by the destruction or injury of it ». English law supports this view as does the Supreme Court of Canada (1901, 34 S.C.R.1). Additions and improvements by the tenant may also be insured by him.

The English common law regarding the theory of the « invitee » and « trespasser » has been held to apply to cases in Quebec where the owner is sought to be held liable for accidents to strangers on the leased property according to the principle that the public safety is a charge on property. (41 R.L. 70). The liability of the landlord in regard to damages caused by collapse of the leased property is laid down in Collin v. Vadenais (1928, 44 K.B. 89), which holds that the owner is responsible for damages resulting from even partial ruin by defect in construction, lack of maintenance, or decay, unless he proves a fortuitous event or the fault of a third person on whom he had control, the responsibility being only delictual even if the ruin is non-apparent and unknown to landlord or tenant ; and that the lack of default, or a lease clause freeing the owner from all repairs, are no obstacle to this responsibility which is of public order.

The law on alterations and improvements by the tenant is far from clear. He should obtain the consent of the landlord or court, unless repairs are concerned, and they are urgent and the landlord has been put in default, or minor changes are involved. Although a tenant may have the right to use the outside walls for a sign he cannot use the roof for that purpose (60 C.S. 226). What is most doubtful are the rights of the tenant at the end of the lease. He has no right of removal or reimbursement in regard to repairs unless he secured the consent of the landlord or a court, or they were very urgent. He cannot claim for improvements made without authorization and agreement to pay ; he can only remove them if susceptible of removal without damage to the property. Consent cannot be proved by witnesses where more than $50 is involved. On the other hand Art. 1640 C.C. provides that if improvements or additions be incorporated with the premises with nails, lime or cement, the landlord may retain them on paying the value. Obviously this only applies when the tenant has been in good faith. Mignault applies Art. 417 C.C. and holds that if the landlord has not ordered improvements he is not obliged to pay the value. They remain, without compensation, when they cannot be removed. The Code should clearly indicate that Art. 1640 C.C. only applies in case of good faith, and make definite provision for the opposite case.

The rules on Sub-lease and Assignment in the Code are far from sufficient to cover the questions which may arise thereunder. A tenant may sub-let or assign unless there is a stipulation to the contrary. The interpretation of such stipulations has been much debated. It has been held that « without the express written consent of the land-

lord » would still allow consent to be proved by circumstances (41 K.B. 33). But there must be no doubt as to the consent. The renting of furnished rooms would not contravene such a prohibition. (69 S.C. 519). The effect of sub-lease and assignment has also given rise to much controversy, particularly when partial letting or assigning is concerned and it is not certain which it is. Sub-lease is a lease while assignment is a transfer or sale, but in current practice « assignment » designates a sub-lease on the whole, and « sub-lease » is used for partial sub-lease. (34 R. du N. 422). The law should be clarified. One point is settled : the first tenant is not freed from his obligations to his landlord unless there be an intentional novation.

By Art. 1661 C.C. a lease is not dissolved by the death of the landlord or tenant. This applies even to leases of professional men, traders, or agents, and works hardship for their widows or heirs, and such tenants should stipulate that their death or serious illness would end such leases. Such intention need not be formal but it must be such that it cannot be doubted. « As long as lessor or lessee please » would end the lease at death.

Section 126 of the Federal Bankruptcy Act in regard to the rights and priorities of the landlord applies the law of the province where the premises are situated if the tenant had been a person entitled to make and had made an abandonment or voluntary assignment by the laws of the Province. This has been applied to Quebec even though only a trader or person arrested on capias may make such an abandonment according to Art. 871 C.P.C. The difficulty illustrates the necessity of Quebec legislation to implement the Bankruptcy Act as has been done in other provinces. The only provision is that relating to the landlord's privilege in Art. 2005 C.C.

Arts. 1663 and 2128 C.C. attempt to provide for the effects on the lease of a sale, voluntary or forced, of the leased property, but are most inadequate. The requirement in Art. 1663 that a stipulation allowing a tenant to be expelled before the expiration of the lease by a person who becomes owner of the property, should be registered, is archaic. The necessity of registration slipped in although omitted in most of the Codifiers' Reports, and is unnecessary as registration is only necessary to protect third parties ; the clause is in favor of third parties and is known to the landlord and tenant. (34 R. du N. 101). It is clear by Art. 2128 C.C. that a lease of more than one year cannot be invoked against acquirers of the leased property unless the lease has been registered, but may the tenant remain on to the end of the current lease year ? Mignault favors the negative, but the afirmative view has been upheld (58 C.S. 435, 28 S.C.R. 608 ; 62 S.C.R. 186 ; 66 C.S. 286 ; 32 R.L. 307). The uncertainty of whether a registered lease can be invoked against a sheriff's sale was referred to at the beginning of this paper.

So long as there is no express provision of law which takes away the rights of tenants in the course of expropriation, the rule in Art.

407 C.C. that no one can be compelled to give up his property except for purposes of public utility and in consideration of a just indemnity previously paid, must be given full effect. The tenant's rights are converted into a claim for indemnity (39 R.L. 204, 1933). The non-registration of the lease would not affect his rights (7 Q.B. 185). By the Charter of Montreal the owner has the obligation to obtain an indemnity which will allow him to indemnify his tenants ; otherwise he must reimburse them from his own pocket. (31 R.L. 379, 1924). The rights of tenants to indemnity is generally recognized in Quebec even though statutes make no mention thereof, the words « owner or proprietor » in Expropriation Acts having no definite meaning, and have been held to include tenants for terms of years.

The sketchiness of the Code articles on farm leases, and the many controversies that have arisen thereon, indicates a need for a statute dealing expressly with leases of rural property. For example, it is provided that in regard to loss of harvest, that if the lease be for one year only and the harvest be wholly or in great part lost by fortuitous event or irresistible force, the tenant is discharged from rent in proportion to such loss, but if the lease be for a term of two or more years, he is not entitled to claim any reduction. But what if the lease be for more than one year and less than two ? No provision is made. Again, what does « greater part » mean ? Quantity is the sole consideration. The authors in France and the Code Napoléon rule allowing a reduction when half the harvest is destroyed would appear reasonable.

The law punishes those who take the law into their own hands, and the necessity of recourse to the courts has been sanctioned in many cases dealing with landlord and tenant. The question of justification for abandonment has already been mentioned. Lease clauses allowing the landlord, without legal process, to take possession in case of certain defaults, cannot be enforced if the tenant objects. A landlord cannot retain effects by force ; he must have recourse to saisie-gagerie. He cannot break in and seize and sell his tenant's effects (54 C.S. 348).

Many difficulties surround the validity of notices which must be given in relations between landlord and tenant. The notice putting the landlord in default to accomplish an obligation must be in writing if the lease is written, and must be clear and to the point. It has been held that a lawyer's letter is not sufficient. (53 C.S. 36). The notice by third persons of their ownership of effects taken into leased premises should also be in writing, but Mignault holds it is not subject to any form as long as it brings the rights to the knowledge of the landlord, and it can be proved by verbal testimony. The sending of a written notice may be proved by witnesses. The notice need not be personal : a registered letter is sufficient ; but the Court of Appeals, in 1935 held in Michel v. O' Shea that where the landlord denies having received a letter, the third person must produce the receipt signed by

the destinee, the post office receipt showing it had been delivered to the post office being insufficient. It has been held that a bailiff cannot serve such a notice (25 S.C. 401 ; 37 C.S. 136). It must specifically mention the effects on which rights are held, and it must be given both to the principal landlord and to the tenant in case of sub-lease. Notice to end a lease may be verbal if proved. (39 R. de J. 279). Notice of three months must be given and received before the first of February (63 C.S. 260 ; 61 C.S. 133). The jurisprudence indicates the necessity of legal provision for such notices. Simple amendement would allow a bailiff to serve them, which would prevent uncertainty.

Class of action and jurisdiction are, by Art. 1152 C.P.C. determined by the value or the amount of the rent or the amount of the damages alleged. The annual value of the lease is irrelevant. If no rent or damages are asked, but only ejectment, the annual value of the lease, less what has been paid, is the criterion. (38 S.C. 26). When the Superior Court has jurisdiction it may hear a cross-demand for less than $100, but a cross-demand for $100 or more cannot be taken in the Circuit Court. When a third party who owns effects seized by the landlord wishes to recover such effects, he should, before judgment, take an intervention and not an opposition to withdraw (43 K.B. 63 ; contra, 20 R.P. 370). If after judgment, he should file a tierce-opposition, not an opposition to withdraw (52 K.B. 172 ; contra, 38 R.L. 105).

It has recently been held that the Action Provocatoire ad Futurum exists in our law. (61 C.S. 332). Thus where a tenant before the end of his lease, on reception of notice he must leave on May 1st, replies he has a right to remain during the following year, the landlord has an action to have it declared that the tenant has not the right he claims, to condemn him to quit the first of May next, and to remit possession to plaintiff and, in default, that he be expelled.

Costs are determined by the value or amount of the rent or the damages alleged (Art. 1152 C.P. derogating from Art. 554 C.P.). Thus if cancellation accompanies a demand for damages, costs are due according to damages claimed, not those awarded. (20 R.P. 952, K.B. : 48 K.B. 132).

The practice of certain landlords presenting to tenants for signature long printed leases in which stipulations are made whereby almost every ordinary right of the tenant is waived, and every recourse and privilege is granted to the landlord, and the uncertainties surrounding the law of landlord and tenant indicate that legislative action is imperatively necessary. It is submitted that statutory lease clauses be formulated, on the model as those in use in insurance maters, which will bind the partis unless expressly stipulated against in the lease. Some clauses should be made obligatory, notwithstanding stipulation to the contrary, so as to protect tenants. This has already been done in regard to the obligation to allow visiting as mentioned previously above. The extension of the principle should follow.

The Code makes little provision regarding the lease of moveable things. It is certain that the rules of tacit reconduction by which the expiry of eight days in possession at the end of a lease will presume a further lease for the same term as the previous one, only applies to immoveables, and that the lease of a moveable ends at the time fixed. Any further enjoyment is merely paid for pro rata according to the time used. The lease of moveables to furnish a house or apartment when the duration is not fixed, is governed as to duration by the same rules as apply to houses, with the exception of tacit reconduction.

While the lease and hire of work includes that of carriers and of builders and others who undertake work by estimate and contract, space allows reference only to that of personal services of workmen, servants, and others. Such contracts can only be made for a limited term or for a determinate undertaking, that is, no one can bind himself to work for ever ; slavery is prohibited. The essential difference between hire and mandate is that the mandatory renders his services in representing the principal towards the third parties, while the lessor of work renders services under this representation (34 R.L. 423). The lease of services may be renewed by tacit renewal, but it has been held that there is no tacit renewal of hirings whose duration is undetermined. (1933 S.C.R. 101). A tacit renewal for a year and a half gives rise to a contract of undetermined duration which may be ended at any time by reasonable notice (57 K.B. 170). The lease of personal services is ended by death of the party hired or his becoming, without fault, unable to perform the services agreed upon.

The rights and obligations arising from this contract are left subject to the rules common to contracts and special laws and by-laws. Chapter 271 of the Revised Statutes of Quebec 1925 provides a Masters and Servants' Act which applies except in cities, towns and villages which have special by-laws, and requires that every domestic, servant, journeyman or laborer engaged by week, month or year, and not by piece or job, or for a fixed period, shall give one week's notice if his engagement be by the month, two weeks if it be by the month, and one month if it be by the year. The same applies to the employer. Suitable penalties are provided. No provision is made for other employees than those enumerated.

The jurisprudence in regard to such other employees is contradictory. A hiring which will remain in force « as long as it is agreeable to us », ends when one party notifies the other. (42 K.B. 383). The greatest difficulty surrounds the question of duration and notice. Does the fact that a salary is stipulated payable at a certain sum per annum establish an annual engagement ? The Supreme Court of Canada in Asbestos Corp. v. Cook (1933 S.C.R. 86) held that a hire of personal services at so much per year or month is not a contract for a fixed term but for an indeterminate period, and that there is no provision in the Civil Code to the effect that such a contract whose duration has not been agreed upon will be deemed to have been made for one year

when the salary has been fixed at so much per year, and that Article 1642 relating to houses is not applicable to personal services. The jurisprudence was exhaustively studied, but two justices dissented. Such a contract has been held indefinite and terminable by sufficient notice (30 R.L. 460). But recently, the Court of Appeals in Hanover Ass. Co. v. Stuart, (59 K.B. 181) held that the duration of lease of services continued by tacit renewal must be regulated according to Art. 1609 C.C. which deals with houses, and, at p. 192, that Articles 1657 and 1642 C.C. should be applied to personal services. Again, legislation is required, covering the duration and termination of personal service contracts, to bring order out of the present confusion.

An employee cannot claim salary not yet due unless he does so as damages. (54 C.S. 274).

It is now settled law that restraints of an employee's liberty after he has left his employment are void unless they are stipulated in writing, and are reasonable, confined to a certain employment, to a short time not longer than a year, and within a restricted area. (1935 S.C.R. 412).

THE CONTRACT OF EMPLOYMENT

Presented by

Mr. Gregory Charlap,

B.A., M. SC., M.C.L.

Member of the Montreal Bar.

Chapter 1 — Definition and sources of the law.

« Lease or Hire of Work » is the legal term used by the Code to designate, among other contracts, one that is commonly known as the contract of employment. It is defined as « a contract by which one of the parties, called the lessor, obliges himself to do certain work for the other, called the lessee, for a price which the latter obliges himself to pay » (1). This apparently simple definition, supplemented by five other articles, form all the law to be found in the Code on lease and hire of personal service of workmen, servants and others.

The brevity with which our Code deals with such an important topic is due to a similar treatment of the subject in the Code of Napoleon which is admittedly a closely followed prototype of our own Civil Code. The lack of elaboration of this contract in the Code of Napoleon is justified by various reasons. Pothier, the traditional guide of the French Codifiers, does not deal with it because, prior to the Revolution, the contract of employment formed part of public law, the relationship between the parties being regulated by rules enacted by craftsmen's associations.

Conditions prevailing at the time of codification were much different from those of Pothier's days. Yet the Codifiers disregarded this factor, for, as Tissier points out « le Code civil est un code des intérêts bourgeois, il ne s'est pas préoccupé de protéger l'ouvrier contre les abus dont il pouvait être victime, et il a paru à ses rédacteurs qu'en ce qui concerne les rapports de travail, aucune législation n'était nécessaire » (2).

While laying down the foundation for the contract of employment, the section of the Code dealing with the latter is not all the law on the subject. Clearly, the employer-employee relationship being contractual, the rights and obligations arising therefrom are subject to the rules common to contracts. It is also regulated in certain respects in the country parts by a special law, and in the towns and villages by by-laws of the respective municipal councils (3). The hiring of seamen

(1) Art. 1602 C.C.
(2) Planiol et Ripert, Droit Civil, Vol. 11, p. 2.
(3) Art. 1670 C.C.

is subject to special rules provided in Imperial and Federal statutes, and that of boatmen, by the Provincial Act respecting voyageurs (1).

In addition to the aforementioned provisions of the Code and other laws, many phases of the employer-labour relationship are regulated by Federal and Provincial statutes.

The enactment of statutes subsequent to the Civil Code, supplementing and elaborating the basic rules of the latter, is a very happy occurrence. The whole body of existing laws forms a framework sufficient to protect the employer-employee relationship from the uncertainty and dangers of judge-made law. As Lord Camden said : « The discretion of a judge is the law of tyrants. It is always unknown ; it is different in different men, it is casual and depends upon constitution, temper and passion. In the best it is ofttimes caprice, in the worst it is every vice, folly and passion to which human nature is liable ».

The importance of judicial decisions should not, however, be minimized in ascertaining rules governing the legal aspects of the labour contract. In many instances the wording of laws lends itself to diametrically opposed interpretations in support of each of which legal talent seem always to be able to adduce weighty authorities. It is for the courts to decide on the right interpretation in such cases and to lay down rules which will normally be followed in future litigation.

Aside from, and in addition to, their interpretative function, courts of law crystallize as much as possible, into clear-cut rules the vast body of common law. This function of courts, of primary importance in Common Law countries, is equally essential in Civil Law systems, supplementing and filling in gaps necessarily left open even in elaborate schemes of codified and statutory laws.

CHAPTER II — VALIDITY OF THE CONTRACT

There are three essential conditions, sine qua non to the existence of the contract of employment :

1. Mutual consent of the parties ;
2. Work forming the object of the contract ; and
3. A price agreed upon.

Consent.

As in every other contract, the consent, in order to be valid and binding, must be given by persons capable of contracting. It may be either express or implied ; it must not be given as a result of an error or fraud perpetrated by one of the parties, nor under the influence of violence or fear. In its nature and essence, the contract of employment is purely personal. Consequently, one person cannot validly bind

(1) Art. 1671 C.C.

another without the latter's consent. He who undertakes to provide the services of another will, however, be contractually bound and liable in damages to the promissee in case of inexecution of the undertaking. Thus, with the exception of certain rules relating to apprenticeship, even parents cannot lease the services of their children, tutors-those of their pupils, and curators-those of persons in their care.

Naturally, in order that the contract be valid, the contracting parties must have a legal existence at the time it is formed. Thus a contract entered into by a promoter on behalf of a corporation to be formed is null ab initio and inexistant. Consequently, it cannot be validated by a subsequent ratification upon the corporation's coming into existence (1).

The exact point of time at which consent is given, that is, at which a meeting of the minds of the parties takes place, is a pure question of fact. It is hardly possible, therefore, to formulate any rules on the subject, each case necessarily being a cause d'espèce. An interesting question of law arises, however, where the parties verbally agree on the terms of a contract to be evidenced by a writing. Is the verbal agreement binding upon the parties as soon as mutual consent is given ? In this connection it was held that : when after long interviews and discussions, regarding the terms of a proposed contract, both parties agree on the principal clauses and decide to have a written agreement drawn, the presumption is that there still exists no « consensus » between them, and until the execution of the contract, they, although in accord with its terms, have a right to withdraw their consent (2). This holding is certainly open to serious criticism as a general statement of the law on the subject. With the exception of a few well-defined cases, our law does not require any formality in contracts. Once consent has been given and proved, the contract is valid and binding. A writing is primarily intended as a means of proving the agreement previously reached by the parties, but not as an expression of their consent. Our rules of evidence often require written proof of juridical relationships. In such cases no effect is given to the rights of the parties, in the absence of the required proof. But to say that, in the absence of a writing, there is no juridical relationship between the parties is, it is submitted, utterly incorrect. The above decision can only be justified in a case where the execution of a writing is itself one of the essential conditions upon which consent has been given. Consent or meeting of the minds, is then suspended until such time as the condition is fulfilled (1).

---

(1) Gadbois v Montreal Exhibition Co. Ltd., 1930 S.C. 36 R. de J. 478.
(2) Normandin v Cartier Mfg. Ltd., 1927-S.C.-33 R.L.n.s. 459.

Capacity.

It is important to note that all persons are capable of contracting, except those whose incapacity is expressly declared by law (1). The latter category comprises, broadly speaking, minors, married women, interdicts, persons incapacitated by special provisions of law, imbeciles, madmen and drunkards.

Minors.

The capacity of minors to contract is thus defined by the Civil Code : « Those legally incapable of contracting are : Minors in the cases and according to the provisions contained in this Code » (2).

Art. 1002 C.C. reads as follows : « Simple lesion is a cause of nullity in favor of an unemancipated minor against every kind of act when not aided by his tutor, and when so aided, against every kind of act other than acts of administration ... »

« A minor who is a banker, trader or mechanic » reads Art. 1005 C.C. « is not relievable for cause of lesion from contracts made for the purposes of his business or trade ».

Art. 1009 C.C. provides that « contracts by minors for the alienation or incumberance of their immoveable property made with or without the intervention of their tutors or curators, unattended with the formalities required by law, may be avoided without proof of lesion ».

It clearly appears from the foregoing provisions of the Code that capacity to contract, in the case of minors, is the rule, while incapacity is the exception.

A minor may, therefore, as a rule, enter alone into any contract but such contract will be voidable for lesion, unless it can be brought within the scope of Art. 1005 C.C.

A contract entered into by a minor with the aid of his tutor is also voidable for lesion, unless the obligation contracted constitutes an act of administration.

Certain contracts are voidable without proof of lesion in spite of the tutor's aid, unless certain formalities required by law are complied with.

Our problem consists in determining the effect of the above rules on a minor's contract of employment and, particularly, on its voidability for lesion.

Leasing services is an act of administration (3). Consequently a contract of employment entered into by a minor with the aid of his tutor is valid and not voidable for lesion.

(1) Art. 985 C.C.
(2) Art. 986 C. C.
(3) Beaudry Lacantinerie & Wahl, Droit Civil, Vol. 2, No. 1657.

A contract of employment entered into by a minor alone would seem voidable for lesion. It would actually be so, were it not for the provisions of Art. 1005 C.C. quoted above.

It is settled law in Quebec that a minor may enter alone into a contract of employment which is prima facie valid and binding (1). According to Mr. Mignault, minors are, in principle, entitled to relief from contracts of employment which cause them considerable lesion « lesion notable » (2). With utmost respect, this theory, which has the unanimous support of French doctrine, is open to serious criticism for reasons outlined hereunder.

A minor, it is repeated, is capable of contracting alone, and in the absence of other causes which may avoid contracts generally has the option of setting aside his contracts on the ground of lesion (3). This important derogation in favor of minors is itself subject to an exception formulated in Art. 1005 C.C. This exception relates to « mechanics ».The meaning of this term is difficult to explain without conjecturing and going into theoretical discussions based on no or little authority. The fathers of our Code, in their annotations under Art. 1005 C.C. (4) elaborated only upon bankers and traders. They make no reference to mechanics. Neither does Pothier and other French jurists reviewed in Carpentier's Repertoire. The Codifiers' Report under Art. 304 C.C., however, furnishes some assistance (5). A quotation from Pigeau found there reads as follows:

« Lorsqu'il s'agit d'actions concernant le commerce ou la profession d'un mineur, il peut intenter seul celles dont il est besoin pour la question de ce commerce ou de cette profession : ainsi un commerçant ou banquier le peut ; ... ainsi un officier le peut pour ce qui dépend de son office ; ainsi, enfin un commis, ouvrier ou domestique le peut pour demander ses gages ou salaires » (6).

This quotation, while not strictly relevant to the provisions under discussion, is helpful in that it displays the fact that in making exceptional provisions concerning the rights and capacity of minors, our Codifiers grouped together merchants, bankers and workmen.

---

(1) Colleret v Martin, 1886-Rec. Ct.-9 L.N. 212.
(2) Vol. 7, p. 229.
(3) Art. 1001-1002 C.C.
(4) DeLorimier, Bibliothèque du C.C., Vol. 7 p. 747.
(5) DeLorimier op. cit., Vol. 2. p. 792.
(6) An objection to the use of the quotation in interpreting the meaning of Art. 1005 C.C. may be met by the rule of interpretation laid down by the Privy Council in the Vandry Case (1920AC.662) to the effect that the Civil Code of Quebec should be interpreted in the first instance according to the words used, the Code or at least cognate articles, being read as a whole forming a complete scheme. It is only if the meaning is not plain that light should be sought from exterior sources.

With this in mind, the French Version of Art. 1005 C.C. should be carefully read « Le mineur ... artisan, n'est pas restituable ... de son art ou metier ». The word « artisan » is translated in English as meaning : mechanic, handicraftsman, operative, workman (1). The French term « artisan » is apparently much broader in scope than the corresponding term « mechanic » used in the English version of the Code. On the other hand, « trade », in the English version is as ample as « art ou metier » in the French version of the Code. The two versions are, by no means, contradictory but some discrepancy crept in due to the rather loose draftsmanship found in various parts of the Code. Thus in Art 2013 (a) C.C., the word « artisan » is used in the English version, and the word « journalier » in the corresponding French version.

A further light is shed on the meaning of the word « mechanic » by Chief Justice Lemieux who said :

> « Est artisan celui qui exerce un art mécanique, un métier. Artisans ou ouvriers se disent également des gens qui travaillent des mains. L'art. 1005 C.C. emploie indistinctement, comme exprimant la même idée, les termes 'art ou métier' » (2).

The correct interpretation of Art. 1005 C.C. is more than of academic interest. In view of the above stated considerations, the term « mechanic » should be interpreted broadly and held to include workmen of all denominations. If the word « mechanic » were to be interpreted in its narrow sense, it would not include handicraftsmen and would thus defeat a clear statement contained in the French version which very unambiguously refers to both « art et metier ».

This conclusion, while not based on definite authority, is logically sound and cannot be refuted in Quebec by any authority other than that based on legal philosophy.

The inevitable corollary of this conclusion is that minors are not only capable of entering into contracts of employment, but are absolutely bound by the latter without the privilege of avoiding them for cause of lesion. A judgment upholding this view has been rendered in the cause of Champagne v C.P.R. Co. (3). It was there held that a minor employed as a labourer in railroad repairing « n'est pas restituable pour cause de lésion contre les engagements qu'il a pris à raison de son métier » (1005 C.C.).

Standing alone the rule making such contracts of employment binding and irrevocable would seem inequitable and to expose minors to the danger of unfair exploitation by shrewd employers. Qualified

---

(1) A New Dictionary of the French and English languages, by E.C. Clifton and Adrian Grunaux, Vo. Artisan, p. 57.

(2) Le Parc St. Louis v Jobidon, 1916-51 S.C. at p. 113.

(3) 1927-34 R. de J. 117.

by a series of statutes declaring illegal the employment of children under a certain age limit, this rule may be considered right both in law and equity. From the standpoint of equity and social welfare, the French rule as to the incapacity of minors to enter into contracts of employment without parental authorization (1), or its modernized version rendering a minor's contract of employment voidable for lesion (2) are, to say the least, obsolete. The purpose of this restriction, if it exists, is to protect the minor against his weakness. Parental authorization or that of a tutor, as the case may be, is intended for the minor's protection. Minors, however, are fully protected by the existing system of industrial legislation regulating — in addition to, as pointed out above, the minimum age limit required for valid employment — hours of labour, physical conditions of work, wages, protective devices for dangerous machinery, compensation for bodily injury received in the course of employment, etc.

French authors cite a case decided in 1894 (3). It illustrates the fortunate tendency of French courts not to disturb the venerable rule, but to render it ineffective by a subtle presumption as to the existence of parental authorization. It would seem that the latter is presumed from the mere toleration of the status quo by the parent or tutor.

The position of minors as employers, that is, lessees of services, is similar to that of minor employees. Leasing services is an act of administration (4). An ordinary minor is, therefore. liable on the contract if properly authorized. In the absence of the required authorization an ordinary minor can have the contract set aside for lesion, except in cases where he is a banker, trader or mechanic and the contract was made for the purposes of his business or trade (5).

Emancipated minors are, as a rule, bound by their contracts for the lease or hire of services, such contracts being mere acts of administration. They are not relievable from obligations arising therefrom, except in cases where persons of age would be so (6).

These obligations may, however, be reduced if excessive ; the courts, in adjudging upon a particular case, will take into considerations the fortune of the emancipated minor, the good or bad faith of the persons who have contracted with him, and the utility or inutility of the expenditure (7).

---

(1) Baudry Lacantinerie & Wahl, Vol. 2, No. 1657.
Demolombe Vol. 7 No. 799. He adduces no authority in support of his theory B.L. & Wahl refer, in support of their contention to Demolombe and one judicial decision dating back to 1894.
(2) Planiol et Ripert, op. cit. Vol. 11 No. 786 P. 27.
(3) Gaz. Pal 1894, 2.587.
(4) Beaudry-Lacantinerie & Wahl, Op. Cit., No. 1657.
(5) Art. 1005 C.C.
(6) Art. 319 C.C.
(7) Art. 320 C.C.

In Canadian Common Law jurisdictions the English, as distinguished from the American, doctrine will prevail. Minors are divided, with regard to their capacity, in two distinct groups : those who have not reached the age of discretion and those who have. In case of the former, the English rule is simple : their contracts are invalid quite irrespective of the nature of the consideration supporting them. In case of the latter, the rule is practically identical with that of Quebec. Thus contracts in consideration of the furnishing of necessaries and beneficial contracts, the former really being a particular case of the latter, are valid and binding. A contract is considered beneficial if there is a fair compensation for the services rendered providing the minor with permanent employment and the means of maintaining himself (1). The difference between the Quebec and English rules seems to lie merely in the manner of formulation.

The American doctrine recognizes the binding force of contracts in consideration of furnishing necessaries, but does not extend the rule to other beneficial contracts (1).

Infants contracting as employers are relievable from their obligations on the ground of lesion only, under the doctrine upheld by English courts. American courts, on the other hand, are inclined to consider all such contracts voidable irrespective of the element of lesion.

Women.

Legal capacity of women to enter into contracts of employment is of foremost importance. In Montreal alone, in 1931, women formed over 25% of gainfully employed persons over 10 years of age.

From the standpoint of legal capacity to contract, women may be divided into two broad groups: unmarried and married women. The former enjoy full legal capacity, as all persons are capable of contracting except those whose incapacity is expressly declared by law (2). There is nothing in our law restricting the contractual capacity of unmarried women, saving, of course, the general provisions respecting minors and mentally deranged persons.

In order to fully appreciate the position of married women as contracting parties in the Province of Quebec, a brief digression on the subject of respective rights of consorts is quite essential. Under our law, consorts are either common or separate as to property. Community of property is legal or conventional. Legal community is that which the law, in the absence of stipulation to the contrary, establishes between consorts by the mere fact of their marriage (3). It may be established by the simple declaration which the parties make in the

---

(1) Labatt's Master & Servant Second Ed., Vol. I, Nos. 98 et seq.
(2) Art. 985 C.C.
(3) Art. 1270 C.C.

contract of their intention that it shall exist. It also takes place when no mention is made of it, when it is not expressly nor impliedly excluded, and also when there is no marriage contract. In all these cases it is governed by the rules set forth in the Civil Code (1).

Prospective consorts, while desiring to be common as to property may wish to derogate from certain of the rules of law governing legal community. The purpose of the conventional community is to enable them to modify the legal community by all kinds of agreements, not contrary to law, good morals or public order (2).

Married women separate from bed and board possess full civil capacity to act without the necessity of marital or judicial authorization (3).Those separate as to property only retain full capacity with the exception of the right to alienate their immoveables or accept a gift of immoveables, the two latter acts requiring marital or judicial authorization, as the case may be, in order to be valid. A contract of lease and hire, being as previously pointed out an act of administration, can be validly entered into without marital or judicial authorization.

Art. 986 C.C. very arbitrarily declares married women legally incapable of contracting, except in cases specified by the law. The status of separation from bed and board or as to property brings women within these cases, leaving the rest, that is those common as to property, incapable to contract. The incapacity is only relative. Thus, the weight of marital or judicial authorization, as the case may be, added to the woman's natural capacity, removes the legal restriction. It is most interesting to note that a married woman of full age, common as to property, cannot contract validly without the authorization of her minor husband. The effect of such authorization is restricted in scope, in that it vests the woman with the capacity of an emancipated minor only.

The want of marital authorization is fatal to the existence of the contract. It is null and void. The nullity cannot be covered by the husband's subsequent ratification and may be invoked by all those having an existing and actual interest in doing so.

In case of the husband's interdiction or absence with the consequent inability to make his will known within the requisite time, judicial authorization is sufficient (4). The Code does not provide for the case of the husband's refusal to authorize his wife to lease her personal services. Marital authorization, if refused, is adequately replaced by that of a judge, in cases where it is required for appearing

---

(1) Art. 1271 C.C.
(2) Art. 1384 C.C.
(3) Art. 210 C.C.
(4) Art. 180 C.C.

in judicial proceedings or executing a deed (178 C.C.). Does the same rule apply to contracts of employment ? Neither our Code nor reported judicial decisions provide an answer to this question. French doctrine which, under the circumstances, must necessarily be consulted, is far from being unanimous. The authoritative opinion of Baudry-Lacantinerie and Wahl is in favour of answering the question in the affirmative (1). This seems to be a logical solution of the problem, the Court having jurisdiction and authority to settle other marital disputes and disagreements.

The recent amendment of our Code (2), treating of property reserved to married women, seems to shed a little light on the subject. « Under all the systems, and subject to the penalty of the nullity of any covenant to the contrary, the proceeds of the personal work of the wife, the economies therefrom and the moveable and immoveable property acquired by her by investing same ... are reserved to the entire administration of the wife ».

« The wife may, without authorization, demand, even before the courts, the property so reserved and may alienate same by onerous title » — such are the new and progressive rules enunciated by article 1425 (a) of the Civil Code.

Thus, by a clear sweep of legislation, a woman common as to property becomes a complete master of her earnings subject in case of abuse, to her husband's control (3). Would it not seem logical to contend that since she is free to dispose of the fruits of her personal work, she is also free to choose the source and the means of gathering these fruits ? However this question may be answered, no matter how logical the contention in favor of women's right to lease their services without authorization may be, it must not be forgotten that by the terms of art. 177 C.C. which still forms part and parcel of our contracts or obligations, « unless her husband becomes a party to the deed or gives his consent in writing ... ».

Prior to the aforementioned amendments, all fruits and revenues fell into the community. Once there, they became subject to the husband's full and unrestricted control with a few minor exceptions.

> « The husband alone administers the property of the community. He may sell, alienate and hypothecate it without the concurrence of his wife. He may dispose of moveable effects by gratuitous and particular title provided that he does not reserve for himself the usufruct thereof and that it be without fraud ».

This rule of article 1292 C.C. clearly exemplifies the position

---

(1) Op. Cit. No. 1662.
(2) 21 Geo. V. Ch. 101.
(3) Art. 1425 b C.C.

of a married woman, common as to property, with respect to her earnings, as it existed prior to the recent amendment. The fruits of her toil were, by law, put into the common pot of the family fireplace. A very idyllic picture, indeed. Unfortunately, however her part was restricted to the operation of « putting in » while the full disposition of her contribution to the common pot was left to the entire and arbitrary discretion of her husband. The only protection extended to the wife was that « he (the husband) shall not, without such (the wife's) concurrence, dispose by gratuitous title inter vivos of the immoveable property of the community or of the whole or a part of the moveables except for the establishment of their common children » (1).

The legal status of married women as lessees of services must be considered from various angles. A married woman who is a trader may, without her husband's authorization, bind herself for all that relates to her commerce. If there be community of property between the consorts, she also binds her husband (2).

A non-trader married woman cannot hire services without her husband's authorization, if she is common as to property. If separate as to property, she can hire services without marital authorization, the contract being, as pointed out above, an act of administration.

At Common Law, a married woman may, with the consent of her husband lease her services to a third person (3). The consent may be express or implied. In this the common law rule greatly differs from that prevailing in Quebec. While, as a general principle of the law of contracts, consent may be express or implied, a derogation is made in the case of marital authorization. Following Art. 217 C.N., our own Art. 177 C.C. decrees, in unambiguous terms, that a wife even when not common as to property, cannot enter into contracts or obligations unless her husband becomes a party to the deed, or gives his consent in writing. The significance and scope of this article gave rise to considerable controversy in the French doctrine. The prevailing view considers the rule enunciated by the Code as being restrictive and a tacit or implied authorization as devoid of legal validity (4).

Object.

The work forming the object of the contract must be something possible and not forbidden by law or good morals. Thus, our courts will grant no relief to a party claiming wages for services rendered in connection with transportation of voters to polls on election day.

---

(1) Art. 1292 C.C.
(2) Art. 179 C.C.
(3) Labatt, op. cit., No 110.
(4) Fuzier-Herman, Repertoire, V. Autorisation de Femme Mariée, Nos. 374 et seq.

The contract being one contrary to public order and good morals, the court will not interfere and will dismiss the action without costs (1).

Consideration.

A price or consideration, as pointed out above, is essential to the existence of the contract of employment. Unlike sale, the price need not be in money. It may be represented by any other thing agreed upon by the parties (2). Whether or not moral consideration is sufficient to support a valid and binding contract of employment is of great academic interest ; from a practical standpoint, however, a study of this contentious and complex problem would not be justified (3).

CHAPTER III — IMPORTANCE OF, AND CRITERIA FOR, ASCERTAINING THE EXISTENCE OF THE CONTRACT OF EMPLOYMENT

The contract of employment is productive of two types of juridical effects : those common to all contracts and those peculiar to itself. It is therefore, most important, in many instances, in order to determine the rights and liabilities of parties contractually bound to ascertain whether or not their relationship is a contract for the lease and hire of personal service. There is a tendency to confuse this with that for work by estimate and contract. Especially so, when the latter calls for the lessor to furnish labour and skill only. On the surface, they have much in common. In fact, however, a contract for work by estimate and contract, as its name implies, is one whereby a certain work is undertaken by the worker as an entrepreneur without being subject to the constant control and supervision of the principal. In their juridical effects the two types of contract differ greatly. A somewhat similar difficulty arises in distinguishing between the contract of employment and that of mandate, particularly when the mandatory is remunerated on a salary basis.

> « The division of the contract of lease and hire in its application to certain descriptions of personal service, resembles the contract of mandate, and not infrequently is so nearly identical with it that it is not easy to define wherein the difference consists. The uncertainty and extreme subtlety of the distinction between the one and the other of these contracts are exhibited in the variety of theories which are maintained by different jurists upon the subject ... » (4).

---

(1) Patenaude vs Lamarre, 1922-S.C., 28 R.L.n.s. 330.
(2) Brunet vs Berthiaume, 1892-2 S.C. 416.
(3) See Watt A.M. — The cause or consideration of obligations in the law of Quebec, McGill University Theses, 1933.
(4) Civil Code of Lower Canada ; Fourth and Fifth Codifiers' Report, pp. 29 and 30.

This statement of the Codifiers need hardly be amplified. The distinction between the contract of employment proper, on the one hand, and the contract of mandate and that of work by estimate and contract, on the other, in itself extremely subtle and fine, is further complicated by the variety of theories advanced and defended by authoritative jurists. To arrive at a practical solution, one course only is open: to build up, from decided cases a test to be applied in every doubtful case whereby certain conditions will have to be satisfied in order that the contract may be considered as one for lease and hire of services.

The fundamental rule of law that the intention of contracting parties is foremost in ascertaining their relationship prevails also in connection with contracts of employment. Thus, where one of the parties describing itself as « bourgeois ou maître » engages the service of another, the relationship is one for lease and hire of personal services. This is so, irrespective of whether the payment is by estimate and contract of by the piece (1).

Where the intention of the parties is not clearly defined as is often the case, especially in verbal contracts of employment other tests must be applied to determine whether the parties are contractually bound as master and servant. The latter relationship is not destroyed simply because the work is paid for by piece or by day. The test is, did the master retain the power of controlling the work? Whether or not control is exercised is a question of fact. The mere fact that a certain amount of supervision is exercised or directions given as to the work to be done, not amounting to directions as to the manner in which it is to be done, will not as a rule, give such control to the employer (2).

A principal's reservation by his contract with an independent contractor of control over the way in which the contractor's work shall be done and the kind of material that should be used, and his stipulation for the right, under certain circumstances, to dismiss workmen engaged thereat, does not create a master-servant relationship between the principal and the workmen employed on the works by the contractor (3).

The employer — and this is an especially important factor — must retain the power not only of supervising the work generally but also of controlling it both as to the method or means of doing it and the time at which it shall be done (4).

---

(1) Dinelle vs Gauthier, 1887-M.L.R. 3 S.C. 134:
Ex Parte Gagnier vs DeMontigny, 1890-S.C.-14 L.N. 35.
(2) Dallontania vs McCormick, 1913-Ont. App. Div. 14.. D.L.R. 613.
(3) Smith vs Ulen, 1914-Alta S.C.-17 D.L.R. 409.
(4) Lambert vs Blanchette, 1926-Que. K.B.-2 D.L.R. 844.

Another factor, which, though not conclusive, is at least indicative of the relationship between the employer and the workman, is the manner in which the services are to be paid for, that is, whether by the time occupied or for a lump sum, or for a sum proportionate to the amount of work done (1). In the former case the contract would presumably be for lease and hire of services in the two latter one for work by estimate and contract.

In another case, the manner of remuneration was held to be the determining factor in ascertaining the juridical nature of the contract. It is one for lease and hire of services, where the remuneration is based on the time element ; it is one for work by estimate and contract, where the remuneration is proportionate to the value of work done (2).

Still another factor is whether the employer furnishes in whole or in part the tools or other equipment for doing the work, or whether the workman furnishes his own equipment (3).

In line with the above stated principle is the decision that sub-contractors, and not the principal manufacturer, are masters of the workmen employed and independently controlled by the former (4).

The test for distinguishing between the « contrat d'entreprise » and one for lease and hire of personal services is thus formulated by the Supreme Court of Canada: « We are of opinion that Couture was an independent contractor. We find in this case all the distinctive characteristics of the « contrat d'entreprise »: the method adopted for his remuneration according to the amount of work done, the right of choosing the men whom he employed, of fixing their salary, of directing and dismissing them ; the responsibility in damages for failure to supply the factory ; above all, the absence of a'lien de subordination' between Couture and the company and his independence in the management of the enterprise » (5).

The presence or absence of juridical representation by the employee of the employer, in the execution of the work, is the test suggested for distinguishing between the contract of mandate and that for lease and hire of services. Thus a contract whereby a sculptor undertakes the modelling of a bust is one for lease and hire of his services (6).

---

(1) Lambert vs Blanchette, Supra.
(2) Hodge vs Deguire, 1924-37 K.B. 230.
(3) Lambert vs Blanchette, Supra.
(4) Collin vs Gagnon, 1927-44 K.B. 389.
(5) Quebec Asbestos Corporation vs Couture (1929) 3 D.L.R. 601 Que. App. S.C.C. Rinfret J.
(6) Maupas vs Vandelac, 1928-S.C. 34 R.L.n.s. 423.

CHAPTER IV — INTERPRETATION OF THE CONTRACT

The relationship of lease and hire of services is primarily contractual. Consequently, there must be a contract or agreement between the employer or his representative and the person leasing the services or his representative. As in the case of most other contracts, there are no special requirements of form. The contract of employment may be quite informal to the extent of being only inferable from the conduct of the parties, or it may be entered into in express and well-defined terms, verbally or in writing. An interesting point in connection with form as a condition of validity came up for judicial consideration in the case of Normandin vs Cartier Mfg. Co. Ltd. (1). It was there held that if it is verbally agreed by the parties that their agreement be expressed in writing, there is no contract until such writing is executed and signed by the parties (2).

No difficulty arises in cases where the contract of employment is expressed in writing, setting forth clearly the respective rights and duties of the parties. In case of ambiguity, courts are guided by well-defined rules of interpretation in determining the respective positions of the contestants, and clauses considered unreasonable are sometimes deleted by the court. Two decisions will illustrate the point. In the case of McArthur vs Canada Foundry Co. (3), it appeared that the company required that their prospective employees sign a contract, one of the clauses of which provided that the employee agreed to work for the company for a least one year for 55 hours a week, the company being allowed to retain $40.00 from the employee's wages as compensation in the event of the latter breaking his contract. In an action by McArthur to secure $22.00 from his wages which the company had retained, the latter alleged breach of contract declaring that McArthur was off one afternoon and therefore had not worked 55 hours during the week. They not only claimed that they did not owe him anything, but further claimed that he owed them $17.00, the remainder of his guarantee deposit. The Magistrate held against the clause in the contract, and decided that the defendants were not entitled to retain the amount in question unless they showed particular loss or damage resulting from such breach of contract.

In a Montreal case (4), a female operator of the Standard Shirt Co. sued for $2.76, balance of wages due at the time of her leaving the employment of the company. For the defence it was contended that by the terms of an agreement with the company it was provided

---

(1) 1927-S.C.-33 R.L.n.s. 459.
(2) Cf. Supra for a brief critical analysis of this case.
(3) Ont.-1905-Mag. Ct.-6 Labor Gazette 115.
(4) Que.-1905-Rec. Ct.-6 Labor Gazette 599.

that workpeople absenting themselves without leave or without afterwards producing a medical certificate of illness, forfeited all moneys due them in the shape of wages. The plaintiff had been away from work for five days and produced no certificate.

The Recorder did not consider the clause fair and reasonable so far as the employees were concerned ; if the company could show that by reason of the plaintiff's absence there had been a monetary loss entailed, then possibly there might be ground for a civil action. But the agreement, while it might be useful in regulating the conduct of the worker, could not be stretched to the point sought by the defendant. It was subject to the revision of the court. The Recorder held that it was not in accordance with law that an employee should forfeit the whole of the sum in the hands of the employer without proof of any loss having been sustained by the employer.

These two actions, while small in amounts involved, should not be minimized in the significance of legal principles therein upheld. The purport of these decisions is to inject an element of equity into the application of strict law. It is a deviation from the maxim lex dura sed lex, in interpreting labor contracts, and is to be welcomed in spite of its violating the rule of Art. 1135 C.C.

Under economic conditions prevailing since the industrial revolution, workers are in a position of inferiority from the standpoint of bargaining. A supply of labor, far superior to existing demand, necessarily results in workers' inability to insist on fair treatment when obtaining employment. They are practically left to the mercy of work-givers, who owing to the security of their economic condition and the plentifulness of labor material, are in a position to write into contracts of employment clauses unreasonable, unfair and onerous to workers. An elaborate system of industrial legislation is intended to check this natural instinct of a stronger being to crush the weaker one. But unless supplemented by enlightened judments of the kind reported above. statutory enactments will necessarily leave gaps resulting in considerable hardship to workers labouring under the constant threat of losing their jobs, oftentimes the only means of subsistence of a whole family.

The principle upheld in the Standard Shirt Co. case must be confined to cases where the penal clause, if enforced. would be too severe under the circumstances. There, as pointed out, the plaintiff absented herself, without leave. for five days and was, therefore. dismissed. She was allowed to recover the balance of wages due her at the time of leaving the employment of the company. But where the worker contracts to give fifteen days notice of her intention to leave the employment, under the penalty of forfeiting fifteen days' wages in default of such notice, and disregards the terms of the contract by leaving without notice she forfeits fifteen days' wages, in accordance

with the agreement (1).

CHAPTER V — PROOF

Verbal agreements, while admitting no doubt as to their legal validity, may entail considerable difficulty of proof. This difficulty must be borne in mind, as the existence of actionable rights is dependent upon the plaintiff's ability to prove the existence of the contract of employment. It is true that the contract of employment may be proved in the same way as other contracts and the contract itself may be express or implied, and may be oral or in writing; but the burden of proving the existence of the contractural relationship of employer and employee lies upon the plaintiff (2). Thus, to cite one instance, the Quebec Workmen's Compensation Act (3) reads in sec. 2 ss. d as follows: « The word 'workman' shall mean a person who works under a contract of service or apprenticeship, written or oral, express or implied, whatever the nature of his work...» All rights under the Act are vested in the workman, and in order to qualify as one, the complainant must prove the existence of the contract of employment (4).

The relevant provisions of our Code dealing with parol testimony are sufficiently brief to be reproduced verbatim:

« Proof may be made by testimony:

1. Of all facts concerning commercial matters ;
2. In all matters in which the principal sum of money or value in question does not exceed fifty dollars » (5).

It appears from the wording of the Code, that, as a general rule, verbal testimony is not admissible in our law. It is so in exceptional cases which, as all exceptions, are interpreted very strictly.

The term « commercial matters », used by the Codifiers, created a great deal of difficulty. M. Langelier, a Quebec authority on evidence defines commercial matter as an « acte onéreux portant sur des choses mobilières fait dans un but de spéculation » (6). This definition, in its terms and in its further elaboration by the learned author, seems to include in the scope of commercial matters only certain contracts of sale.

M. Mignault gives « commercial matters » a much wider scope but makes no mention, in discussing it, of the contract of employ-

---

(1) Bombardier vs Merchants Cotton Co., 1906-Rec. Ct. Montreal 7 Labor Gazette 878.

(2) Gooney vs Morel-1914 Que. Ct. of Review-20 D.L.R. 656.

(3) 21 Geo. V. Ch. 100.

(4) The Workmen's Comp. Comm. is not bound to follow ordinary rules of evidence in civil matters.

(5) Art. 1233 ss. 1 and 2.

(6) Langelier, De la Preuve, No. 495.

ment (1).

An outstanding judicial decision on the point is the case of Charbonneau vs Publisher's Press Ltd (2). It was there held by M. Justice Bruneau that a contract between a stereotyper and a printing company is a commercial matter susceptible of proof by testimony, within the meaning of Art. 1233 ss. 1 of the Civil Code. In this learned decision the judge refers to numerous authorities and judicial precedents. The rule upheld by our courts may be summarized by quoting in part, M. Justice Bruneau: « La doctrine, en effet, donne le nom d'actes de commerce, non seulement aux spéculations de vente, d'achat ou de revente, mais aussi aux opérations accessoires qui s'y rattachent d'une manière plus ou moins directe ; aussi, repute-t-elle commerciaux tous les actes secondaires destinés à favoriser l'accomplissement de l'acte principal, et qui peuvent être, pour celui qui les fait, la cause d'un bénéfice. Jamais cette maxime vulgaire que l'accessoire suit le principal n'a reçu une application plus juste et plus rationnelle, dit Massé. On peut donc poser en principe qu'il suffit qu'une obligation se rattache au commerce de celui qui l'a contractée, et en soit un accessoire pour qu'elle affecte un caractère commercial » (3).

The foregoing decision places all industrial employments into the category of « commercial matters », but would, obviously not include private domestic employment.

This latter type of labor contract is governed, from the standpoint of evidence, by Art. 1669 C.C., reading as follows:

> « In any action for wages by domestics or farm servants, the master may, in the absence of written proof, offer his oath as to the conditions of the engagements and as to the fact of payment, accompanied by a detailed statement but such oath may be refuted in the same manner as any other testimony».

The article is self-explanatory. It must be noted, however, that in case of contradiction of sworn statements offered by master and servant, in the absence of other evidence, that of the former will prevail (4). There seems to be no justification for this decision vesting a master's testimony under oath with more weight then that of his servant. The judge attempts to justify his holding by emphasizing that the master's testimony is supported by an « état détaillé ». But he seems to overlook that the servant produced an « écrit sur lequel sont mentionnés toutes les sommes qu'il a reçus du défendeur ». There is no rule of law in our system whereby the testimony of one social group of citizens is given more credence than that of another. The

---

(1) Vol. VI. pp. 62-68.
(2) 1912-42 S.C. 97.
(3) at p. 101.
(4) Paradis vs Villeneuve, 1933-71 S.C. 130, Tessier J.

case under consideration must not, therefore, be taken as stating a general rule of law. It should simply be treated as a cause d'espèce in which the testimony of one party, who happened to be the employer, carried more weight with the judge than that of the other party. It is to be regretted, however, that in delivering his judgment, the Court over-emphasized the provisions of Art. 1669 C.C. instead of basing his decision primarily on the facts and circumstances of the particular case at bar.

In its scope, the article is strictly confined to domestic or farm servants (1).

The position of the domestic or farm servant-plaintiff seems rather precarious. Under the terms of Art. 1669 C.C., he cannot offer his verbal testimony to prove the conditions of the engagement and payment. Under the provisions of Art. 1233 s.l C.C., he cannot adduce verbal testimony, unless, of course, the farm on which he is employed is operated on a commercial basis. But this seemingly helpless position of a prospective litigant domestic or farm servant is somewhat alleviated by sub-sec. 2 of Art. 1233 C.C., quoted above and requiring no comment except that the amount in dispute must be determined as as the time at which the right of action arose (2).

Moreover, as already pointed out, a contract of employment may be implied. All relevant circumstances will be taken into consideration by the Court in ascertaining the existence of a contract of employment. Where services are performed between strangers without any agreement as to compensation, the law implies that reasonable compensation is to be paid from the fact of the services having been rendered at the request of the person to whom they have been rendered. But where the parties are in such a relationship to one another as would normally exist between two sisters, the law is that no presumption arises, and the duty rests upon the person who seeks pay for services rendered under those circumstances to prove a contract express or implied (3). It has been held in our Province that a son working for his father, living in the latter's house with his family and exploiting the farm jointly with his father, is not entitled to pay in the absence of a special agreement (4).

In a decision dating back to 1881, M. Justice Torrance quotes. with approval, Addison on Contracts:

> « But if the service has been with parent or uncle, or other near relation of the party serving, a hiring cannot be implied

---

(1) Majour vs Labelle, 1889 Privy Council 12 L.N. 399.
(2) Mignault, Droit Civil, Vol. VI, p. 71.
(3) Courie vs Courie, 1921 Alta Spr. Ct. App. Div. 59 D.L.R. 32 quoting with approval Redmont vs Redmont, 1868, 27, U.C.Q.B. 220.
(4) Brassard vs Dame Ste Marie, 1922-23 K.B. 62.

or presumed from it, but an express hiring must be proved in order to support a claim for wages, for the law regards services rendered by near relations to one another as gratuitous acts of kindness and charity, and does not presume that they are to be paid for unless there is an express contract to that effect » (1).

The rule enunciated by Art. 1669 C.C., constitutes a clear departure from the fundamental rules of evidence, in that, it allows verbal testimony without any restriction as to the amount involved. It would seem logical to contend that the provisions of this article should be interpreted in conjunction with, and be subject to, rules of Section 3 of Chapter IX of the title on obligations. It may on the other hand be claimed that Art. 1669 C.C., lays down an independent rule, supplementing the general rule of evidence. The question is arguable, but so far, has not arisen in any reported case.

The master, in the terms of the article, may, in the absence of written proof, offer his oath for the purpose of establishing the terms and conditions of the contract of employment. The domestic or farm servant on the other hand, it was submitted, cannot offer his verbal testimony to establish his claim in virtue of a contract of employment except under circunmstances falling within the rules of evidence dealt with in the section of the Civil Code cited above. There is nothing in the works of our commentators (2) contradicting this opinion.

A question open to dispute arises in connection with the means available to a servant for the purpose of refuting a master's oath. The wording of Art. 1669 C.C., contains no exception to the general rules of evidence; it clearly states that a master's oath may only be refuted in the same manner as any other testimony. A servant cannot therefore offer verbal testimony otherwise than in compliance with the provisions of Art. 1233 sub-sec. 1 and 2 C.C. Such seems to be Mr. Mignault's opinion (3). Mr. Langelier's view, on the other hand, it is respectfully submitted, is rather vague. The learned jurist states:

> « Le maître peut rendre témoignage en sa propre faveur, mais son témoignage peut être contredit comme tout autre témoignage. Il peut l'être non seulement par des témoins étrangers mais même par celui de son serviteur ».

Are we to conclude from this statement that whenever a master testifies verbally, the servant may refute his testimony in the same manner irrespective of all other rules of evidence?

---

(1) Leonard vs Jobein, 1881, 4 L.N.55.
(2) Langelier, Code Civil. Vol. 5, Pages 244 and 245.
Mignault, op. cit. Vol. 7, Pages 376 et seq.
(3) Supra.

CHAPTER VI — DURATION OF THE CONTRACT

The contract of lease and hire of personal service can only be for a limited term or for a determinate undertaking (1). This provision of our Code is based on considerations of public order. It is intended to invalidate contracts of employment for the duration of the lessor's whole life, which would really amount to slavery. Such contracts, express or implied are, therefore, absolutely null. In order to be affected by this nullity the contract need not necessarily mention in express terms that it is entered into for the duration of the lessor's life. Thus, contracts whereby a lessor enters the service of a younger person for the duration of the latter's life, or whereby a man aged, say, seventy leases his services for thirty years, are absolutely null, because their term would extend over the lessor's whole span of life (2).

Apart from the legal restriction of public order, the determination of term is left entirely to the discretion of contracting parties. Contracts which by their provisions fix the period of their duration offer no difficulty. The vast majority of labor agreements, however, are for an indefinite time, and it is of utmost importance to ascertain, if possible, criteria for the determination of their duration.

The traditional view hitherto prevailing in our Province is embodied in a recent decision rendered, in Quebec, by Mr. Justice Stein (3). It was there held that Art. 1642 C.C. (4) applies in cases where the duration of the contract is not specified by the parties and that consequently, the mode of payment determines the duration of the contract. Thus, if the employee is paid by the week, month or year, he is deemed to be employed for a week, month or year respectively. This theory enunciated by M. Mignault (5) and based on earlier decisions, has been followed since in a series of reported cases. This seemingly clear and logical doctrine extending without hesitation, rules particular to the lease and hire of houses to the contract ef employment, has been destroyed, in a clear sweep by a very recent judgment of the Supreme Court of Canada on a Quebec appeal (6).

Mr. Cook, the respondent in the case, alleged a verbal contract of lease or hire of his services at an annual salary of $6,000 per annum

---

(1) Art. 1667 C. C.
(2) Mignault, Op. Cit., Vol. VII, p. 370.
(3) Lambert vs Les Commissaires du Hâvre de Québec, 1932-39 R.L.n.s. 170.
(4) The lease or hire of a house, when no time specified for its duration, is held to be annual, when the rent is at so much a year ; for a month, when it is at so much a month; for a day, when it is at so much a day. If the rate of the rent for a certain time be not shown, the duration of the lease is regulated by the usage of the place.
(5) Mignault, Op. et loc. cit., p. 371.
(6) Asbestos Corporation Ltd. vs W. A. Cook, 1933, S.C.R. 86.

dating from 1st of May 1927 and payable $500 a month. He further alleged that this oral agreement had been confirmed by a letter from the president of the defendant-appellant company dated 5th May 1927 and reading, in part, as follows: « Mr. Cook has agreed to join us on the conditions mentioned at $6,000 per annum ». The appellant company alleged the oral agreement was for hire from month to month; but the only evidence submitted on either side was the letter of the 5th of May. The respondent continued in the discharge of his duties until the 31st August, 1929, when he was dismissed and paid $1,875, this amount representing his salary to that date plus three months pay in lieu of notice. The respondent then brought an action claiming the balance of his salary up to the 1st of May 1930, on the ground that he was entitled to his salary up to the end of the current year.

The majority of the Court held, in the terms of the headnote that, according to its literal meaning, a contract of lease and hire of personal service at so much per year or month is not a contract for a fixed term but one for a indeterminate period ; and there is no provision in the Civil Code to the effect that a contract of hire of personal services, the duration of which has not been agreed upon, will be deemed to have been made for one year when the salary has been fixed at so much per year. Art. 1642 of the Civil Code, relating to the lease or hire of houses is not applicable to the lease or hire of personal services.

In view of the revolutionary nature of this decision and of the fact that two learned judges dissented therefrom, a more detailed study of the judgment of the majority of the Court, delivered by Mr. Justice Rinfret, is of utmost interest.

While the judgment is supported by quotations from an array of authority, both doctrine and jurisprudence, the main line of reasoning forming the basis of the decision is the following.

Art. 1642 C.C. clearly proves both through the literal meaning of the terms used and the meaning ascribed to the latter by the Codifiers, that a contract of lease or hire at so much per year or month, is one for an indeterminate period. Indeed, art. 1642 C.C. refers to a lease or hire of a house in which the rent is at so much a year, month or day, as one in which « no time is specified for its duration » and it lays down a particular rule that such a contract be deemed to be entered into for a vear, month or dav as the case may be. It is logical to conclude, therefore, that in its literal meaning as well as in the intention of the Codifiers, a contract of employment at so much per vear is, to use the terms of the Code, one in which « no time is specified for its duration ».

It is important to note that while Art. 1642 C.C. through a mere fiction of law, reads a definite term into a contract for the lease or hire of a house, when no time is specified for its duration and the

rent is at so much a year, month or day, there is nothing in our Civil Code determining the duration of a contract of employment when no time is specified for its duration even if the salary is at so much per year, etc. Art. 1670 C.C. relating to the lease or hire of personal service, does not refer to Art. 1642 C.C., but states that « the rights and obligations arising from the lease or hire of personal service are subject to the rules common to contracts ». Art. 1642 C.C. is not a rule common to contracts ; it is not even a rule common to contracts of lease or hire of things. It is, as the title of the section as well as its text indicate, a rule peculiar to the lease or hire of houses. It is difficult to imagine that a contract for the lease or hire of personal service, in which no time is specified for its duration, could be « held to be annual terminating on the first day of May of each year », and this would result from the application of Art. 1642 C.C., to the contract of employment. If it was the intention of the Code to apply Art. 1642 to lease or hire of personal service, it is difficult to understand why this article is labelled as a rule particular to the lease and hire of houses, and why Art. 1670 contains a reference to the rules common to contracts only.

The foregoing reasoning of the Supreme Court of Canada, logically sound, is almost impossible to refute. Right or wrong, this judgment lays down a rule which will prevail in our law (1) until such time as the Supreme Court reverses itself or is overruled by the Privy Council, if at all.

The purport of this decision, however, must be restricted to this: the mere stipulation of an annual salary in a contract of employment does not, per se, result in an irrebuttable presumption, juris et de jure, that the contract is entered into for the period of one year. It still remains true that the stipulation of an annual salary may create a presumption of fact, juris tantum, in favour of the existence of a yearly contract, the strength of which depends upon the particular cimcumstances of each case (2).

Reference has been made by Mr. Justice Rinfret to « rules common to contracts » in connection with the determination of a term in a contract of employment when no time is specified for its duration. What are these « rules common to contracts »?

Section III of Chapter First of the title on Obligations deals with rules of interpretation of contracts. The articles relevant to our question read: « The customary clauses must be supplied in contracts although they be not expressed » (1017 C.C.) and « whatever is doubtful must be determined according to the usage of the country

---

(1) Followed in Laughton vs Dom. Transport Co., 1934-73 S.C. 8.
(2) City of Montreal vs Davis, 1896-6 K.B. 177.

where the contract is made » (1016 C.C.).

Evidence of customs and known usages is receivable unless it is repugnant or inconsistent with the written contract, or contrary to law. Customs of the country and trade usages need not be of immemorial usage in order to be deemed incorporated in a contract (1). These rules are self-explanatory and require no further comment.

Another provision of the Code dealing with the term of lease and hire of personal service, is this: « It may be prolonged by tacit renewal » (2). In this connection, Mr. Mignault remarks : « pour qu'il y ait lieu à tacite reconduction, il faut qu'il y ait un terme convenu ou présumé pour la durée du service » (3). Clearly, there can be no tacit or other renewal of a contractual relationship unless it terminates. Where the contract is without a term, for an indefinite period, there is no point at which the tacit renewal can possibly take place (4).

CHAPTER VII — ENFORCEMENT OF THE CONTRACT

The matter of its enforcement is of prime consideration in connection with any contract or agreement, that is, the question how to procure the performance of the act forming the subject matter of agreement or, if this is unfeasible, what are the remedies given to a creditor against a defaulting debtor.

> Art. 1065 C.C., dealing with the subject, reads as follows: « Every obligation renders the debtor liable in damages in case of a breach of it on his part. The creditor may, in cases which admit of it, demand also a specific performance of the obligation and that he be authorized to execute it at the debtor's expense or that the contract from which the obligation arises be set aside subject to the special provisions contained in this Code, and without prejudice, in either case, to his claim for damages ».

Specific performance

Applied to labor contracts, our law renders the employer or employee guilty of breach of contract, liable in damages ; the remedy of specific performance, on the other hand, is not available. The article makes an express reservation to « cases which admit of it » in dealing with specific performance. Our Courts held that this remedy should not be applied to personal services, because of the inability of the courts to supervise or insure their execution without recourse to physical violence, as well as because such enforcement would partake

---

(1) Beal's Cardinal Rules of Interpretation. p. 133.
(2) Art. 1667 ss. 2.
(3) Supra p. 371.
(4) Asbestos Corporation vs Cook, Supra. Rinfret J., at p. 100.

of involuntary servitude. A court may order defendant to perform certain services for plaintiff; but if the order is disobeyed, defendant cannot be punished by imprisonment for contempt of court, as it would mean imprisonment in civil matters which has been abolished by statute (1). This rule holds true not only in cases where it is sought to force a defendant to perform services for plaintiff, but also where plaintiff's object is to restain defendant from performing for another services which he undertook to perform for plaintiff; an injunction will not lie in such a case (2). An injunction would lie, however where the act in violation of the engagement is not of a purely physical nature. In the case Marion vs Roberts (3), Roberts, while still in Marion's employ, but after having received notice of dismissal copied a large number of addresses from a book of Marion's clients which was entrusted to another employee. Later, having left Marion's service, Roberts opened on his own account an office as Solicitor of Patents and sent to the addresses taken from his former employer's book a circular containing the announcement of his new profession, his address and his photograph, thus soliciting the clientele of his former employer and even offering his services gratuitously. It was held that the defendant had violated his engagement and failed in his duty as an employee; in addition to being condemned in damages, he was enjoined from continuing his advertising campaign of a nature to cause damage to his former employer (4).

Since the remedy of specific performance is, in the case of labor contracts, confined to a very narrow field of operation, the adequate remedies for breach of contract of employment, would be damages or the resiliation of the contract, or both (5).

Other remedies in case of breach

In order to ascertain what would constitute a breach of contract of employment, it is essential to determine the respective duties and obligations of the parties thereto.

Briefly, the implied conditions of service, so far as the servant is concerned, depend, in a great measure, upon the nature of his employment and his master's business. He is bound, in every case, to obey all lawful orders of his master, treat the master with respect, be honest and diligent in his master's business and not abuse his confidence in matters appertaining to his service. Furthermore, the ser-

---

(1) 1859 R.S.O. Ch. 87 ; Lombard vs Varennes, 1921-32 K.B. 164.
(2) Pitre vs L'Association Athlétique d'Amateurs Nationale, 1910-20 K.B. 41.
(3) 1904-14 K.B. 23.
(4) A similar decision has been rendered in Man. in the case of Neal Bros. vs Wright, 1923-4 D.L.R. 998.
(5) Art. 1065 C.C.

vant must complete his term of service if it is definite, and must not abandon the service without sufficient notice, if it is for an indefinite period.

The master, on the other hand, undertakes to remunerate the servant at the rate of wages agreed upon and must treat the servant with decency.

A violation of these duties and obligations would justify the aggrieved party in resiliating the contract of employment, demanding pecuniary damages, if any, or both.

The Quebec Masters' and Servants' Act (1) regulates the master-servant relationship in the Province, with the exception of the Cities of Quebec and Montreal, and other municipalities enacting by-laws regulating the relations between masters and servants.

Every domestic, servant, journeyman or laborer, engaged by the week, month or year, and not by the piece or job, or for a fixed period must according to the provisions of the Act give notice of intention to terminate the employment one week, two weeks or one month prior to such termination, in case of weekly, monthly or yearly engagement respectively.

In the case of employers, the required notice may be dispensed with upon the full payment of wages for the period of notice. A violation of this provision entails a liability to a fine of not more than twenty dollars.

A similar punishment is meted out to every domestic, servant, journeyman or laborer, engaged by the month or longer period, or by the piece or job, who deserts or abandons the service or job for which he was engaged, before the time agreed upon.

Any misusage, neglect to supply sufficient wholesome food, cruelty or ill-treatment of any kind on the part of the employer. are punishable, upon conviction, by a fine of not more than twenty dollars.

In a similar manner, every apprentice, servant, journeyman or laborer bound by an act of indenture, or written contract or agreement, or verbally before one or more witnesses, — who refuses or neglects to enter the service of his master, at the time agreed upon ; or
who is guilty of misbehaviour, refractory conduct or idleness, or of desertion ; or
who absents himself by day or night, without leave, from the said service, or from the house or residence of his employer ; or
who refuses or neglects to perform his duties, or to obey any lawful command which may be given by his master or mistress ; or
who is guilty of any unlawful act that may affect the interest of his master or mistress, —

---

(1) 1925 R.S.Q. 271.

exposes himself to a penalty of not more than twenty dollars. Moreover, on a suit by servant for wages, the employer may plead the fact of such desertion, misconduct or disobedience or any other act hereinbefore mentioned, and on proof thereof and of damages incurred in consequence by the employer, it may be declared that the plaintiff has lost all recourse for his wages wholly or in part in the discretion of the court and according to circumstances.

In case of continued misconduct or misusage, and of repeated violations of the ordinary and established duties of the parties towards each other, or of incapacity to perform the services for which he is hired, either party may obtain an annulment of the contract of employment, whether it is written or verbal.

A prosecution for any offence covered by the Act, can only be commenced within three months after the date of the commission of the offence. Fines collected under the Act are placed in the sheriff's hands.

It is obvious that the aforegoing provisions of the Masters' and Servants' Act are of a penal nature. In most cases, contemplated by the Act, the party guilty of a breach of contract of employment is penalized by a fine affording only a moral satisfaction to the aggrieved party who, possibly suffered material damages. An attempt to make provision for the latter can be perceived in Sec. 12 ss. 2 dealing with the loss of recourse for wages by an employee at fault. Standing alone, as it does, this provision is quite inadequate. It affords no opportunity to an aggrieved employee to recover material damages, nor does it grant full latitude to employers' rights when the amount of damage suffered exceeds the amount of wages owing to the employee.

Fortunately, the recourse created by this Act does not supersede nor does it in any way conflict with, a right of action in damages at common law. No direct authority can be adduced for this particular statement, but it is the settled law of our Province that criminal prosecution constitues no bar to a civil action in damages for the same cause except in cases of common assault (1). While an offence under the Masters' and Servants' Act cannot be considered a criminal one, yet it may, it is submitted, be assimilated to the latter in so far as it affects a civil action in damages for the same cause.

Provisions essentially similar to those of the Quebec Masters' and Servants' Act are embodied in by-law XX of the City of Montreal.

The penal provisions of the By-Law apply to a minor who engages

---

(1) Pelletier v Martin, 1895-8 S.C. 438 ;
Mosher v La Presse Ltée, 1919-21 Q.P.R. 52 ;
Cuillot v Blumhardt, 1918-58 S.C. 25 ;
Sauvé v Laland, 1930-33 Q.P.R. 182 ;
Emery v Lambert, 1930-68 S.C. 441.

herself as a domestic servant and subsequently deserts her service or absents herself without permission (1). The legal theory underlying this decision is that a minor's contract of employment is not void, but morely voidable for lesion.

In an earlier decision handed down in the Superior Court, one of the grounds on which a conviction under the by-law was quashed, was that the girl who deserted from service was a minor, and her father never consented to the hiring (2).

The fact that a workman leases his services for a year on the basis of estimate and contract, or piece or quantity, does not exempt him from the operation of the by-law (3). A journeyman shoemaker, engaged to make boots and shoes at so much per dozen falls within the provisions of the by-law and may be punished for desertion from the service of his employer as therein provided (4).

On the other hand, it was held that cigar-makers producing cigars by the lot (par lots) may, at any time, leave the service of their master (5).

A desertion from service, while, as a rule, punishable, may be justified and thus entail no penalty. Where a father indentures a minor son as an apprentice for a certain number of years in the locality of his residence, he may withdraw his son from apprenticeship before the expiration of the contract, if the master wants to move to a distant place thus substracting the apprentice from the supervision of his father (6).

Sickness is another ground of justification. An accused who proved that he deserted his employment owing to a malady from which he suffered and which was incompatible with his continuing his work was discharged by the Recorder with costs against the complainant (7).

At common law, the employer's remedies for breach of contract consist in a right of action in damages; forteiture of employees' wages, in some cases; a counterclaim in damages in an action for wages instituted by an employee; and, finally, the right to dismiss an employee without giving the usual notice or that agreed upon, that is, the right to rescind the contract or agreement.

The case of Spelton v Maceay (8) is an action in damages instituted by a shirt manufacturer against a cutter. The latter, although employed for a certain fixed period at a specified salary, stopped working and left his employment without having any just reason or

---

(1) Colleret v Martin, 1886-Rec. Ct.-9 L.N. 212.
(2) Ex Parte Pelletier, 1880-S.C.-3 L.N. 331.
(3) Dinelle v Gauthier, 1887-M.L.R. 3 S.C. 134.
(4) Ex Parte Gagnier v De Montigny, 1890-S.C. 14 L.N. 35.
(5) Youngheart v Chaw, 1901-Rec. Ct.-7 R. de J. 274.
(6) Gravel v Malo, 1888-M.L.R. 4 S.C. 43.
(7) Rex v Christine, 1906 Rec. Ct-7 Labor Gazette 98.
(8) 1902-Que. S.C.-3 Labor Gazette 386.

cause for so doing. The plaintiff manufacturer contended that he suffered damages as a result of the defendant's unjustified breach of contract and was given judgment accordingly.

In the case of Brown v. C.P.R. Co. (1) Brown sued the Company for wages alleged to be due. It appeared that Brown, who was employed by the month, had left the service of the Company in the middle of a month, without giving notice of his intention to do so, and that his action was for wages for the number of days he had actually worked. The Court held that when a monthly employee left in the course of a month without notice, his employer was not bound to pay him for the part of the month during which he had worked.

But if a servant, engaged by the month, abandons the service of her master before the end of the month owing to sickness, she is entitled to recover wages for the time she actually spent in the employ of her master (2).

A further distinction, worthy of note, has been made in the case of Fournier v Hochelaga Cotton Mfg. (3). It was there held that an employee paid fortnightly, who bound herself to give two weeks' notice of her intention to leave the service, and who absents herself for half a day without leave and against the will of the employer, but returns to her work the next morning and is discharged, notwithstanding her offer to work out her notice, does not through her absence, forfeit two weeks' wages ; and that she could only be held for damages, had any been proved.

In the case of McKee v C.P.R. Co. (4), McKee took action to recover his salary for half a month. The Company replied by a counter-claim for $50.00 alleging that McKee had left its service without any lawful cause or excuse, in violation of his contract of employment, and without giving any notice of his intention ; that by reason of this desertion he had put the Company to great inconvenience and loss causing damages to the extent of $50.00.

The Court (Dorion J.) held that McKee had no right to leave his employers in the middle of a month and without giving due notice, and that by so doing he had forfeited his right to payment for the days he had actually worked. The Court also awarded damages to the Company for the loss suffered by McKee's desertion (5).

---

(1) 1903-B.C. County Ct.-3 L.G. 932.
(2) Fortin v Tremblay, 1882-C.C.-10 L.N. 230.
(3) 1891-C.C.-14 L.N. 162.
(4) 1903-Que. C.C.-3 L.G. 711.
(5) A point of procedure may be noted in this connection : a claim for damages as a result of desertion from service cannot be opposed by an employer by way of plea for compensation in a non-contested action for wages. The proper proceeding is a cross-demand.
Where, however, the two claims amount to only $20. — each, the judge may

The mutual duties and obligations of the parties their breach and remedies

A master is entitled to be treated with respect by his servant, and the latter must obey the former's reasonable commands. A violation of one of these duties, constituting, in reality, a breach of contract, entitles the employer to terminate the contract forthwith, without giving any notice. Thus, an employer is justified in dismissing a workman refusing vaccination, without paying him the amount of one week's salary as compensation (1).

This case must be distinguished from one where the employer's orders and regulations are not brought to the worker's knowledge Thus, an employer is not justified in dismissing, without notice, a worker for a breach of a regulation, if he is unable to prove that the worker had knowledge of the particular regulation. The burden of proof is upon the employer and it was held that a mere posting of a regulation on the premises does not entail a presumption of knowledge on the worker's part (2). It was held in a recent case that when under Rules and Regulations in force on the Canadian Government Railways relating to the conduct and discipline of the employees, it is provided that « employees will ... be subject to summary dismissal for insubordination, drunkeness, etc ... » any employee guilty of a breach thereof may be forthwith legally dismissed without notice (3). Here, unlike in the Sigouin case, the question of knowledge did not arise. The reason for the difference in treatment would seem to lie in the fact that disobedience and drunkeness are obvious and commonly known acts constituting breach of duty, whereas a rule arbitrarily enacted by an employer may not be of a nature to be commonly known to his workers.

A servant refusing to obey a lawful order of his master and discharged in consequence, can only recover wages to date of discharge notwithstanding proof of previous uniform good conduct (4). An employer to whom an employee addresses insulting remarks, may dismiss the latter « ad Nutum » without incurring any liability (5). This holds true even in a case where the period of notice or the proportionate remuneration in lieu thereof is stipulated in a contract, in the event of termination of the relationship upon a failure to carry

---

use the discretion vested in him by Art. 1149 C.C.P. and disregarding proper procedure, compensate the two claims, but without costs. — Charlebois v Duranceau, 1930-C.C.-36 R.L.n.s. 154.

(1) Archambault v The Gazette Printing Co. 1885 C.C.-9 L.-N. 11.
(2) Sigouin v Montreal Woolen Mills Co., 1890-Mag. Ct.-14 L.N. 2.
(3) Vaillancourt v The King 1927-Ex. Cr. R. 21.
(4) Hatie v Morland 1858-C.C.-2, L.C.J. 277.
(5) Bousquet v Nellis, 1908-35 S.C. 209.

out the business in accordance with the contract. Such an agreement does not affect the masters' right of dismissal without remuneration for any misconduct or wilful breach of duty (1).

Another duty, a breach of which exposes a worker to reponsibility in the form of pecuniary damages or the resiliation of the contract of employment without notice, is that of performing his work diligently. Naturally, the degree of diligence required will vary in each case, in accordance with the type of work performed and the individual qualifications of the worker.

Our courts laid down the rule that an employer may deduct from the worker's wages the amount of damage suffered through the latter's negligence. In one case, a cheese-maker, through his carelessness spoiled several lots of cheese. The employer was allowed to deduct the amount of damage established by proof, the court stating that this right exists in law, even in the absence of a special agreement creating it (2). The damage caused, in such cases, must be due solely to the worker's fault, negligence or incompetency. Where the tools supplied by the master are inadequate for the particular operation, or where several workmen are engaged on the same job, no action in damages will lie in favour of the employer against a worker (3).

A further refinement of this rule is found in the case of Leduc v Lalonde. Where a cheese-maker, hired for the season, with a stipulation guaranteeing his work, and agreeing that the loss from sales of cheese by reason of defective workmanship might be deducted from his wages, is dismissed before the expiry of his term he is entitled to his hire for time lost when it is shown that the defective cheese resulted from defective factory appliances ; and where both factory owner and cheesemaker were to blame for defective cheese, the maker should be allowed wages for the lost time less the damage suffered on sales of defective cheese (4).

This doctrine of workers' liability for damage caused through the negligent or incompetent performance of their work has been reaffirmed in more recent decisions (5). In this connection, the case of Leduc v Gilbert is worthy of note. There, the employer obtained judgment for $450 — with costs against his former clerk who, in the course of his employment, commited an act in consequence of which criminal proceedings had been taken against the employer, even though the employer was found not guilty. The facts that the employer had never advised him against selling drugs, the act in question, and that he had

---

(1) Buxton v Lowes, 1915-Alta Supr. Ct.-23 D.L.R. 848.
(2) Leveque v Benoit, 1886-M.L.R. 2 S.C. 357.
(3) Gremore v City Printing Co.,-1889 Mag. Ct. 13 L.N. 68.
(4) 1903-24 S.C. 425.
(5) Gignac v Gelinas, 1916-50 S.C. 503 ; Tweet v Smith, 1921-Sask. Ct. of App.-62 DLR 659.

acted in the best interests of his employer, do not constitute a valid defence to the employer's action, and, if alleged in the plea, will be struck out on inscription in law (1).

Certain duties survive even the contract of employment. An employee who leaves his employer and sets up a similar business for himself, cannot use in his new business lists of customers of his former employer prepared while in his employ (2). A decision on a somewhat similar point has been rendered in our Province in the case of Marion v Roberts (3).

The contract of employment, like all bilateral contracts, creates mutual rights and obligations between the parties. The primary obligation of the employer is to pay a price for the work which the worker obliges himself to do (4). In addition to that, the contract of employment implies other obligations, such as completing the contract if it is for a stipulated length of time, providing safe and sanitary premises and adequate tools for the carrying on of the work, fair treatment of the worker and such other duties as may be customary in certain trades or expressly agreed upon in the contract of employment. Like in the case of workmen a breach of contract by employers entails responsibility on their part. It may take the form of pecuniary damages or a resiliation of the contract by the worker without notice or prior to the expiration of the term, or both (5).

The obligation to pay wages subsists so long as the contract has not been terminated. This is so, whether the master is satisfied or not with the servant's services, so long as he does not choose to put an end to the contract if he has reasons for doing it (6). A refusal by a master to pay wages when due, constitutes a repudiation of the contract (7). A master cannot compel a servant to discharge his duties, if he does not fulfill his own obligations, particularly that of regularly paying the wages agreed upon. Failure to pay wages is a sufficient ground for an action in resiliation of the contract of employment (8).

Moreover, a servant is entitled to decent treatment in the hands of his master. There are many servants, stated the Court, whose feelings are as fine and whose sensibilities are as susceptible as those of the master, and a master has no right to make the conditions of living, on the part of his servants, intolerable to a man of decent feeling. A servant repeatedly insulted by his master is, therefore, justified in

---

(1) 1923-62 S.C. 47.
(2) Neal Bros. v. Wright 1923-Man. Ct of App.-4 D.L.R. 998.
(3) Supra.
(4) Art. 1602 C.C.
(5) 1065 C.C.
(6) Ritchie v Spence, 1916-S.C.-24 R.L.n.s. 297.
(7) Cowan v Eisler, 1927-Man. Ct of App.-2 D.L.R. 713.
(8) Cie Chas. A. Julien v Auger, 1917-52 S.C. 472.

leaving the latter's service, and will be allowed to recover wages for the actual duration of his service, although the contract of service remains incompleted (1).

This decision must, however, be distinguished from a case where the remarks offending to the employee were uttered by the employer in good faith and without malice. Thus, where a dismissed employee desirous to know the reasons for his dismissal, gets from the employer a frank and sincere explanation, he cannot hold the employer liable even if the explanation is of a nature to offend him (2).

A common case of employers' liability for breach of contract results from dismissal of employees without just cause or reason. The usual amount of damages awarded in such cases is the amount of wages for the period of notice required or the amount which the plaintiff would have earned during the time his contract had yet to run, as the case may be (3). A release from such liability, signed by the plaintiff, will be set aside if it appears that it was obtained by violence and fear. It appeared in evidence, in Kelly vs C.P.R. Co. (4) that the company's employees had refused to give Kelly a pass home or any of his pay unless he signed a document which released the company from any claim he might have against it for wages. The release was, therefore, set aside by the court.

An interesting point came up for judicial consideration in the case of Poirier vs Weener. The Court of Review reversed a judgment of the Superior Court awarding plaintiff $100 damages for defendant's refusal to give him a certificate of good conduct on his leaving the employment of the latter (5). The Court of Review held that, as a matter of law, there was no obligation on defendant to grant such a certificate, no matter how much a refusal thereof might injure plaintiff.

A dismissal for just cause or upon due notice gives the dismissed employee no right of action against the employer. But where such a dismissal is brought about by a third person who notifies the employer of a breach of duty perpetrated by the employee, or induces the employer to dismiss the employee upon giving notice, has the latter a right of action in damages against this third person? Broadly speaking, the question may be answered in the affirmative, but the answer must necessarily be qualified. Prima facie, a person causing the dismissal of another, violates the legal right of the latter to carry on his calling as a workman. This violation, committed knowingly,

---

(1) Berg vs Cowie, 1918-Sask. Ct. of App. 40 D.L.R. 251.
(2) Thibert vs Cayford, 1931-70 S.C. 81.
(3) Bloom vs The Eddy Mfg. Co., 1901 Que. S.C. 2 L.G. 317; Kelly vs C.P.R. Co., 1902-Que. S.C. 3 L.G. 280.
(4) Supra.
(5) 1906 Que. Ct. of Review, 7 I.G. 97.

would give rise to a cause of action if there was insufficient justification for the interference (1).

What constitutes justification is a matter to be decided on the facts of each case. A broad conception may, however be obtained from a review of a few decided cases.

In Connelly vs Bernier, Bernier, a workman for the Grand Trunk Ry Co., was dismissed from joint service of the Co. following a letter from Connelly, superintendent to the executive offices, stating that while he was on a train, he ascertained that Bernier smelled of liquor, and recommending his removal from service. Bernier took action in damages on the ground of libel, which is only a particular case of responsibility under Art. 1053 C. C. Without going into a discussion on the law of libel, the decision of the court may be thus summarized: Connelly in writing his letter did not exercise his lawful right of a superintendent, but actually abused his right. His haste and failure to verify the facts reported to his superiors constitute actionable fault on his part. His action would suggest that it was based on personal prejudices, rather than the performance of a duty (2).

The holding in Thibault vs Monette is thus summarized in the headnote:

> « Un inspecteur de la voirie de la cité de Montréal qui voit un sous-contremaître sortir d'un hôtel, avec un de ses ouvriers sous sa surveillance, contrairement aux ordres et aux règlements de la cité, est justifiable de rapporter la conduite de ce contremaître à ses supérieurs, et si celui-ci est suspendu et renvoyé de son service, il n'a aucun recours en dommage-intérêts contre cet inspecteur » (3).

In Divers vs Burnett, it was held that where a laborer in the employ of a sub-contractor has made threats against the general contractor the latter is justified in asking the sub-contractor to dismiss the laborer from his employ, and if the request of the contractor results in the dismissal of the laborer, the latter has no cause of action against the contractor (4).

CHAPTER VIII — TERMINATION OF THE CONTRACT

A contract of lease and hire of personal service « is terminated by the death of the party hired or his becoming, without fault, unable to perform the service agreed upon. It is also terminated by the death of the party hiring, in some cases, according to circumstances » (5).

---

(1) Art. 1053 C.C. forms the legal basis for such action.
(2) 1923-36 K.B. 57.
(3) 1922 S.C., 29, R.L.n.s. 320.
(4) 1930 B.C. Ct. of App., 1 D.L.R. 930.
(5) Art. 1668 C.C.

The above quoted rule of our Code deals with a termination putting an end to the contract of employment without entailing further liability on the part of either master or servant. In addition to the grounds there enumerated, a contract of employment may be so terminated by mutual agreement of the parties or for just cause by one of the parties.

Death

It is perfectly clear that the death of a servant terminates a contract of employment; in stating this rule, the Code formulates a statement of common sense as well as a particular case of inability to perform the service agreed upon. A contract of employment is, in most cases, purely personal. The relationship of master and servant is based on the desire of one person to secure the services of another. The latter is hired because the former considers him capable and competent to perform the particular services or functions imposed upon him by the contract. It would be illogical and unfair to allow, upon the death of a servant, his heirs or legal representatives to enforce the contract by offering their services instead of those of the deceased. Similarly, it would be contrary to the spirit of our law to allow a master to compel heirs or personal representatives of a deceased servant to carry out a contract for the lease or hire of personal service on his behalf. It would destroy the consensual nature of the contract of employment, which is of its essence, and would be an infringement upon the personal freedom to contract. In this connection, it is most interesting to note Art. 1692 C.C. dealing with work by estimate and contract, particularly the second paragraph thereof relating to contracts intuitu personae (1).

Death of the party hiring terminates the contract of employment only in some cases, according to circumstances. A contract for the painting of his portrait would necessarily be terminated by the death of the employer. On the other hand, one for the building of, let us say, a brick wall on an estate, would not be terminated by the employer's death. Broadly speaking, the test is this: if the contract is intuitu personae, the contract is terminated by the master's death. In the alternative, it remains in force and the master's rights and obligations fall upon his heirs or legal representatives.

Mutual agreement

The simplest mode of termination is that by mutual agreement. The contract automatically comes to an end on the date agreed upon,

---

(1) But in cases wherein the skill and ability of the workman were an inducement for making the contract, it may be cancelled at his death by the party hiring him. - Art. 1692, S. 2, C.C.

or at the termination of a particular work, relieving both parties from duties and obligations created by the contract. In the case of wage-earners, however, the contract is usually silent with regard to its duration and is, therefore, for an indefinite period of time. Such contracts are terminable by either party upon giving notice to the other, with the delay fixed by law for the locality, or when none is fixed, with a reasonable delay (1).

Assimilated to contracts for an indefinite hiring are those which remain in force by a tacit renewal at their termination of contracts with a definite term (2).

Notice

The Quebec Masters' and Servants' Act, as well as by-law XX of the City of Montreal, make provision for the delay of notice required to terminate certain contracts of employment. Our Code is silent on this point. Numerous judicial decisions refer to the notice in terms « reasonable ». What is « reasonable » is a pure question of fact. At the same time, an effort must be made to ascertain what delay was considered by our courts reasonable in the past under a given set of circumstances, all other things being equal.

It was held in a consistent line of judicial decisions that termination of contracts of lease or hire of personal service is governed by rules common to contracts (3). The latter were held to be embodied in Arts. 1642 and 1657 C.C., with the following effect; notice must be given with a delay of three months if the employment is on a yearly Casis ; one month, if the engagement is monthly ; one week if weekly etc. The criterion for determining the length of notice is not the term of contract but the mode of payment of salary or wages. Clearly, it cannot be the term of contract, because we are dealing with hirings for an indefinite period. While the mode of payment was not granted the status of an irrebuttable presumption as to the term of contracts of employment (4) it provides the only means of determining the length of notice required for terminating them.

The point of time at which notice of termination takes effect is also strictly defined by our courts. If given on or before the termination of the current period, it begins to run at the end of the latter. Thus, where a monthly engagement begins on the first of each month, a notice given on the nineteenth day of a month will only begin to run

---

(1) Paquin vs City of Hull, 1888 C.C., 11 L.N. 355 ;
Asbestos Corp. Ltd. vs Cook, 1933 S.C.R., 86;
Lambert vs Blanchette, 1926-Que. K.B. 2 D.L.R. 844.

(2) Lacasse vs Tuckett Tobacco Co., 1924-36, K.B. 323;
Messer vs Barrett Co., 1927, Ont. S.C., App. Div. 1 D.L.R., 284.

(3) 1670 C.C.

(4) Asbestos Corporation Ltd., vs Cooke, Supra.

on the first day of the month following (1). In the case of a yearly lease continued by tacit renewal it was held that notice of termination must be given three months prior to the expiry of the current year. In a yearly contract which originally took effect on May first, a notice given on April 30th, leaves the contract in existence for another year, that is to say, until the following May 1st (2).

These decisions, it is submitted, are illogical and inconsistent with our law. Authority has been adduced for the statement that contracts with a definite term continued by tacit renewal, become indefinite as to their duration (3). Contracts in which no term is agreed upon retain their nature throughout their duration. How then can it be contended that these contracts cannot be terminated unless notice is given a certain period of time before their expiry ? How can there be any definite point of expiry in contracts without a term or for an indefinite term? The primary, elementary and grammatical meaning of a contract for an indefinite term is that the time of its termination is uncertain. There is nothing in our law on lease and hire of personal service, unlike in that of houses, reading into the contract an arbitrary term. It is, therefore utterly impossible to find the slightest justification for these decisions of our learned tribunals. If, for some unknown reasons, our courts were to consider the contracts as being for a definite term (this would be contrary to the recent decision handed down by the Supreme Court of Canada in the case of Asbestos Corporation Ltd. vs Cook), there would be no necessity for any notice as, then, the contracts would automatically terminate on the date agreed upon. Unfortunately, none of the decisions cited deal with the questions raised hereinabove. They must, therefore, be necessarily left open, but borne in mind in connection with the rules laid down by our courts.

There seems to be only one reported decision supporting the view submitted above. It was held in Nolet vs Gardner, that an annual contract continued by tacit renewal is for an indeterminate period and may be terminated by either party at any time upon giving the

---

(1) Tardif vs Maisonneuve, 1918-58, S.C., 176.

(2) McGreevy vs Les Commissaires du Hâvre de Qué., 1897-7 K.B. 17 ;
Dakley vs Norman, 1886, R.C., 9 L.N. 213 ;
Caron vs The Security Life Ins. Co., 1916-50 S.C., 294 ;
Lacasse vs Tuckett Tobacco Co., 1924-36 K.B., 321 ;
C.N.R. vs Levesque, 1924-39 K. B., 165 ;
Beland vs Patenaude, 1925-63 S.C. 431.

(3) See also Messer vs Barrett Co. Ltd., Ont. S.C. App. Div. 1927-1 D.L.R. 284 ; held that after the period of definite hiring has come to an end and the relationship of master and servant continued, this does not become a yearly hiring in the sense that the contract ends upon the anniversary of the original service without notice. The proper conclusion in such a case is that the hiring is indefinite and is to be terminated only by reasonable notice.

customary notice in compliance with Arts. 1642 and 1657 C.C. If the salary or wages, in such a contract, are payable by the week, one week's notice is sufficient (1).

The requirement of notice is not a rule of public order and may, therefore be waived. Where a contract of employment contains a clause that it « will remain in force as long as it is agreeable to us », it becomes extinct by the mere signification by one party to the other that it is terminated (2).

Inability to perform

The contract of lease and hire of personal service is terminated if the party hired becomes, without fault, unable to perform the service agreed upon (3). This is a re-statement of the general rule of obligations found in Arts. 1072 and 1202 C.C. The impossibility must be real and objective and not merely imaginative or one from the individual standpoint of the servant. It is either physical or caused by force of circumstances, that is to say fortuitous event or irresistible force (4). If the impossibility is only temporary, it may or may not, according to circumstances, constitute a ground for the resiliation of the contract of employment.

Illness is one of the causes which may render impossible the performance of the service agreed upon. Interruption of service as a result of illness may liberate the master from the obligation to remunerate the servant for the period of the latter's absence. It does not, however, terminate the contract ipso jure, nor does it justify the dismissal of a servant without the customary notice, unless the master proves that he is compelled by circumstances to urgently replace the servant (5).Where the illness is of a nature to incapacitate the servant for several weeks the master is at liberty to rescind the contract immediately, without the customary notice (6). A servant engaged by the month, who leaves her master before the end of the month, because of illness. does not forfeit her wages for the fraction of the month she served. She is under no obligation to offer her services, upon recovering, to complete the contract. If the master fails to put her in default to do so, a tacit rescission of the contract will be presumed (7). This decision is an application of the rule sanctioned bv Art. 1202 C.C.: if the performance of an obligation to do has become impossible with-

---

(1) 1922, S.C., 28 R.L.n.s., 328.
(2) Price Brothers Co. Ltd., vs Bergeron, 1926-42 K.B. 383.
(3) Art. 1668 C.C.
(4) Mignault, Vol. 5. pp. 660 et seq.
(5) Morency vs Les Commissaires du Hâvre de Oué., 1931, S.C. 37. R. de J. 467.
(6) Massey-Harris Co. Ltd. vs Asselin, 1930, S.C. 38 R.L.n.s. 443.
(7) Fortin vs Tremblay, 1882 C.C., 10 L.N. 230.

out any act or fault on the part of the debtor and before he is in default the creditor is bound to the extent of the benefit actually received by him as a result of partial performance. A servant does not warrant the continuance of his physical ability to work, he does not contract absolutely and at all events to perform the service. Disability due to illness excuses him, and since his promise is so qualified, strict and full performance of service is not a condition precedent to the right to wages.

Just cause

A servant may be summarily dismissed, without notice or the payment of wages in lieu of notice, if he is insulting or insubordinate, or if his services are unsatisfactory to such a degree as to be incompatible with the continuance of the relations of master and servant (1). What constitutes grounds justifying a summary dismissal is a question of fact. This much may, however, be said: the dissatisfaction of the employer must not be inspired by bad faith or be unreasonable or capricious (2).

The master has the right to dismiss a servant for just cause but not for trivial reasons which do not cause any prejudice, or for the simple apprehension of danger of prejudice (3). The fear, even though justified, that the servant will leave the master's employ before the expiration of the contract, does not justify the latter in dismissing the former (4). An isolated failure to maintain perfection in workmanship does not warrant dismissal (5). A garage owner is not justified in dismissing a chauffeur who makes a public announcement that he intends to open upon the completion of his service, a garage in competition with that of his present employer.

The chauffeur's act does not constitute misconduct, as it was done in the exercise of a legal right in no way curtailed by his contract of employment (6).

A servant who absents himself from work without leave for two weeks and three days is guilty of misconduct justifying dismissal unless he can satisfy the burden which is on him of proving that he had leave to go on this vacation (7).

Immoral conduct on the part of the servant does not constitute, per se, a ground justifying his summary dismissal. But if so displayed

---

(1) Montague vs G. T. R. R. Co., 1915-Man. Ct. of App. 23, D.L.R., 355.
(2) Cross vs Tetreault Shoe Co., 1925, S.C.-31 R.L.n.s. 472.
(3) Millan vs Dominion Carpet Co., 1902-22, S.C., 234.
(4) Dubois vs Ferland, 1926, S.C.-33 R.L.n.s., 24.
(5) Clark vs Capp & Co., 1905, Ont., Country Ct. 5 L.G. 1030.
(6) Chabot vs MeGregor, 1920, S.C. 37, R.L.n.s. 31.
(7) Lucking vs Thomas, 1919 Sask. Ct. of App.-50, D.L.R., 724.

as to be an injury or detriment to the employer, it constitutes a sufficient ground for discharge (1). The refusal of a municipal employee (fireman) to discontinue living in apparent open adultery when threatened with dismissal if he continued, is sufficient to justify such dismissal (2). In Labatt on Master and Servant it is said :

> « In some classes of employment, it is one of the implied stipulations of the contract that the employee will refrain from conduct which, although not immoral, is indecorous to a degree likely to endanger his own reputation and injure his employer's interests.The only reported cases in which this doctrine has been averted to relate to teachers, but its applicability to many other classes of employees is indisputable. Whether the conduct proved amounts to a breach of duty quoad a particular person is a question of fact. The standard of decorum plainly varies considerably, according to the character of the occupation and the sex of the employee » (3).

An employer may dismiss an employee for acts done by him outside his employment, but the question as to what will justify such dismissal is one of fact depending on the circumstances of the case. When therefore, an employee in charge of a fund provided by the employer and employees jointly for an annual picnic, negligently, but without any intention to misappropriate, used some of the fund for his own purposes and afterwards repaid it, the employer was not justified in dismissing (4).But a master is justified in terminating a contract of employment immediately upon discovering facts demonstrating the untrustworthiness of the employee, whether discovered at the time of their happening or subsequently (5).

Broadly speaking, the sufficiency of justification depends upon the extent of misconduct. There is no fixed rule of law defining the degree of misconduct which will justify dismissal. Of course there may be misconduct in a servant which will not justify the termination of the contract by the master. On the other hand, misconduct inconsistent with the fulfillment of the express or implied conditions of service will justify dismissal.

When the alleged misconduct consists of drunkeness, there is considerable difficulty in determining the extent of conditions of intoxication which will establish a justification for dismissal. An em-

---

(1) Millan vs Dominion Carpet Co.-Supra.
(2) McPherson vs City of Toronto, 1918, Ont. S.C., App. Div. 43, D.L.R., 604.
(3) Second Ed. Vol. I p. 926, Sec. 297.
(4) Charlton vs B. C. Sugar Refining Co., 1924 B. C. Ct. of App.-4, D.L.R. 1182.
(5) Aspinall vs Mid-West Collienies Ltd., 1926-Alta., S. C. App. Div. 3, D.L.R. 362.

ployer is not justified in dismissing an employee who became intoxicated at a congress to which he was invited by the employer in his own interest (1).

Disobedience, constituting, as a rule, a sufficient ground for summary dismissal, may be justified by the servant. Thus, heavy rain is a sufficient justification for stopping work in the open, contrary to master's orders. A discharge as a result of a refusal to work under such circumstances is illegal and a breach of contract (2). Where an employee refused to print a sign « mechanics wanted » to be put in the window, at the time his fellow-workmen were on strike, the magistrate held that he was entitled to notice on dismissal (3). On the other hand, it was held that where a machinist refuses to run two machines, when ordered, because it would be gainst the rules of the Machinists Union, of which he was a member he can be dismissed without notice, even though his contract called for ten days' notice (4).

Sale of a manufacturing plant (5), standstill in business (6), or shortage of materials (7), — do not justify a summary dismissal. The only defense that could possibly be pleaded in these cases is impossibility of performance. But the impossibility, in order to be a justification, must be absolute and caused by a fortuitous event. Clearly none of the above facts constitute force majeure, as they can be reasonably foreseen and do not represent anything out of the ordinary.

Corresponding to the master's right to terminate the contract of employment, for cause, without notice, is that of the servant to do likewise under certain circumstances.

The contract of employment being bilateral, a failure to perform his obligations prevents the defaulting party from demanding performance from the other. A servant is, therefore, justified in abandoning the service for non-payment of wages (8).

The cession of his services to another employer, without the servant's consent, will justify the latter in terminating the contract without notice (9). The contract for the lease or hire of personal service is primarily intuitu personae, and a substitution of masters cannot, therefore, be effected without the servant's consent. This doctrine is borne out by Arts. 1023 and 1142 C.C. which being rules common to

---

(1) Robin Hood Mills Ltd vs Benoit, 1933-54 K.B., 387.
(2) Cote vs C.P.R. Co., 1903-Que. S.C.-4 L.G. 717.
(3) Reported without reference, 4 L.G. 1269.
(4) Thomas vs Pillow & Hersey Mfg. Co., 1903-Que. C.C. 4-L.G. 93.
(5) Capistron vs Lafond, 1913-S.-C.-19 R. de J. 260.
(6) Walters & Sons Ltd. vs Dumontier, 1918-K.B. 25 R.L.n.s. I.
(7) Carribeau vs Larose. 1903-24 S.C. 44.
(8) La Cie Chas A. Julien vs Auger 1917-52 S.C. 472.
(9) Idem.

all contracts, equally apply to contracts of employment (1).

Another case where a servant is justified in leaving the employment of his master as a result of the latter's failure to live up to his obligations is that of an apprentice who does not get a fair opportunity of acquiring proficiency in the art which the master engaged to teach him (2).

The maxim « ex turpi causa non oritur actio » receives application in contracts of employment. An action cannot be maintained for the breach of a contract of employment where the master, at the time the agreement was made, was aware that it could not be performed without the servant breaking an existing contract of employment with a third person (3).

The servant has the right to leave the employment for cause, but not for trivial reasons. Inferiority in the quality of food for which no reasonable opportunity to remedy the complaint is given by the servant to the master, does not constitute a just cause for leaving the employment (4).

Without cause — Quantum of damages.

Every obligation renders the debtor liable in damages in case of a breach of it on his part (5). Damages are not due for the inexecution of an obligation until the debtor is in default (6). In the case, however, of unjustified summary dismissal from service constituting, clearly, a breach of contract on the part of the master, the servant is relieved from the obligation to put him in default as precedent to his right to recover damages (7).

Provisions relating to the quantum of damages are sufficiently brief to be quoted.

> « The damages due to the creditor are in general the amount of the loss that he has sustained ».
>
> Art. 1073 C.C. — but,
>
> « The debtor is liable only for the damages which have been foreseen or might have been foreseen at the time of contracting the obligation ».

---

(1) Art. 1670 C.C. « Contracts have effect only between the contracting parties : they cannot affect third persons » Art. 1023 C.C. « If the obligation be to do something which the creditor has an interest in having done by the debtor himself, the obligation cannot be performed by a stranger to it without the consent of the creditor ». Art. 1142 C.C.

(2) Baker vs Lebeau, 1884-Q.B. 7 L.N. 299.

(3) Wanderers' Hockey Club vs Johnson, 1913-B.C. Supr. Ct.-14 D.L.R. 42.

(4) Pratt vs Idsardi, 1915-B.C. Ct. of App.-23 D.L.R. 257.

(5) Art. 1065 C.C.

(6) Art. 1070 C.C.

(7) Dubois vs Ferland, 1926-S.C. 33 R.L.n.s. 24.

Art. 1074 C.C.

Where a worker unjustly discharged in the evening was requested the next morning, to return to work under the same conditions, he cannot recover any damages if he decided to abandon the employment. It must be shown that the damages asked for arose from the illegal breach of contract and, in this case, the worker would have suffered no damages whatever had he accepted the offer to return to work (1).

To entitle the servant to sue for damages two conditions must be fulfilled, namely : 1. — The servant must have been engaged for a period fixed or determinable upon notice, and dismissed before the expiration of the period, if fixed, or without the requisite notice, as the case may be ; 2. — His dismissal must have been wrongful, that is to say, without just cause or excuse on the part of the master (2). Where a servant enters upon his duties and continues until he is dismissed he need not prove that he performed his services faithfully, as a presumption arises that such is the fact, and the burden of proving a sufficient cause for his discharge is on the master (3).

One of two recourses is open to a servant plaintiff in an action for damages for wrongful termination of a contract for a fixed period: he may sue for damages in cancellation of the contract, or he may consider the contract as continuing and sue for his wages under the contract, upon tendering his services (4). In the latter alternative, he has a right of action only for the wages as they come due and cannot ask for them in advance (5).

In an action for resiliation of contract and damages, the length of time for which the contract of employment was to run may be taken into consideration in estimating the amount of damages (6). The amount awarded is usually that of wages or salary which the plaintiff would have earned had the contract been allowed to run for the balance of its term, less what he earned or could have earned during the unexpired balance of the term (7).

---

(1) Cote vs C.P.R. Co.,-1903 Que. S.C.-4 L. G. 717.
(2) 20 Halsbury 110.
(3) 26 Cyc. 1006 (Evidence).
(4) Lussier vs La Cité de Montréal, 1922 K.B.-28 R.L.n.s. 414.
(5) Les Comm. Des chemins et Barrières de Montréal vs Rielle-Supra Iverson vs Chicoutimi Pulp Co. 1924-S.C. 30 R.L.n.s. 460: This rule entails an important consequence in connection with appeals. Where the contract breached was annual, but plaintiff took action for a month's wages amounting to $140., the case was held to be not susceptible of appeal to the Court of King's Bench. Menier vs Peters, 1921-33 K.B. 213: had the action been taken in rescission of contract and damages, it could be carried on appeal to the Court of King's Bench as the amount of damages claimed would have been in excess of $200.
(6) Beauchemin vs Simon 1877-Q.B. 9 R.L. 640.
(7) Malherbe vs J. W. Orkin Ltd, 1918-54 S.C. 274 ;
Pouliot vs Comm. d'Ecoles, 1926-S.C.-33 R. de J. 242.

It clearly appears from Art. 1065 C.C. and numerous judicial decisions, some of which were cited above, that a servant dismissed without cause before the expiry of the term, is entitled to damages. He must, however do his utmost to reduce the amount of such damages by diligently seeking other employment. The amount of wages earned or which could have been earned at another employment offsets the amount of damages recoverable by the servant. Thus, a dismissed servant is not at liberty to refuse, without good and valid reasons, the same situation in a similar business, at the same or higher wages. If he does, his right to a claim for damages is at an end. He would not be allowed to recover compensation for personal regret which may be caused by the change of employer. This is also a rule of English Common Law, found in Pothier as well (1).

This rule is, however, qualified to the extent that the work must be within the scope of the servant's usual trade or occupation. If he is unable to procure work at his trade elsewhere, he is entitled, by way of damages to his wages from the date of dismissal until the end of the period for which he was hired (2).

In Sait vs Niėld, it was held that the burden is upon the plaintiff servant to show that he was unable to secure other employment (3). Later cases are divided on the subject : we find decisions following Sait vs Nield (4) and those holding that the burden of proof is upon the defendant master (5). The latest judicial pronouncement on the subject is in accord with the latter view placing the burden of proof on the employer (6).

---

(1) Plamondon vs Richarson, 1893-4 S.C. 26.
(2) Montreal Watch Case Co. vs Bonneau, 1892 Q.B.-16 L.N. 53.
(3) 1874-S.C. 7 R.L. 224.
(4) Pouliot vs Les Commissaires d'Ecoles-Supra.
(5) La Cie de Coton de Montréal vs Parham, 1878 Q.B. 9 R.L. 641 ; Marchand vs Jean, 1918-54 S.C. 279.
(6) Robin Hood Mills Ltd. vs Benoit 1933-54 K.B. 387.

LE MANDAT

Rapport présenté par

Me Alexandre Gérin-Lajoie,
avocat au Barreau de Montréal,
professeur à la Faculté de droit de
l'Université de Montréal

Dans le Droit Canadien comparé avec le Droit Français

Des différentes institutions du droit moderne, le mandat est un sujet qui, dans la période la plus récente, a pris un développement marqué. A tel point que l'une de ses principales caractéristiques, la gratuité, s'est trouvée reléguée à un rang secondaire ; le mandat salarié et généralement très délimité, étant devenu la règle.

Il est intéressant de savoir si les droits français et canadien offrent à cet égard des contacts et des oppositions.

Le Code canadien consacre au mandat le titre VIII, soit les articles 1701 à 1761, donc soixante articles ; le Code français, le titre XIII, soit les articles 1984 à 2010, donc vingt-six articles seulement.

Toutefois ces chiffres sont un peu trompeurs. Au Code canadien les articles 1735 à 1754, touchant les courtiers, facteurs et agents de commerce, n'ont pas d'équivalent au Code français ; ces articles sont la reproduction d'une loi d'origine statutaire relativement récente.

Par contre le droit français possède un Code de Commerce que nous n'avons pas, et qui contient au moins vingt-trois articles consacrés au mandat et aux agents de change et courtiers, soit les articles 94 et 95, et 71 à 91 ; et il y en a quelques autres épars au code et qui se rapportent au même sujet. Il n'y a donc pas entre les deux codes une différence très grande quant à la quantité d'articles touchant le mandat. Y en a-t-il par ailleurs ?

La réponse générale est qu'il n'y en a pas. Il suffit de suivre les deux codes défiler côte à côte leurs articles, pour se rendre compte que le sujet est abordé et traité dans un même esprit et sur un même plan. Les codificateurs du Code canadien en ont fait l'observation, et la chose n'est pas surprenante si l'on se rappelle qu'ils se sont inspirés de Pothier dans leur rédaction. Ils paraissent ainsi avoir moins innové que les codificateurs français, ce qui d'ailleurs est la règle pour tout le code, qui est plutôt une compilation qu'une création. Il faut faire exception pour les articles d'origine étrangère, inspirés du droit anglais ou américain. Les codificateurs ont aussi fixé dans le sens traditionnel certains points que le Code français a ignorés, mais que la jurisprudence a tranchés dans le même sens, ainsi que le remarque Guillouard dans son Traité, où il se reporte avec générosité à maints articles de notre code comme exprimant heureusement la vraie doctrine.

Le premier des articles, aux deux codes, contient la définition du mandat. Ils sont assez différents l'un de l'autre, mais tous deux bien peu satisfaisants et fort critiqués. Le Code canadien dit : (1701) : Le mandat est un contrat par lequel une personne, qu'on appelle le mandant, confie la gestion d'une affaire licite à une autre personne qu'on appelle mandataire, et qui, par le fait de son acceptation s'oblige à l'exécuter.

Les faiblesses de cette définition sautent aux yeux : pourquoi « la gestion », terme général, quand le mandat est le plus souvent très spécifique ; pourquoi « affaire licite », quand la licéité est de règle commune, et qu'il peut tout aussi bien s'agir d'un acte peu important et non d'une affaire, expression bien solennelle, et pourquoi parler de l'acceptation du mandataire, ce qui va de soi et paraît bien inutile.

Le Code français, beaucoup plus bref, commet l'erreur grave de confondre l'instrument du mandat avec le phénomène juridique dont il est la source. L'article 1984 dit : « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

Cette définition contient une autre inexactitude particulièrement déplorable, lorsqu'elle déclare que la chose doit se faire au nom du mandant, ce qui n'est pas du tout de l'essence du mandat, puisque le facteur et le commissionnaire agissent presque toujours en leur nom personnel, sans révéler leur mandat.

Bref, voici donc dès le départ deux définitions bien dissemblables mais qui se ressemblent, si l'on peut dire, par leurs graves défauts et par l'unanimité des critiques qu'elles ont soulevées. Mais dans un cas comme dans l'autre, la définition n'a peut-être pas grande importance.

Les caractéristiques du mandat sont bien les mêmes dans les deux systèmes.

D'abord, l'idée de représentation, qui fait que le mandant agit par un tiers et agit seul, le mandataire étant dégagé de toute responsabilité dès qu'il se tient dans les limites de son mandat, sauf l'exception en matière commerciale dans le cas du « facteur » de notre droit et du « commissionnaire » du droit français, ainsi qu'en matière maritime. Puis, la gratuité, qui est la règle mais ne tient pas à la nature du mandat, et qui tend peut-être à devenir l'exception dans le droit contemporain. En droit commercial, la rémunération ou le profit est bien la règle du mandat, dans les deux législations, et dans ce cas, comme dans celui du mandat salarié ordinaire, il existe peu de différence entre ce contrat et le louage de service. Nos codificateurs en ont fait la remarque.

Notons en passant que la non-gratuité peut fort bien résulter de l'usage, comme le dit notre article 1702, et non seulement de la convention des parties, comme le laisse entendre l'article 1986 C. N., et tel que le remarque Guillouard.

Enfin, dans l'un et l'autre système, aucune forme n'est prescrite

pour la validité du mandat, qui peut même être tacite, non plus que pour son acceptation par la mandataire, qui peut n'être qu'implicite. Ce qui se concilie d'ailleurs avec le principe pareillement reconnu que le mandat doit être exprès s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de tout acte quelconque de propriété autre qu'un acte d'administration.

La parenté des deux législations s'exprime encore sur la question du sujet du mandat. Nos articles 1707 et 1708 contiennent la même règle que l'article 1990 du C. N. Les mineurs émancipés peuvent agir comme mandataires et engager la responsabilité du mandant. La doctrine admet que même un mineur non émancipé le peut. De même en est-il de la femme qui, ayant accepté et exécuté un mandat sans l'autorisation de son mari, oblige le mandant. Mais les recours de ce dernier contre de tels mandataires sont limités par les règles ordinaires touchant ces demi-incapables.

L'un et l'autre codes traitent dans des chapitres distincts des obligations du mandataire et de celles du mandant. Notre code contient une division qui n'apparaît pas à l'autre, en traitant d'abord des obligations envers le mandant (ou le mandataire) et ensuite envers les tiers. Notre code y gagne peut-être en clarté et en précision, mais l'autre en concision et en élégance. Qu'on en juge par ce seul exemple : Article 1709 C. C. « Le mandataire est obligé, si l'extinction du mandat provient du décès du mandant, de terminer l'affaire si elle est urgente et ne peut être différée sans risque de perte ou de dommage ».— Article 1991 C. N. : « Le mandataire est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandat, s'il y a péril en la demeure ».

L'obligation de rendre compte de la part du mandataire, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant, est clairement exprimée dans les deux codes. Notre code est plus complet à cet égard toutefois, en indiquant le droit de gage du mandataire sur la chose en sa possession, jusqu'à remboursement de ce qui lui est dû, droit que la doctrine française reconnaît aussi.

Une différence notoire existe dans le cas de mandataires solidaires. Notre code exprime la règle de l'ancien droit, qui était la solidarité des mandataires envers le mandant, pour les actes d'administration les uns des autres (C. C. 1712).

Le Code français contient la règle tout opposée. Dans les deux cas cette règle peut être modifiée au gré des parties.

Les articles 1715 à 1719 du C. C. touchant les obligations des mandataires envers les tiers contiennent les dispositions de l'article 1997 C. N. quant à l'irresponsabilité du mandataire qui a donné connaissance de son mandat. Ils expriment aussi deux exemples de cas où le mandataire excède ou n'excède pas les bornes de son mandat, et ces exemples sont admis dans la doctrine française.

Mais notre code contient un article important, 1716, qui n'a pas sa contre-partie au Code français :

« Le mandataire qui agit en son propre nom est responsable envers les tiers avec qui il contracte, sans préjudice aux droits

de ces derniers contre le mandant ».

Cette disposition correspond plus ou moins à la théorie du prête-nom en droit français. Mais alors que le prête-nom, comme notre mandataire de l'article 1716, est responsable envers les tiers et responsable par surcroît envers le mandant, ce dernier n'a pas de recours contre les tiers qui ne connaissent que le prête-nom et peuvent ignorer complètement le mandant (Guillouard, no 204).

Notre législation repose encore dans ce cas sur l'ancien droit, et elle correspond aussi aux législations anglo-saxonnes. Elle a donné lieu d'ailleurs à une jurisprudence intéressante, et je m'en voudrais de ne pas citer une décision récente qui retient l'attention à plus d'un titre. Elle illustre admirablement les difficultés inhérentes à notre système légal, qui doit parfois louvoyer avec prudence entre les législations qui l'entourent et dont il est partiellement ou intégralement l'héritier souvent bien chargé. Il s'agit de la cause de Desrosiers contre The King, rapportée au vol. 60 des Rapports de la Cour Suprême du Canada, 1920, page 105.

Cette décision du plus haut tribunal canadien est intéressante à plusieurs points de vue. Elle affirme en particulier :

1° Le principe que le mandant est responsable au même titre que le mandataire et conjointement et solidairement avec lui lorsque le mandataire a conrtacté en son nom personnel et sans révéler son mandat, que le tiers découvre subséquemment ; conformément à l'article 1716, à la doctrine de Pothier, à la doctrine anglaise, et qui n'a pas son équivalent au Code français, comme nous venons de le dire ;

2° Que malgré cette application d'un point de doctrine anglaise, il ne doit pas être fait état de la jurisprudence anglaise à la solution d'un cas particulier non prévu, mais qu'on doit se rapporter à la doctrine française d'autrefois, applicable à notre droit ;

3° Dans l'espèce il faut décider que le fait pour le tiers d'avoir obtenu jugement contre le mandataire avec qui il s'est engagé, ne le prive pas de son recours subséquent contre le mandant. Ce qui est conforme à la doctrine française de Pothier et contraire à la jurisprudence anglaise, qui veut que l'obtention d'un jugement contre un débiteur solidaire crée novation et éteigne la dette quant aux autres débiteurs originairement responsables solidairement.

Il fait plaisir d'entendre dans la bouche du juge Anglin, plus tard juge en chef de notre plus haut tribunal fédéral, ces paroles que nos juristes devraient toujours avoir à l'esprit :

> « This case affords an excellent illustration of the danger of treating English decisions as authorities in Quebec cases which do not depend upon doctrines derived from the English Law ». (p. 119).
>
> Et le juge Brodeur, à son tour, dit, (p. 126) :
>
> « Il me semble qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le Code civil

contiendrait une règle qui serait d'accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, et surtout en matière de mandat, le Code civil et le Common Law contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raison citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière ».

Les obligations du mandant envers le mandataire sont à peu près les mêmes dans les deux systèmes. En principe le mandataire doit être tenu indemne de toute obligation et de toute perte encourues par lui dans l'exécution de son mandat. L'article 1725 C. C. dit que le mandant est obligé d'indemniser le mandataire qui n'est pas en faute, des pertes que celui-ci a essuyées en *exécutant le mandat*.

Le Code français dit (article 2000) :

« Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à *l'occasion de sa gestion*, sans imprudence qui lui soit imputable ».

Ce dernier article a plus de portée que l'autre. Dans notre droit, les pertes dont le mandat n'est que l'occasion et non la cause ne tombent pas sous la responsabilité du mandant ; ainsi le vol que subirait le mandataire. Notre code s'inspire de Pothier et du droit romain. Le droit français paraît en somme plus équitable sur ce point (Guillouard, nos 173 à 175 ; Mignault, pp. 49 à 51).

Il y a concordance dans les deux droits sur l'obligation des mandants à l'égard du mandataire lorsqu'il y a pluralité de mandants. La solidarité entre les mandants conjoints existe dans les deux cas.

Quant aux obligations du mandant envers les tiers, notre article 1727 contient le même principe que celui de l'article 1998 C. N. Le mandant est responsable envers les tiers pour tous les actes autorisés du mandataire, et même pour les actes qui excèdent les limites du mandat lorsque le mandant les a ratifiés expressément ou tacitement. Il est même responsable si le mandataire a agi après l'extinction du mandat, lorsque les tiers de bonne foi ignoraient la chose.

Sous ce titre nous trouvons encore quelques articles qui n'ont pas leur équivalent au Code français. L'obligation du mandataire d'agir même après l'extinction du mandat s'il y a urgence ou péril en la demeure trouve son corrélatif dans l'obligation du mandant de se tenir responsable envers les tiers pour de tels actes. L'article 1729 C. C., qui exprime cette contre-partie évidente, paraît de trop.

L'article 1730, donné comme étant tiré du droit anglais, tient le

mandant responsable envers les tiers de bonne foi qui ont contracté avec quelqu'un qui se prétendait faussement mandataire, lorsque le mandant a agi de façon à laisser croire la chose. C'est la théorie du mandat tacite que la doctrine française paraît admettre, ainsi que l'exprime Guillouard en citant cette disposition de notre code (no 188).

Dans leur rapport les codificateurs citent d'abondantes références à la doctrine et à la jurisprudence anglaises et américaines à l'appui de cet article.

L'article 1731 est un renvoi à l'article 1054 en matière de responsabilité quasi-délictuelle. Il est dit que le mandant est responsable des dommages causés par la faute du mandataire, conformément aux règles énoncées à l'article 1054. Ce dernier article établit-il une responsabilité précise du mandant relativement aux dommages causés par le mandataire ? Non pas. Quelle est donc cette responsabilité que n'édicte pas le Code français et qui paraît bien contraire au principe essentiel du mandat, que le mandant n'est responsable que pour les actes autorisés du mandataire, sauf exception ? Car il est évident que le mandat ne comporte pas l'exécution d'actes dommageables à autrui, car il serait par le fait même nul comme reposant sur une cause illicite.

La doctrine et la jurisprudence ne donnent pas d'explication très satisfaisante de cette responsabilité. Est-ce à cause d'une présomption qu'il y a eu négligence de la part du mandant dans le choix de son mandataire ? Mignault estime cette raison peu satisfaisante, car même si le mandant a pris toutes les précautions imaginables et qu'il n'y ait aucune imprudence de sa part, sa responsabilité n'en subsiste pas moins.

L'article 1384 du Code français contient la même disposition que notre article 1054 sur la responsabilité des maîtres et commettants. Guillouard ne met pas en doute le fait que le mandant est responsable des fraudes (non des fautes) commises par le mandataire sous le couvert de la procuration (no 190).

Quoi qu'il en soit de l'application de ce point de droit assez obscur, il ne paraît pas y avoir à ce sujet de différence appréciable entre les deux systèmes de droit.

Nous en venons aux causes d'extinction du mandat. Elles sont à peu de chose près les mêmes, et leur rédaction diffère peu.

Elles reposent sur le même principe, que le consentement continu et constant du mandant et du mandataire est essentiel à l'existence du mandat et à sa continuité. En conséquence, advenant l'extinction de ce consentement, soit volontairement par les parties, soit par la mort ou par autre cause, le mandat cesse. Mais il continue à produire ses effets envers les tiers de bonne foi qui en ignorent la cessation.

Notre code contient deux chapitres additionnels. Le chapitre IV, qui comprend trois articles de simple renvoi relativement aux règles particulières du mandat des avocats et notaires. Ces dispositions sont réglées en droit français soit par la coutume, soit par des lois particulières.

Le chapitre V est plus important. Il s'intitule « Les courtiers, facteurs et autres agents de commerce ». Il contient vingt articles, qui ne sont sous aucun rapport les plus beaux ni les plus précieux du code.

L'article 1735 contient la définition du courtier, et l'article 1736, celle du facteur ou marchand à commission. Ces deux définitions sont celles qu'on donne en doctrine française du courtier et du commissionnaire, à peu de chose près. Il s'agit ici, bien entendu, d'agents de commerce, et c'est dans le Code de Commerce et dans les commentateurs de ce code que l'on trouve la doctrine française correspondant à ce chapitre de notre code.

Ainsi nous croyons que s'applique à notre droit la remarque de Lyon-Caen et Renaud, à l'effet que le caractère distinctif de la commission n'est pas tant que le mandataire agit en son nom personnel, malgré que ce soit généralement le cas, mais le fait qu'il s'agit d'une affaire commerciale et que ce soit l'occupation habituelle du commissionnaire de s'occuper de telles affaires.

Notre code a une disposition générale à l'effet que les courtiers et facteurs sont assujettis aux règles du code touchant le mandat, à moins qu'elles ne soient incompatibles avec les dispositions particulières du chapitre V.

L'une des principales dispositions particulières est celle de l'article 1738, qui édicte que le facteur qui a son principal (on dirait en droit français : le commissionnaire qui a son commettant) dans un autre pays, est responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte, soit que le nom du principal soit connu ou qu'il ne le soit pas ; et que le principal n'est pas responsable envers les tiers sur semblable contrat à moins qu'il ne soit établi que le mandat a été donné également au principal comme au facteur, ou au principal seul.

Il est à noter que cette disposition, qui n'avait pas son équivalent dans le droit français moderne à l'époque de notre codification, et qui est tirée du droit anglais, a été également abrogée et n'existe pas dans le droit anglais moderne.

Il est vrai cependant qu'en droit français il est reconnu que les effets de la commission sont personnels entre le commissionnaire et les tiers et que le commettant y est étranger, ce qui est conforme d'ailleurs à la théorie du prête-nom en droit civil, tel que nous avons vu. Dans l'un et l'autre droit, cependant, il n'y a pas de doute que le commettant aurait l'action oblique reconnue aux deux codes, par laquelle les créanciers ont le droit d'exercer les droits et actions de leurs débiteurs. Comme les principes ordinaires du mandat subsistent entre le commettant et le commissionnaire dans le cas particulier qui nous occupe, les recours et intérêts contre les tiers, tels que les créances et prix de vente, appartiennent réellement au commettant vis-à-vis du commissionnaire, et en cas de faillite du commissionnaire, par exemple, ou au cas où ce dernier refuserait d'agir sans cause valable, le commettant pourrait sans doute réclamer au nom et dans les droits du commissionnaire.

A peu près tous les articles de ce chapitre ont été tirés des Statuts Refondus du Canada de l'année 1859 au chapitre 59. Leur origine remonte aux Statuts de l'année 1847, (10-11 Vict. ch. 10). Le titre de la loi aux statuts refondus à une époque où l'on avait la naïveté de croire les lois assez utiles pour en exposer les motifs, était : « Acte pour la protection des personnes qui reçoivent des consignations et font des contrats à l'égard d'effets confiés à des agents ».

Les codificateurs nous assurent que ces dispositions sont importantes en ce qu'elles comportent des règles précises sur un sujet qui offrait précédemment « beaucoup de doute, de vague et d'embarras ». Ils prennent aussi le soin de nous dire qu'ils en ont arrangé la phraséologie pour l'adapter au code.

Sur la foi de cette déclaration optimiste, nous ne pouvons que nous réjouir. Mais l'on peut se demander avec inquiétude quelle tâche confrontait nos prédécesseurs dans l'interprétation des articles en question avant qu'ils ne fussent améliorés. Ces articles sont une traduction par trop littérale d'un texte d'origine étrangère au langage précis et condensé du code, et la lecture en est assurément pénible. En résumé, ils énoncent la théorie que le facteur ou commissionnaire qui traite avec les tiers doit être considéré à leurs yeux comme le propriétaire des effets et marchandises qu'il contrôle, et qu'il a ainsi le droit d'en disposer et de les donner en gage comme chose lui appartenant. En conséquence les tiers acquièrent à l'égard de ces marchandises tous droits de gage et de propriété qu'un propriétaire pourrait leur concéder. Mais on réserve au véritable propriétaire, le commettant, le droit de racheter ces marchandises lorsqu'elles ont été données en gage en par lui remboursant aux tiers leurs avances.

Quant au commissionnaire ou facteur, il a également son droit de gage et de privilège à l'égard du commettant pour les sommes qui peuvent lui être dues, comme d'ailleurs le commissionnaire du droit français.

L'occasion survenant, espérons que les articles de ce chapitre, d'une construction bien lourde et qui déparent notre code, seront revisés et rendus plus conformes à leur cadre. Ils seront ainsi, malgré leur origine, moins étranger au code français, et mieux apparentés aux autres articles de notre Code civil, qui est et doit rester foncièrement un code de droit civil français.

DE LA RESPONSABILITÉ DES ARCHITECTES ET ENTREPRENEURS

Rapport présenté par

M. J.-A. GAGNÉ, C.R., L.L.D.

avocat au Barreau de Québec,
professeur à la Faculté de droit de
l'Université Laval

Ce sont les articles 1684 à 1689 du Code civil, correspondant aux articles 1788 à 1792 du Code Napoléon, qui traitent de cette matière et nous nous bornerons, suivant le désir exprimé par le Comité, à une étude partielle de ces articles, signalant en passant ce qui, dans la doctrine et la jurisprudence françaises, ne nous paraît pas devoir être suivi chez nous.

Nous suivrons l'ordre du code qui traite d'abord de la responsabilité avant la délivrance puis de cette responsabilité après la délivrance.

Avant la délivrance, il n'est question dans notre code, comme dans le Code français, que de la responsabilité de l'entrepreneur. L'architecte n'est mentionné que dans les articles 1688 et 1689.

Remarquons d'abord que ces différents articles ne s'appliquent que lorsqu'il y a contrat d'entreprise, c'est-à-dire, suivant la définition donnée par Planiol, *Traité Elémentaire de Droit Civil,* Tome deuxième, page 610 : « un contrat par lequel une personne se charge d'accomplir pour une autre un travail déterminé, moyennant un prix calculé d'après l'importance du travail ».

Nos codificateurs ont bien ajouté au texte français les mots : « par devis et marchés », mais notre jurisprudence n'en applique pas moins ces articles à tous les contrats d'entreprise quand même il n'aurait pas été préparé de devis. On peut donc dire qu'il n'y a pas de différence essentielle entre l'article 1788 du Code Napoléon et notre article 1683.

La loi pose des règles différentes suivant que l'ouvrier fournit tout, c'est-à-dire la matière et le travail, ou suivant qu'il fournit son industrie seulement. C'est l'article 1684 qui traite du premier cas :

> « Si l'ouvrier fournit la matière et se charge de faire tout l'ouvrage et de le rendre parfait pour un prix fixé, la perte, de quelque manière qu'elle arrive avant la délivrance, tombe sur lui, à moins que cette perte ne soit causée par le propriétaire ou qu'il ne soit en demeure de recevoir la chose » (N. 1788).

Pour expliquer cet article on dit généralement que la perte est

pour le propriétaire « *res perit domino* ». Mais il faut bien admettre que ce n'est pas véritablement une question de propriété.

Si le contrat a pour objet une chose mobilière il peut arriver que celui qui requiert l'exécution du travail soit propriétaire avant la délivrance. Le risque, cependant, demeure à la charge de l'ouvrier tant qu'il n'a pas mis le maître en demeure de prendre livraison. Si c'est une construction que l'on a entreprise pour un autre sur un sol lui appartenant, l'ouvrier n'est propriétaire à aucun moment, du moins les matériaux cessent de lui appartenir dès qu'ils sont incorporés à la construction parce que celle-ci s'incorpore au sol : « *Aedificium cedit solo* ».

L'ancien droit, comme le droit romain, appliquait ici la règle « res perit domino » avec toutes ses conséquences.

Je cite Pothier au titre *du Louage,* tome 4 (Bugnet) 3ème édition, No. 433, page 145 :

> « Ch. 3 — *Aux risques de qui est l'ouvrage avant qu'il soit reçu ou même parachevé.* L'ouvrage qui fait l'objet du contrat de louage, même avant qu'il soit reçu, et même avant qu'il soit fini, est aux risques du locateur, en ce sens, que, s'il périt par une force majeure, la perte en doit tomber entièrement sur le locateur, et non sur le conducteur, qui doit être payé, non du total du prix, si l'ouvrage est péri avant qu'il ait été parachevé, mais du prix de ce qui en avait été fait.
>
> .....
>
> « La raison est, que le contrat de louage d'ouvrage étant un contrat commutatif de la classe des contrats *do ut facias* (L. 5, p. 2, *ff. Praescr. verb.*) dans lequel le conducteur donne au locateur son travail, pour la somme d'argent convenue pour le prix, il est juste que, quoiqu'il ait été empêché par une force majeure de parachever son travail, il reçoive néanmoins une partie du prix, à proportion de la partie de ce travail qu'il a faite pour le compte du locateur. Ajoutez qu'à mesure que le conducteur travaille sur une chose principale sur laquelle le locateur lui a donné un ouvrage à faire, tout ce qui résulte du travail de l'ouvrier, même les matériaux qu'il fournit, accèdent à la chose principale sur laquelle il travaille, et en deviennent un accessoire.
>
> « Par exemple, lorsque j'ai fait un marché avec un architecte pour qu'il me construise, sur mon terrain, un bâtiment dont il me fournira les matériaux ; à mesure que le bâtiment s'élève il devient un accessoire de mon terrain sur lequel il est construit, suivant la règle de droit, *Aedificium solo cedit ;* tout ce qui résulte du travail de l'architecte, les matériaux qu'il a fournis et le commencement de forme qui leur est donné, m'est acquis *jure accessionis.*
>
> Ce commencement de bâtiment, à mesure qu'il s'élève,

doit donc être aux risques du locateur sur le terrain duquel il est construit ; et s'il vient à périr par quelque force majeure, comme par un tremblement de terre, c'est lui qui en doit porter la perte, suivant la règle, *Res perit domino* ».

Pothier ajoute qu'il en sera autrement si l'entrepreneur construit une maison sur son propre terrain avec engagement de mettre l'autre partie en possession pour un certain prix lorsqu'elle sera bâtie. Il applique donc pratiquement les principes de la vente et fait passer le risque en même temps que la propriété.

Nos codificateurs ont adopté la règle du droit français moderne, sans se rendre compte, apparemment, qu'elle est bien différente de la règle posée par Pothier, puisque, sur ce point, ils citent tout simplement cet auteur. Ils ont seulement modifié le texte pour stipuler plus clairement que cet article ne s'applique que si l'ouvrier s'engage à rendre l'ouvrage « parfait pour un prix payé ». C'est, d'ailleurs, l'engagement qui résulte généralement de tout contrat d'entreprise.

Je n'ignore pas qu'en France certaines décisions citées sans commentaires par Planiol et Ripert (V. 11, p. 174), ont fait passer le risque en même temps que la propriété et ont par conséquent jugé que si l'ouvrier construit sur le sol du maître, la perte arrivée avant la livraison est subie par celui-ci, mais Baudry-Lacantinerie et Wahl disent que la loi ne fait pas telle distinction et ils ont raison. (*Du contrat de Louage*, T. 2, No. 3911. Voir aussi Aubry et Rau, 4ème édition, T. 4, No. 374). Il faut donc dire que l'ouvrier sera responsable de la perte ou *plutôt la subira comme s'il était propriétaire* et, comme conséquence, si la chose est perdue avant la délivrance, que ce soit par son fait ou par force majeure, qu'il ne peut réclamer ni le prix de son travail ni la valeur des matériaux quand même le maître serait devenu propriétaire de ceux-ci.

On ne paraît pas avoir prévu le cas où l'entrepreneur aurait reçu une partie du prix. On sait qu'il est d'usage, chez nous du moins, que le propriétaire paye des acomptes sur le prix à mesure que les travaux s'exécutent. Généralement l'architecte préparera chaque mois un estimé approximatif des travaux faits, et le maître, conformément à la convention, payera quatre-vingt ou quatre-vingt-dix pour cent de ces estimés. Il est évident que de tels paiements ne comportent pas délivrance et encore moins acceptation de ce qui est fait. Ce n'est pas là un cas d'application de l'article 1687, c'est-à-dire d'exécution de l'ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure.

Y a-t-il obligation pour l'entrepreneur dans ce cas de rembourser ce qu'il a reçu si la perte arrive avant la délivrance ? Cela ne paraît faire aucun doute, à moins de convention contraire. Autrement la perte serait pour le propriétaire, du moins jusqu'à concurrence de ce qu'il aurait donné. N'est-ce pas une charge bien lourde pour l'entrepreneur et ne doit-on pas regretter que le code n'ait pas suivi la règle posée par Pothier ?

Les deux articles suivants stipulent bien que dans le cas où l'ouvrier ne fournit que son industrie, chacune des parties subit la perte pour ce qu'elle y a mis. L'ouvrier perd son travail, le propriétaire perd ses matériaux. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi lorsque le propriétaire, au lieu de fournir les matériaux, a fourni l'argent qui a servi à se les procurer ?

Il est évident que l'ouvrier peut toujours se protéger par une police d'assurance, mais il est bon d'ajouter que cette police doit stipuler quel est son intérêt dans la chose assurée.

Les deux articles suivants traitent de la responsabilité de l'ouvrier qui ne fournit que son industrie.

L'article 1685 d'abord pose la règle générale que cet ouvrier ne subit pas la perte qui arrive durant la construction, à moins qu'il ne soit en faute.

1789 du Code Napoléon est rédigé de façon différente, mais je crois que le sens est le même.

> 1685 C. C. : « Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail et son industrie, la perte de la chose avant sa délivrance ne tombe pas sur lui, à moins qu'elle ne provienne de sa faute ».
>
> 1789 C. N. : « Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute ».

Je dis que l'article 1685 pose la règle générale : Pas de responsabilité sans faute. Mais la doctrine française, à l'unanimité, la pose un peu différemment. On dit que la perte tombe sur l'ouvrier à moins qu'il ne puisse établir qu'elle n'est pas due à sa faute.

Je ne saurais mieux résumer cette doctrine qu'en citant MM. Collin et Capitant, tome 2, page 567 :

> « La charge de la preuve incombe évidemment à l'ouvrier. Débiteur de la restitution de la matière qui lui a été confiée, il n'est libéré qu'en démontrant que celle-ci a péri sans sa faute (art. 1302). Par exemple il y a eu incendie ou vol, il faudra qu'il démontre que cet incendie ne lui est pas imputable ou qu'il avait pris contre le vol les précautions suffisantes ».

Ceci est bien conforme aux articles 1063 et 1064 de notre Code civil. Celui qui est obligé de rendre ou de livrer ne sera libéré de son obligation que par la livraison ou par la preuve qu'il a été empêché de livrer par force majeure. C'est là la règle générale.

Mais notre code, comme le Code français d'ailleurs, ne pose-t-il pas ici une règle différente ? Ne dit-il pas formellement que l'ouvrier dans ce cas n'est tenu de rien, à moins qu'il ne soit en faute, c'est-à-dire à moins que la perte ne résulte de sa faute ? Et alors n'est-ce pas à celui qui doit invoquer la faute de la prouver ?

Remarquons que la règle est la même pour le cas où l'entrepreneur construit sur le sol du maître. Celui-ci devient propriétaire des matériaux à mesure qu'ils sont incorporés à la construction. Ne peut-on pas dire que l'ouvrier a ainsi fait une livraison partielle ?

Il semble bien d'ailleurs que l'article suivant définit plus clairement la responsabilité dans ce cas ou du moins les conséquences de la perte pour chacun.

> 1686 C. C. : « Si, dans le cas de l'article précédent, l'ouvrage doit être fait en entier et rendu parfait, et que la chose vienne à périr avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître soit en demeure de le recevoir, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer quoiqu'il n'y ait aucune faute de sa part, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière, ou par la faute du maître ».

Il s'agit évidemment du contrat d'entreprise ordinaire. Si la chose périt sans faute de l'ouvrier, il perd son salaire, c'est tout. Le maître perd ses matériaux. Chacun perd ce qu'il y a mis et ceci est bien différent de 1064.

Si l'ouvrier prétend que la perte est due à un vice de la matière fournie par le maître ou à la faute de celui-ci, il devra prouver cette faute ou ce vice, à condition qu'il n'ait pas pu le constater, car alors il est lui-même en faute. De même, le maître qui voudra réclamer la valeur de ses matériaux *devra prouver la faute de l'ouvrier*.

Enfin, si jamais cette question se présente devant le Conseil Privé, est-ce qu'il ne nous dira pas que nous avons un texte clair, réglant ce cas particulier, et que nous sommes liés par ce texte ?

Quant à l'architecte, la loi, lorsqu'elle traite de la responsabilité pour la perte de la chose avant la livraison, n'en fait aucune mention. En fait, les articles 1685 et 1686 ne traitent pas expressément de la responsabilité de l'entrepreneur. On détermine dans quels cas il subit la perte qui se produit et on en conclut à la responsabilité dans ces cas.

Tout cela ne s'applique pas à l'architecte parce que lui n'a pas la détention. Sa responsabilité est donc contractuelle. Il est obligé de préparer des plans pour une construction solide et, si son contrat lui impose la surveillance, il doit voir à ce que les travaux soient bien exécutés. Il en résulte que si la perte est due à une faute de sa part, le propriétaire a recours contre lui pour tout le dommage subi.

Mais si la perte arrive par cas fortuit, a-t-il droit à une partie de ses honoraires proportionnelle au travail fait ? Cela peut dépendre des termes de son contrat, mais je crois qu'on doit dire qu'à moins d'une stipulation que les honoraires ne seront dûs qu'après livraison, il a droit de se faire payer à mesure que les travaux avancent, et, par conséquent, pourra réclamer, dans le cas de perte sans sa faute, le prix du travail fait par lui. S'il doit être payé à tant pour cent du coût de l'ouvrage, il n'aura qu'à établir ce qu'a coûté le travail exécuté.

Voyons maintenant la responsabilité pour la perte après livraison.
1792 C. N. : « Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans ».
2270 C.N. : « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés ».
1688 C. C. : « Si l'édifice périt en tout ou en partie dans les cinq ans, par le vice de construction ou même par le vice du sol, l'architecte qui surveille l'ouvrage et l'entrepreneur sont responsables de la perte conjointement et solidairement ».
1689 : « Si dans le cas de l'article précédent, l'architecte ne surveille pas l'ouvrage, il n'est responsable que de la perte occasionnée par les défauts ou erreurs du plan qu'il a fourni».
2259 : « L'action en indemnité en vertu de l'article 1688 doit être introduite dans les cinq ans de la perte. Si cependant le vice en est un qui se manifeste graduellement, la prescription commence à courir à l'expiration des cinq années mentionnées dans l'article 1688 ».

A l'article 1688 nos codificateurs ont retranché les mots « à prix fait », disant qu'une telle restriction n'est pas justifiée. Ils ont eu raison, je crois. D'ailleurs, ils ont ainsi évité cette controverse entre les commentateurs français résultant de la confrontation des articles 1792 et 2270, ce dernier article ne faisant aucune mention de l'ouvrage à prix fixé.

Notre code stipule aussi la responsabilité conjointe et solidaire, ce qui n'est pas dit à 1792 C. N.

On a évidemment considéré combien il est difficile pour le propriétaire de déterminer quelle est la part de chacun dans la cause de la perte et c'est pour cette raison qu'en France on reconnaît aujourd'hui la responsabilité de chacun pour le tout, tout en admettant une responsabilité non solidaire lorsqu'il est possible au tribunal de fixer la part de chacun. Il est évident que ceci ne peut pas s'appliquer chez nous.

Mais cet article soulève une question plus intéressante. Un édifice s'écroule trois ans après sa livraison. Dans bien des cas il sera presque impossible au propriétaire d'établir la cause de la destruction. Est-ce un vice du sol, est-ce un vice de construction et quel est-il ? Le propriétaire peut-il invoquer présomption en sa faveur, c'est-à-dire lui suffit-il de prouver la destruction ?

Voici ce que disent Planiol et Ripert, Tome 11, page 197 :

« Mais en ce qui concerne les travaux exécutés à forfait, il résulte des termes de l'article 1792 que la faute de l'architecte ou de l'entrepreneur est présumée, lorsque du moins l'édifice a péri en tout ou en partie par suite d'un

vice de construction ou d'un vice du sol ».

D'après ces auteurs, et ce paraît être la doctrine reconnue en France, le propriétaire doit prouver le vice de construction ou du sol qui a causé la perte, quelque difficile que soit cette preuve. Mais on ajoute que si cette preuve est faite, l'architecte et l'entrepreneur sont présumés en faute, présomption qu'ils peuvent évidemment combattre. C'est pourquoi Planiol et Ripert soutiennent qu'il n'y aura pas de responsabilité si, malgré des sondages soigneux, on n'a pas découvert le vice du sol. L'architecte et l'entrepreneur seraient donc dégagés de cette responsabilité s'ils établissent qu'ils ont pris les soins ordinaires c'est-à-dire absence de toute faute.

Cette solution est peut-être conforme à la justice, mais est-ce bien ce que dit la loi ? Le texte, il me semble, n'en fait pas une question de faute ; c'est une responsabilité que la loi impose. Si la perte arrive, dit le texte, par vice de construction ou vice du sol, dans les cinq ans chez nous et dans les dix ans en France, l'architecte et l'entrepreneur en sont responsables. Après ce délai, c'est le propriétaire qui subit la perte, quelle qu'en soit la cause.

La règle du code me paraît formelle : la responsabilité existe si la perte a lieu par vice de construction ou vice du sol. Celui qui réclame doit prouver l'un de ces vices. Certes, dans la plupart des cas, cette preuve du vice résultera de la destruction elle-même, *res ipsa loquitur*. Mais, en principe, la preuve du vice incombe au propriétaire. C'est ce que disent Planiol et Ripert et cela est conforme au texte.

Cependant, cette preuve faite, la responsabilité est entière. Si l'architecte et l'entrepreneur veulent en être libérés, il ne leur suffira pas de prouver absence de toute faute et même que toutes les précautions possibles ont été prises, sondages, etc., il leur faudra contredire et détruire la preuve faite par le propriétaire que la perte est arrivée par vice de construction ou vice du sol.

C'est là, je crois, le sens de la décision du Conseil Privé dans cette cause de *Wordle* c. *Bethune*, 1871, L. R. Appeal Cases, p. 133. Il s'agissait d'un édifice construit avant le code, mais on décide que l'article 1688 ne fait que reproduire la règle de l'ancien droit.

Quant au mot édifice, on lui donne chez nous le même sens qu'en France. On applique l'article à tous les gros ouvrages. Qu'il suffise de référer à *Corporation de Warwick* c. *Gagnon* (22 B. R., 280) où il s'agissait d'un aqueduc municipal et *Canadian Electric* c. *Pringle* (29 B. R. 26) où un pilier construit dans une rivière avait été enlevé par la descente des glaces.

Etudions maintenant la durée de cette responsabilité.

Avant 1927, notre article 2259 se lisait comme l'article 2270 C. N. :

« Après dix ans les architectes et entrepreneurs sont déchargés de la garantie des ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés ».

On discutait ici comme en France sur la portée de ce texte. Suffisait-il que la perte arrive dans les dix ans, ou l'action devait-elle aussi être intentée dans le même délai ? Pour une fois, un amendement de la Législature a amélioré notre loi. Elle est claire maintenant. Il faut que la perte arrive dans les cinq ans ou du moins qu'elle commence à se produire dans ce délai si elle est graduelle. Et l'action se prescrit par cinq ans de la perte, mais elle n'existe dans aucun cas après dix ans.

Il est vrai que l'on peut se demander si l'on a eu raison de restreindre cette garantie à cinq ans. C'est bien court ; il est rare que le vice du sol, par exemple, se découvre si tôt après la construction. De même les vices dans le travail. D'un autre côté, c'est une bien lourde charge que la loi impose ainsi aux architectes et entrepreneurs, surtout si l'on interprète ces articles comme stipulant une véritable responsabilité et non pas seulement une présomption de faute. Donnons à notre Législature le bénéfice du doute.

Quelle est la valeur, en droit, d'une clause du contrat d'entreprise libérant l'ouvrier de toute responsabilité pour perte après la livraison ? On reconnaît généralement en France qu'une telle clause est nulle, mais on admet qu'une libération complète donnée lors de la réception des travaux est valide. On invoque deux motifs pour justifier cette nullité : une telle stipulation serait immorale et contraire à l'ordre public parce que le public est intéressé à la solidité des constructions. (Planiol et Ripert, T. 11, No. 957).

Cette deuxième raison ne me paraît pas bien forte. En effet, c'est le propriétaire qui est responsable envers les tiers de la ruine de son bâtiment (1054 C. C.) et cette responsabilité persiste malgré toute stipulation. La responsabilité de l'ouvrier et de l'architecte ne saurait être que délictuelle et là encore aucune stipulation entre le propriétaire et l'ouvrier ne peut libérer celui-ci des dommages que peuvent subir les tiers par suite de son délit.

Il reste la première raison : clause immorale. Certes, il est dangereux de stipuler que l'ouvrier sera entièrement libéré par la réception. Quel soin donnera-t-il à tout ce qui n'est pas visible et assure la solidité de l'édifice ? Ce qui paraît certain, c'est qu'une telle clause ne libérerait pas l'ouvrier ni l'architecte de la responsabilité résultant de sa faute lourde. (*Commissaires du Hâvre de Québec* c. *Swift Can. Co.*, 47 B. R., 118). Mais je ne vois pas pourquoi l'entrepreneur ne pourrait pas stipuler, par exemple, qu'il ne sera pas responsable du vice du sol, s'en rapportant sur ce point au propriétaire lui-même, ni des erreurs dans les plans. Enfin, si l'on a convenu des matériaux qui doivent être employés, on peut bien ajouter que ces matériaux seront aux risques du propriétaire et que l'entrepreneur n'encourra aucune responsabilité à ce sujet.

Une dernière question : Pourrait-on stipuler dans le contrat d'entreprise une garantie de plus de cinq ans ? Il semble bien que notre

code, surtout depuis l'amendement de 1927, en fait une question de prescription, et l'article 2184 C. C. décrète qu'on « ne peut renoncer d'avance à la prescription ». Je crois donc qu'une telle clause serait nulle.

PARTNERSHIP — THE THEORY OF THE LEGAL ENTITY

Presented by

E. C. Monk, M.A., B. C. L.
of the Nova Scotia Bar,
Montreal

Those articles of our Code which deal with the essentials of the substantive rather than of the procedural law of partnership yield pride of place to none in tracing a legitimate descent from the Institutes and the Digest. That they have kept their strain so unblemished through the economic expansion of the modern industrial world is possibly due to the fact that in the limited liability company we have evolved such a flexible instrument that there has been no need to mould or reconcile the original principles of partnership to new economic and financial conditions. The one great engrafting of the French civil law upon the Roman law of partnership is to be found in the specialized rules particular to commercial partnerships — solidarity, for instance, was introducted comparatively recently, in the Ordonnance of 1673 — and it is above all the commercial partnership which has been engulfed by the incorporated company.

The lure of the limited liability, the guarantee of continued existence, unaffected by death or by some other cause of dissolution arising out of the very personal relationship between partners, the ease with which transfers of shares may be made, are apt to blind one to the disadvantage which the minority shareholder suffers, deprived as he is of any control of the company, save in the case of fraud on the part of the majority. So, for the most part, where the partnership survives, it is because of some extraneous provision prohibiting a limited liability association, such as the rules of the Stock Exchange or of some profession, or because the financial risk at stake is small, and there will always be cases in which a deliberate attempt is made to apply the principles of partnership to a certain series of facts, never intended to create the partnership relation, in an effort either to evade payment of one's own liabilities or to obtain, unjustly, a share in another's profits.

In England, the joint-stock company was the direct outgrowth of partnership. At first, its distinguishing features were merely the number of its members, which made it seem inept to describe the association as a « firm », and the transferability of shares. But the tendency of legislation was to assimilate the joint-stock company to the chartered company, which was recognized as a corporation, a separate legal entity with an existence and personality of its own as distinct from that of its members. As a result, we find the joint-stock company pictures-

quely referred to as « that statutory hybrid between a partnership and a corporation » (1).

For some years prior to Confederation, company legislation in the Province of Canada was influenced largely by American and English precedents (2); there seems to have been no French influence even in Lower Canada. In 1864 an act was passed by the Province of Canada which is still the basis of the Companies Act of the Dominion and of several of the provinces, including Quebec, and which made a very real and individual contribution to the whole branch of corporation law by substituting for the registration system, which prevails in England today, the principle of incorporation by letters patent (3). The result, as the Bonanza Creek case (4) taught us, is that by the somewhat mysterious operation of the Royal prerogative, we create a body corporate much more closely allied spiritually (if one may apply that term to an artificial person) to the old charter companies, such as the Merchant Adventurers or the Muscovy Company, than to any outgrowth of partnership. Under our system now, there is no longer any question of a hybrid; the limited liability company has become a corporation, and the survival in some of the provisions of the Quebec Companies' Act of the word « joint-stock » is unfortunate.

It is interesting to note that in England, even before the codification of the law in the Partnership Act, 1890, there had for long been agitation to introduce and authorize partnerships with limited liability, along the lines of the civil *société en commandite,* an agitation which was not extinguished by the decision in the Salomon case (5) accepting the validity of one-man companies, and which eventually led to the adoption of the Limited Partnerships Act in 1907. This act, however, has been so little used as to prove conclusively that, in practice, the limited liability company has virtually superseded the partnership (6).

In France, we have the same statutory development of limited liability and negotiability or transferability of shares outside the original partnership principles, but, unfortunately, with some confusion in nomenclature since the expression *société anonyme*, the anonymous partnership of our article 1870, a classification of partnership well known to Pothier and the older law, was adopted by the *Code de commerce* (art. 29) and by the law of July 24th, 1867, as the designation of what we would call a limited liability company, while the original *société anonyme* became the *société en participation.*

---

(1) Wegenast, Canadian Companies, p. 4.
(2) ibid. p. 20.
(3) ibid. pp. 21, 22.
(4) Bonanza Creek Gold Mining Co. vs R. (1916) 1 A.C. 566.
(5) Salomon vs Salomon & Co. (1897) A.C. 22.
(6) Pollock on Partnership (12th edition) p. VII.

The modern French *société anonyme,* therefore, as well as the newly created *société à responsabilité limitée* (7th March 1925) is outside the scope of any comparison between the modern Quebec and French law of partnership, but its development has possibly had an undue and perhaps not wholly appreciated effect upon one very important aspect of our law of partnership, the question of the existence of the partnership as a moral personality or legal entity distinct from the individual members composing it.

On this subject our Codifiers are silent, although it had long been a matter of controversy in France, and although it would have been a simple matter to settle the question definitely, as was done for commercial companies in Belgium (1) and for all companies, by implication at least, in the English act (2). Possibly they thought the question had been finally settled, in view of the very definite opinion of Troplong, the most modern of the French authorities whom they quote in this title, that the formation of the partnership gives birth to a *corps moral* or abstract person (3). If so, they were overly optimistic. Possibly they were following precedent because when drafts of the French Civil Code were submitted to the different appellate courts of France, the Court of Appeal of Rouen commented on the draft, *Nous observons, au surplus, qu'on a omis un des premiers principes qui dérivent de la nature des sociétés. Ce principe est que la société forme une personne fictive et morale, séparée des associés* (4) ; yet no alteration was made in the draft as a result of this comment. Here also the draftsmen may have thought the question was no longer controversiap, but their silence has ever since served as an argument in favour of each of the contradictory theories.

In approaching this question anew, purely from the point of view of Quebec law, we must always bear in mind the insistence of the Judicial Committee that the Code must be interpreted as a statute, that recent French authorities have no binding force here (5). If then

---

(1) Code de commerce, liv. I, tit. IX, art. 2 ; Laurent, Société, No. 181.

(2) The Partnership Act, 1890, section 4.

1o. Persons who have entered into partnership with one another are for the purposes of this Act called collectively a firm, and the name under which their business is carried on is called the firm-name.

2o In Scotland, a firm is a legal person distinct from the partners of whom it is composed....

(3) Troplong - Sociétés No. 58. « Ce point de droit me paraît certain ». He recognizes, however, that there are those who still sit in darkness.

(4) Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil (1827. V. p. 544.

(5) For a discussion of the various decisions of the Judicial Committee, see the article of the Hon. P. B. Mignault on the interpretation of the Code in The University of Toronto Law Journal, Vol. 1, No. 1, p. 104.

we look at the question as being on appeal to the Judicial Committee we must appreciate that it might be a difficult task to persuade their Lordships of the necessity of reading into our law of partnership the personification of the partnership itself on the ground of intent or necessary implication when the English law manages so well to dispense with the theory. (If it is considered that comparisons between the common and civil law of partnership are out of order, then the Codifiers themselves are our justification, for they refer to Story and Collyer more frequently than to any other authority except Pothier. Indeed, although so eminent an authority as Lord Lindley chooses to refer to the English law of partnership as largely judge-made law, the civilian reading the final codification of that law in the Partnership Act of 1890 will appreciate that Equity judges were not unacquainted with the civil law; he will find himself at home in that act as he never could in any work dealing with a purely common law subject over which Equity never acquired jurisdiction).

The great stumbling block for modern civilians, in the acceptance of the rights of partners as merely a species of undivided ownership, has been that they cannot conceive of real undivided ownership being forced to remain in indivision, of a joint owner who can merely associate some one with him in his share instead of having an absolute right to convey it. And so they temporize with the fiction of personality, or devise some alternative such as the collective property of Planiol (1). Yet in Quebec this frequently happens in cases of substitution, where the substitution has opened for one only of the *souches* and there can be no final partition until it has opened for all. Similarly, the universal legatee cannot exercise his right of ownership as against the testamentary executor who is not himself an owner, but a mere legal depositary. Again, we constantly, by our own acts, put it as much out of our power to deal with our property as does a partner who contributes it to the partnership. If I take a dislike to the architectural appearance of my house I cannot tear it down as long as it is under lease to my tenant, but I do not for that reason feel any necessity to create an artificial person who is the real owner of my house during the period of the lease.

One great objection to the undivided ownership theory is that, whereas a partner may contribute one thing to the partnership, he may on a dissolution receive back something totally different - if he is at all times a mere undivided owner, when does his right of ownership to the one thing begin and to the other end? This objection is not wholly met by the retroactive effect of the partition proceedings

---

(1) Droit Civil (12th edition, 1932) I, No. 3005.

(1898 C.C. making applicable 746 C.C.) since in successions there is the great distinction that each co-partitioner has, at one time at least, been the undivided owner of whatever falls eventually to his lot.

It is then these difficulties of the ownership of property which have largely given rise to the theory of the personality or legal entity, a theory accepted with alacrity by some because it provides such a neat method of producing a title to property although it so obviously clashes with our law of procedure relating to parties to actions. The question is not merely one of academic interest, but one which may easily be a deciding factor in litigation involving rights to property, since the recourse of persons dealing with the partnership as a whole, or with one partner as an individual, will vary according as it is determined that the partnership property belongs to, and is controlled by, (a) the partners as undivided owners, or (b) the entity, distinct from each of the partners, which is the partnership. Even such matters as prescription will be involved — if the partnership is a legal entity, prescription will not be suspended for any cause personal to one of the partners. It is beyond the scope of this article to go into this point in detail but for a concise statement of the parallel legal effects of the two theories, reference may be made to Houpin and Bosvieux (1) and to Baudry-Lacantinerie and Wahl (2).

It is submitted that, under Quebec law, the question of the legal entity or personality of the partnership has not yet been authoritatively determined, that the few cases in point have too readily accepted the conclusions of French authorities, unmindful of the fact that these authorities have been governed largely by provisions affecting commercial partnerships and that the French and Quebec commercial partnerships cannot be considered as following such parallel lines as the civil partnerships.

To this question of the personality, then, there are not two but three possible solutions:

(a) every partnership is a legal entity or juridical person distinct from its partners, possessing its own assets or patrimonium and burdened with its own liabilities;

(b) no partnership constitutes such a legal entity;

(c) a commercial partnership is, but a civil partnership is not, such a legal entity.

Since 1891 (3), the jurisprudence of the *Cour de Cassation* has been definitely in favour of the first solution, but the majority of the

---

(1) Traité des sociétés civiles et commerciales, (6th edition), Vol. 1, p. 70, No. 56.

(2) Société, Nos 14-21.

(3) Banque Générale des Alpes Maritimes c. duc de Rivoli, S. 92, 1, 75 - D. 91. 1, 337.

doctrinists, while conceding a juridical existence to commercial partnerships, refuse to accept the decision of the *Cour de Cassation* as well founded, as far as civil partnerships are concerned (1). This refusal is not based on any disapproval of the theory as such. Indeed they seem to feel that, as a matter of practice, it is to the general advantage of the community that the partnership should be accorded an artificial personality ; but this, they argue, is the function of the legislator, and however desirable the ultimate result may be, the *Cour de Cassation* could not, on the law as it stood, legitimately come to such a conclusion and has therefore arrogated to itself the function of a legislator.

But while the doctrinists thus keep to the letter of the law for civil partnerships, their acceptance of commercial partnerships as separate entities is based on such slender grounds as tradition, the mere acceptance of the theory as being of long standing, and the provisions of the *Code de procédure* with respect to service (2).

As far as our own writers are concerned, Mignault (3), discussing the matter very briefly, concludes logically *Je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard la société commerciale de la société civile, comme le font la plupart des auteurs en France,* but adds, possibly not so logically, *Je dirai donc que toutes les sociétés sont des personnes morales.* In a foot-note he points out that, while according them personality, it is not complete personality in the sense in which a corporation has a legal personality. It is submitted that this is not a good distinction, that there can be no degrees of personality, although there may be restrictions as to the extent of the powers and capacity conferred on the artificial personality. Langelier (4) also accepts the theory, partly on the authority of the *Cour de Cassation,* although the decisions of that court can have no greater weight in Quebec than the opinion of any eminent French theorist, but largely as a result of the special provisions of article 1899 C.C., which has no counterpart in the *Code Napoléon* and in which Mignault (5) also sees a powerful argument in support of the doctrine of personality. The effect of this article, which, it is argued, is not that given it by Mignault and Langelier, is discussed at length later (6).

Before we can determine what weight, as distinguished from binding effect, is to be accorded by our courts to the French doctrine

---

(1) Houpin et Bosvieux, ibid, p. 74, No. 59 ; Baudry-Lacantinerie, ibid, No. 11; Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, (4th Ed.) No. 169; Lyon-Caen et Renault, Droit comm. (4th Ed.) 2 (1) No. 105 ff.

(2) Lyon-Caen et Renault, Droit comm. (4th Ed.) 2 (1) No. 105, 127.

(3) Droit civil canadien, Vol. 8, pp. 186, 187.

(4) Cours de droit civil, VI, p. 85.

(5) Mignault, Droit civil canadien, Vol. 8, page 281.

(6) p. 493.

and jurisprudence on this point, it will be advisable to refer briefly to the history of the theory.

Certain French writers, notably Troplong, (1) have found a justification in Roman law of the principle finally adopted by the jurisprudence, but it now seems generally accepted that this was due to a misreading of the Latin texts, and that in Roman law ordinary partnerships had no personal existence apart from that of their members. In associations purely for gain, a juridical personality was accorded only to the large quasi-public associations organized to embark on public works or to farm the public revenues, *societates publicanorum,* all of which drew their existence not from private contract, but from the authorization of the State (2).

Neither Pothier nor Domat raise the point, although Pothier's remarks on the effect of the partition of the partnership property have been interpreted by Bugnet (3), as well as by later commentators (4), as necessarily implying an adherence to the undivided ownership principle. Troplong, on the other hand, finds in Pothier's treatise on Prescription (No. 69) a personification of the partnership. It is hardly necessary to suggest that Pothier, with his great clarity and method, would not have left his opinion to be deduced from collateral matter had he felt that the legal entity conception or theory was of any importance.

Although the theory of the juridical personality of the partnership has, in a sense, developed outside the general law relating to the whole class of juridical persons — associations in the sense of the modern French *association*, the existence of which was recognized at Roman law — it may nevertheless be helpful to refer to it briefly. Capitant, in his discussion of juridical persons as a class in the *Introduction à l'étude du droit civil* (5), contends that the pure legal fiction that an association of individuals, or even an association of capital, for some specific purpose, can bring into existence an artificial or juridical person has been hindered and confused in its development and effect by the political expediency of State control or authorization, which he traces back to legislative measures adopted in Rome as a result of the Cataline conspiracy. The mere fact of association had originally created the juridical person without any intervention of the sovereign power ; after the Cataline conspiracy it was enacted that every association of persons must receive the sanction

---

(1) Troplong, Société, No. 59.
(2) Girard, Manuel de droit romain (1929), p. 613 ; Baudry-Lacantinerie. Société No. 11 ; Lyon-Caen et Renault. Droit commercial 2 (1) Nos 126, 127 ; Guillouard. Société, (2nd Ed.) Nos. 24, 25.
(3) Pothier. Société, No. 180, note.
(4) Baudry-Lacantinerie, ibid, No. 11.
(5) 4th Ed. No. 149 ff.

of the Senate. Such sanction conferred the right to enjoy legal personality, that is, it did not create the entity, but only made its existence legal.

From this it was a short step to contend that the sovereign authorization alone created the juridical person, a principle useful later in combating the growth of mortmain bodies and therefore imposed by the Royal authority in France as soon as it was powerful enough to do so and finally incorporated formally in d'Aguesseau's edict of 1749. Thus the conferring of legal personality upon any association of persons or capital became a matter of individual concession, the procedure being by the formality of *reconnaissance d'utilité publique,* and so remained in France until the law of July 1st., 1901, governing associations other than those for purposes of gain, conferred a juridical personality on all complying with its provisions (1).

But it was never considered that any of these provisions affected in any way the association of two or more persons in partnership, whether civil or commercial. Partnerships were at all times entered into freely, that is, no State authorization was necessary for their legality ; but, having no authorization, they were not juridical persons. Nor did they comply with the essential characteristics, which, according to Capitant, go to make up the juridical person (2). Nevertheless, he accepts *as a fact* that, since the Civil Code, commercial partnerships are legal persons (3).

Similarly, Planiol, in the 1932 edition of his *Droit civil,* says :

> 3040. ASSOCIATIONS DOUEES DE PERSONNALITE SANS AUTORISATION. La règle qui exigeait une autorisation gouvernementale pour la concession de la personnalité civile souffrait déjà avant 1901 quatre exceptions remarquables.
>
> 1°. SOCIETES COMMERCIALES. Elles ont été les premières, et pendant longtemps les seules, à bénéficier d'une exception. C'est pour elles une règle d'origine immémoriale ; de tout temps, en France, elles ont pu se former librement et se gérer comme personnes civiles, sans se faire reconnaître par le gouvernement. Les sociétés anonymes qui seules étaient soumises à autorisation ont conquis la liberté depuis la loi du 24 juillet 1867...
>
> .....
>
> 4°. SOCIETES CIVILES. Cette quatrième et dernière exception existe seulement depuis que la jurisprudence de la Cour de Cassation, tranchant un débat qui menaçait de s'éterniser, a reconnu la personnalité juridique aux simples sociétés civiles, même à celles qui n'empruntent pas la forme commerciale de la société montée par actions.

And Lyon-Caen and Renault while refusing to admit the legal personality of civil partnerships — *L'admission de la personnalité des sociétés civiles aurait donc constitué une grave innovation du Code*

---

(1) See also Baudry-Lacantinerie, Société, No. 11.
(2) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil (4th Ed.) No 162.
(3) Ibid No 169.

civil (1), — can produce nothing more convincing in favour of commercial partnerships than:

> 105 ... La personnalité des sociétés de commerce n'est pas consacrée en France par des textes formels, comme elle l'est dans quelques pays. Elle y est, pourtant, généralement admise par les auteurs et consacrée par une jurisprudence constante ; elle n'est pas seulement conforme à une tradition remontant au moins au moyen-âge, elle paraît aussi présupposée par nos Codes, dont certains articles consacrent des solutions qui semblent être des applications de l'idée de personnalité.
> 123 ... Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que, si aucune de nos lois ne formule en termes exprès le principe de la personnalité des sociétés de commerce, ce principe est, du moins, supposé par plusieurs dispositions légales (art. 529 C. civ., art. 69-6° C. pr. civ.) qui en sont des déductions. Au reste, l'idée de la personnalité des sociétés de commerce a été indiquée dans les travaux préparatoires du Code civil pour expliquer le caractère mobilier reconnu aux parts d'intérêt et aux actions par l'article 529, C. civ.

(this latter line of argument being one which would certainly not be acceptable to the Judicial Committee) (2) :

> 124 ... Au reste, la reconnaissance, en principe, de la personnalité des sociétés de commerce est conforme à une ancienne tradition dont l'existence n'est pas niable, bien que le point de départ ne puisse en être déterminé avec précision. Si les rédacteurs de nos Codes avaient voulu sur ce point rompre avec la tradition, ils n'auraient sans doute pas manqué de l'indiquer.
> 127. La personnalité devrait être refusée, selon nous, aux sociétés civiles ... Seulement, en vertu d'anciens usages, la personnalité des sociétés de commerce était reconnue.

Baudry-Lacantinerie (3) does not admit that the according of personality to the commercial partnership is of such ancient date in France.

Thus it will be seen that, in France, the partnership really exists as a juridical person *de facto* and in spite of the general constitutional principle that juridical persons must emanate from the sovereign authority alone. The importance of this fact, when dealing with our own law, is that we cannot explain away French precedents on the point as being based on statuory provisions nor exclude them because of the non-registration of the Edict of 1749.

If we accept the same theory in Quebec, then, since there is no formal text in our Code, we must accept it as a concept arising by necessary implication from other articles of our Codes, but, in this latter case, one point should never be lost sight of — that is, that, under our Code, the commercial partnership is merely one branch of the legal concept of the partnership relation, a branch subject to certain specialized rules but governed by the broad principles relating

---

(1) Droit com. 2 (1), No. 128.
(2) Symes v. Cuvillier, 5 A.C. 138, at p. 158 ; Despatie v. Tremblay, 1921 1 A.C. 702, at p. 711.
(3) Société, No. 11.

to all partnerships when these principles are not specially derogated from, and that a theory which would not be incompatible with certain of these specialized rules should not, by a reverse process of reasoning, be made applicable to the original concept. In France, on the other hand, the commercial partnership is governed by its own Code, and instead of holding that the rules relating to civil partnerships apply to commercial partnerships, *except* when they are inapplicable, the whole accent is shifted :

> C.N. 1873 : Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce.

Let us first examine then the arguments on which the courts and authors in France have based the theory of the separate individuality, since they have clearly furnished the *ratio decidendi* for our own courts and since it is only if their arguments are applicable to the provisions of our own law that they should have been so accepted.

Almost without exception the French authors begin in what it has been suggested is the illogical fashion of discussing the matter from the point of view of the commercial partnership, and then deciding whether or not all theories deduced from rules particular to the commercial partnership are to be applied back to the original concept. This system is all the more inapplicable to our law in that the *Code de commerce,* unlike any of our texts, does contain a direct reference to the question in article 49, referring to the *association en participation,* (really the equivalent of our *société anonyme*), which reads in part, *L'association en participation ne constitue pas une personne morale,* an article which certainly lends weights to the theory that other partnerships, governed by the same code, are to be conceded such a personality. The reason given by the authorities for this special provision is that the existence of this type of partnership is unknown to third parties.

> C'est une conséquence naturelle de leur caractère occulte (1).

In the same way, certain French authors make the *personnalité morale* depend in every case upon the partnership being regularly constituted.

> C'est la publicité qui serait la condition de la reconnaissance d'une société comme personne juridique en sorte que la *société* de fait dont l'irrégularité ne tient pas à l'absence de publicité bénéficierait de la personnalité (2).

The *Cour de Cassation* does not apparently attach the same im-

---

(1) Houpin et Bosvieux, Traité des soc. civ. & comm. (6th Ed.) No 57.
(2) Ibid, p. 73, foot-note 2.

portance as do the doctrinists to *publicité* as a deciding factor for personality (1).

Our law not only assimilates the anonymous to the general partnership and makes the anonymous partner liable to third parties, there being no corresponding liability imposed under French law on the unknown member of the *association en participation* (2), but, even in those cases in which it does require publicity to be given to the existence of a partnership, it does not attach any legal consequences, other than liability to a penalty, to non-compliance with the provisions (1834 C.C.).

Therefore our courts, in accepting the conclusions of French authors who consider that the tradition of the personality of the commercial partnership arises from its publicity, have accepted conclusions based on arguments which are untenable in Quebec.

> Il est d'autant plus dangereux d'admettre la personnalité des sociétés civiles que cette personnalité a pour les tiers les plus grands inconvénients : la loi n'a pas voulu admettre l'existence des sociétés commerciales sans la subordonner à des formalités dont le but est de les révéler aux tiers (3).

And in support of their argument that this requirement for publicity is the very basis of the concession of personality, Baudry-Lacantinerie and Wahl point out that in France the courts originally accorded personality to the *société en participation* because it was a *commercial* partnership, and then reversed the jurisprudence on this very ground of lack of publicity.

Here again we must remember that our Code specifically assimilates our anonymous partnership to the general partnership, so that all arguments based on distinctions between the two are likewise wholly inapplicable in Quebec.

The task of the French writers is rendered even more difficult by the existence in France of a special hybrid, « civil partnerships in commercial form », now declared by statute to be, notwithstanding their object, commercial partnerships, subject to all the laws and usages of commerce. The according of a distinct personality by certain doctrinists to such a partnership, but not to a civil partnership, is surely a triumph for formalism.

Apart from these generalities all discussion of the personality of the partnership follows three broad lines of argument : —

I. The wording of those articles in the title « Of Partnership », which oppose the rights and obligations of the partnership as a whole to those of its component members.

II. The wording of article 529 C.N., corresponding to 387 C.C.

---

(1) Guillouard. Société (2nd Ed.) No. 281.
(2) Ibid, No. 22.
(3) Baudry-Lacantinerie, Société, No. 11.

III. The provisions of the Code of Procedure with respect to the institution and service of actions against partnerships, to which we must add, for Quebec, the provisions of 1836-1838 C.C.

I

THE INTERNAL EVIDENCE TO BE DRAWN FROM THE ARTICLES OF THE TITLE OF PARTNERSHIP.

The articles usually cited are C.N. 1845-8, 1850, 1852, 1855, 1859 and 1867 corresponding sufficiently closely, with one exception, to our articles 1839-40, 1842-43, 1845, 1847, 1831, 1851 and 1893, to make the same arguments equally applicable to both Codes. Briefly, these articles establish debtor and creditor relationships between the partnership and each partner, provide for « partnership property ». and restrict the rights of individual partners to deal with it. It is argued, on the one hand, that they thus expressly personify the partnership itself ; on the other hand, that no personification is intended, that the word *partnership* is used merely as a convenient word to describe the collectivity of the partners' interests as contrasted with those of the individual.

That such a use of the word is permissible, will, it is submitted, be clear if we stop to analyse the legal conception of partnership itself. Our own Code defines it indirectly by stating what is essential to the contract of partnership. The French Code declares « La société est un contrat par lequel ... » Contrast this with the definition in the English act : « *Partnership is the relation which subsists between persons* carrying on a business in common with a view to profit » (1).

Have we not here the crux of the whole argument ? In the last analysis partnership is not the contract, but the relation which arises from the contract, even as the continuing relationship of lessor and lessee arises from the contract of lease.

There is one feature about partnership which distinguishes it from other legal relationships. In other contracts, the contracting parties are opponents and remain so. The loss of one is usually the gain of the other ; they fight a duel, not directly affected by, or affecting, third persons. In partnership the duel element is present while the terms of the contract of partnership are being settled, but thereafter the partners band together in mutual co-operation against the world at large. When one speaks of the partnership is it not of the collectivity of co-operative effort of which one thinks rather than of some artificial entity? In other words, is the term not merely *une formule abrégée pour désigner les associés envisagés exclusivement au point de vue de leurs intérêts collectifs, par opposition à ces mêmes associés envisagés au point de*

(1) The Partnership Act, 1890, s. 1.

vue de leurs intérêts individuels (1) ?

If precedent is needed for this use of the single word for convenience to denote the collectivity of interest, it is to be found in the use of the word *community* for the property relationship which arises upon marriage when no separation of property has been stipulated ; yet there appears now to be absolute unanimity in rejecting the idea of the legal personality of the community (2).

This interpretation of the word becomes clearer if one looks at the wording of those articles in which the rights or obligations of the collectivity are opposed not to the individual partners but to third persons. 1855 C.C. (C.N. 1864) is one of the best examples : —

> 1855. A stipulation that the obligation is contracted for the partnership binds only the partner contracting, when he acts without the authority, express or implied, of his co-partners ; unless the partnership is benefited by his act, in which case all the partners are bound.

It is the *partnership* which is benefited, but the *partners* who are liable.

Similarly 1854 C.C. (1862, 1863 C.N.) forces the creditor, if he wishes to collect the whole of his debt, to apply to *all* the partners in cases of joint, not joint and several, liability, not to the single partnership. He may thus be forced to accept a *part* of his debt only, notwithstanding 1122 and 1149 C.C.

It is unnecessary here to enter into a detailed examination of the articles cited above, which are discussed at length by all the French writers, but, as the arguments in favour of the existence of the juridical person have been accepted by our own writers and by several of our courts, it will perhaps be permissible to stress rather those articles which support the opposite view, notably :

1851 C.C., which, dealing with the rights of the partners, *inter se,* drops the personification ;

1841 C.C., which varies more from the French text than any of the others and therefore, by the standard of interpretation of the Code set by the Judicial Committee, might make its own contribution to the *ratio decidendi ;* and

1899 C.C., which has no counterpart in the French Code, but has been accepted by Mignault (3) and Langelier (4), owing, it is contended to a misconception of its true function, as being a deciding factor in determining the question in this province.

---

(1) Baudry-Lacantinerie, Société, No 11.
(2) Ibid.
(3) Mignault, Droit civil canadien, Vol. 8 p. 281.
(4) Langelier, Cours de droit civil, Vol. 6 p. 85.

1851 C.C.

Let us examine first 1851 C.C. (C.N. 1859). We find that « the partners are presumed to have mutually given to each other a mandate », not that each partner is the mandatary of the partnership; « whatever is done by one binds the others » ; one partner *separately* may object to the act of another ; each « may compel his *copartners* to bear with him the expenses necessary for the preservation of the partnership property ».

To this the argument is that the question of the legal personality does not arise when we are merely considering the relationship of the partners between themselves, that it only arises when we are considering the relationship between the partnership and third persons. This is hardly satisfactory. If an artificial entity is brought into being it must surely continue to exist at all times ; it must have an existence as distinct from that of the partners as the corporation has from that of its shareholders. And how are we to reconcile this proposition with that also put forward by the French jurisprudence and by many of the writers in favour of the entity theory that, notwithstanding dissolution, the legal personality continues throughout the period of liquidation and winding-up (1) ? If this latter proposition is accepted in French law (2), it must surely follow that the partnership is a separate entity as much for the parties themselves as for third persons.

1841 C.C.

Then, as to our article 1841, whose only counterpart is the much less detailed last paragraph of C.N. 1846 : —

C.C. 1841. The provisions contained in the last two preceding articles are without prejudice to the rights of the other partners to damages against the partner in default, and to obtain a dissolution of the partnership, according to the rules contained in the title *Of Obligations* and in article 1896.

C.N. 1846. L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée.

Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier ;

Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Our article lends itself to argument on either side. The fact that the action is given not to the partnership, but to the other partners may be taken to indicate that the two preceding articles used *partnership*

(1) Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial (5th Ed.) Vol. 2. (1st part), No 366.

(2) The difficulty is met in Quebec by the operation of 1896a and 1897 C.C.

as the collective term for the partners and did not intend to suggest the existence of any entity. Or it may be considered that this article means that, in addition to this right of action of the entity, the partners individually have a distinct right of action in damages, since the damages suffered by an individual partner may differ from those suffered by the partnership as a whole. Such an interpretation, however, would virtually nullify the rights of the supposed partnership entity since a demand for dissolution would immediately put an end to the rights conferred on it by 1839 and 1840 C.C. Is it not more rational to consider that 1839 and 1840 C.C. confer certain rights, collectively, on the partners not in default, while 1841 C.C. gives them additional rights which they may exercise individually ?

The Codifiers state that this article 1841 (8a, in their draft) is not in the *Code Napoléon*, but has been adopted to remove any doubt as to the extent of the liability of a partner who falls within the conditions of the preceding article. It is therefore clearly merely an extension of the liability of 1840 C.C., not a different liability.

1899 C.C.

This article is contained in the chapter on the effects of the dissolution of partnership.

Mignault and Langelier have therefore relied upon an article which comes into effect only when the partnership has ceased to exist as evidence that during its existence it was in fact a juridical person, and this although our article 1897 declares that the partnership ceases to exist on the dissolution, whereas, as has been said, it is held in France that the legal personality continues throughout the liquidation (1).

It is submitted that article 1899 C.C. can have no such effect, that it is in substance not partnership law but bankruptcy law, and that it derives originally, not from the law of France, but from the law of England.

The references which are placed after the article in the Codifiers' draft, in which it appears as article 65, are three in number :

1. Consolidated Statutes of Lower Canada, chapter 65, s. 6 ;
2. Montgomery vs Grant (*sic,* a misprint for Gerrard) Stuart's Reports, p. 437 ; and
3. 4 Pardessus, Dr. comm. 1089.

The case of Montgomery vs Gerrard was decided in the Court of

(1) Houpin et Bosvieux, Traité des sociétés, p. 251, No 227 ; p. 303, No 276 ; Pardessus, Droit commercial, 5th ed., p. 434 No 1089. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial (5th Ed.), Vol. 2, (1st part), No 366.
But see Block vs Carrier 30 S.C. 37.

Appeals of Lower Canada in the year 1830.

The grounds set forth by the appellant as reported were : —

1. That by the law of this country, the creditors of a company have exclusively set apart to them the partnership estate for payment of their debts, against the company. The particular creditors of the firm have no claim upon the property of the partnership, except when there is a surplus after the payment of all the partnership creditors ; and then the creditors of each of the particular partners have a right to be ranked on the portion of their debtor in that surplus : whereas in this case the particular creditor was allowed to be ranked upon the proceeds of the joint estate, to the exclusion and prejudice of the creditors of the joint fund.

2. That a creditor cannot by law have any other or greater interest in the property of his debtor, than the debtor himself had, and that the right of Francis Hunter (1) in the property seized in this cause, was one subject to the payment of the joint debts under the rule *bona intelliguntur sujusque, quæ deducto œre alieno supersunt.*

The Court held that : —

Partnership property is not liable to the payment of the debts of individual partners, — nor can a partner have any separate disposable interest in the partnership property over which his creditors could exercise any control until it has been first ascertained what is the separate interest of that partner in the partnership concern, after the debts are paid.

This is the whole of the judgment and there are no references to any authorities or as to what law is applicable.

This volume of reports was published in 1834-5.

In a foot-note to the *résumé* of the appellant's contentions there are references to French decisions and authorities as well as to the English and Scotch. There is also a long citation from Pardessus, but whether these form part of the appellant's authorities or are an annotation of the editor does not appear. The citations from Pardessus are from his numbers 975 and 1089, in which he lays down that the partnership is a moral being and that as a result the partnership creditors must be paid out of the partnership property before the creditors of individual partners can have any recourse against it. Although he is thus in accord with one of the provisions of our law, he departs from it thereafter since he maintains that the private creditors of a partner have no right of preference over the partnership creditors as against the separate property of the partner. Pardessus is therefore certainly not an authority for the whole of the provisions contained in 1899 C.C.

The section of the Consolidated Statutes of Lower Canada referred to by the Codifiers is taken directly from an earlier statute applying to Lower Canada, namely, 22 Victoria (1859), chapter IV.

The heading and preamble of this statute bear out the contention that this article was intended primarily as bankruptcy legislation.

---

(1) One of the co-partners who had hypothecated part of the partnerships property.

CHAPTER IV

An act to make uniform provision for the distribution of the separate property of the members of partnerships in Lower Canada

WHEREAS it is expedient to make uniform provision for the manner in which, in Lower Canada, the joint property of a firm and the separate estate of each of the partners should be distributed among the creditors of such firm and the separate creditors of each partner : Therefore, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Council and Assembly of Canada, enacts as follows :—

1. The rule of law to be followed in the distribution of the joint stock or property of a firm and of the separate estate of each of the partners taken in execution or otherwise brought, or hereafter to be taken in execution or otherwise brought into Court for distribution, shall be the following, that is to say : That the net proceeds of the partnership estate be appropriated in the first instance to pay the creditors of the firm, and that the net proceeds of the separate estate of each partner be appropriated in the first instance to pay his separate creditors, and that if there be any balance of the separate estate of any partner after payment of his debts, such balance be added to the proceeds of the partnership estate, if necessary, for the payment of the creditors of the firm ; and that if there be any balance of the partnership estate after payment of the debts of the firm, such balance be appropriated among the separate estates of the respective partners according to their rights and interest therein ; and that the sum so appropriated to the separate estate of any partner be applied to the payment of his separate debts, if necessary (1).

2. This Act shall apply only to Lower Canada, and shall not affect any judgment of distribution rendered before its passing.

There is no corresponding provision in the Consolidated Statutes for Upper Canada, but as the act followed the English rule and the law of England relating to property and civil rights was in force there as of the 15th of October 1792, no specific enactment was necessary.

It therefore seems a logical deduction that the statute was first enacted to make the English bankruptcy rule applicable in Lower Canada as it was in Upper Canada and since, in England, it is not a necessary corollary of the rule that the partnership is a legal entity, it should not be used as such an argument in Quebec.

For a modern statement of the English rule, reference may be made to the rules adopted in the administration by the High Court of Justice in England of the estates of deceased partners and of bankrupt and insolvent partners, which are : —

> The partnership property is applied as joint estate in payment of the debts of the firm (2) and the separate property of each partner is applied as *separate estate* in payment of his separate debts.
>
> After such payment the surplus, if any, of the joint estate is applied in payment of the separate debts of the partners, or the surplus, if any, of the separate estate

---

(1) Compare sec. 122 of The Bankruptcy Act. (R. S. C. (1927) c. 11).
(2) i.e. to persons other than partners.

is applied in payment of the debts of the firm (1).

This rule of the English law, as Pollock points out, (2) is a very old one although its origin is somewhat obscure.

> It gives results altogether at variance with the mercantile system of settling the accounts of a firm, which proceeds upon the mercantile conception of the firm as a person distinet from its partners. On the mercantile plan the debts of the partners to the firm, as ascertained on the ordinary partnership accounts, are payable on the same footing as their other debts ; and if this rule were applied by the Courts, the joint estate might prove against the separate estate of any partner in competition with the separate creditors for the balance due from him to the firm. The creditors of the firm would thus be in a far better position than they are at present.

If this statement is accurate, it would indicate that our article 1899 is not proof of the existence of the partnership entity, but proof that it does not in fact exist. Again, although we cannot invoke federal statutes to aid in the interpretation of our Code, it is of passing interest to note that, under the provisions of the Bankruptcy Act, a partnership firm still cannot be put into bankruptcy as a firm, although the bankruptcy petition may be presented against some only of the partners (3).

In France, ordinary bankruptcy provisions apply only to commercial partnerships endowed with a juridical personality. In other cases, the questions of the respective rights of the creditors of a partner and of the creditors of a partnership are still debated and are made to depend upon the solution of the question of the juridical entity of the partnership itself (4).

That the provision of article 1899 is a special privilege or legal preference accorded by law on the same footing as, for instance, privileges upon moveable property and privileges upon immoveable property, is further borne out by the provisions of our article 1991 C. C.

The basic idea of the true juridical person under any system of law is that it continues to exist and to exercise its powers independently of the existence or will of its individual members. That this is not the intention of our law appears clear from the second to last paragraph of article 1892 C.C. The article provides that partnerships are dissolved, among other causes, by the death, interdiction or bankruptcy of one of the partners, or by the will of one, in certain circumstances, not to continue the partnership. The paragraph in question adds that these causes of dissolution do not apply to joint-stock companies formed under the authority of a royal charter or of an act of the legislature. In other words, they do not apply to the two types of association which almost inevitably are constituted bodies cor-

---

(1) Pollock on Partnership, 12th edition, p. 160.
(2) Ibid at page 165.
(3) R.S.C. 1927 c. 11, s. 165 ; Duncan & Reiley p. 857. See also post p. 504.
(4) Baudry-Lacantinerie, Société, No 252 ff.

porate, because they are in their essence wholly inapplicable to such juridical persons. Hence, as they are applicable to ordinary partnerships, the latter cannot have been considered juridical persons by the Codifiers.

Besides the three articles which we have just discussed at some length, one other article should perhaps be mentioned in this part of our discussion dealing with civil partnerships—1852 C.C. (1860 C.N.), the restrictions of which have been held to show that the partnership property actually vests in a distinct entity. But is this a necessary interpretation ? The article must be read with the permissive terms of the following one. Read together, do they do more than reiterate the principle that an undivided owner can convey no title to the whole, and that a person can only deal with or dispose of his own property subject to prior rights he may have granted to third persons, in this case his copartners ?

It is true that this article 1852 C.C. is an innovation on Pothier who declared : *Un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendant de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a* (1). But our Codifiers pass over the innovation, merely remarking that the article requires no comment. Surely this is not sufficient to constitute the article that definite innovation which we are seeking in the old law which did not recognize the partnership as a legal person.

Baudry-Lacantinerie sees in this same article (2) not a question of property rights but merely one of power or authority, while Guillouard considers it merely a necessary provision for safeguarding the continuance of partnership operations (3).

Lyon-Caen and Renault (4) expressly state that this article is applicable to partnerships having no distinct entity and that it should not be invoked to prove that civil partnerships enjoy legal personality.

The same authors state that the fiction of the legal personality can only be accepted if based on legal texts proclaiming the principle, or presupposing it by reason of the practical consequences resulting from the texts, a touchstone which, as appears by the long citations we have given, they fail to apply to the commercial partnership. This clear legal text they fail to find in the Roman or early French law and they conclude : *L'admission de la personnalitè des société civiles aurait donc constitué une grave innovation du Code civil. Elle aurait dû être clairement formulée. Or il n'y a, à cet égard, aucune disposition expresse : les textes invoqués ne sont nullement probants et les dis-*

(1) Pothier, Société, No. 89.
(2) Baudry-Lacantinerie, Société, No. 11.
(3) Guillouard, Société, (2nd Ed.) No. 25.
(4) Lyon-Caen et Renault, Droit commercial, (5th Ed.) Vol. 2, (1st Part), No. 116 bis.

positions légales qui s'expliquent par l'idée de la personnalité, parais-sent bien faites, d'après leurs termes mêmes, pour les seules sociétés de commerce (1).

Among the French writers who deny the legal personality of civil partnerships are names which have always been held in the highest repute in Quebec (2).

II

THE EFFECT OF ARTICLE 387 *C.C.*, (529 *C.N.*)

Even those French authors who do not accept the theory of the legal personality of *civil* partnerships are almost unanimous in accepting 529 C.N., read with 69-6° C. pr., as definitely settling the legal personality of *commercial* partnerships.

It will be necessary, therefore, to examine the corresponding texts and the two versions of our own law with great care.

387. Sont meubles par la détermination de la loi les immeubles dont elle autorise à certaines fins la mobilisation et aussi les obligations et actions qui ont pour objet des effets mobiliers, y compris les créances constituées ou garanties par la province ou les corporations, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que les immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces immeubles sont réputés meubles à l'égard de chaque associé, seulement tant que dure la société.

387. Those immoveables are moveable by determination of law, of which the law for certain purposes authorizes the mobilization, so are all obligations and actions respecting moveable effects, including debts created or guaranteed by the province or by corporations, also all shares or interests in financial, commercial or manufacturing companies, although such companies, for the purposes of their business, should own immoveables. These immoveables are reputed to be moveable with regard to each partner, only so long as the company lasts.

529. Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

Were it not for the use of the word *partner* in the English text — possibly merely an unfortunate translation of the broader *associé* — it could readily be argued that, in our Code, this article was not meant to refer in any way to partnership. Langelier in his commentary seems to accept it as referring only to *companies* and the fact remains that, when the organization itself is referred to, the word *company* (*compagnie*) is used twice. Neither the word *société* nor

(1) Lyon-Caen et Renault, ibid No. 128.

(2) Aubry et Rau, (4th Ed.), III, s. 378, note 14 ; Pont, Sociétés, vol. I, No. 126 ; Huc, Commentaire du Code civil, Vol. XI, Nos. 23 to 25 ; Guillouard, Société, (2nd Ed.) Nos. 24 to 26 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Société, No. 11.

partnership appears in the first sentence, while in the second, the word *société* of the French version, even though immediately following the word *partner* is translated again as *company*.

In only one case is the word *company* used in the title of Partnership in the sense of a partnership and that is in connection with the joint-stock company of 1889-1891 C.C. This section, as a result of the transitional period from which it dates, the period of the «statutory hybrid », is not in the happiest vein of the Codifiers. Of the five different types of associations mentioned in these three articles, only one is really a partnership — « that formed without such authority ». And of this the Codifiers say : « It is doubtful whether any partnership acting under the form of a joint-stock company, without the sanction of public authority, now exists in this country. If there be any, they are subject, as declared in article 54 (1889 C.C), to the rules which apply to general partnerships ».

Therefore, when they refer elsewhere in the Code to *companies* or *joint-stock companies,* they can hardly have intended to refer to something they considered extinct, but rather to one of the other classes of association mentioned, the company incorporated by royal charter, by special act, or under the provisions of a general act, all of which were normally constituted as bodies corporate, and as such, juridical persons.

In article 1890 C.C., the members of this new transitional type of association are referred to as *partners or stockholders* — *associés ou actionnaires* — and it is quite feasible that it never occurred to the Codifiers that the words of 387 C.C. would be stretched to cover ordinary commercial partnerships. It will be noted that the French Code itself, in the corresponding article 529, speaks of *compagnies de finance, de commerce ou d'industrie,* even though the word *société* is the word more usually used by it to correspond with our company.

It is arguable — although the word *these* (ces) is then a stumbling block — that the second sentence only refers to partnerships and is introduced to make an analogy between partnerships and companies on this one point of the holding of immoveables. The article purports primarily to declare that certain immoveables are moveable by determination of law. If we are to go on the assumption that the partnership is a separate personality, then, as the immoveables are already removed from direct relationship with the partners and the right of each partner is a right of action against the *patrimonium* of the separate entity, why should it be necessary at all to transmute the immoveables into moveables ?

But is it even necessary to go as far as that ?

Rights in respect of moveable property may be affected by the existence or not of a partnership entity quite as much as rights to immoveables. Then why make an article which, in the last analysis,

merely states that, for purposes of convenience, in certain circumstances, immoveables will be considered moveables, a criterion for changing the source of ownership of moveable property as well ?

Again the mobilization is effective only « so long as the company lasts ». That would seem to imply that the change in character is made for convenience, while a certain relationship subsists between the individuals, not that the change in character calls into being a legal entity. The alleged effect seems out of all proportion to the cause, especially when we remember that 1892 C.C. contemplates the seizure of a partner's share *in the stock of the partnership,* not of his share of the partnership.

Similar cases of mobilization and immobilization are permitted for the purpose of adding property to, or withdrawing it from, the ordinary community, but the community itself is not altered in any way, and although the effectiveness of the rights of third persons against the community or against either consort may be defeated by such a clause, yet it is never suggested that the basic principle of community itself is thereby altered or affected in any way.

A not inapposite analogy may be drawn from the English law. Before the Judicature Act, equity for convenience would administer all partnership property as personal property instead of real ; yet, as stated already, the law of England is that a partnership has no existence apart from its members.

III

DISPOSITIONS OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

The French doctrinists in discussing the question have not hesitated to draw conclusions of substantive law from what we might consider mere procedural rules of convenience.

As already stated, side by side in importance with 529 C.N., as proving conclusively the legal entity of commercial partnerships, they place article 69-6° C. pr. :

> Seront assignés :
>
> .....
>
> 6°. Les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, en leur maison sociale, et s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés.

Voilà, say Baudry-Lacantinerie and Wahl (1) *une conséquence certaine de la personnalité civile.*

Granted the premise that the commercial partnership is a legal entity, then one cannot cavil at the conclusion that it should be served at its head office. But does the provision for service at the head office, surely a mere rule of administrative convenience, (2), necessarily pre-

---

(1) Société, No 11.

(2) Its primary purpose was to avoid unnecessary costs. Nouveau Denisart Vo Assignation VII, No 13 ; 1 Pigeau ed. Crivellie (1837) p. 184 ; Underwood vs Malone, 10 S.C. 435, Curran, J. at p. 444 ; Hudon vs Larue 28 P.R. 60.

suppose a legal entity which would not otherwise exist, any more than it could be argued that some undefined legal relational personality must be created by the provision of our Code of Procedure allowing service to be made upon a reasonable person belonging to the family, or that Quebec law recognizes the existence of that legal entity, the *hereditas jacens*, because we permit service upon the heirs of a deceased person, collectively, for six months after the death (1) ?

While, therefore, we cannot object to the French authors citing these two articles, 529 C.N. and 69-6° C. pr. as evidence that the civil partnership is not a juridical person (2), they form a very tenuous argument for the affirmative for the commercial partnership under French law and one which becomes even more tenuous in the face of our own rules of procedure. Needless to say the articles do not in any way affect the civil partnership.

If we look at the history of our article 139 C.P. (3) we see that the same argument of administrative convenience applies. This article derives ultimately, like articles 1834, 1835, 1836, 1837 and 1838 C.C. from 12 Victoria, chapter 45, *An Act to Facilitate Actions against Persons Associated for Commercial Purposes and against Unincorporated Companies*. The very title of the act as well as the preamble show clearly that it was intended as an administrative measure only and cannot therefore be considered as affecting in any way the legal principles upon which the partnership relation is based.

By section 4 of this act, the service of any summons or process upon any partnership carrying on business within the province, is deemed to have the same and equal effect as a service upon the members of the partnership personally. We thus have the intermediate step between the conception that the partnership did not exist as a separate entity, and that therefore the only service could be a service upon the individual partners, and the present rule of our Code of Procedure which has been interpreted by our courts (4) not as permitting, but requiring, the general partnership to be served at its place of business, personal service upon one of the partners only being allowed merely in the case of there being no place of business. It is perhaps unnecessary to point out that while 69-6° C. pr. refers to all commercial partnerships, 139 C.P. is limited to general partnerships. Article 140 C.P. contains a parallel provision for joint-stock companies (5) ; it may be assumed that the wording of 1881 C.C. is sufficiently broad to make 139 C.P. applicable to limited partnerships also ; and while there is no corres-

---

(1) C.P. 135.
(2) Guillouard, Société, (2nd Ed.) No 25.
(3) « Service upon a general partnership may be made at its place of business or, if it has none, upon one of the partners ».
(4) Underwood vs Malone, 10 S.C., 435.
(5) This provision comes originally from 23 Victoria c. 31, s. 55.

ponding provision whatever for our anonymous partnership, this is explained by the very nature of that particular form of partnership.

Reference should also be made to article 122 C.P., the last two paragraphs of which,

> If a commercial partnership, having its principal place of business outside the district, is not registered therein, it may be summoned by its firm name, with mention of the place where such principal place of business is situated ; but the judgment rendered against it is then executory only against partnership property.
>
> So long as a registered commercial partnership is not dissolved, it may be sued under its firm name, but the judgment rendered against it is executory only against partnership property.

might at first sight be considered as implying the existence of a separate partnership entity. But both paragraphs are permissive only ; the first exception is made to overcome the difficulty which arises where partners have by their own neglect made it impossible for a plaintiff to know whom he should sue ; neither provision is to be found in the old Code of Procedure, contemporaneous with the Civil Code. Indeed, the second is of as recent date as 4 George V, chapter 70, and in each case the concession entails a restriction on the extent of the plaintiff's ordinary recourse.

To draw a further analogy from the English law of partnership, where the partnership is not recognized as a separate entity, it might be noted that, under the rules of the Judicature Act (1), partnerships may sue and be sued in the firm name. When sued in the name of the firm, the partners must appear individually in their own names but all subsequent proceedings continue in the name of the firm.

This provision of the English law brings out very clearly a lack in our own. We have no provision permitting a partnership to sue otherwise than in the name of each of the partners. The entity theory would logically permit the partnership to sue in the firm name alone.

Again, the provisions of 1836 and 1837 C.C. which apply to all partnerships equally and which provide that, in the circumstances there mentioned, after judgment has been obtained against some of the partners, others may be sued jointly and severally on the same cause of action, are incompatible with the theory of separate entity. Article 698 C.P., referring to a seizure by garnishment served upon a commercial partnership in execution of a personal judgment against a partner, loses any force it might have as an argument in favour of the theory owing to the provision of article 1892 C.C. that a judgment maintaining such a seizure terminates the commercial partnership, while the mere seizure gives a right to all the other partners to have the partnership dissolved.

---

(1) Order XLVIIIA.

Before discussing the jurisprudence of our courts in the light of the foregoing arguments, there are three other aspects of the question which may be touched on briefly — the acquisition of juridical personality, the question of bankruptcy and the question of nationality.

THE ACQUISITION OF JURIDICAL PERSONALITY

It is questionable whether any collectivity of individuals or interests can acquire juridical personality without the sanction of the State. This is accepted as the general principle in France, even by those who find an exception in favour of partnerships (1). The expression of Loisel, quoted approvingly by a later author, is, *L'on ne se peut assembler pour faire corps de communauté sans congé et lettre du roi* (2).

The English principle is :

> Except the State, corporations are the only juristic persons known to the Common Law ; unless the State recognizes a corporation, it is not a juristic person (3).

Thus, the law of France and the law of England are at one on this point ; otherwise, we might become involved in some nice questions of civil and public law.

Returning then to the cardinal rule of interpretation of the Judicial Committee that our Code is a statute and must be interpreted as such, we fall back on the rule of the interpretation of statutes that every part of a statute must be construed with reference to the other parts so as, so far as possible, to make a consistent enactment of the whole. The first book of our Code deals with persons, real and artificial. One title only is devoted to artificial persons, that entitled *Of Corporations*. The first article of this title (352 C.C.) begins :

> Every corporation legally constituted is an artificial or ideal person.

Had the article read, « an artificial or an ideal person is a corporation legally constituted », our thesis would be proved. But if we presume for a moment that, in the opinion of the Codifiers, corporations were the only artificial or juridical persons known to the law, would we not expect them to give the definition as it stands ? It is not an artificial person that they are defining but that peculiar entity, the corporation, whose peculiarity consists in the fact that it is an artificial person. If artificial persons or juridical persons, other than corporations, do exist in our law, then the Codifiers have left a lament-

---

(1) Baudry-Lacantinerie, Société, No 11.
(2) Guillouard, Société, (2nd Ed.) No 25.
(3) Gray, Nature and Sources of Law, ss. 115, 131.

able gap in this book of our Code.

Since one of the chief attributes of a corporation is the right to sue and be sued in its corporate name, it is a very great temptation to make that right the test of all juridical persons. By that test the partnership, having no right to sue in the firm name, and its rights to be so sued being restricted, could not rank as a juridical person. Certain *dicta,* notably of Cannon, J., in the notes of judgment in *Society Brand Clothes Limited vs Amalgamated Clothing Workers of America* (1), seem to make the legal entity and the right to sue and be sued coexistent in this province, but these were *obiter dicta* since the case really turned upon the capacity accorded the defendant by the law of New York, where it had its principal place of business. Besides, in this case, the question was approached from the opposite angle — the real question at issue was not the legal entity of the defendant but its right to sue and be sued.

While, therefore, we cannot consider that our law is fixed in this respect, it is a reasonable deduction that if we find a group of persons who are forced by law to sue in the individual names of each member of the group, the association of these individuals in the group cannot, in the absence of some specific provision of law to the contrary, be considered as having called into being a separate legal entity which exists in the eyes of the law as an artificial or juridical person, capable of owning property by a title distinct from that of its component members.

BANKRUPTCY

The French doctrine accepts, as one result of the personality theory, that the commercial partnership itself can be put into bankruptcy and that the personality continues during the liquidation.

> Sont seules susceptibles d'être déclarées en faillite ou mises en liquidation judiciaire les sociétés commerciales douées de la personnalité morale (2).

The simultaneous bankruptcy of each of the partners is considered not technically inevitable, but due to a separate cause — the liability of each for the debts of the partnership.

This is contrary to our federal law of bankruptcy — a firm cannot *qua* firm be put into bankruptcy (3) — but in any comparisons between French and Quebec law, recourse must be had not to bankruptcy law but to the provisions of the Code of Procedure relating to abandonment of property. The principle there is that any demand must be made against all the partners who then, acting in unison (4) make an aban-

---

(1) 1931, S.C.R. 321.
(2) Houpin et Bosvieux, Traité des sociétés civiles et commerciales, (6th Ed.) Vol. 3, No 2122 ; Troplong, Sociétés, No 1005.
(3) Duncan & Reily, Bankruptcy in Canada (1933), p. 857.
(4) Byers vs Craig 2 C.B.R. 528, contra.

donment of all their property, personal and partnership. Since this entails the dissolution of the partnership (1892 C.C.), the abandonment is really of personal property and of property held in undivided ownership (1). The provisions of 860 C.P., covering the case where one member of the partnership is dead or absent from the province, are, according to the Codifiers, « intended merely as a remedy of convenience for creditors, and being an exceptional remedy, are subject to the exception there noted » (2).

NATIONALITY

Lyon-Caen and Renault (3), among other authors, hold that a partnership may have a nationality distinct from that of its partners, and quote a judgment which held this as a sufficient reason for refusing to exact security *judicatum solvi* from the foreign partners. Our own jurisprudence, as will appear, is to the opposite effect.

In the English case of *Reg. vs Arnaud* (4), approved by the House of Lords in the Salomon case (5), it was held that a company incorporated by charter could own a British ship although its members were foreigners, a ruling which is perpetuated in the Canada Shipping Act (6) as being a necessary result of the recognition of incorporated companies as artificial persons. It is difficult to conceive, however, that our courts would ever recognize a distinct nationality for a mere partnership.

It was suggested at the outset of this article that the decisions of our courts on this question of the legal personality of the partnership had been unduly influenced by French jurisprudence. For this reason, it seemed advisable to discuss the problem at length from the academic point of view before entering into a discussion of the cases themselves.

The earliest reported decisions on the point which we find are two cases, each decided in the Superior Court by a bench of three judges

---

(1) Reid vs Bisset, 15 Q.L.R. 108.
(2) Codifiers' Report XXXI.
(3) Traité de dr. comm., I No 115 bis.
(4) 9 Q.B. 806.
(5) 1897 A.C. 22.
(6) 24-25 Geo. V. c. 44, s. 6 (d).

in 1854 — *Tator vs McDonald* (1) and *Berthelet vs Galarneau* (2). The first case turned on the question as to whether a plaintiff could sue one only of several copartners (3). The report gives us the remarks of two of the judges :

> Day, J. In France now it appears that a party is not allowed to sue one of several co-partners until he has brought his action against the co-partnership, V. 4, Pardessus, No. 1026 ; but it has been the practice and jurisprudence here, and we find nothing against it in the old books, and if the plaintiff cannot do so it is an exception to the rule of *solidarité*.
>
> Smith, J. I concur with the court on the ground of practice, but I personally think no such action can lie. A co-partnership is a distinct person — *personne civile*, V. 5, Duvergier, No. 381, and following, also, 4 Pardessus, and action should be brought against the co-partnership. In the old books we find the doctrine with regard to *solidarité* ; but the difference is that the contract is made with individuals who by law are reputed to be *solidaire*, whereas this is a contract with the co-partnership, and not with one of them alone.

The second case, Berthelet vs Galarneau (2), dealt with the question of service upon the partnership at the place of business of the firm, and is cited by the Codifiers (4) with the statutory provisions which we have already discussed (5), as authority for the provision allowing service upon a general partnership to be made at its place of business, if it has one. In the report, Mondelet, J. is quoted as saying :

> I had some difficulty in bringing my mind to agree with the opinion of the other members of the Court, but after looking through a great many books I at last found in the Nouveau Pigeau, in the notes, p. 194,12 exceptions to the rule that a party shall be served personally at his domicile, and also a reason for this being an exception. *This is the reason, the partnership is an être, and it is at its domicile that the service should take place.*
>
> It would seem that the provisions of 12 Victoria, c. 45, were a sufficient *ratio decidendi* for this action without it being necessary to have recourse to the question of whether the partnership was or was not an *être moral.*

The first definite pronouncement after the promulgation of the Codes appears to be that of Loranger, J. in a Superior Court case of *Girard vs Rousseau* (6), a case of a contested municipal election. Rous-

---

(1) Montreal Condensed Reports, p. 84.
(2) Montreal Condensed Reports, p. 131.
(3) For later decisions to the contrary see p. 512.
(4) Codifiers' Report 1866, art. 59.
(5) p. 501.
(6) (1887) 31 L.C.J. 112.

seau, in order to qualify as alderman, had taken a transfer of an immoveable belonging to the partnership of which he was a member. The deed was called a sale but no money passed, and the sale price was merely debited against him on the books of the partnership. The deed was executed just before nomination day and the property qualification should have been enjoyed for a longer period. To meet this second difficulty, and benefit from the provisions of 746 C.C., the deed was called a provisional partition. There were also other difficulties in the way of meeting the qualification requirements so that the case is far from being clear cut. The Court held that the immoveable had not ceased to belong to the commercial partnership, a *legal person,* and that Rousseau was not qualified.

One of the *considérants* of the judgment stresses the distinction between a commercial and civil partnership implying, although there is no actual discussion of the point reported, that the civil partnership is not to be considered on the same footing as the commercial partnership ... *vu qu'il ne s'agit pas d'une société civile, mais, au contraire, d'une société commerciale qui constitue un être moral distinct des associés comme susdit et que, dans ce cas, le partage réagit seulement au jour de la dissolution de ladite société.*

Following these decisions of the Superior Court, we have an important decision of the defunct Court of Review.

In 1889, a Court consisting of Routhier, Caron, and Andrews, JJ. decided in *Babineau vs Théroux* (1) that all partnerships were juridical entities (*être moral*). In this case, the firm of Felton and Théroux had a judgment for costs against one Pacaud, in whose hands an attachment was taken at the instance of a personal creditor of Théroux. Andrews, J., after making a very extensive review of the French authorities, took the view, inaccurate as subsequent history has shown, that the legal existence of the partnership, civil as well as commercial, was so generally accepted that the question was no longer a question of controversy. He concluded that, in our Province, there was no longer any room for doubt because of the existence of our article 1899. There can be no quarrel with the actual decision of the Court maintaining the intervention of the partnership and quashing the attachment in view of the very specific provisions of 1899 C.C. ; but we have already suggested that this article can stand on its own feet and is not to be considered as a link in the entity theory. Besides, as Andrews, J. himself points out, Laurent, who consistently denied the

(1) 16 Q.L.R. 4.

existence of the separate partnership entity, also denied (1) the right of the creditor of a partner to attach a partnership debt.

The report of the decision of the Court of Queen's Bench in *Damiens vs La Société de Prêts et Placements de Québec et Lachance* (2) in the *Revue de Jurisprudence* has a very misleading head-note. The facts giving rise to this particular case were that a firm, Damiens et Frère, had given a hypothec to the loan company which, after its bankruptcy, was attacked by Lachance, a subsequent hypothecary creditor, as being invalid because executed by only one of the two partners.

Cimon, J., the trial judge, after a long discussion of the authorities, held that, as the mandate of 1851 C.C. was a general mandate only, it was not sufficient to cover the granting of the hypothec, but that the express consent of each partner was necessary and that such consent must be in authentic form. With such a finding, 1852 C.C. (3) should surely have been sufficient authority to render the hypothec ineffective, even for the share of the partner executing the deed, but the judge bases his conclusions on the juridical entity of all partnerships, going so far as to say, *C'est un principe de droit certain qui n'a jamais été contesté quant aux sociétés commerciales* (4), and holding that the authority of the *Cour de Cassation* had sufficiently settled the point with respect to civil partnerships.

The trial judge had found, as a matter of fact, that the partner signing the deed had had the *verbal* authorization of his co partner, and the Court of Appeal, accepting this finding of fact, reversed the decision on the point of law, holding that the verbal mandate was sufficient to bind the partnership. On the question of the entity of the partnership, discussed at such length by the trial judge, the Court of Appeal is absolutely silent. Yet, the head-note in the *Revue de Jurisprudence* distinctly states that the Court of Appeal confirms Cimon, J. on this particular point.

In the following year, in another Court of Review case (5), Casault, C. J., in discussing the rights of partners after the dissolution of the partnership, declares, as though it were a mere statement of fact, that the partnership is a juridical entity. The point actually at issue was whether a member of a former partnership was entitled to execute alone for his share of the partnership judgment. The Chief Justice invoked the entity theory — although the partnership in question was a civil one — apparently on the assumption that 1898 C.C., by

---

(1) Vol. 26. No 359.

(2) (1896) 3 R. de J. 32 ; 5 K.B. 11.

(3) « A partner who has no right of management cannot alienate or otherwise dispose of any thing which belongs to the partnership ; saving the rights of third persons as hereinafter declared ».

(4) 3 R. de J. at p. 43.

(5) (1897) Crépeau vs Boisvert 13 S.C. 405.

making applicable to the partition of the partnership property, the rules for the partition of successions, must be considered as treating the partnership as a being distinct from the partners to the same extent as the heirs are distinct from the *de cujus*. At the same time, however, he quoted as authorities two earlier decisions (1) which had allowed the partner to seize for his share only, although these decisions were motivated on the cessation, upon the dissolution of the partnership, of the mandate which the partners are presumed to have mutually given each other (2). Here again, then, it would seem that the case could have been decided in the same way without any reference to the question of the existence of the partnership entity.

An interesting case, which brings up the question of title to immoveable property, is *Langlois vs Dubray* (3).

A partnership, Langlois, Plante & Co., had leased an immoveable with the provision that, in case of sale, the lease could be cancelled upon thirty days' notice. On the dissolution of the partnership, while the lease was still in force, the immoveable in question was transferred to Langlois, who agreed to pay off his partner in cash and to assume the partnership debts. Langlois then gave notice to the lessee that the lease was cancelled, owing to the sale. Langelier, J. held that the cession of the immoveable to the plaintiff merely put an end to the indivision existing between him and Plante ; it was therefore a partition with all consequent effects accorded by law to a partition of property. The plaintiff was accordingly considered to have been the proprietor at the date of the execution of the lease and it could not be considered that there had been any sale of the property giving rise to the right to cancel the lease itself.

In 1905, we have two decisions of the Court of Review, by two separate benches. In *Sykes vs Dillon* (4) the head-note is again misleading. It reads in part :

> L'assignation d'une société en nom collectif, à son bureau d'affaires, l'huissier parlant à une personne raisonnable, est une assignation, *tant de la personne morale qu'est la société, que de chacun des associés individuellement.*

When we look at the facts as set forth in the judgment of the Superior Court and in the notes of Pagnuelo, J. for the Court of Review, we find that the action was taken against J. S. Dillon and R. L. Dillon, as carrying on business in New York under the name of Dillon & Company and in Montreal under the name Bellhouse, Dillon & Compa-

---

(1) D'Amour v Bertrand, 26 L.C.J. 136 ; Montigny vs de Bellefeuille, 30 L.C.J. 299.
(2) 1851, C.C.
(3) (1900) 17 S.C. 328.
(4) 28 S.C. 230.

ny. Service was made on the defendants at the office of Bellhouse, Dillon & Company, upon a reasonable person there, and the two appeared by their attorneys and pleaded that the goods sued for had been supplied, not to Bellhouse, Dillon & Company, but to Dillon & Company in New York, and that they were not carrying on business together in New York as Dillon & Company. On preliminary examination it was disclosed that the business of Dillon & Company in New York was being carried on by J. S. Dillon alone. Permission was obtained by the plaintiff to amend the writ and declaration by striking out the names of R. L. Dillon and Bellhouse, Dillon & Company, leaving that of J. S. Dillon as carrying on business under the name of Dillon & Company. Defendants' solicitors subsequently received copy of the amendment, waiving *service only*. It was later contended, on behalf of the sole remaining defendant, that, the original declaration never having been served on J. S. Dillon personally nor at the place of business of Dillon & Company, the amended writ should have been served on him, not on the attorneys who had originally appeared for him and R. L. Dillon following the service at the office of Dillon & Co. This contention was maintained in the Superior Court but reversed in Review on the ground that J. S. Dillon was served at the office of the firm of which he was a member, had appeared in Court by his attorneys, had therefore been present in Court when the amendment was made, and had, again through his attorneys, received a copy and waived service thereof.

Pagnuelo, J., after setting forth the facts, said :

> Est-ce que l'on soutiendrait que ce sont les maisons seules qui ont été poursuivies, et qu'on ne peut convertir une poursuite contre une société, en une poursuite contre un individu ? La réponse serait bien simple.
>
> Ce n'est jamais la maison ou la société qui est poursuivie, ce sont les individus qui la composent, ils sont condamnés alors conjointemnet et solidairement et la sentence est exécutoire contre les biens des individus et contre ceux de la société. Quand la société est enregistrée, la poursuite se prend généralement contre tous les membres de la société, probablement pour éviter des multiplications d'actions.

There seems little justification here — and this is the only passage in which it could be found — for the reporter's head-note.

In *Sale vs Crepeau* (1), in which the point at issue was one of compensation as between the debtor to a firm and one of the partners personally, St-Pierre, J. (2) reached the somewhat extraordinary conclusion that it was unnecessary to decide on the one side or on the other in the controversy as to whether, assuming commercial partnerships to be *personnes morales,* civil partnerships were to be looked

---

(1) (1905) Court of Review, 28 S.C. 423.
(2) Ibid, at p. 431.

upon in the same light, because partnerships between solicitors or barristers *must* be so considered, not because they were either commercial or civil partnerships, but because of the profession of the partners composing them. In this he held he was following a decision of the Court of Queen's Bench, *Ouimet vs Bergevin* (1) which has recently been overruled by the Supreme Court in *Pérodeau vs Hammill* (2). It should be noted, however, that in both the *Ouimet vs Bergevin* and the *Pérodeau vs Hammill* cases, the question discussed was whether the liability of the partners was joint and several, or joint only.

In *Block vs Carrier & The North Shore Power Railway & Navigation Company* (3), Pelletier, J. found as a fact that it had not been proved that the partnership involved was insolvent and therefore dissolved ; however, it is clear that had such insolvency been proved, he would have been governed by the French authorities, cited by him, who consider that the existence of the jural person continues through the liquidation.

Then, we have Dorion, J. in *Robertson vs Guilbaut* (4), declaring, again by way of *obiter dicta,* that the commercial partnership is a juridical person, *obiter dicta* because he comes to the conclusion that the relationship which he has examined was not a partnership but mere undivided ownership. However, he recognizes the difficulty involved, since he says, discussing the question of the seizure of a partner's share :

> Quant à la part du capital, il peut aussi la saisir en vertu de l'article 1892, mais c'est encore entre les mains d'un tiers qui est la société, personne morale (ce qui n'est pas sans difficulté d'exécution si l'on considère que la société cesse d'exister par suite de cette saisie).

In 1928, Bond, J. in *Kingsley vs Smeall* (5), supports the entity principle, apparently relying entirely on the statement in Mignault. The judgment does not state definitely whether the partnership in question was civil or commercial, nor is any reference made to the question of registration provisions which, as the property involved was real property, might have been of some effect.

In *Frenette vs Aqueduc St-Gilbert* (6), Lemieux, C. J. maintains the distinction between the civil and commercial partnerships, making the commercial character synonymous with legal existence and declaring formally that the law does not attribute any juridical individuality to the civil partnership.

---

(1) (1878) 22 L.C.J. 265.
(2) (1925) S.C.R. 289.
(3) (1906) 30 S.C. 37.
(4) (1918) 21 P.R. 146.
(5) 66 S.C. 470.
(6) (1931) 69 S.C. 167.

With the recent decision of the Court of King's Bench in *Wemyss vs Poulin and Lotbinière Pulp Ltd.*, (1) we have the pronouncement of our highest provincial court in the matter. Here too, unfortunately, we have the question of the « entity » interjected into the discussion when it was not strictly necessary for the ultimate decision. The point at issue was the validity of the acceptance of a certain offer by two of three partners. It had been stipulated in a lease granted to the three partners, who had been doing business under the firm name of Lotbinière Pulp & Manufacturing Company, that if the lessor had an offer for the purchase of the property he should notify the lessees by registered letter, a separate letter to be sent to each lessee, whereupon the the lessees would have the privilege, during a stipulated delay, of purchasing the premises under lease for the consideration, and upon the conditions, of the offer of sale made by the outsider. An outside offer having been made, the lessor notified each of the partners in accordance with the provisions of the lease. Two of them accepted the offer within the delay stipulated but there was no formal acceptance from the third. The partnership contended that the acceptance of the two partners was sufficient.

The formal judgment of the Court of King's Bench, reversing that of the Superior Court reads in part :

> Considering that the offer contained in the clause of the lease hereinbefore quoted was given to the partnership as an entity and not to the individual partners personally ;
>
> Considering that a majority of the partners could not accept an offer of this kind as it was not a matter of commerce or an ordinary matter of administration.

It is the second *considérant*, we believe, which should be considered the *ratio decidendi* in the case, but in the notes of judgment, Barclay, Bond, and St-Jacques, JJ. all accept, apparently as an uncontroverted principle, that the partnership is a moral entity.

Then there is a series of decisions, of which the most important is that of Casault, C.J. in *Brasserie de Beauport vs Dinant* (2), in which it was held that the creditor of a commercial partnership, notwithstanding the joint and several liability, cannot sue an individual partner until he has sued the partnership itself. The reason given is that the copartners are in the position of sureties, rather than of simple codebtors and such an argument would imply naturally a principal debtor distinct from the partners, in other words, a partnership entity. How-

---

(1) (1934) 57 K.B., 514.

(2) (1898) 14 S.C. 284 ; see also Cassant vs Perry, (1863 S.C.) 7 L.C.J. 108 : Tison vs Boisseau, (1900 C.C.) 6 R. de J. 538 ; Marsolais vs Willett, (1899) 17 S.C. 262, Contra, Tator vs McDonald, M.C.R. p. 84, Stadacona Bank vs Knight, (1875. S.C.) 1 Q.L.R. 193.

ever, the implication is discounted when we realize that Casault, C. J. bases his decision on citations from Pardessus, Bedarride and Delangle, who all proceed on the assumption of the juridical personality of the French commercial partnership, so that we are arguing from effect to cause only to find that our cause is dubious, or rather, that it is an assumption which we have already contended is not applicable to our own commercial partnership.

As we have already indicated, in most of the foregoing cases the determination of the principle was not essential to the point in litigation, but rather collateral. Where the issue is clear cut, so that the whole case must stand or fall by the acceptance or not of the entity theory, is in cases of *judicatum solvi* and these are, for the most part, against the theory.

In 1905, Davidson, J. in a case of *Browne vs Taylor* (1) granted a motion for security for costs against the non-resident member of a commercial partnership, which carried on business and had an office in the province, and ruled that the contention that a commercial partnership was a kind of moral or jural person was untenable. He refers, among other cases, to four earlier decisions (2), in all of which the absentee partner was required to give security for costs. He also quotes an adverse decision rendered by Jetté, J. (3) overruling an interlocutory decision of Mathieu, J. (4).

Reference might also be made to an earlier decision of the Court of Queen's Bench (5).The appeal was from an interlocutory judgment ordering two plaintiffs, only one of whom was outside the jurisdiction, to give security for costs. The report states that « the Court was of the opinion that the plaintiffs being non-partners and there being no solidarity between them, the defendant was only entitled to security from the plaintiff who had left the country ». Are we to assume from this that, had they been partners, the Court would have required the resident partner as well as the non-resident to give security ?

A good example of how one's point of view on this question changes when faced with a motion for security for costs will be found in the judgment of Stein, J. in *Duval vs Duval* (6). Only the previous year (7) he had declared :

---

(1) 28 S.C. 462.

(2) Crane vs McBean, (1892) 1 S.C. 299 ; Royer et al vs Bisson, (1896, S.C.) 2 R. de J. 210 ; Taylor vs Lewis, (1898, S.C.) 2 P.R. 187 ; Sapery vs Gagnon, (1900, S.C.) 3 P.R. 57.

(3) Crane vs McBean, (1893) 4 S.C. 331.

(4) Crane vs McBean, (1892) 1 S.C. 299.

(5) Humbert et al vs Mignot, (1874) 18 L.C.J. 217.

(6) (1926, S.C.) 28 P.R. 242.

(7) Terreau et al vs Aubin et al (1925, S.C.) 31 R.L.n.s. 515.

> Considérant qu'il est aujourd'hui admis que les sociétés, comme celle dont les demandeurs font partie, (i.e. a commercial partnership) forment un être ou corps juridique ou moral distinct des associés eux-mêmes (1).

and in the Duval case he refers to his previous decision (2) but adds :

> Mais je ne crois pas que l'on puisse appliquer cette doctrine au cas actuel.
>
> En effet, toute partie, demanderesse ou défenderesse, à moins d'être une corporation, doit être désignée nommément, par ses noms et prénoms, dans toutes les procédures, même quand cette partie est un des membres d'une société en nom collectif, car, alors, ce n'est pas la société, ce n'est pas l'être juridique qui agit, en demandant ou en défendant, mais ce sont les personnes physiques qui le composent (C.P. 122).

As we have stated, if the principle is well founded and forms part of our law, then it should be applied in questions of procedure as well as in matters of substantive law. To state, as here, that when the partnership is involved as plaintiff or defendant, it is not the juridical person which acts, but the physical persons who compose it, is not only begging the question but also involves the objection that the physical persons are then infringing the rule against pleading in the name of another.

Finally, we may refer to two judgments, involving legal firms, which are in a sense *jugements d'espèce* :

Giguère vs Cie de Chemins de Fer Quebec Montmorency & Charlevoix (3), which seems incompatible with any conception of the partnership as a person distinct from the partners ; and

Hamel vs Lyons (4), in which Gibson, J. held « that the association in partnership of lawyers for the practice of their profession under a firm name does not constitute a corporation or legal person distinct from the persons of its members », thus apparently assimilating a corporation and an artificial legal person.

---

(1) The authorities quoted in support of this *considérant* are not all strictly in point.

(2) There is a similar decision by him in *Donohue vs La Corporation de la Paroisse de St-Etienne de la Malbaie*, (1923, S.C.) 31 P.R. 103. This case later went to the Supreme Court but this particular point was not raised on appeal.

(3) 1893, (C. of R.) 3 S.C. 405.

(4) (1922) 24 P.R. 112.

DU CAUTIONNEMENT ET DU NANTISSEMENT

Rapport présenté par

M. HECTOR MACKAY,

Avocat au Barreau de Montréal,
professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Montréal,
docteur en droit de l'Université
de Paris.

DU CAUTIONNEMENT

Titre XV.

Notre titre quinzième du cautionnement correspond au titre quatorzième du Code civil français, lequel d'ailleurs résume les règles de Pothier sur le même sujet. Pourquoi les numéros des titres ne sont-ils pas les mêmes ? C'est parce que le titre des transactions vient après le cautionnement dans le Code français, alors qu'il apparaît avant dans notre code. L'ordre suivi par nos rédacteurs est plus logique. Le cautionnement en effet a pour caractère principal d'être une sûreté personnelle ou un contrat de garantie et comme tel, il se place logiquement avant le nantissement, les privilèges et hypothèques, qui constituent des sûretés réelles. Les rédacteurs français ont eu l'idée, pour le moins singulière, d'intercaler la transaction entre le cautionnement et le nantissement. Leur excuse, comme l'explique Guillouard, c'est d'avoir voulu rattacher le cautionnement au groupe formé par les trois contrats précédents, le prêt, le dépôt et le mandat qui, par leur nature, sont des contrats de bienfaisance. « Le cautionnement, dit Pothier, renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige ». Malheureusement, la série se trouverait quand même interrompue par le titre des contrats aléatoires qui sépare le dépôt du mandat.

Les rédacteurs de notre code, profitant des critiques adressées à leurs devanciers, ont réparé cette faute évidente en redonnant un plan logique à la distribution de ces matières. Il est à noter que les rédacteurs du Code civil espagnol ont fait de même en 1889.

Les Code civil italien de 1866 ne contient pas non plus la même erreur de distribution, mais il en renferme deux autres, peut-être moins explicables. D'une part, il place le cautionnement entre le gage et le titre des privilèges et hypothèques, et d'autre part, il intercale la matière de la transcription entre le cautionnement et le privilège.

Il convient donc de noter au début de notre analyse, la correction ainsi faite par nos codificateurs dans la distribution des titres du livre troisième du code.

En ce qui concerne le fond même du droit sur cette matière du cautionnement, l'on peut dire que les articles 1929 à 1966 de notre

Code civil sont la reproduction fidèle des articles 2011 à 2044 du Code civil français. La seule distinction fondamentale dont il faut tenir compte, se trouve à l'article 2028 du Code français qui donne le même recours à la caution contre le débiteur principal, « soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur », alors que nos articles 1948 et 1949 correspondants n'accordent pas le même recours dans les deux cas. Cette distinction entraînera de légères modifications à nos articles 1953 et 1961. Pour le reste, les quelques différences que l'on rencontre deçi delà dans la rédaction des textes sont sans importance ni conséquences au point de vue juridique et nous les signalerons en passant, sans plus de commentaires.

La division du titre du cautionnement en quatre chapitres est identique dans les deux codes, les trois premiers se rapportant au cautionnement conventionnel et le quatrième à la caution légale et judiciaire.

CHAPITRE I

De la nature, de la division et de l'étendue du cautionnement.

Les deux premiers articles 1929 et 1930 ne se retrouvent pas au Code français. Ils donnent une définition générale du cautionnement, ainsi que de ses trois espèces, tandis que le Code français qui ne définit pas le cautionnement, se borne par son article 2011 à indiquer les effets de ce contrat.

L'article 1932 ajoute à 2012 C. f. que l'on peut cautionner l'obligation purement naturelle. Cette distinction a peu d'importance pratique, car la majorité des auteurs français, dit lui-même M. Capitant, qui est dissident, admettent que l'obligation naturelle puisse faire l'objet du cautionnement. Nos rédacteurs ont cru bon de le mentionner expressément pour éviter tout doute à ce sujet.

Les autres articles de ce chapitre reproduisent exactement les dispositions du Code français « mutatis mutandis ».

CHAPITRE II

De l'effet du cautionnement:

Section 1. — Effet entre le créancier et la caution.

Les articles 1941 à 1948 concernant l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution correspondent exactement aux articles 2021 à 2028 du Code français.

Section 2. — Effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

C'est ici que se place la distinction essentielle apportée par nos codificateurs entre notre droit et le droit français en cette matière du cautionnement. Dans notre droit, le recours de la caution contre le

débiteur sera différent, suivant qu'elle s'est obligée avec ou sans le consentement du débiteur. Cette alternative se trouve régie par les articles 1948 et 1949, qui se lisent comme suit :

« 1948. — La caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur, a son recours pour ce qu'elle a payé pour lui, en principal, intérêts et frais, et aussi pour les frais faits contre elle, et ceux par elle légalement encourus pour et depuis la dénonciation. — Elle a aussi recours pour les dommages, s'il y a lieu ».

« 1949. — La caution qui s'est obligée sans le consentement du débiteur n'a droit, en payant, de recouvrer que ce que ce dernier aurait été tenu de payer si tel cautionnement n'avait pas eu lieu, sauf les frais subséquents à la dénonciation du paiement fait, qui sont à la charge du débiteur. — Elle a aussi recours pour les dommages auxquels le débiteur aurait été tenu sans ce cautionnement ».

Ces deux articles correspondent à l'article unique 2028 du Code civil français qui se lit :

« 2028. — La caution qui a payé, a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur. Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu ».

On le voit, la distinction faite par nos articles n'est pas exprimée dans le texte français. Les rédacteurs de notre code ont émis l'opinion que les recours devaient être différents dans les deux cas. Car, disent-ils, la caution qui cautionne le débiteur à sa demande, agit comme mandataire et a par conséquent les recours qui appartiennent à un mandataire contre le mandant, par exemple, elle pourrait réclamer tous les déboursés qu'elle a faits, tandis que la caution qui cautionne à l'insu du débiteur n'a que les droits qui résultent du quasi-contrat de « negotiorum gestio », lequel ne permet de recouvrer que les déboursés utiles. C'est la raison pour laquelle les Commissaires ont substitué à l'article 2028 nos deux articles 1948 et 1949.

La théorie du droit romain en matière de « fidepromissio » et de « fidejussio », avec la distinction qu'elle consacre entre le cas où il y a mandat et le cas où il y a simplement gestion d'affaires de la part de la caution, était admise dans l'ancien droit français. Pothier l'indique expressément dans le passage suivant, après avoir dit que la caution est subrogée aux droits du créancier: «Si elle a négligé d'acquérir cette subrogation, elle ne laisse pas d'avoir de son chef une action contre le débiteur principal, pour se faire rembourser de ce qu'elle a payé pour lui. Cette action est l'action «mandati contraria», si c'est au su et au gré du principal débiteur qu'elle l'a cautionné : car, ce consentement du débiteur principal renferme un contrat tacite de mandat, suivant cette règle de droit : « Semper qui non prohibit pro se intervenire man-

dare creditur » : L. 60, ff., De Reg. jur. Si la caution s'est obligée pour le débiteur principal sans sa connaissance, elle ne peut pas avoir contre lui l'action « mandati », mais elle a contre lui l'action « contraria negotiorum gestorum » qui a le même effet ».

L'article 2028 consacre ce recours que donnaient à la caution le droit romain et l'ancien droit français, mais il a supprimé, du moins en général, les différences qui existaient entre la caution qui a agi comme mandataire et celle qui a agi comme gérant d'affaires, tandis que le Code civil de Québec maintient cette distinction par ses articles 1948 et 1949.

Tous les auteurs français cependant sont d'accord sur la nature même de l'action personnelle qui appartient à la caution d'après l'article 2028, action dérivant du mandat, quand elle s'engage sur l'ordre du débiteur (cas normal) et de la gestion d'affaires, quand elle a agi spontanément (cas exceptionnel). Mais en raison des termes généraux de l'article 2028 et malgré la controverse qui existe sur le point de savoir si le gérant d'affaires a droit aux intérêts de ses avances de plein droit, il semble bien établi en France que la caution a le même recours contre le débiteur quand même ce dernier a ignoré le cautionnement.

Ce recours de l'article 2028 donne droit à la caution de réclamer d'abord le principal de la dette, c'est-à-dire tout ce que la caution a déboursé à l'acquit du débiteur, capital, intérêts, et frais ; en second lieu, les intérêts des déboursés à compter du paiement effectué ; en troisième lieu, les frais légalement encourus, mais à condition d'avoir dénoncé la demande au débiteur ; et enfin, les dommages-intérêts. En effet, il peut arriver que la caution, privée de l'argent qu'elle a dû verser au créancier et incapable de payer ses propres dettes, voit ses biens saisis par ses créanciers, ou est mise en faillite, ou encore est condamnée à des dommages-intérêts. Le débiteur principal doit indemniser la caution de ses divers préjudices.

Ces différents droits que l'article 2028 accorde à la caution en droit français, « soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur », notre article 1948 ne les attribue qu'à la caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur. Quant à la caution qui a agi spontanément, elle n'a droit de recouvrer que ce que le débiteur aurait été tenu de payer en capital, intérêts et dommages, « si tel cautionnement n'avait pas eu lieu ». Telle est la conséquence de notre article 1949 dont la disposition ne se trouve pas dans le Code civil français.

Les articles suivants, 1950 à 1953, sont la reproduction des articles 2029 à 2032 du Code français. Mais l'article 1953 qui indique les différents cas où la caution a droit d'être indemnisée même avant d'avoir payé, contient quelques légères différences. D'abord, la portée de notre article est restreinte à la caution « qui s'est obligée du consentement du débiteur », tandis que l'article 2032 s'applique à la

caution en général.

Les cinq cas mentionnés aux deux articles sont les mêmes avec cette seule différence qu'au quatrième alinéa de l'article 2032 qui se lit comme suit : « Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée », notre article 1953 ajoute : « sans avoir égard au délai accordé par le créancier au débiteur sans le consentement de la caution ». Cette modification a été apportée pour faire cadrer le texte avec l'article 1961, lequel, en déclarant que « la simple prolongation de délai accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge pas la caution », laisse à cette dernière le droit de forcer le débiteur au terme originairement convenu. Nous commenterons plus loin ce texte.

De tout temps, l'on a admis que la caution ne pouvait demeurer perpétuellement sous le poids de son obligation, c'est pourquoi le dernier alinéa de l'article 2032 porte que la caution peut forcer le débiteur à payer au bout de dix ans, si l'obligation principale n'a point de terme fixé d'échéance. Cet alinéa est reproduit mot à mot dans notre article 1953, mais un nouvel article 1954, qui ne se trouve pas au Code français, a ajouté un tempérament à cette règle en énonçant qu'elle « ne s'applique pas aux cautions fournies par les officiers publics et autres employés pour la garantie de l'exécution des devoirs de leurs charges ; ces cautions ayant droit en tout temps de se libérer pour l'avenir de leur cautionnement, en donnant avis préalable suffisant, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu ». Cet article était nécessaire par suite de lois provinciales sur le sujet.

Section 3. — De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

L'article 1955 est copié textuellement du Code français (2033).

CHAPITRE III

De l'extinction du cautionnement.

Les articles 1956 à 1961 de notre code sont la reproduction exacte des articles 2034 à 2039 du Code français, sauf ce qui a été ajouté à 2039 par nos codificateurs. En effet, notre article se lit comme suit :

> « 1961. — La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution ; celle qui s'est obligée du consentement du débiteur peut en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement ».

Cet article restreint la disposition qu'il contient à la caution qui s'est obligée du consentement du débiteur, tandis que le Code français l'étend à la caution en général. Il en résulte que la position de la caution qui s'est engagée à l'insu du débiteur est moins avantageuse dans notre droit qu'en droit français. En effet, l'article 2039 porte simplement :

> « 2039. — La simple prorogation de terme, accordée par le créan-

cier au débiteur principal, ne décharge point la caution qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement ». Le Code français ne fait donc pas de distinction entre la caution qui a cautionné à l'insu du débiteur et celle qui l'a fait de son consentement. Nos codificateurs ont exprimé l'opinion que la règle n'est applicable qu'à cette dernière. « Quant à l'autre, (celle qui s'est engagée à l'insu du débiteur), disent-ils, qui n'a contracté qu'avec le créancier, elle peut bien, à l'égard de celui-ci, être déchargée d'un cautionnement dont les termes ne pouvaient être changés *sans son* gré, mais il serait absurde d'accorder à cette caution une action pour forcer le débiteur, avec lequelle n'a rien de commun, de payer avant le délai que lui avait accordé le créancier, avec lequel seul il a contracté ; aussi, notre article ne parle que de la caution qui s'est obligée du consentement du débiteur ; c'est celle-là qui n'est pas déchargée par la prolongation du terme accordé au débiteur, pour la raison qu'elle a droit de le forcer au paiement à l'époque convenue originairement. Le même droit n'appartient pas à la caution qui s'est obligée à l'insu du débiteur ; il suit que, dans les mêmes circonstances, elle doit être déchargée, c'est ce qui, d'après la règle « inclusio unius fit exclusio alterius », doit s'inférer de notre article dans lequel le cas de cette espèce de caution est entièrement omis, tandis qu'il est pourvu à celui de l'autre ».

CHAPITRE IV

De la caution légale et de la caution judiciaire.

Ce chapitre est identique en tous points dans les deux codes.

En résumé, la distinction essentielle qu'il importe de retenir après avoir comparé le titre du cautionnement dans les deux codes, c'est celle qui se rapporte à la caution dans ses rapports avec le débiteur principal.

Son recours variera suivant qu'elle s'est engagée avec le consentement du débiteur ou à l'insu de ce dernier, tandis qu'en France, il n'y a pas lieu de distinguer entre les deux cas.

DU NANTISSEMENT

Titre XVI.

Le titre du nantissement est le dix-septième au Code civil français. Nous avons dit, dans notre introduction au titre du cautionnement, que les rédacteurs du Code français avaient malencontreusement intercalé le titre des transactions entre le cautionnement et le nantissement, et nous avons fait remarquer que nos codificateurs avaient été mieux inspirés en traitant successivement des différents ordres de sûretés : cautionnement, nantissement, privilèges et hypo-

thèques.

Le nantissement est un mode de sûreté qui convient bien au créancier, car il ne se dessaisira de l'objet destiné à lui servir de gage que s'il est payé. D'anciens jurisconsultes, tel que Loisel, en vantent les avantages en ces termes :

« Pleige plaide, gage rend, et bailler caution est occasion de double procès »,

« De foi, fi : de pleige, plaide ; de gage, réconfort ; d'argent comptant, paix et accord ».

Pour éviter de faire l'historique de ce contrat, nous nous contentons de dire qu'il est dérivé du droit romain, mais qu'on s'est quelque peu écarté des règles qu'il donne quant au gage des biens meubles, comme nous le verrons plus loin.

Notre article 1966 donne une définition plus complète du nantissement que le Code français, en combinant les articles 2071 et 2077. Mais il n'y a aucun doute que les deux droits correspondent sur ce point. L'article 1966 se lit comme suit :

« Le nantissement est un contrat par lequel une chose est mise entre les mains du créancier, ou, étant déjà entre ses mains, est par lui retenue, du consentement du propriétaire, pour sûreté de la dette. La chose peut être donnée soit par le débiteur ou par un tiers en sa faveur ».

L'article 1966a ajoute : « Les articles 1488, 1489 et 2268 s'appliquent au contrat de nantissement ». Il s'agit dans ces trois articles de la vente de la chose d'autrui et des cas où cette vente est valable. Ces dispositions sont commentées au titre de la vente.

CHAPITRE I

Du nantissement des immeubles.

Le chapitre concernant le nantissement des immeubles est loin d'être aussi développé qu'en droit français où il comporte les articles 2085 à 2091 sous le titre « De l'antichrèse ». Nos rédacteurs ont changé le titre et ne lui consacrent qu'un seul article qui se lit :

« 1967. — Les immeubles peuvent être donnés en nantissement aux termes et conditions convenus entre les parties. En l'absence de conventions spéciales les fruits s'imputent d'abord en paiement des intérêts de la dette et ensuite sur le principal. Si la dette ne porte pas intérêt, l'imputation se fait en entier sur le principal. Le nantissement des immeubles est sujet aux règles contenues dans le chapitre qui suit, en autant que ces règles peuvent y être applicables ».

Comme on le voit, à défaut de dispositions plus élaborées, ce sont les règles relatives au gage des biens meubles qui s'appliqueront. D'après l'article 1967 qui reproduit l'article 2085 du Code français, il

ne s'agit pas exactement de l'antichrèse du droit romain qui permettait au créancier de prendre possession de l'héritage de son débiteur pour en percevoir les fruits, comme représentant l'intérêt de la dette, jusqu'au remboursement. L'antichrèse ainsi conçue était contraire aux prohibitions du droit canonique contre l'usure. Aussi, ce contrat n'a-t-il pas été reproduit sous cette forme au Code Napoléon. En droit moderne, il autorise le créancier à percevoir les fruits, mais pour les imputer sur les intérêts, et subsidiairement, sur le principal. Il semble peu usité aujourd'hui, même avec sa nouvelle physionomie. Il y a dans la pratique des formes de crédit plus souples que l'antichrèse : chez-nous le contrat de vente à réméré et l'hypothèque sont plus souvent utilisés que le nantissement d'immeubles. De même, la cession des loyers permet au créancier de toucher les revenus d'un immeuble sans lui imposer la charge de l'administration. Planiol et Ripert écrivent qu'en France même, l'antichrèse, survivance de l'antique nantissement immobilier, a été peu à peu supplantée par l'hypothèque et qu'elle est aujourd'hui peu usitée.

Les articles 2086 à 2092 du Code français indiquent les principaux droits et obligations du créancier et du débiteur quant au paiement des contributions et charges annuelles de l'immeuble, des dépenses pour l'entretien et les réparations, et enfin quant au défaut de paiement de la dette.

L'article 2088 doit retenir surtout notre attention, car il prohibe expressément le pacte commissoire : « Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle ; en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales ».

En France, toute convention qui conférerait au créancier le droit de faire vendre l'immeuble à l'amiable, ou aux enchères devant notaire, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, serait frappée de nullité ; il en serait de même de la clause qui autoriserait le créancier à se rendre propriétaire de l'immeuble, même par décision de justice, moyennant un prix fixé par des experts. Tout contrat qui déguise une impignoration, par exemple, une vente à réméré, est nul, comme ayant une cause illicite, en tant qu'il contrevient à l'article 2088. Cette nullité est absolue. Cependant, la prohibition légale n'atteint pas les accords intervenus depuis la perfection du contrat, soit après l'échéance de la dette, soit même avant cette échéance (Planiol et Ripert).

Nos codificateurs se sont départis de cette rigueur et ont permis, au contraire, de donner des immeubles en nantissement « aux termes et conditions convenues entre les parties ».

Nous n'insistons pas davantage sur les dispositions du droit français concernant l'antichrèse, et comme notre article 1967 renvoie aux règles contenues au chapitre du gage, nous passons immédiatement à l'étude de ce chapitre.

CHAPITRE II

Du gage

Nos articles 1968, 1969 et 1970 correspondent exactement aux articles 2072, 2073 et 2076 du Code français.

Les articles 2074 et 2075, qui ne sont pas reproduits dans notre code, exigent un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré en matière excédant la valeur de cinq cent francs, pour conserver au créancier son privilège, sauf en matière commerciale. L'article 2075 s'applique en particulier aux meubles incorporels, tels que les créances mobilières, et il exige en plus la signification au débiteur. L'écrit n'est pas exigé, suivant les auteurs français, pour la validité du contrat, mais pour son opposabilité aux tiers. C'est pour éviter la constitution frauduleuse d'un gage que l'on antidaterait afin de soustraire une partie de son actif aux poursuites de ses créanciers. Le contrat de gage n'est soumis à aucune autre condition pour sa validité entre les parties, même en France, que la remise au créancier et la possession effective par celui-ci de l'objet donné en gage. Ce que décrète l'article 2074, c'est que le créancier ne pourra opposer son privilège aux tiers qu'après avoir satisfait aux formalités nécessaires de la rédaction et de l'enregistrement ; mais à l'égard du débiteur, le contrat non rédigé par écrit pourra être prouvé par toute espèce de moyens, par l'aveu de la partie et même par la preuve testimoniale, s'il y a commencement de preuve par écrit.

A défaut, dans notre code, de ces deux articles 2074 et 2075, nous appliquerons nos règles concernant la preuve des obligations en général et la cession de créances. Nos tribunaux d'ailleurs, se montrent si rigoureux sur la mise en possession du créancier gagiste que nombre de cas de fraude sont ainsi éliminés. D'autre part, en matière de faillite, notre loi prévoit la nullité des actes d'un insolvable qui ont eu pour fin de donner à un créancier une préférence sur les autres, si ces actes ont été faits dans les trois mois précédant la faillite. Mais il faut admettre que les formalités de rédaction et d'enregistrement décrétées par les articles 2074 et 2075 du Code français offrent une meilleure protection que notre action révocatoire en pareil cas.

Nous arrivons maintenant à l'étude des droits qui appartiennent au créancier gagiste. C'est ici qu'apparaît la différence essentielle entre notre droit et le droit français en matière de gage. Le privilège, le droit de rétention et le droit de faire vendre l'objet du gage pour obtenir le paiement de la créance existent, il est vrai, dans les deux codes. Mais l'article 2078 qui règle en France les conditions d'exercice du droit du créancier sur la chose donnée en gage, est bien différent de notre article 1971 correspondant. Ces articles s'expriment dans les termes suivants :

« 2078. — Le créancier ne peut, à défaut de payement, disposer

du gage ; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en payement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères ».
« Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle ».
« 1971. — A l'exception du prêteur sur gage, le créancier ne peut, à défaut de paiement de la dette, disposer du gage. Il peut le faire saisir et vendre suivant le cours ordinaire de la loi, en vertu du jugement d'un tribunal compétent, et être payé par préférence sur les deniers prélevés. Néanmoins, cette disposition ne s'étend pas aux bois qui sont donnés en gage conformément aux dispositions de l'acte 29 Vict., chap. 19, ni quand il s'agit des banques, aux effets et marchandises donnés en gage conformément à la loi concernant les banques et le commerce de banque. Le créancier peut aussi stipuler qu'à défaut de paiement il aura droit de garder le gage ».
De l'article 2078 résultent deux propositions : la première, que le créancier ne peut jamais disposer à l'amiable de l'objet du gage, lorsqu'il n'est pas payé à l'échéance, et que cette règle est une règle d'ordre public à laquelle aucune convention des parties ne peut déroger ; la seconde, que le créancier a le choix, pour arriver à obtenir son paiement, de faire décider par justice, ou que l'objet du gage lui demeurera en paiement, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères (Guillouard).

Cette prohibition faite au créancier de s'approprier le gage en paiement de sa créance, remonte à l'empereur Constantin qui défendit d'une manière absolue toute convention, ou pacte commissoire, devant permettre au créancier de garder l'objet du gage en paiement de la dette. Du droit romain, cette interdiction passa dans le droit français ancien et nouveau. Pothier indique très bien la raison sur laquelle elle est fondée : « Cette loi, dit-il, a été adoptée dans notre jurisprudence. Elle est nécessaire pour empêcher les fraudes des usuriers, lesquels trouveraient dans cette clause un moyen ouvert de tirer un profit excessif des sommes d'argent qu'ils prêteraient, en prêtant de l'argent sous des gages d'une valeur du double de la somme prêtée, à des personnes qu'ils prévoyaient ne pas devoir être en état de rendre la somme au temps convenu ».

C'est cette raison qui prévalut encore lors de la discussion sur le projet de l'article 2078. Les rédacteurs du Code civil français ont même aggravé la sévérité de l'ancien droit en exigeant toujours l'intervention de la justice pour la vente du gage, tandis qu'auparavant une clause spéciale pouvait permettre au créancier de le vendre de gré à gré.

Cependant, disent les auteurs, la prohibition du pacte commissoire n'atteint pas la convention postérieure au contrat de gage, convention qui autoriserait le créancier, soit à s'approprier le gage, soit à en dispo-

ser. On estime que le débiteur peut alors défendre ses intérêts, n'étant plus sous la dépendance de son créancier. D'un autre côté, on se méfie tellement des usuriers, en France, que la jurisprudence annule, comme fondés sur une cause illicite, les contrats de vente à réméré qui dissimulent le prêt sur gage avec pacte commissoire. Pour prouver la simulation, la jurisprudence admet des présomptions telles que la vileté du prix d'achat et la relocation immédiate de la chose au prétendu vendeur, la qualité d'usurier chez l'acquéreur apparent, la fréquence des achats chez la même personne, l'inégalité marquée entre le prix de la vente et le prix de restitution (Planiol et Ripert). Que de cas de fraudes et de malhonnêteté disparaîtraient de la pratique des affaires si nous trouvions dans notre loi et notre jurisprudence une semblable disposition !

Mais nos codificateurs n'ont pas été d'avis de maintenir la sévérité du droit français. Cette prohibition avait pour objet de prévenir l'usure dans les contrats de prêt sur gage et comme, disent-ils, la raison d'être de cette règle a disparu, « la prohibition en question doit être abolie comme n'étant plus en harmonie avec les lois réglant les intérêts ». C'est pourquoi, après avoir énoncé la loi sous une première forme qui interdisait le pacte commissoire, ils ont proposé en amendement l'article 1971 déjà cité. Cet article qui, d'une part, soumet le créancier à la vente en justice pour réaliser son gage, d'autre part exempte des formalités de jugement et d'exécution ordinaires le prêteur sur gage, le créancier qui a reçu des bois en garantie et les banques auxquelles on a donné en gage des effets, marchandises, denrées, etc. Dans ces divers cas, la vente doit se faire aux enchères après avis au propriétaire et publication d'annonces.

De plus, l'article 1971, à la différence du droit français, permet expressément au créancier de stipuler qu'à défaut de paiement il aura droit de s'approprier le gage.

Les effets du contrat de gage dépendent donc, en grande partie, de la convention entre débiteur et créancier, et ce dernier a certes toute la latitude voulue pour exploiter le premier. Il n'y a plus, en cette matière, de question d'ordre public, comme dans l'ancien droit (Mignault).

Les articles 1972 à 1976 reproduisent en substance les articles 2079 à 2083, avec la seule différence que d'après l'article 2080 les dépenses utiles peuvent être recouvrées jusqu'à concurrence de la plus-value, tandis que notre article 1973 n'autorise que le recouvrement des « dépenses nécessaires faites pour la conservation du gage ».

Les derniers articles du chapitre 1977, 1978 et 1979 n'exigent aucun commentaire. Ils constituent des renvois à d'autres dispositions contenues soit au titre des Privilèges et hypothèques, soit à des lois fédérales ou provinciales sur différentes espèces de gage commercial. L'article 2084 du Code français contient un renvoi équivalent en déclarant que les dispositions de ce chapitre ne s'appliquent pas aux matières de commerce ni aux maisons de prêt sur gage.

En résumé, la distinction essentielle qu'il convient de noter touchant le nantissement des immeubles et le gage, c'est le pacte commissoire, lequel est interdit sous toutes ses formes en droit français, alors que notre code le reconnaît expressément. En France, cette prohibition doit rendre la vie bien dure aux usuriers, s'il en existe encore; chez-nous, nous pouvons leur opposer la loi criminelle sur l'usure pour les empêcher d'exercer trop avidement leur petit métier. Mais ils existent tout de même.

DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES

Rapport présenté par
M. PHILIPPE DEMERS,
Juge à la Cour Supérieure de la Province de Québec, doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

Bien que les principes généraux soient les mêmes, il faudrait écrire un volume si l'on voulait signaler toutes les différences qui existent entre la législation française et la nôtre. Ce serait sortir du cadre que l'on m'a tracé. Aussi, je crois répondre à l'invitation qui m'a été faite en signalant celles qui m'ont le plus frappé.

DÉFINITION DU PRIVILÈGE

L'article 1983 de notre code dit : « le privilège est le droit qu'a un créancier d'être préféré à d'autres créanciers, suivant la cause de sa créance ».

L'article correspondant 2095 C. N., après le mot « créanciers » ajoute : « même hypothécaires ». De sorte qu'il est clair en France que le privilège l'emporte sur l'hypothèque enregistrée avant son existence.

Ici la question est controversée.

L'Honorable Juge-en-Chef Lacoste a soutenu la négative, s'appuyant sur les articles 2083 et 2130 C. c., mais l'arrêt de la Cour d'Appel ne touche pas le point (1).

Subséquemment, la question a été décidée en faveur du privilège par la cour de revision (2). On fait deux arguments qui me semblent sans réplique. D'abord il est bien vrai que l'article 2083 pose le pricipe que les droits réels prennent rang suivant la date de l'inscription, mais l'article 2130 fait exception en déclarant que *hors* le cas de privilège, les droits réels ont rang suivant leur date d'enregistrement.

La logique nous amène à la même conclusion.

Les frais de dernière maladie dûment enregistrés priment les cotisations. Or, les cotisations non enregistrées priment les hypothèques antérieures. *Si vinco vincentem te, a fortiori te vincam.*

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

Il y a sur cette matière des différences de texte assez importantes.

---

(1) *Phaneuf* c *Godin*, 10 Rapports de la Cour du Banc du Roi, 450 ; Mignault, t. 9, p. 9.

(2) *Duval c. Grant*, 33 Rapports de la Cour Supérieure, 320.

L'article 878 C. N., parlant des créanciers de la succession dit : « Ils peuvent demander dans tous les cas *et contre tout créancier,* la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier».

Notre article 879 se lit comme suit : « Les créanciers d'une succession ont droit contre le légataire tenu de la dette, de même que *contre l'héritier* pour la proportion à laquelle il est tenu, à la séparation des patrimoines ».

D'où il suit que sous notre droit la demande peut évidemment être portée contre l'héritier.

Notre code décide aussi qu'il y a responsabilité personnelle de l'héritier, nonobstant la séparation des patrimoines. Article 886 C. c. Nos tribunaux maintiennent que cette séparation constitue un véritable privilège et engendre le droit de suite. Cette question est vivement controversée en France ; le poids de la jurisprudence paraît être en notre sens (1). Nous avons cependant une raison additionnelle : l'article 2106 est aux titres de droits réels : *Jura in re.* Le propre de ces droits c'est le droit de suite, et l'article 2083 domine cette matière. Notre pratique est de procéder à jugement contre l'héritier et d'accompagner cette action d'une saisie-conservatoire du mobilier (2).

En France, le droit se prescrit relativement aux meubles, par le laps de trois ans (3). Il n'y a pas de prescription édictée par notre code.

Relativement aux immeubles, le privilège se conserve par inscription dans le même délai de six mois (4).

Le Code Napoléon dit : « Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants au préjudice de ces créanciers ou légataires ». Vu le silence de notre code, il faut régler la question par les lois générales de l'enregistrement (5). Les aliénations et les hypothèques enregistrées avant l'expiration de ce délai ne préjudicient donc en aucun point au créancier ; la transmission d'immeubles par testament étant, sous notre droit, soumise à l'enregistrement dans les six mois du décès du testateur, article 2110, ce n'est qu'après l'expiration de ce terme qu'un acheteur acquiert un titre certain.

L'article 743 n'y fait pas obstacle.

En principe, la séparation ne peut valoir contre les biens aliénés par l'héritier. Ceci est d'évidence pour les meubles. Relativement aux immeubles, c'est différent. Si le créancier enregistre la demande dans le délai, il acquiert un droit réel qui ne peut être affecté par l'aliénation.

Ceci me paraît concilier les articles 743 et 2106.

---

(1) Voyez Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 872.
(2) Art. 955 Pr.
(3) Art. 880 C.N.
(4) Art. 2111 C.N. et 2106 C.c.
(5) Art. 2083 C.c.

On se demande en France si la séparation empêche la division des dettes.

L'article 2148 C. N. exige mention des débiteurs ; notre article 2106 ne l'exige pas, de sorte que l'inscription frappe tous les héritiers. Mais, s'il s'agit de meubles, la demande de séparation ne frappe que la part de l'héritier poursuivi. L'article 879 règle le cas. Le créancier n'a qu'à les poursuivre tous ensemble et à joindre à son action une saisie.

DE L'ORDRE DES PRIVILÈGES

Le code Napoléon se contente de diviser les privilèges sur les meubles en privilèges généraux et en privilèges sur certains meubles, laissant à la jurisprudence le soin d'établir l'ordre à observer entre les différents privilèges. Cette lacune avait été signalée par certains commentateurs qui suggéraient, pour résoudre cette difficulté, de baser la division des privilèges sur la qualité des créances et de n'avoir égard qu'en second ordre à la nature de l'objet auquel ils s'appliquent. C'est cette suggestion que nos codificateurs ont adoptée en l'article 1994.

Cet ordre, quant à certains privilèges, peut être critiqué, mais il a le mérite de ne rien laisser à la discussion.

Le même arrangement existe pour les privilèges sur les immeubles, article 2009.

DU PRIVILÈGE DES OUVRIERS

Le privilège de nos architectes, entrepreneurs ou ouvriers, était à l'origine soumis aux mêmes dispositions que sous l'empire du Code Napoléon, mais nous avons adopté un système nouveau.

Le privilège s'étend maintenant aux fournisseurs de matériaux. La base est toujours la plus-value, mais l'expertise antérieure est abolie.

Entre ces privilégiés on observe l'ordre suivant :

1. L'ouvrier ;
2. Le fournisseur de matériaux ;
3. L'entrepreneur ;
4. L'architecte.

Tous ces privilèges doivent apparaître au bureau d'enregistrement dans les trente jours qui suivent la fin des travaux, afin que les prêteurs puissent faire leurs avances en toute sécurité.

La propriété étant vendue et le prix à distribuer, c'est alors seulement qu'on procède à la ventilation.

DES CESSIONNAIRES

Notre code, article 1988, se lit comme suit : « Les cessionnaires des différentes parties d'une même créance privilégiée sont aussi payés par concurrence, si leurs transports respectifs sont faits sans

la garantie de fournir et faire valoir. Ceux qui ont obtenu transport avec cette garantie sont payés par préférence aux autres ; ayant égard néanmoins entre eux à la date de la signification de leurs transports respectifs ».

En France, la loi est silencieuse sur ce point. On convient généralement que si le premier cessionnaire a stipulé la garantie de fournir et faire valoir et a fait signifier avant le deuxième, il lui sera préféré (1).

Mais, au cas où le premier cessionnaire n'a pas cette garantie, on a soutenu ici que le second, ainsi garanti, doit être préféré ; que l'antériorité du transport ne joue qu'entre créanciers qui ont la même garantie. En faveur de cette doctrine, on invoque la lettre de la loi.

La solution de cette question dépend des droits respectifs du cédant et du cessionnaire.

Les auteurs français sont presque unanimes à dire qu'il y a concours entre eux (2).

Troplong, cité par les codificateurs, soutient cependant que le cessionnaire est préféré au cédant.

Je ne vois pas d'auteur français qui donne la préférence au cédant. Si le cédant n'est pas préféré au cessionnaire, il ne peut donner la préférence à un cessionnaire subséquent. Notre cour d'appel a décidé qu'il y concours (3) entre le cédant et les cessionnaires. C'est différent au cas de subrogation partielle. L'article 1157 C. c. règle le cas. En acceptant un paiement partiel, le créancier fait une faveur au débiteur (article 1149 C. c.). Le cédant agit dans son propre intérêt, lorsqu'il cède une partie de sa créance, et c'est avec raison qu'aucun texte ne lui donne la préférence.

Si la décision de la cour d'appel doit être suivie, ce que je crois, l'article 1988 doit être entendu comme ceci : Si le premier cessionnaire fait signifier avant un deuxième qui a la garantie de fournir et faire valoir, il viendra par concurrence. Si, au contraire, c'est le cessionnaire garanti qui signifie le premier, il primera. De sorte que les mots « ayant égard entre eux, à la date de la signification de leurs transports respectifs » s'appliquent au cas où l'un des cessionnaires a la garantie, comme au cas où ils l'ont tous deux. S'il s'agit d'un droit réel sur un immeuble, il faudra aussi tenir compte de la priorité d'enregistrement (4).

DES HYPOTHÈQUES

Les dispositions générales en matière d'hypothèque sont en subs-

---

(1) Contra : Laurent, t. 30, n. 119.
(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, nos 889, 890.
(3) *Villeneuve* c. *Graham*, Décisions de la Cour d'Appel, t. 11, p. 61.
(4) Art. 2083 C. c. et 2127 C. c.

tance les mêmes.

Cependant, la législature a dérogé au principe « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

Toute compagnie à fonds social peut maintenant, pour garantir ses débentures, hypothéquer ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, mais ces droits doivent être enregistrés, et s'il s'agit d'immeuble, il faut une inscription spéciale sur chacun. Nous avons de plus l'hypothèque sur les navires.

En France on peut hypothéquer les navires et les aéronefs. Les commerçants peuvent hypothéquer leur fonds de commerce, les cultivateurs leur récolte.

HYPOTHÈQUE LEGALE (Art. 2026 C. c.)

Sous notre droit, l'hypothèque légale de la femme et celle du mineur doivent être enregistrées (Contrà 2135 C.N.).

HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

Cette hypothèque, sous notre droit, n'existe que pour les jugements portant condamnation à une somme fixe de deniers.

Elle existe pour les cautionnements reçus en justice (Contrà 2123 C. N.).

Une autre différence, c'est qu'en France la description peut être dans un acte authentique postérieur au titre constitutif de la créance. Article 2149 Code Napoléon.

Sous les deux systèmes les biens à venir ne peuvent être hypothéqués. Cependant, en France, si les biens libres du débiteur sont insuffisants, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir à l'hypothèque de ses biens à venir.

Sous les deux systèmes, l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée.

Nous avons cependant, sous notre droit, une exception pour les rentes viagères et autres obligations appréciables en argent, stipulées dans les donations entre vifs, 2044 C. c.

L'article 2131 du Code Napoléon, au cas où l'immeuble a péri ou subi des dégradations, de manière à ce qu'il devienne insuffisant pour la sûreté du créancier, permet à celui-ci de poursuivre dès à présent, ou d'obtenir un supplément d'hypothèque. Disposition très sage qui n'existe pas dans notre droit.

Notre article 2055 donne un recours en dommages au créancier hypothécaire contre le tiers-détenteur, à raison de détériorations *frauduleuses, lors même que la créance ne serait pas encore exigible.* Il va sans dire que si ces détériorations provenaient du fait du débiteur, la créance deviendrait exigible en vertu de l'article 1092 C. c.

L'article 2175 C. N. est plus sévère ; il tient le tiers-détenteur res-

ponsable des détériorations qui procèdent de son fait ou de sa négligence.

DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

Les principaux caractères de l'hypothèque conventionnelle sont les mêmes, savoir : L'authenticité, la publicité et la spécialité.

Notre loi ne diffère donc de la loi française que dans les détails. L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que devant un notaire. Ici, dans les cantons et dans certains comtés, l'hypothèque peut être sous seing privé ; en France, l'hypothèque mobilière peut être sous seing privé.

Quant à la spécialité, il faut sans doute que l'immeuble affecté soit nominativement soumis à l'hypothèque, mais en principe, c'est une question de fait abandonnée à l'appréciation du tribunal français. Notre loi exige que chaque immeuble soit spécialement décrit. Là où cadastre existe, il faut indiquer le numéro officiel.

DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE

Notre droit diffère absolument de la loi française quant au recours du créancier hypothécaire. Notre procédure est celle de l'ancien droit. Nous avons l'action personnelle hypothécaire contre le débiteur, l'action hypothécaire contre le tiers-détenteur et l'action en interruption de prescription.

En France, faute par le tiers-détenteur de payer la dette, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après le commandement fait au débiteur originaire et sommation faite au tiers-détenteur de *payer la dette* ou délaisser l'héritage.

Cette loi est plus rigoureuse que la nôtre, mais il ne faut pas oublier que le nouveau propriétaire peut prévenir ou arrêter les poursuites par la purge des hypothèques. C. Nap. 2183. Ici, il faut poursuivre en la forme ordinaire et par les conclusions demander que le tiers-détenteur soit condamné à délaisser, si mieux il n'aime payer.

Notre code a admis toutes les exceptions de l'ancien droit en faveur du tiers-détenteur. Le Code Napoléon n'admet point l'exception de priorité, article 2073 C. c., ni l'exception de cession d'action, article 2070, ni l'exception résultant des impenses, article 2072. Cependant l'article 2175 C. N. lui reconnaît une réclamation pour ses impenses, jusqu'à concurrence de la plus-value, réclamation qu'il fait valoir sur la procédure d'ordre. Nos deux systèmes refusent au tiers le droit de rétention.

DE LA RÉDUCTION DES INSCRIPTIONS

En droit français, lorsque l'inscription prise par un créancier qui, *d'après la loi,* aurait droit de prendre hypothèque sur les biens pré-

sents et à venir du débiteur, porte sur plus d'un domaine, le débiteur a l'action en réduction des inscriptions légales et judiciaires (article 2161 C. N.).

Nous n'avons pas adopté cette règle équitable. Cependant, notre code reconnaît que l'hypothèque légale du mineur peut, lors de la nomination du tuteur, être restreinte à l'immeuble décrit dans l'acte de tutelle. (2120 C. c.).

Le débiteur peut demander, par requête, la réduction des inscriptions dans le cas de jugement pour pension alimentaire. (article 2036).

CONCLUSION

La loi étant notre règle de conduite, il va sans dire qu'elle doit être modifiée suivant les besoins du temps. Conservons la maison paternelle tout en l'améliorant.

Aussi je suggère respectueusement à nos législateurs d'adopter, à l'instar de la France, une loi donnant un privilège aux tiers lésés par un accident sur l'indemnité dont l'assureur est reconnu responsable. Aucun paiement fait à l'assuré n'étant *libératoire,* tant que le *privilégié* n'est pas désintéressé.

Pourquoi aussi ne pas décréter que l'indemnité due par suite d'assurance contre l'incendie sera attribuée, sans qu'il y ait besoin de délégation, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires ?

LA PRESCRIPTION

Rapport présenté par

M. ASHTON R. TOBIN

Avocat au Barreau de Sherbrooke

Le titre de la prescription (dix-neuvième du troisième livre) comprend, dans le Code civil Bas-canadien, six chapitres au lieu de cinq dans le Code français, un chapitre — le quatrième — étant intitulé « De certaines choses imprescriptibles et des prescriptions privilégiées ». Le titre du chapitre troisième, « Des causes qui empêchent la prescription », est prolongé par ces mots « et en particulier de la précarité et des substitutions ». Enfin, le dernier chapitre : « Du temps requis pour prescrire » contient une section de plus que le Code français. C'est surtout dans ce dernier chapitre qu'apparaîtront des différences entre les deux codes.

L'ordre suivi est le même qu'en France.

CHAPITRE PREMIER : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

(C. c., 2183-2191 ; C. f., 2219-2227)

Le premier article du chapitre, sans se préoccuper des critiques qui en ont été faites (1), reproduit l'article 2219 du Code français : « la prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi ».

On a fait à cette définition, entre autres, le reproche d'omettre le caractère essentiel de chacune des prescriptions, soit la possession dans le prescription acquisitive et l'inaction du créancier dans la prescription libératoire.

Aussi les rédacteurs du code ont-ils cru devoir ajouter à l'article du Code français deux paragraphes, et ils en donnent la raison : « Les deux paragraphes ajoutés, disent-ils, en imitation du Code de la Louisiane, font mieux distinguer l'une de l'autre la prescription pour acquérir et celle pour se libérer, dont les différences se présentent souvent dans l'examen de tout le titre ». Ces paragraphes se lisent ainsi :

> « La prescription acquisitive fait présumer ou confirme le titre et transfère la propriété au possesseur par la continuation de sa possession.
>
> « La prescription extinctive ou libératoire repousse et en certain cas exclut la demande en accomplissement d'une obligation ou en reconnaissance d'un droit, lorsque le créancier n'a pas réclamé pendant le temps fixé par la loi ».

---

(1) Guillouard, *Prescription*, t. 1, nos 36 à 40.

Le premier de ces paragraphes nous semble erroné : il est inexact de dire que la prescription acquisitive fait présumer un titre, car elle est elle-même un titre d'acquisition. Voici du reste les articles du Code louisianais qui ont inspiré les rédacteurs du Code canadien :

« 3421. La prescription à l'effet d'acquérir est un droit par lequel le simple possesseur acquiert la propriété de la chose qu'il possède par la continuation de sa possession pendant le temps fixé par la loi.

« 3422. La prescription à l'effet de libérer est une exception péremptoire et perpétuelle, par laquelle on repousse toute espèce d'actions, soit réelles, soit personnelles, lorsque le créancier a gardé le silence pendant un certain temps sans réclamer ».

« L'article 2184, disent les rédacteurs du code, est aussi emprunté du Code français (2220) en éclaircissant ce que les auteurs ont regardé comme une omission sur la renonciation au bénéfice du temps écoulé ».

L'article 2187 retranche de l'article 2225 du Code français les premiers mots : « les créanciers » et substitue au mot « propriétaire » celui de « possesseur ».

L'article 2188 tout en reproduisant l'article 2223 du Code français, permet cependant aux tribunaux de suppléer d'office le moyen résultant de la prescription dans les cas où la loi dénie l'action. L'article 2267 énumèrera plus tard les cas où l'action est absolument éteinte.

L'article 2189 décrète que « la prescription en fait d'immeubles se règle par la loi de la situation ». Cette règle, empruntée aux anciens auteurs, et en particulier à Pothier (1) a été adoptée à cause de l'autonomie législative des diverses provinces qui devaient, dans un avenir prochain, composer le Canada.

L'article 2190 est donné comme de droit nouveau : il est dans les termes suivants :

« En matière de biens meubles et d'actions personnelles, même en matière de lettres de change et de billets ... et en affaires de commerce en général, l'on peut invoquer séparément ou cumulativement :

« 1. La prescription entièrement acquise sous une loi différente lorsque la cause d'action n'a pas pris naissance dans le Bas-Canada, ou que la dette n'y a pas été stipulée payable, et lorsque cette prescription a été ainsi acquise avant que le possesseur ou le débiteur y ait eu son domicile ;

« 2. La prescription entièrement acquise dans le Bas-Canada, à compter de l'échéance de l'obligation, lorsque la cause d'action y a pris naissance ou que la dette y a été stipulée payable, ou que le débiteur y avait son domicile à l'époque de cette échéance ; et dans les autres cas à compter de l'acquisition de ce domicile par le débiteur ou le possesseur ;

« 3. La prescription résultant de temps successifs écoulés dans les cas des deux paragraphes précédents, lorsque le temps écoulé sous la loi différente a précédé ».

(1) Ed. Bugnet, t. 9, no 247.

L'article 2191 a trait aux prescriptions qui avaient commencé à courir lors de la mise en vigueur du code (1).

Les rédacteurs du code expliquent qu'ils n'ont pas reproduit l'article 2224 du Code français, comme tenant à une organisation judiciaire différente. Les articles 2226 et 2227 trouveront leur place au chapitre III. Pour le reste, le chapitre I est conforme au Code français.

CHAPITRE II — DE LA POSSESSION

(C. c., 2192-2200 ; C. f., 2228-2235)

A propos de ce chapitre, les rédacteurs du code disent :

« Les articles 2192 à 2196, qui commencent le chapitre de la possession en tant que requise pour prescrire, sont dans les mêmes termes que ceux auxquels ils correspondent dans le Code français.

« Il en est de même de l'article 2197, si ce n'est quant au second paragraphe de l'article 2133 du Code Napoléon, qui n'a pu être reproduit comme étant pour nous la loi actuelle, les maximes de notre ancien droit s'opposant à ce que la possession violente puisse devenir légitime lorsque la violence a cessé. Il paraît juste et plus conforme aux notions primaires sur le sujet d'adopter la doctrine du Code français, en exceptant cependant le voleur, qui doit être distingué du simple possesseur violent. C'est ce qui est mis à effet par l'article en amendement (2198).

« Les articles 2199 et 2200 représentent ceux notés 2234 et 2235 au Code français, avec un changement de rédaction à ce dernier pour le rendre plus clair et plus exact conformément aux remarques des commentateurs ».

Voici les articles qui diffèrent de ceux du Code français :

« 2198. Dans les cas de violence et de clandestinité, la possession utile à la prescription commence lorsque le vice a cessé.

« Cependant le voleur et ses héritiers et successeurs à titre universel ne peuvent par aucun temps prescrire la chose volée.

« Les successeurs à titre particulier ne souffrent pas de ces vices dans la possession d'autrui, quand leur propre possession a été paisible et publique ».

« 2200. Le successeur à titre particulier peut, pour compléter la prescription, joindre à sa possession celle de ses auteurs.

« Les héritiers et autres successeurs à titre universel continuent la possession de leur auteur, sauf le cas d'interversion de titre ».

CHAPITRE III : DES CAUSES QUI EMPÊCHENT LA PRESCRIPTION (2)

(C. c. 2201-2210 ; C. f. 2236-2241)

Le premier article reproduit l'article 2226 du Code français en ajoutant que certaines dispositions spéciales expliquant l'article, se

---

(1) Lafleur, *Conflict of laws*, pages 205 à 207.

(2) Le code ajoute ces mots : « et en particulier de la précarité et des substitutions ».

trouvent au chapitre quatrième de ce titre.

L'article 2202, qui présume la bonne foi, reproduit l'article 2268 du Code français.

L'article 2203 ajoute l'emphytéote aux possesseurs précaires, et à l'article 2236 du Code français, les paragraphes suivants :

> « Ils ne peuvent par prescription se libérer de la prestation attachée à leur possession, mais la quotité et les arrérages en sont prescriptibles.
>
> « L'emphytéose, l'usufruit, et autres droits démembrés semblables, sont susceptibles d'un domaine de propriété distinct et d'une possession utile à la prescription. Le propriétaire n'est pas empêché par le titre qu'il a consenti de prescrire contre ces droits.
>
> « L'envoyé en possession définitive ne commence à prescrire contre l'absent, ses héritiers ou ses représentants légaux, qu'à son retour ou à son décès connu ou légalement présumé ».

L'article 2204 reproduit l'article 2237 du Code français ; mais l'interversion du titre inspire quelques remarques aux rédacteurs du code :

> « L'interversion, disent-ils, peut avoir lieu par contrat avec celui qui était ou se prétendait propriétaire ; on l'appelait en ce cas juste interversion, par opposition à celle que l'on appelait injuste et qui avait lieu malgré le propriétaire. Ces termes de juste et injuste étaient des technicalités, qui n'empêchaient pas la dernière sorte d'interversion d'avoir son effet. C'est de celle-ci qu'il s'agit, la possession devenant utile par rapport à la première en vertu de l'acte du propriétaire lui-même.
>
> « Notre article veut que l'interversion soit suffisamment connue du propriétaire intéressé ; c'est conforme à notre droit, et si cela n'est pas requis sous le Code français, il est admis que c'est seulement par suite de l'omission qui y est faite à cet égard. La dénonciation du titre, lorsque les actes de contradiction sont insuffisants pour avoir le même effet, est au surplus de toute justice, parce que les qualités extérieures de la possession ne sont pas alors changées. Les actes en interversion ne peuvent avoir lieu contre les mineurs et autres personnes contre lesquelles la prescription ne peut courir.
>
> « Un article de projet soumettait à la prescription le propriétaire nonobstant le démembrement ou la précarité, rien ne l'empêchant de se protéger ; ce qui est conforme à la loi. Un amendement n'était suggéré par l'article 2206 que pour établir que l'absence seule ne constitue pas une cause de suspension et réduire à dix ans la possession des tiers-acquéreurs avec titre et bonne foi ».

L'article 2207 qui prévoit le cas de substitutions n'a pas d'équivalent au Code français.

L'article 2208, au contraire, reproduit l'article 2240 français, en y ajoutant les mots « si ce n'est par interversion » ; mais la doctrine française semble admettre cette réserve (1).

L'article 2209, qui reproduit l'article 2241 français, est suivi d'une disposition qui complète, dans l'esprit de ses rédacteurs, les

---

(1) Baudry Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, no 325.

dispositions du Code français :

« 2210. La prescription de trente ans peut avoir lieu acquisitivement en fait d'immeubles corporels pour ce qui est au-delà de la contenance du titre, et libératoirement dans tous les cas en diminution des obligations que le titre contient.

« En fait de redevances et rentes, la jouissance au delà du titre qui apparaît ne donne pas lieu à l'acquisition du surplus par prescription ».

CHAPITRE IV : DE CERTAINES CHOSES IMPRESCRIPTIBLES ET DES PRESCRIPTIONS PRIVILÉGIÉES

(C. c. 2211-2221)

Ce chapitre ne se trouvant pas au Code français, nous laissons la parole aux rédacteurs du Code canadien :

« Le chapitre quatrième commence par l'article 2211, dont le premier paragraphe déclare que le souverain peut user de la prescription. Ce n'est pas souvent que ce droit est exercé, mais les Commissaires ayant à se prononcer sur son existence ont décidé de l'affirmer. Il serait de toute injustice si le sujet qui s'y trouve exposé n'avait pas le moyen d'agir. Dans quelques cas, des lois particulières ont soumis aux tribunaux ordinaires certaines branches administratives du gouvernement, mais le remède constitutionnel de la *pétition de droit* est considéré en principe comme constituant ce moyen d'agir contre la Couronne.

« Par l'article 2212, les droits royaux qui tiennent essentiellement à la souveraineté et à l'allégeance sont imprescriptibles. Ce principe est sans contestation. Quoique ce point tienne plus particulièrement au droit public, la déclaration en est consignée ici pour compléter le sujet, et par contradistinction avec les droits royaux qui suivent et qui ne participent pas au même degré à cette inviolabilité.

« L'article 2213 en comprend une classe qui cependant s'en rapproche ; il les range avec d'autres choses qui sont également imprescriptibles ; les unes, par exemple la mer et les rivières, comme communes à tous par le droit naturel, les autres, comme les voies de communication qui se rattachent aux premières, comme communes par destination. Quoique la destination des terres publiques dans un pays en voie de colonisation soit en général d'être aliénées, elles n'en demeurent pas moins imprescriptibles tant qu'elles appartiennent au souverain.

« C'est ici le lieu de commenter la législation du Code français sur les mêmes points. Les choses communes et publiques, et les droits essentiels de la souveraineté s'y trouvent protégés comme n'étant pas dans le commerce ; mais les propriétés et les droits de l'état ne le sont pas, l'article 2227 C.N. les soumettant aux prescriptions ordinaires. Les Commissaires n'ont pas cru devoir suggérer un changement dans le même sens. Outre que la suggestion serait plutôt d'une nature politique, elle affecterait la prérogative royale à un haut degré. Cette prérogative est surtout un moyen de protection entre les prétendants à des terrains non octroyés, que leur position ne mettrait pas l'autorité administrative à même de surveiller.

« L'article 2214 est de la même nature.

« L'article 2215 admet contre la Couronne une prescription de trente ans pour les arrérages et pour les autres droits qui ne sont pas imprescriptibles, ce qui est conforme à notre ancien droit. Mais ici s'élevait une question de conflit en matière d'ordre public. Les droits de la Couronne d'Angleterre sont-ils tous également et tellement absolus et imprescriptibles, que ceux dont elle a hérité par la cession du pays aient acquis ce caractère par pri-

mauté sur le droit civil ancien ? Ou y en a-t-il aussi parmi ces droits qui soient considérés comme mineurs, comme prescriptibles en particulier, et comme régis par les lois antérieures dans le pays d'accession ? Cette dernière doctrine est incontestablement admise par les publicistes anglais. Dès lors, le présent article peut demeurer, et aucune complication n'est introduite sous ce chef. Aucune prescription moindre que par trente ans n'a lieu contre la Couronne, même en faveur des tiers-acquéreurs, et l'on n'a pas cru devoir innover sur ce point.

« Comme les biens échus de droit au fisc demeurent souvent entre les mains des particuliers qui y ont un droit équitable quoique non légal, ou ne sont appréhendés au nom du souverain que pour les remettre à ces personnes, les prescriptions ordinaires continuent d'après l'article 2216 jusqu'à ce que l'incorporation au domaine public ait réellement lieu.

« Les choses sacrées, bien que non dans le commerce, demandaient la déclaration et les explications contenues en l'article 2217.

« La prescription contre l'Eglise, quant aux choses non réputées sacrées ... est de quarante ans, et ce privilège a été conservé par les Commissaires ; mais il était accompagné, quant au titre, à la possession et à la bonne foi, de distinctions compliquées, en désaccord avec l'ensemble des lois, et souvent même nuisibles à l'intérêt des corporations dont il s'agit, qui ont souvent intérêt d'aliéner en donnant un titre aussi sûr que celui des particuliers. Il est incertain si, en regard d'une législation protectrice en faveur des acquéreurs, ces distinctions et ces présomptions de mauvaise foi n'ont pas en effet disparu, surtout en ce qui concerne la prescription par dix à vingt ans. Cependant les Commissaires les ont présentées comme loi actuelle, mais ont assimilé les accidents particuliers de la prescription aux règles suivies en général. C'est ce qui est effectué par l'article 2218 ».

Restent trois articles non commentés et que nous citerons, parce qu'ils ne se trouvent pas au Code français :

« 2219. Le fonds du droit à la dîme et la quotité d'icelle sont imprescriptibles. La prescription acquisitive a lieu par quarante ans entre curés voisins.

« Le arrérages n'en peuvent être demandés que pour une année.

« La dîme est portable et non quérable.

« 2220. Les chemins, rues, quais, débarcadères, places, marchés, et autres lieux de même nature, possédés pour l'usage général et public, ne peuvent s'acquérir par prescription, tant que la destination n'en a pas été changée autrement que par l'empiétement souffert.

« 2221. Les autres biens des municipalités et des corporations dont la prescription n'est pas autrement réglée par ce code, même ceux tenus en mainmorte, sont sujets aux prescriptions entre particuliers ».

CHAPITRE V : DES CAUSES QUI INTERROMPENT OU SUSPENDENT LA PRESCRIPTION

(C. c. 2222-2239 ; C. f. 2242-2259)

Section I — *Des causes qui interrompent la prescription* (C. c. 2222-2231 ; C. f. 2242-2250).

Les différences commencent aux articles concernant l'interruption civile. « L'on a cru devoir limiter l'interruption aux procédures de nature purement judiciaire, à moins qu'une autre interpellation n'ait produit la reconnaissance d'un droit ». Il n'est donc pas question de

commandement, ni de citation en conciliation.

L'article 2235 qui déclare que la demande formée devant un tribunal incompétent (1) n'interrompt pas la prescription est l'opposé de l'article 2246 du Code français : « Les Commissaires, après mûre réflexion, ont présenté ainsi la loi ancienne, et ont recommandé de la conserver, quoique le point doive être regardé comme ayant été douteux ».

L'article 2226 reproduit l'article 2247 du Code français. L'article 2228 ajoute à la disposition de l'article 2250 français, les mots : « Les mêmes actes (demande en justice ou reconnaissance) interruptifs contre ou par la caution opèrent l'interruption contre le débiteur principal».

Enfin, disent les rédacteurs du code : « Les actes interruptifs, considérés en vue des différentes classes de créanciers et de débiteurs principaux ou accessoires, de leur solidarité, de l'indivisibilité de la créance ou de la possession, et *vice versa*, forment un sujet très étendu et très difficile, que le Code français a traité dans les articles 1199, 2249 et 2250. Les développements y sont cependant restés incomplets. On y a pourvu de la manière la plus complète et la plus claire qu'il a été possible par les articles 2228, 2229, 2230 et 2231, qui, au surplus sont présentés comme loi ancienne, et où l'on s'est surtout aidé des travaux de Pothier. L'effet de la renonciation à la prescription acquise, faite par le débiteur, quant aux mêmes personnes, se trouve traité dans l'article 2229. Les Commissaires ont espéré que ces divers sujets, dont ils s'étaient déjà occupés en partie au titre des obligations, auront ici une place utile, et seront considérés comme n'y pouvant être omis ».

Section II — *Des causes qui suspendent la prescription* (C. c. 2232-2239 ; C. f. 2251-2259).

Le premier article reproduit l'article 2251 français, en y ajoutant l'application de la règle « *Contra non valentem agere non currit præscriptio* ». Le deuxième alinéa dit :

« Sauf ce qui est dit à l'article 2269 la prescription ne court pas, même en faveur des tiers acquéreurs, contre ceux qui ne sont pas nés, ni contre les mineurs, les idiots, les furieux et les insensés pourvus ou non de tuteur ou de curateur. Ceux auxquels un conseil judiciaire est donné, et l'interdit pour cause de prodigalité, ne jouissent pas de ce privilège ».

L'article 2252 du Code français ne mentionne que les mineurs et les interdits, avec renvoi à l'article 2278.

Pour les autres articles, nous citerons les rédacteurs du code :

« L'article 2233 (2253 du Code français) est une sage disposition de la loi, favorable à la confiance et à l'union qui doivent régner entre époux.

« Les articles 2234 et 2235 qui concernent la prescription contre la fem-

---

(1) Il s'agit exclusivement de l'incompétence *ratione materiæ* : *Grenier c. Connolly*, 7 Rapports de Pratique, 184.

me mariée, sont encore une application de la règle *contra non valentem*, en y faisant entrer comme élément la présomption que le mari, qui suffit pour veiller aux droits de sa femme dans les cas ordinaires, manquera de le faire lorsqu'il sera lui-même garant ou intéressé. L'un des articles [1] du Code français sur le même sujet, le 2255e, n'a pas d'application à notre droit (1).

« L'article 2236 a sa fondation dans une impossibilité de droit d'agir actuellement à l'égard d'un droit futur ou éventuel qui n'est pas dénié ; les actions purement confessoires n'étant maintenant usitées que pour des cas particuliers. Mais la faveur accordée au tiers-acquéreur résiste à cette cause de suspension, le créancier ayant en ce cas le bénéfice de l'action en interruption. Aussi le présent article est limité aux actions personnelles.

« Les articles 2237 et 2238 se retrouvent aussi dans le Code français (2).

« L'article 2239 n'est qu'une déclaration d'application à la suspension des articles 2228, 2230 et 2231, y ayant parité de raison dans les deux cas ».

CHAPITRE VI : DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE

(C. c. 2240-2270 ; C. f. 2261-2281)

Ce chapitre se divise en six sections :

1. Dispositions générales.
2. De la prescription trentenaire, de celle des rentes et intérêts, et de la durée de l'exception.
3. De la prescription par les tiers acquéreurs.
4. De quelques prescriptions de dix ans.
5. De quelques courtes prescriptions.
6. Dispositions transitoires.

Section I — *Dispositions générales*

L'article 2240 reproduit les articles 2260 et 2261 du Code français, en y ajoutant que « *dies a quo non computatur in termino* ». Il est suivi d'une disposition qui reproduit textuellement l'article 2264.

Les articles du code qui traitent de prescription dans d'autres titres sont les suivants :

149, 151, 153 — prescription de six mois quant à l'action en nullité de mariage pour erreur (C. f. 181, 183, 185).

223 — prescription du désaveu : deux mois (C. f. 316 et s.).

235 — L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant (C. f. 328).

423 — prescription de l'alluvion : un an (C. f. 559).

479 — extinction de l'usufruit par le non usage pendant trente ans (C. f. 617).

---

(1) Bien que le régime dotal ne soit pas mentionné au titre des conventions matrimoniales, le code parle de la dot dans cet article et dans deux autres : 208 (séparation de corps) et 954 (substitutions). Ces titres ont été préparés avant celui des conventions matrimoniales, où les codificateurs comptaient traiter du régime dotal.

(2) 2258, 2259.

481 — l'usufruit accordé sans terme à une corporation est limité à trente ans (C. f. 619).

549 — nulle servitude sans titre (diffère de l'art. 690 du Code français).

562 — extinction des servitudes par le non usage pendant trente ans (C. f. 706).

679 — trois ans pour les créanciers après la décharge de l'héritier bénéficiaire (C. f. 809).

814 — révocation des donations pour ingratitude : un an (C. f. 957, 1047).

1040 — action paulienne : un an, (trente ans en France).

1530 — action rédhibitoire : bref délai (C. f. 1648).

1548 — droit de réméré : dix ans (cinq ans en France : art 1660).

Section II — *De la prescription trentenaire, de celle des rentes et intérêts, et de la durée de l'exception*

L'article 2242 copie l'article 2262 du Code français en l'élargissant ou l'étendant aux choses et droits, ainsi qu'aux actions mixtes. Il prévoit une disposition contraire de la loi. Les articles 2243 et 2245 ont été ajoutés par mesure de prudence, pour faire cesser les doutes.

> « 2243. La prescription de l'action en reddition de compte et des autres actions personnelles du mineur contre le tuteur relativement aux faits de la tutelle, a lieu conformément à cette règle, et se compte de la majorité ».

Par l'article 2246, les rédacteurs du code ont cherché à restreindre dans des limites convenables l'application de la maxime : «*quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ». Mais la règle ne s'applique pas à la compensation offerte au moyen d'une dette commerciale. On a voulu ainsi éviter la fraude en empêchant qu'un débiteur de mauvaise foi pût payer sa dette en se procurant des créances et des billets prescrits.

L'article 2247 fixe une question qui a été controversée en France, savoir la durée de l'action personnelle jointe à l'hypothécaire.

L'article 2249 reproduit assez fidèlement l'article 2263 du Code français. Mais les articles 2248 et 2250 sont particuliers au Code canadien.

> « 2245. La prescription de trente ans a, dans tous les cas demeurés prescriptibles, les mêmes effets qu'avait la centenaire ou immémoriale, tant pour le fonds du droit, que pour couvrir les vices du titre, des formalités et de la bonne foi ».
>
> « 2248. Le terme apposé par la loi ou la convention à la faculté de réméré est de rigueur sans qu'aucune prescription soit requise.
>
> « Il en est de même du terme apposé au droit du vendeur de rentrer dans l'immeuble faute de paiement du prix.
>
> « La faculté de racheter les rentes vient de la loi ; elle est imprescriptible.
>
> « 2250. A l'exception de ce qui est dû à sa Majesté et de l'intérêt sur

les jugements (1) les arrérages, de rentes, même viagères, ceux de l'intérêt, ceux des loyers et fermages, et en général tous arrérages de fruits naturels ou civils se prescrivent par cinq ans.

« Cette disposition affecte ce qui provient du bail emphytéotique ou d'autre cause immobilière, même avec privilège ou hypothèque.

« La prescription des arrérages a lieu quoique le fonds soit imprescriptible pour cause de précarité.

« La prescription du fonds comporte celle des arrérages ».

Section III — *De la prescription par les tiers acquéreurs* (C. c. 2251-2257 ; C. f. 2265, 2267, 2269)

L'article 2251 applique la prescription de dix ans à l'acquéreur de bonne foi, sans distinguer si le véritable propriétaire est présent ou absent. Mais il restreint la prescription aux immeubles corporels, et ne l'étendrait pas à l'acquéreur d'un droit d'usufruit ou d'usage portant sur un immeuble.

D'après l'article 2252, « le tiers acquéreur avec titre et bonne foi de redevances et rentes en prescrit acquisitivement le capital par dix ans (droit nouveau) au moyen d'une jouissance exempte de vices, contre le créancier qui a entièrement manqué de jouir et négligé d'agir durant le temps requis ». En France, le droit de rente ne se prescrit que par trente ans (2).

L'article 2253 est plus explicite que l'article français correspondant (2269) quand il dit : « Il suffit que la bonne foi des tiers acquéreurs ait existé au moment de l'acquisition quand même leur possession utile n'aurait commencé que depuis. — La même règle est observée à l'égard de chaque précédent acquéreur dont ils joignent la possession à la leur pour la prescription ».

« Après la renonciation ou l'interruption dans la prescription de dix ans, elle ne recommence à s'accomplir que par trente ans ». Cet article (2255) conforme à la loi ancienne, est contraire à la doctrine française. « Dans ce cas, disent les rédacteurs du code, l'élément de la bonne foi a disparu ».

Par l'article 2256 les prescriptions de dix ans et les autres moindres peuvent être plaidées quoiqu'on invoque aussi celle de trente ans. L'article final (2257) regarde le titre nouvel que chaque nouvel acquéreur doit donner au créancier, à ses propres frais.

Section IV — *De quelques prescriptions de dix ans* (C. c. 2258-2259 ; C. f. 1304-2270).

L'article 2258, à la différence de l'article 1304 du Code français,

---

(1) Ces derniers mots ont été ajoutés par une loi de 1899 pour règler une question discutée.

(2) Marcadé, *Prescription*, art. 2263, no 1.

n'applique la prescription de dix ans qu'à un certain nombre d'actions qu'il énumère : action en restitution des mineurs pour lésion, en réformation de compte de tutelle, en rescision de contrat pour erreur, fraude, violence ou crainte. Le temps ne court pas contre les idiots, les furieux et les insensés, quoique non interdits.

L'article 2259 était autrefois la reproduction de l'article 2270 du Code français, avec cette différence qu'il couvrait non seulement les gros ouvrages, mais tous les ouvrages. Il a été modifié deux fois, récemment, par les législateurs, et se lit maintenant ainsi :

> « L'action en indemnité en vertu de l'article 1688 doit être introduite dans les cinq ans de la perte.
>
> « Si cependant le vice en est un qui se manifeste graduellement, la prescription commence à courir à l'expiration des cinq années mentionnées dans l'article 1688 ».

Section V — De quelques courtes prescriptions (C. c. 2260-2269 ; C. f. 2271-2280)

Cette section est certainement une des plus difficiles à expliquer. Les textes que citent les rédacteurs du code au bas de chaque article donnent généralement des délais différents de ceux fixés par les auteurs du code, ou par la législature. Il faudrait citer toute la section pour établir les différences. Contentons-nous d'en résumer les dispositions :

Actions prescriptibles : A) par cinq ans (art. 2260) :

1. pour services professionnels ;

2. contre les procureurs ou fonctionnaires, pour remise de titres à eux confiés ;

3. sur lettres de change ou billets à ordre, à compter de leur échéance ;

4. sur ventes d'effets mobiliers ;

5. sur louage d'ouvrage, travail manuel ou intellectuel, et matériaux fournis, sauf exception aux articles suivants.

B) par deux ans (art. 2261).

1. pour séduction et frais de gésine ;

2. pour dommages résultant de délits ou quasi délits, à défaut d'autres dispositions applicables ;

3. pour salaire des employés non réputés domestiques et dont l'engagement est pour une année ou plus ;

4. pour enseignement, nourriture et logement fournis par les précepteurs et instituteurs.

C) par un an :

1. pour diffamation — à compter de la connaissance acquise par l'offensé ;

2. pour blessures, sauf cas prévus par des lois spéciales (1) ;
3. pour gages de domestiques, commis ou employés dont l'engagement est pour moins d'une année ;
4. pour dépenses d'hôtellerie et de pension (2).

L'article 2263 accepte les prescriptions et déchéances édictées par d'autres lois.

L'article 2264, à l'encontre de l'article 2255, fait recommencer la prescription interrompue par le même temps qu'auparavant, sauf novation. La poursuite non déclarée périmée et la condamnation en justice, forment un titre qui ne se prescrit que par trente ans, quoique ce qui en fait le sujet soit plus tôt prescriptible (art. 2265).

L'article 2266 correspond à l'article 2274 du Code français. L'article 2267 déclare que dans les cas d'arrérages de rentes ou des articles 2260, 2261 et 2262, l'action est absolument éteinte : les tribunaux peuvent dès lors suppléer d'office le moyen résultant de la prescription (2188).

L'article 2268 équivaut aux articles 2279 et 2280 du Code français. Mais la possession de meubles ne crée qu'une présomption de juste titre, sauf preuve au contraire. Si la chose perdue ou volée a été vendue sous l'autorité de la loi, elle ne peut être revendiquée (3). Le voleur ou possesseur violent ou clandestin, ne peut prescrire, non plus que ses successeurs à titre universel. L'article s'applique au contrat de nantissement(4).

L'article 2269 reproduit l'article 2278 du Code français.

Section VI — *Dispositions transitoires*

L'article 2270 correspond au dernier article du Code français (2281) (5).

---

(1) Exception à l'article précédent en matière de délits, dans une collision d'automobile le blessé doit poursuivre dans l'année pour les blessures reçues et aurait deux ans pour réclamer le dommage causé à sa voiture. Les lois municipales édictent généralement des prescriptions de trois à six mois pour les actions contre les municipalités. Voir article 2263.

(2) Dans le seul cas d'un hôtelier de profession : *Naud* c *Marcotte*, 2 Rapports de Pratique, 145.

(3) C. civ. 1490, 2005a.

(4) C. civ. 1966a.

(5) M. Louis Antier, du Barreau de Rouen, dans l'introduction à sa thèse « *Le droit civil du Bas-Canada* (Paris 1923) dit :» Le livre III est consacré à l'acquisition et à l'exercice du droit de propriété, (a) ou rubrique plus précise et plus complète que celle du Code Napoléon, il comprend dix-neuf titres qui suivent encore à peu de chose près, les titres du Code Napoléon.

« Les codificateurs ont donc on le voit, emprunté comme plan de leur travail, le moule, l'armature du Code Napoléon, sans, pour ainsi dire, s'en départir un seul instant. Le soin avec lequel ils ont marché sur les traces de leurs devanciers français paraît plus saisissant encore lorsqu'on arrive au dernier article du troisième livre qui porte le numéro 2277 et que l'on songe aux 2281 articles du Code Napoléon».

(a) Les articles du Code Napoléon relatifs aux droits de propriété ont passé textuellement dans le Code du Bas-Canada, (Note de M. Antier).

THE ORIGINS OF THE QUEBEC LAW OF INSURANCE AND ITS RELATION TO CIVIL LAW

Presented by

MR. BROOKE CLAXTON,

Member of the Montreal Bar.

In order to understand the relationship of the law of insurance in Quebec to that in France it is necessary to give some brief account of the history and sources of our law as it is today.

UNDER THE FRENCH REGIME

Prior to the Cession of New France to Great Britain in 1763, there was no business of insurance in Canada and the law generally followed here, the Coutume de Paris, contained no hint that the subject existed. Yet the Ordonnance de la Marine adopted by France in 1681 had, in the words of the Codifiers of our Code, « the first methodical and complete digest of the law upon the subject ». As they said :

> « That statute has influenced in a high degree the numerous and important decisions of the English and American courts, in development of the principles of the contract, and may be assumed to be substantially the basis of the law of maritime insurance of this country. Indeed, notwithstanding the difficulty arising from certain questions, most of the great fundamental rules are well settled, and they are nearly uniform in all commercial states » (1).

This Ordonnance was not registered in Canada, and therefore did not technically form part of the law of Canada, but there is little doubt but that its provisions would have been resorted to and treated with the greatest respect had a question covered by them arisen (2).

LOWER CANADA BEFORE THE CODE

After the Cession, the means of transportation improved, English, Scotch and American merchants moved into Canada, trade developed rapidly with the American colonies and commerce became more active here as it did everywhere else. With these developments it was natural

---

(1) Codifiers Report No. VII, Vol. III, page 240.

(2) Cod. Rep., p. 226. In Baldwin v. Gibbon (1813) 2 R. de L. 74, the Court of King's Bench held that « the Code Marine of France, if it ever was in force in Canada, was no part of the common law, but a part of the droit public, and consequently was superseded by the effect of the conquest, and if it was law ... it was abolished by the introduction of the marine law of England ».

that so useful a social and economic device for sharing and spreading risks and permitting the extension of credit as the contract of insurance should come to be more extensively used. From the earliest days of the English regime goods and ships sailing to Canada from England were insured with Lloyds or in one of the companies that had already been organized in England, and arrangements were made whereby contracts of insurance could be placed through agents at Montreal. For some time life insurance had flourished in Great Britain, whereas it had been prohibited in France by article 10 of the Ordonnance de la Marine. It was probably first introduced to Canada on the lives of immigrants who were insured in the Old Country in existing British companies. Similarly fire insurance was only engaged upon in an organized way in France after the Cession (1).

The Quebec Act of 1774 had determined that « in all matters of controversy relative to property and civil rights, resort shall be had to the laws of Canada as the rule for the decision of the same » (2) ; but there were no laws in Canada specially relative to insurance ; insurance had not been known here ; and it is not strange that in the early cases (3) resort was freely had to common law authorities as well as

---

(1) 5 Pothier (Bugnet) 3ième ed. Assurance, chap. 1, p. 267 states that a marine insurance company was given the right to insure against fire in 1754 but the first fire insurance company, La Compagnie d'Assurance contre les Incendies, did not appear until some time later.

(2) 14 Geo. III, chap. 83, sec. 8 (Imp.) There is no need to enter into the controversy as to what law obtained between the capitulation in 1759 and the Quebec Act of 1774.

(3) The following cases are mentioned by the Codifiers as authority for the articles drafted :

Article 2471 : Smith v. Irvine (1845) 1 R. de L. 47, held that fire insurance was a commercial matter, no authorities being given.

Articles 2479 ; 2490 ; 2570 : Scott v. Phoenix Ass. Co. (1823) Stuart's Rep. 152. The Court of Appeal held an agreement to arbitrate does not oust the jurisdiction of the courts, French and English authorities being cited. At p. 354 the Privy Council presumably reversed this decision and held the action failed because the insured had not complied with a condition precedent to recovery, namely, giving the insurer a certificate from a magistrate, English cases being cited.

Article 2479 : Dill v. Quebec Ass. Co. (1843) 1 R. de L. 113 held that failure to furnish details of the loss in fourteen days could be waived by the insurer's representative, French authors being referred to.

Article 2482 : Montreal Ass. Co. v. McGillivray (1859) 9 L.C.R. 488, referred to in note (1) below.

Article 2488 : Casey v. Goldsmid (1854) 4 L.C.R. 107, Rolland J., one of the majority in the Court of Appeal, said at p. 117 : « In England this omission (mention of a communicating door) by itself might have been fatal, but in our system it requires proof of deception and fraud, and a further proof that by this door the fire had extended and that it had increased the loss ». No authorities were given.

Articles 2484 and 2577 : Leclaire v. Crapser (1853) 5 L.C.R. 487. The Court of Appeal held that insurance is transferred to the purchaser of insured property if the insurer is notified of the sale and acquiesces in it, and a payment of loss made

to French. For in England the common law had been stretched to embrace the new subject of insurance and this had naturally helped the development of this highly important business. England was fortunate, too, in having Lord Mansfield as Chief Justice between the years 1756 and 1788. He and the other judges who laid the foundations of modern commercial law at the very beginning of this period of extraordinary commercial activity were well read in the continental laws and frequently referred to Pothier and other French authorities (1). In fact, the law of insurance everywhere had found a common foundation in the practice of merchants and the courts were wise to keep this in mind by seeking guidance wherever it might be found.

There was no statute in Quebec until 1870 when the Quebec Benevolent Society was incorporated to be followed by the incorporation of the Quebec Fire Assurance Company in 1829. By that time numerous English companies writing fire, life and marine insurance had established connections with Canada and the business might be said to have been organized more or less upon the modern basis.

---

by the insurer to the vendor accrues to the benefit of the purchaser in discharge of the amount owed by him, no authorities being cited.

Article 2490: Scott v. Quebec Fire Ass. Co. (1821) Stuart's Rep. 147, held that the by implication. English authorities being cited.

Articles 2574 and 2581 : Br. Am. Ins. Co. v. Joseph (1857) 9 L.C.R. 448 held that insurance against fire upon a certain quantity of coal covers coal deposited there afterwards and coal destroyed by spontaneous combustion, no authorities being cited.

Article 2583 : Peddie v. Quebec Fire Ass. Co. (1824) Stuart's Rep. 174. In insurance against fire the insurer pays the whole of the loss up to the sum insured although the goods destroyed be of greater value, and the insured it not required to contribute. The contract is a contract of indemnity. French and English authorities were cited.

Article 2585 : Quebec Fire Ass. Co. v. Molson (1851) 1 L.C.R. 222 held by the Privy Council, following the old French law, that the insurer was entitled to a transfer of the rights of the insured to recover the sum paid by the insurer.

Other old cases not referred to by the Codifiers are Elliot v. Ryan (1856) 6 L.C.R. 89 in which the Court of Appeal held, reversing Montreal Condensed Reports, p. 84, that the custom had been established whereby a consignee was required to take insurance and upon a seizure of goods in the hands of the tiers-saisie which were subsequently destroyed by fire, the seizing creditor was entitled to judgment against the tiers-saisie for the value of the goods. French and English authorities are cited. Somers v. Athenæum Fire Ass. Co. (1858) 9 L.C.R. 61 held that an agent's mistake in describing premises did not prevent the insured from recovering. The rate of premium was proved, to assist in establishing the subject of the insurance. English authors only were cited. Ex parte Spiers (1859) 9 L.C.R. 450 held that trustees of a donation of insurance made to a wife by marriage contract can claim the proceeds of the policy as against the curator to the vacant estate of the deceased insured, notwithstanding failure to signify the donation upon the insurer. No reasons were given for the judgment.

(1) e. g. In Luke v. Lyde (1759) 2 Burroughs 883 ; 97 E.R. 614, he refers to the Rhodian laws, the Consolato del Mare, the laws of Oleron and Wisby, the Ordonnance de la Marine and the treatise of Roccus.

Only three statutes of a more general character were adopted before the Codification in 1866. One in 1835 dealt with mutual insurance (1), another in 1860 required all foreign insurance companies to be licensed (2). But it was not until the adoption of the Husbands' and Parents' Insurance Act in 1865 (3) by the Province of Canada (embracing Lower Canada, formerly New France and now the Province of Quebec, and Upper Canada, now the Province of Ontario) that there was any formal body of insurance law which affected contracts. This statute was said to have been modelled on the draft by Field of a law for the State of New York but not then enacted there. It permitted a husband to insure his life in favour of his wife and or children, while the wife was given express power to insure her life in favour of her children. The law exempted such policies and their proceeds from seizure for the debts of either the insured or beneficiary. The beneficiaries under this and similar acts in other jurisdictions are commonly referred to as « preferred beneficiaries ».

This statute has been amended from time to time but in its present form of chapter 244 of the Revised Statutes of the Province, 1925, is to substantially the same effect as when it was enacted. At the time of its enactment there was no similar statute in France or England. In England much the same effect was given by section 10 of the Married Women's Property Act of 1870 (4). In the other provinces of Canada provisions similar to the Husbands' and Parents' Life Insurance Act of 1865 were adopted and continued down in the statutes until the enactment by all the provinces, except the Province of Quebec, of the Uniform Life Insurance Act in 1924 and 1925. This act, of which more will be said later, incorporated the principal provisions of the previous preferred beneficiaries' insurance acts in the other provinces (5).

---

(1) The Quebec Benevolent Society was incorporated by the Act 47 Geo III, chap. 17 proclaimed on 7th September 1808. The Quebec Fire Assurance Company was incorporated on 14th March, 1829, by the Act 9 Geo. IV, chap. 58 (see Laws of Lower Canada, Vol. 13 p. 416) but the company had been in existence for eleven years and had been incorporated under the same name on 29th March 1826 by the Act 6 Geo IV, chap. II (see Laws of Lower Canada, Vol. 12, p. 282).

(2) 4 William IV, chap. 33 (see Laws of Lower Canada, Vol. 14).

(3) 29 Vic. chap. 17 ; amended by 32 Vic. chap. 39 ; 33 Vic. chap. 21 ; consolidated and amended by 41-42 Vic. chap. 13 ; rearranged by the Revised Statutes of 1888 ; amended by 61 Vic. chap. 41 ; and consolidated with the act 58 Vic. chap. 46 (now sec. 25) by the Revised Statutes of 1909.

(4) 33-34 Vic. chap. 93 (Imp.) replaced in 1882 by section 11 of 45-46 Vic. chap. 75 (Imp.).

(5) In sections 23 (2), 25, 28, 29, 30, 31, 34, 35 and 36.

LEGISLATIVE AUTHORITY OVER INSURANCE

The law relating to insurance in Canada cannot be understood without brief reference to the subject of legislative jurisdiction over insurance. The British North America Act of 1867, which gave Canada its federal constitution, did not say whether the Dominion or provinces were to have legislative authority over the subject matter of insurance. The rapidly increasing importance of this business made it inevitable that the question should be raised as to whether insurance was within the legislative field of the provinces under the power conferred by subsection 13 of section 92 to deal with Property and Civil Rights, or belonged to the Dominion Parliament under its power to regulate Trade and Commerce or under some other head or the general powers conferred by section 91.

The conflict first arose in the case of Citizens Insurance Co. v. Parsons (1881) 7 A. C. 96. This case definitely decided that the power to legislate respecting insurance contracts fell under the provincial authority as coming within the scope of subsection 13 of section 92 as concerning Property and Civil Rights.

The question respecting matters of contract having been decided in favour of the provinces, there was left the almost equally important subject of the regulation of insurance companies, particularly British and foreign companies. Must they comply with Dominion requirements as well as provincial ? This came up in the Insurance Reference Case (1916) 1 A. C. 588. It was held that the Dominion's authority to make laws for the peace, order and good government of the Dominion or to regulate trade and commerce did not permit it to require a British or foreign insurer to take out a Dominion license before it could do business in a single province. In the Reciprocal Insurers Case (1924) A.C. 328 the Dominion claim to regulate insurance companies under the pretext of passing criminal legislation was rejected, and in the last Insurance Reference Case, (1932) A.C. 41, it was held that the Dominion Parliament could not regulate insurance companies under the guise of exercising its power to legislate respecting aliens and immigration. While the Dominion Government still claims authority to regulate insurance companies by requiring them to obtain a license from the Dominion Government after furnishing certain information and making a deposit to secure their Canadian liabilities (1), there can be no doubt that the provinces have exclusive legislative jurisdiction over the subject of insurance contracts with which insurance law and this paper are primarily concerned.

---

(1) By the Foreign Insurance Companies' Act 1932, 22-23 Geo. V, chap. 47 and the Canadian and British Insurance Companies' Act, 1932, 22-23. Geo. V, chap. 46, as amended at the last session of Parliament in 1934, by 24-25 Geo. V, chaps. 36 and 27 respectively.

THE CIVIL CODE OF LOWER CANADA

The first of these provincial laws in order of time, and in some respects of importance, was the Civil Code of Lower Canada, as the Province of Quebec was then known. It came into effect in 1866 and was the first effort to deal comprehensively with the subject of insurance law in this province or elsewhere in Canada or, for that matter, anywhere. In the Codifiers' Report reference is again made to the Ordonnance de la Marine in stating that the chief sources of authority are : —

> « ... the Ordonnance de la Marine, with Valin's commentary upon it, and the treatises of Emerigon and Pothier ; in the English and American law, which almost always coincide, the works of Marshall, Arnould, Ellis, Phillips, Kent, Duer and Angell ; and in the modern French law, Pardessus, Boulay-Paty, Boudousquié, Quenault and Alauzet. Much valuable aid has been derived from Bell's Commentaries on the laws of Scotland, and some useful articles have been suggested by the draft of a civil code for the State of New York » (1).

The provisions of the Code consist of Articles 2468 to 2593 divided into four chapters : First, General Provisions applicable to all contracts of insurance ; Second, Marine Insurance ; Third, Fire Insurance ; and Fourth, Life Insurance. The provisions of marine insurance apply to fire and life insurance when these are not inconsistent with the articles particularly devoted to these subjects (C.C. 2568 and 2585).

ORIGINS OF THE CODE

A detailed account of the origin of the articles of our Code is to be found in the Codifiers' Seventh Report. At pages 240 et seq. of Vol. III this gives reasons for adopting the law. At pages 320 et seq. appears the text of the draft articles with the authorities for each article. No change was made by the Legislature in the articles as drafted, and their order corresponds to the order of the Code.

The Civil Code of France had no provisions respecting insurance and only in articles 332-396 of the Code de Commerce, derived from the Ordonnance de la Marine, was any aid found in French legislation (2). Resort was had to French, English and American authors,

---

(1) Cod. Rep. p. 240.

(2) The law of France expressly dealing with insurance is even more inchoate than our own. Apart from the articles cited from the Code de Commerce and provisions regulating insurance companies, etc., there are only a few scattered laws relating to the subject at all. That of 19 février 1889 attributes insurance indemnities in favour of hypothecary and privileged creditors according to their rank without express transfer. The law of 2 janvier 1902 gives jurisdiction to the court

who agreed on most points. Where they differed, however, the Codifiers usually followed the common law. Thus, in Articles 2482 and 2483, the rule is laid down that the simple transfer of the thing insured does not transfer the policy, while in France, the insurance was held to be an incident of the thing insured and necessarily followed it (1). In Articles 2485 to 2489 rules are adopted respecting misrepresentation and concealment, which are generally speaking those common to all countries, but in their scope and strictness correspond more closely to the English rules (2). In Articles 2490 and 2491 the English rules respecting warranties are found. In the chapter devoted to marine insurance, while the provisions of the Ordonnance de la Marine and Code de Commerce are generally used as the basis of the draft, the laws of Scotland, the United States and England are sometimes preferred to the French rule. In C.C. 2511 the common law idea of barratry is adopted (3). However, in Articles 2516 to 2518 the French rule is followed that if there be several contracts of insurance on the same object and against the same risks, recourse is had against the insurers in order of date instead of following the English rule of having the insurers contribute rateably.

Turning to the subject of fire insurance, the Codifiers say : —

> « The subject of fire insurance is one of great practical interest, as almost every individual of the community is concerned in contracts of this nature ... The form of policy in use in this country is the same with that used in England, where the business of fire insurance began earlier and has been more extended than in France ; in which country there is no textual law on the subject, and until recently there have been few decisions. Much of our jurisprudence has therefore been derived from the English law ... » (4).

Of the provisions respecting life insurance, the Codifiers say : —

> « Insurances which have human life and health for their object, if not of recent origin, have at all events attained their growth and extension within very recent times. It is in England

---

of the domicile of the assured or the place where the loss occurred. The law of 16 December 1917 makes the contract between an insurance agent and company terminable at the will of the parties. The law of 22 juillet 1919 deals with insurance contracts in time of war. The law of 13 juillet 1930 deals with subrogation (see note (4) hereunder). In addition there are numerous decrees dealing with fiscal maters, etc.

(1) Cod. Rep. p. 242. See note (2) hereunder.

(2) Compare Articles 2485 to 2489 of our Code with sections 18, 19 and 20 of the British Marine Ins. Act of 1906 (6 Ed. VII, chap. 41 (Imp.), declared to be a statement of the common law (O'Keefe & Lynch of Can. Ltd. v. Tor. Ins. & Vessel Agency Ltd. (1926) 59 O. L. R. 235).

(3) Cod. Rep. p. 246.

(4) Cod. Rep. p. 256.

and America that this beneficial form of insurance is most largely in use. In France under the ancient system it was formally prohibited ; and that prohibition seems still to have been maintained by the terms of the modern Code » (1).

The chapter of life insurance consists of nine articles, derived in part from the few decisions alluded to and in part from the draft of a Civil Code for New York (2).

OTHER INSURANCE LAWS IN QUEBEC

While the provisions of the Code on insurance are admirable statements of the law upon the parts of the subjects dealt with, they did not even when enacted contain a completely comprehensive statement of the law necessary to deal with this subject. Yet not a single amendment has been made to the Code. On the other hand, numerous additions have been made to the statute law of the province respecting insurance. Thus, in addition to the amendments made from time to time to the Husbands' and Parents' Insurance Act, the Revised Statutes of Quebec of 1888 contained sections 5264 to 5400, regulating mutual fire insurance companies and the inspection of insurance companies in general. Other minor changes were made from time to time, but there was no general consolidation of the statutes respecting insurance until 1908, when a general statute was introduced as 8 Ed. VII, chap. 69. This Act as revised by 9 Ed. VII chap. 64, appeared in the Revised Statutes of 1908 as Articles 6832 to 7069, which with some slight amendments (3) became sections 1 to 281 of chap. 243 (4) of the Revised Statutes of 1925. These generally deal with the regulation and administration of insurance companies and societies, but in addition supplement the substantive law of insurance. Sections 213-214 provide that the law of the province shall apply to contracts made in the province, etc ; section 214 requires that insurance contracts must set out all the terms or conditions of the contract ; section 215 gives a

---

(1) Cod. Rep. p. 258.

(2) It is interesting to note that only nine articles are devoted to life insurance while seventy-six deal with marine insurance for the reason that, as the Codifiers, speaking in 1865, say (p. 244) : « This branch of insurance is without doubt the chief one ». To-day, there are only three Canadian companies writing marine insurance and the total annual premiums paid for marine insurance in Canada amount to a small fraction of the sums paid annually for life insurance. In 1933 there were six and a half million different life insurance policies in force in Canada.

(3) Amendments to R.S.Q. 1909, articles 6832 to 7069 were made by the acts 1 Geo. V, chaps. 44, 45, 46 ; 4 Geo. V, chap. 54 ; 6 Geo. V, chap. 31 : 7 Geo. V, chaps. 46, 47 ; 8 Geo. V, chaps, 66, 67 ; 9 Geo. V, chap. 67 ; 11 Geo. V, chap. 85 ; 13 Geo. V, chap. 66 ; 14 Geo. V, chaps. 66, 67 ; and 15 Geo. V, chap. 10.

(4) Since amended by the acts 16 Geo. V, chaps. 14 and 61 ; 18 Geo. V, chap. 75 ; 20 Geo. V, chap. 90 ; 21 Geo. V, chaps. 94 and 95 ; 22 Geo. V, chaps. 81 82 and 83 ; and 24 Geo. V, chap. 65.

right of immediate access to an accredited agent of an insurer after a fire ; section 216 allows thirty days of grace for the payment of premiums in insurances of the person and requires actions arising under such policies to be taken within one year, or within eighteen months if the delay is extended by the court ; section 217 limits the amount of life insurance that may be placed on the lives of children ; section 238 describes the risks that fire insurance companies may accept ; section 239 prescribes the duration of a contract of fire insurance ; section 240 contains the highly important statutory conditions expressly made part of every contract of fire insurance which, under sections 240, 241 and 242 can only be varied if the variation is distinctly indicated.

In no place, however, in the statutes or code are there any provisions relating expressly to the highly important contracts of accident, sickness, liability, automobile, theft and guarantee insurance. These are left to be regulated by the general articles of the Code, by the general principles of law and by the terms of the contracts themselves, subject to the one exception not contracts of motor vehicle insurance must be approved by the government (1).

Reference has been made above to the enactment of statutory fire insurance conditions. Until the year 1908, when the statutory conditions were adopted in Quebec (2), the conditions of any particuliar policy were a pure matter of contract. The origin of the statutory conditions is interesting. In the case of Smith v. Commercial Union insurance Co. (1873) 33 U.C.R. 69, Wilson, C. J., used such strong language about the practice of insurance companies reducing their liability by the insertion of elaborate conditions in type that was practically unreadable and seldom if ever read, that the Province of Ontario in 1874 was led to appoint a commission to look into the matter and to prepare uniform fire insurance conditions. This resulted in the Province in 1876 enacting a statute containing statutory conditions (3). Other provinces followed suit, Quebec in 1908. It closely adhered to the phrasing of the Ontario statutory conditions. By copying statutory condition No. 20 and in adopting Article 2478 of the Code we have introduced into the insurance law of this province the common law waiver.

---

(1) R.S.Q. chap. 243, s. 240A as added by 20 Geo. V, chap. 90, s.10.

(2) By the act 8 Ed. VII, chap. 69, s. 203.

(3) The commission was appointed by the act 38 Vic. chap. 65 (Ont.). The statutory conditions are found in 39 Vic. chap. 24 (Ont.). They may be traced through R.S.O. 1877, chap. 162, s. 4 ; 50 Vic. chap. 26, s. 115 ; R.S.O. 1887, chap. 167, s. 114 ; 60 Vic. chap. 36, s. 168 ; R.S.O. 1897, chap. 203, s. 168 ; 2 Geo. V, chap. 33, s. 194 ; R.S.O. 1914, s. 194 ; 14 Geo. V, chap. 50, s. 92 ; R.S.O. 1927, chap. 222, s. 98 ; 19 Geo. V, chap. 53, s. 12.

SUMMARY AND COMMENT

The law of the Province of Quebec upon the highly important subject of insurance is principally found in 125 articles of the Civil Code, 76 of which are devoted to marine insurance. These articles are based on principles common to the laws of France, Scotland, England and the United States, the English rule having been generally preferred where there was a difference. There is also the Husbands' and Parents' Insurance Act appropriated from a draft of a law for the State of New York. Finally, there are the provisions of the Quebec Insurance Act copied indiscriminately from the laws of New York and Ontario. The whole forms a conglomerate of which no one to-day could be proud, and it is to be hoped that the Government and Legislature of the Province will soon revise the law of the Province upon this highly important subject. In this, great assistance can be derived from the laws in force in the other provinces of Canada which since 1924 have adopted uniform acts respecting life insurance and fire policy conditions and have closely cooperated in legislation respecting motor vehicle insurance (1).

AUTHORITIES FOLLOWED

As was to be expected from the mixed origin of our law of insurance, the courts have listened with attention to the citations of Canadian, British and American authorities as well as French, though none of these have a legally binding effect (2). It would surprise some,

---

(1) It is interesting to notice that this desirability of securing uniformity of legislation respecting insurance was suggested by a civilian, the great Quebec lawyer, the late Eugene Lafleur, K.C., speaking to the Canadian Club in 1912. He brought the same question again before the Canadian Bar Association in March, 1915 and this no doubt contributed to the organization in 1918 of the Commissioners on Uniformity of Legislation. Under these auspices numerous acts have been drafted and adopted by the other provinces of Canada. On several occasions the draftsmen of these uniform acts have preferred the rule of the civil law to that of the common law, notably in the introduction by statute of the rules of common fault and legitimation by subsequent marriage. The insurance acts which have resulted from the labours of the Commissioners have been arrived at as a result of years of close study by disinterested practitioners and professors of law, by representatives of the companies, by the provincial Superintendents of Insurance, and others interested. They have resulted in a body of law of service to the community and of which any country might well be proud. There is no reason why we, in this Province, should not use freely this new source of law, making only such changes as are necessary to fit it into the economy of our law and make it accord with the general principles of the Code.

(2) The existence of appeals to the Supreme Court and Judicial Committee of the Privy Council, both of which in practice regard themselves as bound by previous decisions (notwithstanding what is said in theory about the Privy Council), tends at least to give judicial precedent greater weight here than in France and to give it binding effect in cases appealed to the bodies mentioned (Salvas v.

however, to learn how far this has gone in certain cases. Thus Walton (1) cites the extreme example of Angers v. Mut. Reserve Fund Life Ass. Co. (1904) 35 S.C.R. 330. After this Quebec case had been argued before the Supreme Court a similar question came before the House of Lords in an English appeal, and before giving judgment the Supreme Court ordered a rehearing in order to determine how far the judgment of the House of Lords covered the case. When the judgment was finally given it contained many references to French authorities. Then in Home Ins. Co. v. Victoria-Montreal Fire Ins. Co. (1907) A.C. 59, an appeal from Quebec, the only reference to authority appears at p. 65 : « The question does not seem to have been raised before this in Canada. In the United States though the point has not been brought before the Supreme Court, the universally accepted opinion appears to be ... » i.e., in accordance with the decision handed down by the Privy Council.

In Montreal Ass. Co. v. McGillivray, Aylwin J. dissenting in the Court of appeal made interesting observations upon the law respecting insurance contracts before the Code. At p. 415 he said :

> « The law governing the contract (any commercial contract) is not the law of England but that of Canada. Insurance upon houses and buildings, « assurance terrestre », as it is called, was unknown to the law of France, as it obtained here at the Conquest. The practice of such insurance has sprung up in France since 1759. We must look to modern works as written reason upon the subject, but in doing this we are not more to be confined to modern French writers and legislation than to English or American treatises, old or new ».

He cites Duer, Casaregis, the Ordonnance de la Marine, Alauzet and Merlin, to the effect that a policy must be in writing. English, Scotch and American authorities and statutes are quoted to the same effect. Head et al. v. the Providence Ins. Co. 2 Cranch 166, a decision of the U. S. Supreme Court and another American case as well as Boudousquié are referred to as holding that a company can only contract in accordance with its statutory powers.

At p. 423 Aylwin J. refers to the view expressed by the trial judge in his charge that a commercial contract is governed by the English law in the Province of Quebec : « A more dangerous error than this could not be committed ; commercial contracts like all others

---

Vassal (1897) 27 S.C.R. 68 per Girouard J. at p. 89 ; R. v. Grenier (1899) 30 S.C.R. 42 per Strong C.J. at p. 51 ; Tooth v. Power (1891) A.C. 284 at p. 292).

(1) Walton, Scope and Interpretation of the Civil Code, p. 146.

are governed by the law of Lower Canada » (1). That is quite true, but what was the law of lower Canada respecting insurance before the Code ? Aylwin J. himself said that in ascertaining the law of insurance the courts would not hesitate to seek assistance from all authorities.

It is not surprising then that that it be said with some confidence that in the field of commercial law « our courts have more experience than those of any other country in the application of comparative jurisprudence » (2). This is particularly true of insurance law.

But where the Code is plain, it will of course be followed. Thus, to an argument made by an insurance company in defending a suit brought by an assignee of a policy that the signification required by C.C. 1571 must, under the custom of Paris, as well as under Article 1690 of the French Civil Code, be made by a notary, the Privy Council said :

> « It appears to their Lordships that the question must depend simply upon the provisions of the Civil Code (of Quebec), without introducing or importing any requirements which, though necessary under the custom of Paris or under modern French law, are not found in the Code as it stands. ... There is nothing in the Civil Code to show that the intervention of a notary is required » (3).

THE LAW RESPECTING BENEFICIARIES

So much for the statute law of the province and for the provisions of the Code. There are, however, some important questions relating to the contract of insurance, particularly the contract of life insurance, which are not dealt with specifically by the law respecting insurance. Reference to the articles of the Code above referred to shows that not a word is said respecting the designation or rights of life insurance beneficiaries. When this question arose as it did first (4) in the case

---

(1) Montreal Ass. Co. v. McGillivray (1857) 8 L.C.R. 401. The opinion of Alywin J. was dissenting. The Privy Council reversed the Court of Appeal and dismissed the action against the company (1859) 9 L.C.R. 488, but no authorities were cited in support of its decision. They held that the company could not make insurance contracts except as permitted under its act of incorporation and that its manager's verbal undertaking did not constitute a policy.

(2) Walton, op. cit. p. 22.

(3) Bank of Toronto v. St. Lawrence Fire Ins. Co. (1903) A.C. 59 per Lord Macnaghten at p. 66.

(4) Actually, the first Canadian judge to remark on the application of this article to life insurance appears to have been Taschereau J. in Venner v. Sun Life Ins. Co. (1889) 17 S.C.R. 394 at p. 403.

of Rees v. Hughes, (1894) 3 Q.B. 443, our Court of Appeal was faced with the difficulty of finding some rule of law which could be made use of to regulate the highly anomalous contract of life insurance. In a question like this, recourse was naturally had to French law with the result that in that case our court applied the rule of Article 1029 of our Civil Code (1), which corresponds exactly to Article 1121 of the Code Napoléon. These read as follows : —

« *C.C. 1029* — A party in like manner may stipulate for the benefit of a third person, when such is the condition of a contract which he makes for himself, or of a gift which he makes to another ; and he who makes the stipulation cannot revoke it, if the third person have signified his assent to it ».

« *C.N. 1121* — On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

In consequence, our law upon this highly important subject is identical to that in France. By it the nomination of a beneficiary to a life insurance policy confers on the beneficiary the right to take the insurance, but the assured may revoke the designation unless the beneficiary has accepted it. Such acceptance renders the designation irrevocable and thereafter the beneficiary can only be changed with his consent (2). The right of the beneficiary ceases on his predeceasing the assured (3).

Whether or not the courts in France and here were right in applying the rules of Article 1121 of the Code Napoléon or 1029 of our Code is a question over which there may still be room for argument but such an argument would not be even of academic interest

---

(1) Per Lacoste C. J. at p. 453. Reference is made to Fuzier Herman, Ass. sur la Vie, Nos. 306 et s. The suggestion that art. 1121 C.N. be applied to insurance in favour of a third person seems to have been developed by M. Couteau in 1881 (t. 2, nos. 505 et s.) though this had been held as early as 1850. The courts in France followed various theories until 1884 since when art. 1121 seems to have been consistently applied. See Lefort, Nouveau Traité de l'Assurance sur la Vie, 1920, t. 1. p. 189 et s., Dupuich, 1922, n. 96 et s. and authorities there cited.

(2) Baudry-Lac. art. 1121 ; Fuzier Herman, 2 Code civil annoté, art. 1121, p. 991, no. 43 et s. ; Dupuich, nos. 96, 100, 119, 192 ; D. P. 1895, 2, 545 ; Pand. Fr. t, 10, p. 754, n. 527 ; 2 Lefort, pp. 43, 149 ; 15 Laurent, n. 559 ; Defrenois, Assurance, nos. 257, 317, 318, 324 ; Demolombe, Donations, III, 92 ; 1 Larombiere, Obligations, sous art. 1121, n. 7 ; Dalziel v. Cath. Order of Foresters (1918) 28 K.B. 443 per Martin J. at p. 450 and per Lemieux C. J. dissenting in the Court of Review at 53 S.C. 316, his view being adopted in the Court of Appeal.

(3) S. 1888, 1, 121 ; D.P. 88, 1, 193 ; S. 92, 1, 181 ; D.P. 1896, 2, 97 ; D.P 1896, 1, 391, D.P. 1897, 1, 73 ; 1 Lefort pp. 535, 540 ; Aetna Life Ins. Co. v. Faucher et al (1892) 2 S.C. 392 ; Bernier J. in 5 Rev. de Droit 520 at p. 528 ; Dupuich, n. 444.

because no court here would upset a rule so consistently followed (1).

The rule, however, has resulted in inconvenience because of the difficulty with which an insurer is faced when asked to recognize a change of beneficiary. If the beneficiary first named has accepted the benefit, the assured has no right to name a new beneficiary without the consent of the first, but if, on the other hand, the beneficiary has not accepted, the assured has the right to name a new beneficiary. Whether or not there has been acceptance is a question of fact to be determined from all the circumstances of the case. Of these circumstances, the insurer may know nothing at all. This notwithstanding, he may be asked to recognize a new beneficiary when despite such recognition, the old beneficiary may be entitled to the insurance money whenever it becomes payable.

Further, the rules respecting acceptance are unknown to those outside the insurance world. Indeed they are little known within. Most people imagine that an insurance policy continues to form part of the patrimony of the person who applies for the contract, receives the policy, pays the premiums and is known as the insured. This notwithstanding, by the operation of a rule never intended to be applied to the contract of life insurance, the insured may lose control of the policy and be prevented from giving it to his wife and family. The case has often happened of an unmarried insured making a policy payable to some friend and later, after marriage, being horrified to learn that he could not make the policy payable to his wife and children because the friend had written the company indicating a change of address which was later taken to be a sufficient commencement of proof of acceptance. The right to the policy may ultimately depend upon the accident that upon being informed that he had been named as beneficiary, the person so named expressed his pleasure at this in a way which could legally be proved.

For these reasons many insurance contracts here expressly reserve to the insured the right to change the beneficiary without his consent, and this reservation has been held legal by our Court of Appeal in the case of Meunier v. Metropolitan Life Insurance Co. (1923) 35 K. B. 164. Under the common law, as applied in the United

---

(1) Baron v. Lemieux (1908) 19 K. B. 177 ; La Banque Provinciale v. Beauchesne et al (1916) 26 K.B. 41 ; Dalziel v. Cath. Ord. of Foresters (1918) 28 K.B. 443 ; Demers v. Raby et al, C.R. (1919) 26 R.L.n.s. 66 ; Roy v. Ind. Order of Foresters et al (1920) 58 S.C. 338 ; St.Aubin v. Gravel et al (1922) 34 K.B. 385 ; Bilodeau v. Sun Life Ass. Co. (1933) 71 S.C. 198 ; Banque Provinciale v. Poulin et al (1933) 55 K.B. 498 at p. 505 ; 7 Rev. du Notariat 123 ; Laverty, Ins. Law of Canada, p. 673 ; 1 Can. Bar Rev. 102 ; Bernier, loc. cit. p. 524.

States and Canada, the doctrine of vested interest (1) was even more difficult to reconcile with equity and commercial convenience. In section 25 of the Uniform Life Insurance Act that rule too has been set aside and there the insured is left with power to deal with life insurance unless it be assigned or made payable to a preferred beneficiary or a beneficiary for value.

RIGHTS OF MARRIED WOMEN

Another subject of considerable importance as to which recourse has had to be had to the general principles of law is the right of married women in policies on their husbands' lives appropriated in their favour by the husbands under the Husbands' and Parents' Insurance Act. Section 30 of this Act expressly provides that the insured and the parties benefited may join in assigning such insurance and the question has arisen frequently in these difficult times whether the wife and husband could assign such a policy of insurance to a creditor as collateral security.

The difficulty arises from Articles 1301 and 1265 of the Civil Code. The first of these, which carried forward the Senatus-Consultum Vellianum into our law, differs largely from its « oppisate number » in article 1431 of the French Code. These articles read : —

« *C. C. 1301* — A wife cannot bind herself either with or for her husband, otherwise than as being common as to property ; any such obligation contracted by her in any other quality is void and of no effect, saving the rights of creditors who contract in good faith ».

« *C. N. 1431* — La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution ; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée ».

Article 1265 of the Civil Code reads as follows : —

« After marriage, the marriage covenants contained in the contract cannot be altered, (even by the donation of usufruct, which is abolished), nor can the consorts in any other manner confer benefits *inter vivos* upon each other, except in conformity with the provisions of the law, under which a husband may, subject to certain conditions and restrictions, insure his life for his wife and children ».

---

(1) Whereby « a policy and the money to become due under it belong, the moment it is issued, to the person or persons named in it as the beneficiaries » (Central Bank of Washington v. Hume (1888) 128 U. S. 195) so that, unless the contrary intention appear, an irrevocable trust is created and if the beneficiary predecease the insured the right to the insurance proceeds passes to the succession of the beneficiary. The Central Bank Case was followed in the Manitoba case of *in re* McGregor (1909) 18 Man. R. 432 and in the Alberta case of *in re* Markham (1919) 2 W.W.R. 492. Probably the same rule is followed in England (Royal Exchange Ass. & Hope (1926) 1 Ch. 428).

This in part corresponds to C. N. 1395, which reads : —

« Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ».

It follows from the application of Article 1301 that the wife cannot assign her property so as to give collateral security for a debt of her husband, because if she did, she would be binding herself either with or for her husband. It is, moreover, argued that C.c. 1265 prevents her giving an absolute assignment, as in this way she would be benefiting her husband during marriage. In the case of Carette v. Banque Canadienne Nationale (1931) S. C. R. 33, the Supreme Court of Canada held that section 30 of the Husbands' and Parents' Insurance Act must be read with and be subject to Articles 1265 and 1301, which are rules of public order. The Court found that the assignment in that case although absolute in form was in fact given only as collateral security, and that assignment to be contrary to Article 1301 and consequently void in so far concerned any rights the wife had in the policy of insurance (1). The assignment was, however, considered good in so far as it concerned the rights of the husband. These might include the right to dividends and to the capital of the policy upon its maturity as an endowment. In a subsequent case arising out of the same assignment, it was held that the assignee was not thereby given the right to obtain the cash surrender value of the policy immediately (2). All that the creditor could do was to hold the policy. If it became payable to the wife by reason of the death of the insured husband, she would receive the money, but if it or any part of it became payable to the husband during his lifetime, that part would part to be paid to the bank in virtue of its assignment.

The law of Quebec nowhere mentions the subject of divorce, yet the provincial courts recognize as valid and give effect to a divorce granted in another jurisdiction if the plaintiff was qualified by his domicile to enter suit there. It has been held that a wife named as beneficiary of insurance upon her husband's life ceases to have any right in the insurance upon being divorced and that the insurance reverts to the husband as if she had predeceased him (3).

SUBROGATION

Another subject of considerable importance on which recourse

---

(1) In Daoust, Lalonde and Cie. Ltée et al. v. Ferland and N. Y. Life Ins. Co. (1932) S. C. R. 343 this decision was followed and it was expressly held that proof that the assignment was *in fact* only for security could be given by parole evidence.

(2) Banque Canadienne Nationale v. Dame Carette and Aetna Life Ins. Co. (1934) 56 K. B. 143.

(3) Hart v. Tudor (1892) 2 S.C. 534, Cf. 2 Lefort, p. 54 citing Aubry et Rau, no 494 to same effect.

must be had to the general provisions of the Code is subrogation. Article 2584 gives the insurer on paying a loss the right to a « transfer of the rights of the insured against the persons by whose fault the fire or loss was caused ». Thus, the insurer is not by the mere fact of payment subrogated in the rights of the insured but in fire insurance at least he is given a right to secure the transfer of the rights of the insured (1). The Codifiers say of this Article that it

« ... is based upon the authority of the doctrine held by the courts in the case of the Quebec Fire Insurance Company and Molson and others. It would seem that the right of the insurer who pays is rather a right to obtain a transfer from the insured of his claim for damages, than a right of subrogation properly so called ; for the insurer pays his own debt, which arises from the contract and is entirely a distinct thing from the claim of the insured, against a third party, for a contingency arising from a totally different cause. The article is submitted in accordance with this view » (2).

The rule in England and generally in force in the countries which follow the common law is that within the limits of the policy the insured is entitled to secure an indemnity, but no more ; and that apart from contract or statute, the insurer upon indemnifying the insured, is entitled to the benefit of any moneys received or rights which might be exercised by the insured, by which the loss against which the insured is covered can be or has been diminished (3). The modern rule in France as established by legislation is to much the same effect (4).

It will be noted that article 2584 only applies to fire insurance

---

(1) McFee v. Mtl. Transportation Co. (1918) 27 K.B. 421 which held also that an insured who has been indemnified may still sue the person responsible as the liability of the insured to account to the insurer gives the former a sufficient interest to maintain an action.

(2) Cod. Rep. p. 256. The authorities mentioned for the article are Quebec Fire Ass. Co. v. Molson et al (1851) 1 L.C.R. 222 : Ellis (Shaw's) p. 112, No. 1 ; Marshall, 796 ; 2 Pardessus, Bar. Com. n. 595, pp. 498-500. In the report of Quebec Fire Ass. Co. v. Molson found in 2 R.J.R.Q. 472 is an elaborate discussion of the nature of subrogation.

(3) Porter, 7th ed. p. 240 et s.

(4) 7 Planiol et Ripert, n. 1233 : « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui ont causé le dommage couvert par l'assurance, en vertu de l'art. 36 de la loi du 13 juillet 1930. En réalité ce n'est pas là non plus un véritable cas de subrogation, car l'assureur ne paie pas la dette du tiers, mais la sienne propre ; il y a une cession d'action imposée par la loi. (V. Labbé, note S. 1880. 1. 441 ; — G. Ripert, Dr. maritime, 3e éd., III, no. 2793. — Cette subrogation légale, admise par la jurisprudence dans l'assurance maritime (Cass. 2 juillet 1878, D. 78. 1. 345 ; 3 février et 5 août 1885, D. 86. 1. 173 ; 10 janvier 1923, S. 1924. 1. 257), était exclue avant la loi de 1930 dans les autres sortes d'assurances (Civ. 13 novembre 1928, D. H. 1928, 605) ».

and the question arises as to whether the insurer is entitled to subrogation or to a transfer of rights in insurances other than fire insurance where this right is given expressly.

There is clearly no legal subrogation under Article 1156 (1) which reads : —

« Subrogation takes place by the sole operation of law and without demand :

1. In favour of a creditor who pays another creditor whose claim is preferable to his by reason of privilege or hypothec ;
2. In favour of the purchaser of immoveable property who pays a creditor to whom the property is hypothecated ;
3. In favour of a party who pays a debt for which he is held with others or for others, and has an interest in paying it ;
4. In favour of a beneficiary heir who pays a debt of the succession with his own moneys ;
5. When a rent or debt due by one consort alone has been redeemed or paid with the moneys of the community ; in this case the other consort is subrogated in the rights of the creditor according to the share of such consort in the community » (2).

Article 1155 deals with conventional subrogation.

« Subrogation is conventional :

1. When the creditor, on receiving payment from a third person, subrogates him in all his rights against the debtor. This subrogation must be express and made at the same time as the payment.

2. When the debtor borrows a sum for the purpose of paying his debt, and of subrogating the lender in the rights of the creditor. It is necessary to the validity of the subrogation in this case, that the act of loan and the acquittance be notarial (or be executed before two subscribing witnesses) ; that in the act of loan it be declared that the sum has been borrowed for the purpose of paying the debt, and that in the acquittance it be declared that the payment has been made with the moneys furnished by the new creditor for that purpose. This subrogation takes effect without the consent of the creditor.

If the act of loan and the acquittance be executed before witnesses, the subrogation takes effect against third persons from

---

(1) Quebec Fire Assurance Co. v. Molson (1851) 1 L.C.R. 222 at p. 232 ; Maryland Casualty Co. v. Dom. Flour Mills. C.R. (1916) 49 S.C. 262 : Merch. & Fmp. Guar & Accid. Co. v. Brunet, C.R. 1920, 58 S.C. 77 ; Toronto General Insurance Co. et al v. Better (1933) 71 S.C. 565, but see Ginsberg v. Matthews Blackwell Co. Ltd., C.R. (1921) 27 R.L.n.s. 301 in which it was said that there was subrogation under C.C. 1156 but this was not necessary to the judgment.

(2) The first four paragraphs of C.C. 1156 are found in art. 1251 C.N.

the date only of their registration, which is to be made in the manner and according to the rules provided by law for the registration of hypothecs) » (1).

The question we have to answer is : Is the assured on receiving payment, compelled to give the insurer subrogation ? That is, is the insurer entitled to a transfer of the assured's rights, in insurance other than fire insurance ?

Following the common law there is no doubt but that the doctrine of indemnity as laid down in the case of Castellain v. Preston (1883) 49 L. T. 29 ; 11 Q.B.D. 380 gives the insurer who pays the loss a right of subrogation. The principle of indemnity is admirably stated in our Article 2468 which reads : —

> « Insurance is a contract whereby one party, called the insurer or underwriter, undertakes, for a valuable consideration, to indemnify the other, called the insured, or his representatives, against loss or liability from certain risks or perils to which the object of the insurance may be exposed or from the happening of a certain event ».

and in the view of the writer, the description of the contract of insurance in Article 2468 is sufficient in itself to give the insurer a right to subrogation or at least a transfer of the rights of the insured. Indeed, that is the effect of the decision in Quebec Fire Assurance Co. v. Molson above referred to, in which the Privy Council held that under the old French law (i. e. before our Code had enacted C. C. 2468 or 2584) the insurer was entitled to a transfer of the rights of the assured who has been indemnified. But this would not be the case where the loss gave rise to a claim exclusively attached to the person, as for personal injury or a claim under the Workmen's Compensation Act (2). Therefore, it is the view of the writer that quite apart from contract, where the contract is a contract of indemnity (3), the insurer may obtain a transfer of the rights of the assured and sue the person responsible for the loss.

Even, however, in the absence of either subrogation or a transfer of rights, the courts of our Province have held that the insurer may have a recourse in damages under Article 1053 of the Civil Code which

---

(1) The part not in brackets corresponds to art. 1250 C. N.

(2) Tor. Gen. Ins. Co. et al v. Better (1933) 71 S.C. 565 at p. 568 : C.C. 1031 : Marvland Casualty Co. v. Dom. Flour Mills Ltd., C.R. (1916) 49 S.C. 262 at p. 265 : Laverty, p. 555.

(3) The contract of life (and perhaps accident) insurance is not a contract of indemnity and would not give the insurer a right of action against a third party responsible for the death of the insured (Pand. Fr. Supp. A.C. p. 515 nos. 232, 236, 237 : Dupuich, n. 362 ; Laverty, p. 555 but see some loose remarks to the contrary in 1 Lefort p. 165.

corresponds to Article 1382 of the Code Napoleon. The articles read:—

« *C. C. 1053* — Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill ».

« *C. N. 1382* — Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

This proceeds upon the reasoning that as a result of the fault of the third person, the insured has suffered loss and the insurer has been forced to pay a sum of money to indemnify the insured for that loss which but for the act of such third person, the insurer would not have had to pay (1).

This rule does not apply under the common law (2) but it coincides with the rule in France (3).

CONCLUSION

Similar comparisons could be made between the law respecting insurance in France and in Quebec upon an infinite number of points of interest and importance. To mention but a few :

The Nature of the Contract
The Time of Commencement of the Contract
Risk an Essential Element

---

(1) Que. Fire Ass. Co. v. Molson, (1851) 1 L.C.R. 222 ; Cedar Shingle Co. v. Rimouski Ins. Co. (1893) 2 Q. B. 379, on the authority of D. 82, 2, 238 ; Lloyds Plate Glass Ins. Co. v. Powell, (1899) 16 S.C. 432 ; Lloyds Glass Ins. Co. v. Pacaud, (1907) 22 R.L.n.s. 150 ; Gen. Animals Ins. Co. v. M.T. Co. C.R. (1915) 48 S.C. 425 ; Maryland Cas. Co. v. Dom. Flour Mills, C.R. (1916) 49 S.C. 262 ; Merch. & Emp. Guar. & Accid. Co. v. Blanchard, C.R. (1919) 56 S.C. 278 ; Merch & Emp. Guar. & Accid. Co. v. Brunet, C.R. (1920) 58 S.C. 77 ; Liv. & Lond & Globe Ins. Co. v. Giguère (1921) 31 K.B. 305 at p. 308 ; Merch. & Emp. Guar. & Accid. Co. v. Racine (1922) 61 S.C. 392 ; Motor Union Ins. Co. v. Sacks et al (1924) 62 S.C. 14 ; Tor. Gen. Ins. Co. et al v. Better (1933) 71 S.C. 565. The holding of the Supreme Court in the Regent Taxi Case (1929) S.C.R. 650 supports this view.

(2) Simpson & Co. v. Thompson, Burrell et al (1877) 3 A.C. 379 which held that the underwriter's right was not independent of that of the insured and if for any reason the latter could not sue, neither could the underwriter.

(3) The views of the authors in France are discussed by Carroll J. in Liv. & Lond. & Globe Ins. Co. v. Giguère (1921) 31 K.B. 305 at p. 309 and by Martineau J. in Merch. & Emp. Guar. & Acc. Co. v. Blanchard, C.R. (1919) 56 S.C. 278. The latter quotes Capitant at pp. 37 to 70 of la Revue Trimestrielle de Droit (1906) as holding that the insurer has no recourse in damages and supporting the view shared by him, but he dissented in the case. Beudant, Contrats et Obl. p. 822 is cited by Carroll J. as basing his argument to the same effect upon the view that the contract of insurance is aleatory and that the loss must fall on and remain with the insurer as that is the risk he runs. In Archambault v. Lamere (1882) 2 D.C.A. 97, it was held that an insured creditor must give credit to the debtor for the amount received from insurance placed by the creditor on the debtor's property, the French rule being expressly followed as against the English. Fuzier-Herman, Code Civil Annoté, vol. 3, n. 766 ; Alauzet, Traité Gen. des Assurances, t. 2, n. 778.

The Risk must be Legal and not contrary to Public Order or Good Morals
The Necessity for Insurable Interest
The Time when an Interest is Necessary
Misrepresentation.
Warranty
Rights of Third Persons in Insurance Contracts

To cover such a subject would require not one, but several volumes of text. That was not, however, the object of this paper. This was to describe our law of insurance, to show its sources in a general way and to indicate briefly and rather by way of illustration its relation to the law of France.

We have seen that where our law is found in the Code or Statutes, its origins are well known and generally speaking, neither Statutes nor Code owe much to the law of France but are derived for the most part from common law sources.

On the other hand, where there is no code or statutes, we are apt to follow or take the same course as the French law, even the modern French law ! This is illustrated by the brief discussion given above of the subject of Beneficiaries in Life Insurance, and of Subrogation. The note on the Rights of Married Women is added because of the wide interest in the subject and the manner in which it has developed here.

It is not surprising that there should be differences of detail in the statutes or codes, nor that there should be great similarity between the Quebec and French law on this subject where it is not covered by particular statutes or articles. It is, however, to be wondered at that a branch of law which has been so recently and so rapidly developed, in all countries, as it were under pressure, should show not differences but similarities on almost all essential points. It indicates the possibility through the study of comparative law of achieving a degree of international co-operation upon subjects of common interest that a few years ago would have been considered Utopian. The importance to science of the study of comparative law has long been recognized. Adventures in international co-operation like the League of Nations and its associated institutions, the I.L.O. and the International Institute of Intellectual Co-operation as well as various other bodies like the International Congress on Comparative Law or the Comité International de la T.S.F., begin to show the possible value of such study. It is one path in the peaceful development of human relations towards the goal of an effective world society.

DE L'ABSENCE

Rapport présenté par
M. R. A. BEULLAC,
avocat au Barreau de Montréal

Le titre quatrième du Code civil de la Province de Québec est consacré aux absents. Les commissaires chargés de la codification des lois du Bas-Canada dans leur rapport sur la matière constatent qu'en France, avant le Code Napoléon il n'existait aucun système juridique uniforme et régulier sur l'absence, la jurisprudence étant différente dans chaque ressort et chaque coutume ayant ses règles particulières et souvent opposées. Ils constatent également que le titre IV du Code Napoléon, d'après les auteurs, était celui qui lors des discussions avait présenté le plus de difficultés et rencontré le plus de divergences dans les détails. En soumettant leur travail les Commissaires ajoutent que les textes qu'ils proposent diffèrent quelque peu du Code Napoléon et offre plutôt de l'analogie avec le Code de la Louisiane auquel ont été empruntés plusieurs des articles suggérés (1).

Notre Code civil à l'article 86 définit l'absent « celui qui ayant eu son domicile dans le Bas-Canada, a disparu sans que l'on ait aucune nouvelle de son absence » (2).

Les éléments essentiels de l'absence au point de vue juridique sont donc : 1° — l'existence d'un domicile dans la province de Québec. Ainsi celui qui n'y a jamais eu de domicile pas même un domicile d'élection, et, devrait-on ajouter, celui qui par ailleurs n'a pas de biens immobiliers (3) dans notre province ne saurait être déclaré absent par nos tribunaux ; 2° — La disparition et non pas seulement l'état d'absence au sens ordinaire du mot, c'est-à-dire de non présence au lieu de son domicile. Ainsi l'absence dont il est question au titre du mariage et à celui des conventions matrimoniales, où sont prévus les cas où la femme mariée en l'*absence* de son mari peut s'adresser aux tribunaux et obtenir la permission de poursuivre ou de se défendre, n'est pas celle dont il est question ici car il ne s'agit là que de non présence (4) ; 3° — La non réception de toute nouvelle soit directe ou indirecte. « L'existence simultanée de ces trois caractères autorise seule à ranger dans la classe des absents celui sur la tête duquel ils

---

(1) V. le Rapport des Commissaires sur le Code civil dans de Lorimier, *Bibliothèque du Code civil*, tome 1, p. 540. p. 167.

(2) Comp. art. 115 C.N. et Statuts Révisés d'Ontario, 1927, c. 108, s. 1.

(3) Argument de l'article 6 C. c., V. aussi Loranger, Vol. 3 Revue Légale, pp. 49 et 50.

(4) V. notamment les arts. 180 et 1298a C. c.

se réunissent » (1).

Le mot « absent » a deux acceptions bien différentes. La première entend celui qui ne se trouve pas au lieu où sa présence est nécessaire ou désirée, mais dont on a des nouvelles et dont par conséquent l'existence n'est pas incertaine ; la seconde celui dont on ignore la résidence actuelle ou dont on n'a pas de nouvelles et dont, pour cette raison, l'existence peut paraître douteuse (2).

Dans les articles 87 à 92 le code traite de la curatelle à l'absent, des cas où un curateur peut être nommé, des formalités à suivre, des devoirs et des pouvoirs de ce curateur et de la fin de la curatelle.

L'absence, entendue comme nous venons de le dire, étant reconnue, pour qu'il y ait lieu à la mesure conservatoire qu'est la curatelle à l'absent, il faut de plus la nécessité de pourvoir à l'administration des biens de l'absent. La nomination du curateur appartient au tribunal de première instance (la Cour Supérieure) du dernier domicile de l'absent (3). Le tribunal n'agit pas d'office mais sur la demande des parties intéressées à la conservation des biens de l'absent parmi lesquelles l'on rangera ses créanciers, son conjoint et ses héritiers présomptifs. Disons en passant que nous n'avons pas ici de ministère public et partant que les intéressés doivent agir eux-mêmes. Le Souverain, qui hérite à défaut d'héritiers ou légataires pourra, s'il n'y a personne pour recueillir la succession de l'absent, provoquer la nomination du curateur (4).

La procédure à suivre pour nommer le curateur est la même que pour la nomination des tuteurs : requête pour convocation du conseil de famille, avis ou délibération devant le Juge, devant le protonotaire (greffier) du tribunal de première instance ou un notaire délégué ou non délégué, homologation du rapport du notaire si l'on a procédé devant un notaire et nomination du curateur lequel devra prêter serment de bien et fidèlement remplir les devoirs de sa charge et de rendre compte.

L'étranger ne peut être curateur (5). Une fois nommé le curateur devra faire faire devant notaire un inventaire et estimation de tous les biens commis à sa charge.

Le rôle du curateur est d'administrer les biens qui lui sont confiés. Assimilé au tuteur quant aux obligations de sa charge il doit

---

(1) De Moly., *Des Absents*, p. 2, note 4 (cité par de Lorimier, *op. cit.*, tom. I, p. 550).

(2) Toullier, Liv. 1, Tit. 4, No. 381, (de Lorimier, *op. cit.* tom. cit., p. 551).

(3) Mignault, *Droit civil Canadien*, ouvrage très estimé auquel nous avons fait de larges emprunts et que nous citerons copieusement, tome I, p. 258.

(4) Mignault, *op. cit.*, p. 262.

(5) Jetté, à son cours (cours professé à la faculté de droit de l'Université Laval de Montréal par Sir Louis A. Jetté qui fut doyen de cette faculté de 1890 à 1898 v. Revue du Droit, tome II, p. 298.

administrer en bon père de famille. Il pourra avec l'autorisation du juge sur l'avis du conseil de famille continuer l'exploitation du commerce de l'absent. L'administration entendue dans son vrai sens comprenant certains actes d'aliénation, il pourra vendre les effets périssables, se servir des revenus pour effectuer les réparations nécessaires et passer bail des immeubles.

Le code dit expressément que les pouvoirs du curateur à l'absent se bornent aux actes de pure administration ; qu'il ne peut aliéner, engager, ni hypothéquer les biens de l'absent.

Le curateur à l'absent ne peut aliéner les immeubles mais il pourra être assigné en partage et partant pourra se faire autoriser en justice à se porter partie à la vente d'un immeuble dans lequel l'absent possède un droit indivis (1).

A remarquer que le curateur à l'absent est un curateur aux biens, non à la personne, ce qui a fait dire à certains que le curateur à l'absent ne pouvait poursuivre ni être poursuivi ès-qualité. Nous sommes d'avis contraire tout au moins quant aux actes purement conservatoires ou d'administration (2), malgré ce qu'ont jugé quelques vieux arrêts (3) et peut-être contre l'opinion de M. Mignault (4), lequel d'ailleurs ne se prononce pas catégoriquement. D'après le premier de ces arrêts c'est l'absent qu'il faudrait assigner, ce par la voie des journaux. L'article 136 du Code de Procédure civile semble l'autoriser (5). Observons ici que sous notre droit tous les autres curateurs aux biens peuvent ester en justice ès-qualité (6).

Comme tout administrateur le curateur doit des comptes, et ces comptes il les rendra à l'absent si celui-ci se présente ou délègue quelqu'un pour le représenter ou aux envoyés en possession et aux créanciers de l'absent suivant le cas. Ses fonctions prendront fin par le retour de l'absent, par la réception de sa procuration ou par l'envoi en possession provisoire dont nous allons maintenant dire quelques mots.

Les articles 93 à 103 traitent de la possession provisoire des héritiers de l'absent et règlent notamment les conditions de l'envoi en possession provisoire, la transformation du provisoire en définitif et les droits de l'absent au cas de retour.

Le code a réduit à cinq ans la durée de dix ans exigée autrefois dans le ressort du parlement de Paris pour mettre les héritiers de l'ab-

---

(1) V. Marler, The Law of Real Property in Quebec, n. 589.
(2) Art. 91 C. c.
(3) *Whitney* c. *Brewster*, 3 Lower Canada Reports, 431 ; *Lepage* c. *Monier*, 12 Quebec Law Reports, 9 Comp. *Murphy* c. *Knapp*, 4 Lower Canada Reports, 94.
(4) Mignault, *op. cit.*, pp. 264 et 265.
(5) Ce moyen de procéder est critiqué. V. M. Surveyer, Revue du Droit, t. III, p. 125.
(6) V. notamment les arts, 686 et 945 C.c.

sent en possession de ses biens. Ce délai courra du jour du départ de l'absent ou de la date des dernières nouvelles. Il ne sera pas toujours nécessaire que l'on attende cinq années. En effet l'article 94 porte que l'envoi en possession pourra être ordonné plus tôt s'il est établi à la satisfaction du tribunal qu'il y a de fortes présomptions que l'absent est mort. Par ailleurs le juge appelé à statuer sur la demande d'envoi en possession a un pouvoir discrétionnaire qu'il exercera suivant la nature de l'absence et les raisons qui peuvent expliquer le manque de nouvelle (1).

La procédure sur la demande d'envoi en possession est réglée au Code de Procédure civile (2). Il faut une requête au Juge du lieu du dernier domicile ou de la situation des biens, appuyée d'un acte de notoriété et avis dans les journaux convoquant ceux qui ont des réclamations à exercer sur les biens de l'absent. Il est procédé sur la requête ainsi que sur les réclamations comme dans une instance ordinaire.

Il est à noter que notre code ne considère pas l'absent provisoirement comme mort et ne s'occupe pas avant tout des droits des héritiers. Préoccupé surtout de préserver les biens de l'absent de l'abandon qui les menace s'il accorde aux héritiers présomptifs des pouvoirs plus étendus qu'au curateur, l'intérêt de l'absent demeure quand même son premier souci.

C'est ainsi que la possession provisoire ne sera accordée aux héritiers présomptifs qu'à titre de dépôt et à charge de donner caution (3). Aussi ceux qui l'obtiendront n'auront que l'administration des biens avec obligation de rendre compte à l'absent ou à ses héritiers ou représentants légaux. C'est ainsi également que ceux qui obtiennent la possession provisoire sont tenus de faire faire inventaire et de faire constater par experts l'état des immeubles. Avec la permission du Juge les meubles seront vendus et le produit employé de même que les fruits et revenus.

L'envoyé en possession provisoire n'est tenu des dettes de l'absent que dans la limite des biens de celui-ci et sur ces biens seulement (4).

L'envoyé provisoire n'étant qu'un administrateur il en résulte qu'il doit restituer à l'absent, advenant son retour, non seulement les biens mais encore les fruits de ces biens (5). Autrement dit la possession provisoire n'est qu'un dépôt ou un mandat purement gratuit (6).

---

(1) Jetté, Rev. du Droit, t. III, p. 19.

(2) Arts. 1422 et suiv. C. p. c.

(3) La caution sera sujette à contrainte par corps. Art. 833 C.p.c. ; Jetté, Rev. du Droit, t. III, p. 22.

(4) Jetté, Revue du Droit, t. III, p. 24.

(5) V. Langelier, (Sir François) à son cours (cours professé à la faculté de droit de l'Université Laval de Québec), t. 1, p. 209.

(6) Mignault, *op. cit.*, p. 293.

D'autre part un texte autorise la constitution d'hypothèque sur les biens de l'absent avec l'autorisation du tribunal. Sujet à cette condition il semble que l'envoyé en possession provisoire pourra hypothéquer (1).

La prescription ne courra pas contre l'absent pas plus au profit de l'envoyé provisoire que de l'envoyé définitif dont nous parlerons tout à l'heure (2).

D'un autre côté, la prescription ne court pas non plus en faveur de l'absent contre l'envoyé, celui-ci étant assimilé à un héritier bénéficiaire. Or la prescription ne s'exerce pas contre l'héritier bénéficiaire au profit de la succession qu'il administre (3). Mais elle courra contre l'absent au profit des tiers qui possèdent des biens lui appartenant ou qui sont ses débiteurs, l'absence n'étant pas parmi les causes qui font obstacle à la prescription (4).

A la différence de ce qui a lieu pour le curateur à l'absent, il n'y a pas de doute que l'envoyé en possession provisoire pourra ester en justice relativement aux biens de l'absent (5).

L'article 98 C. c. définit la présomption de décès. A remarquer que lorsque l'absent est réputé mort, l'effet de cette mort rétroagit au jour de la dernière nouvelle reçue ou du jour où l'absent, s'il vivait encore, aurait atteint cent ans d'existence. Nous reparlerons de cette disposition mais signalons ici que sous le Code Napoléon le même effet rétroactif n'existe pas (6).

Ce même article 98 ajoute que la possession provisoire devient définitive lorsque l'absent est présumé mort. En effet sous l'empire de notre code la possession définitive n'a pas besoin d'être prononcée par le tribunal. La condition réalisée la possession provisoire devient définitive. La décharge des cautions s'opère de plein droit (7).

Sur demande faite au tribunal, les héritiers présomptifs de l'absent, qu'ils fussent envoyés provisoires ou non, peuvent obtenir le partage des biens de l'absent.

Vu l'effet rétroactif de la présomption de décès, les héritiers présomptifs sont ceux qui pouvaient en réclamer les droits au jour de la disparition de l'absent ou de la dernière nouvelle reçue.

---

(1) Art. 2039 C.c. ; Mignault, t. I, p. 284 et t. 9, p. 119. Jetté est d'avis que l'envoyé en possession provisoire peut au cas de nécessité aliéner les immeubles avec l'autorisation du tribunal. Jetté, Revue du Droit, t. III, p. 23.

(2) Art. 2203 C.c.

(3) Mignault, t. I, pp. 290, 291 ; art. 2237. (D'après lequel c'est la personne de l'envoyé, et non de l'absent, que l'on doit considérer).

(4) Art. 2232 C.c. — Quant à la question plutôt subtile, de savoir, quant aux causes ordinaires de suspension de prescription, si l'on doit vis-à-vis des tiers considérer la personne de l'absent ou celle de l'envoyé, V. Mignault *op. cit.*, 291 et 292.

(5) Art. 103 C.c.

(6) Art. 129 C.N.

(7) Jetté, Rev. du Droit, t. III, p. 324.

L'envoyé définitif n'est pas tenu de restituer les fruits, revenus et autres de même nature. Advenant le retour de l'absent ou son décès à autre époque que celle de l'envoi définitif, en sorte que les héritiers ne seraient plus les mêmes, l'envoyé ne sera tenu de rendre les biens que dans l'état où ils se trouveront au moment de ce retour ou du décès, ou le prix en provenant s'ils ont été aliénés, ou encore les biens provenant de l'emploi de ce prix.

L'envoyé définitif toutefois ne deviendra pas propriétaire. Il ne possède qu'à titre précaire, et à ce titre il ne peut prescrire contre l'absent. D'autre part l'absent ne pourra pas plus prescrire contre lui qu'il le peut contre l'envoyé provisoire, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

L'envoyé définitif a un mandat plus étendu que l'envoyé provisoire. Son pouvoir n'est plus borné aux actes d'administration mais s'étend aux actes de disposition. L'envoyé définitif pourra, il est vrai, être appelé à rendre compte à l'absent ou à ses ayants-cause, mais les tiers qui auront traité avec lui conserveront leurs droits (1).

Ajoutons qu'en vertu de l'article 2039 C. c., l'envoyé définitif ne pourra grever ou hypothéquer les immeubles de l'absent qu'en suivant les formalités prescrites par la loi. Ces formalités sont les mêmes que celles requises des tuteurs aux mineurs, curateurs aux biens des insensés et autres.

Le code ne prévoit d'hypothèque en faveur de l'absent ni sur les biens de l'envoyé provisoire, ni sur ceux de l'envoyé définitif, ceci à la différence de ce qui a lieu pour les tuteurs et curateurs aux interdits (2). Il y a cependant tout avantage pour l'envoyé provisoire ou définitif à faire enregistrer le jugement ordonnant l'envoi en possession contre les immeubles de l'absent, s'il en existe ou, s'il n'y en a pas, au bureau d'enregistrement des droits réels au lieu du domicile de l'absent ou de sa dernière résidence connue.

Il a été jugé, s'agissant du solde de prix de vente d'un immeuble conquet (3) de la communauté que le vendeur, légataire universel de l'épouse commune en biens, ne pouvait réussir dans ses conclusions à moins d'établir le décès du chef de cette communauté, et ce lors même que ce dernier serait disparu depuis plus de 30 ans avant l'acte de vente, la demande, dans ces circonstances, devant être réjetée sauf à se pourvoir (4).

A première vue l'on pourrait critiquer ce jugement, sur le motif

---

(1) Arg. de l'art. 101 C.c. V. aussi Mignault, *op. cit.*, p. 300.
(2) Art. 2030 C.c.
(3) Ancienne expression pour signifier immeubles acquis à titre onéreux durant le mariage. C'est du moins le sens que lui donne notre Code civil — V. art. 1273 C.c. (droit français, V. Dalloz, Dict. Gen., éd. 1844, t. 1, Vo. Communauté, No. 85).
(4) *Descoteaux* c. *Lauzières* 67, Cours Supérieure, 188.

qu'à tout événement la communauté existant entre la femme *de cujus* et l'absent avait été définitivement dissoute par le décès de celle-là. Toutefois la lecture attentive de cet arrêt révèle que l'immeuble dont on réclamait le solde avait été acquis à titre onéreux durant le mariage par l'un des époux et, par conséquent, était entré dans l'actif de la communauté. Par ailleurs la preuve n'avait pas été faite devant le tribunal que les héritiers apparents du mari absent avaient cédé la moitié indivise de l'absent à la *de cujus* et la femme *de cujus* n'avait pas été envoyée en possession. Cet arrêt ne saurait donc être invoqué à l'encontre de l'aliénation des biens de l'absent par l'envoyé définitif ou ses héritiers.

Les articles 99 à 102 C. c. traitent du décès prouvé de l'absent ou de son retour, suivant le cas, et de la restitution des biens.

Si même après cent ans de vie ou trente ans d'absence l'absent reparait ou son existence est constatée, le jugement qui a ordonné la possession définitive cessera d'avoir effet. L'absent reprendra ses biens mais seulement dans l'état ou ils se trouveront, et, s'ils ont été aliénés, il devra se contenter du produit ou de l'emploi du prix. Si au contraire le décès est prouvé, c'est aux héritiers légaux ou testamentaires à la date du décès que les envoyés en possession définitive devront rendre compte et remettre (1).

Les articles 103 à 107 C.c. traitent des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent. Pour ce qui est de ces droits, l'absent sera reputé mort, et ceux qui songeraient à réclamer de son chef, créanciers ou héritiers, devront fournir la preuve qu'il était vivant au moment de l'ouverture du droit. En l'absence de cette preuve, que l'absence suppose impossible à fournir, l'attribution provisoire de ces droits est faite non pas aux héritiers présomptifs mais à ceux qui dans la supposition du décès de l'absent au moment de l'ouverture du droit recueillaient sa part ou recevaient à son défaut. L'envoi en possession provisoire n'est pas nécessaire pour ceux qui sont appelés à recueillir au défaut de l'absent une succession que celui-ci recueillerait lui-même s'il était présent » (2).

Un arrêt a jugé que de simples informations fournies par des fiers et dont on ne peut établir la nature pas plus que la provenance ou l'exactitude ne constituent pas une preuve de l'existence de l'absent(3).

L'absent ne peut relativement au même objet et aux mêmes personnes être réputé à la fois mort et vivant. La loi n'admet que la présomption de décès ; par conséquent, les délais expirés, il faut considérer l'absent comme mort, appliquer les règles ordinaires des succes-

---

(1) Jetté, Rev. du Droit, t. III, p. 324.
(2) Arg. de 99 C.c.
(3) *Picard* c. *Picard*, 48 Cour Supérieure, 316.

sions et admettre la représentation s'il y a lieu (1).

Ceux qui au défaut de l'absent obtiennent les droits éventuels ouverts à son profit depuis sa disparition, les possèderont comme propriétaires sous condition résolutoire. Par conséquent, à la différence des envoyés en possession provisoire, ils n'auront pas à rendre les fruits et revenus (2).

Une question controversée est de savoir si ceux qui ont recueilli aux lieu et place de l'absent peuvent aliéner les biens ainsi recueillis. M. Mignault après avoir exposé les arguments pour et contre est d'avis qu'il vaut mieux obtenir l'autorisation de la justice, ce qui assurera l'irrévocabilité de la convention faite en cette forme (3). A notre avis cette autorisation est indispensable (4).

Les articles 108 à 113 C.c. traitent des effets de l'absence relativement au mariage et notamment quant à la preuve requise pour pouvoir contracter une nouvelle union, de la dissolution de la communauté, de l'envoi en possession qui est accordé à la femme de ses gains et des avantages matrimoniaux ainsi que de la possession provisoire en faveur du conjoint à défaut de successibles de l'absent.

Les articles 113 et 114 C.c. traitent de la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu. Ces deux derniers articles n'offrent rien de particulier.

Par contre l'article 108 auquel nous venons de référer peut être considéré à la fois comme l'un des plus importants et des plus intéressants sur la matière. Cet article est dans les termes suivants :

> « Les présomptions de décès fondées sur l'absence, quelqu'en soit la durée, ne sont pas applicables au cas du mariage ; l'époux de l'absent ne peut jamais en contracter un nouveau sans rapporter la preuve certaine du décès de son époux absent ».

Ailleurs le Code civil porte que « le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints ; que tant que l'un et l'autre vivent il est indissoluble » (5) ; également aussi que : « l'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier » (6).

Il résulte de ces textes que le conjoint présent ne peut se remarier tant qu'il ne rapporte pas la preuve du décès de son conjoint. Si l'absent meurt sur territoire canadien la preuve exigée sera un certificat de décès ou de sépulture dans Québec émis par l'officier d'état civil compétent (7). Si le décès a eu lieu à l'étranger l'on acceptera le cer-

---

(1) 1 Mignault, 311 ; V. aussi Revue du Notariat 35e an. (jan. 1933), pp. 249 et suiv.

(2) 1 Mignault, 313.

(3) 1 Mignault 315-317 incl. et note 1 au bas de la page 317-cf. aussi 2039 C.C.

(4) Arg. de l'article 1088 C.c.

(5) Au titre de mariage, 185 C.c.

(6) 118 C.c.

(7) Ou un certificat du Coroner, lorsque la justice a été saisie du décès d'un individu. (Loi des Coroners, Statuts Refondus de Québec (1925), c. 153).

tificat de l'officier public qui a officié (1).

Mais qu'arrivera-t-il si nonobstant les dispositions de la loi le conjoint de l'absent se remarie ? (2) Si la personne qu'il a épousé ignorait l'existence du premier mariage, ou si on lui a représenté faussement que l'absent était décédé, à sa demande le mariage sera annulé sur le motif de fausses représentations ou erreur sur la personne.

Il incombera à la partie demandant l'annulation de son mariage non seulement de prouver la célébration d'un mariage antérieur mais aussi de fournir la preuve de l'existence de l'absent au moment du second mariage (3). C'est l'opinion de M. Mignault lequel s'exprime en ces termes : ...

> « Avant de prononcer la nullité du mariage contracté par le conjoint il faudra prouver que cet absent existait au moment de ce mariage. Il ne suffirait pas de démontrer qu'il plane un doute sur son existence, car si l'absent était réellement mort au moment du second mariage, ce mariage serait valable malgré ce doute ».

M. Mignault ajoute que l'absence constitue un empêchement conditionnellement dirimant, c'est-à-dire que le mariage sera considéré avoir toujours été nul si l'on apprend que l'absent existait au moment ou il a été contracté (4). Tel serait aussi la doctrine des anciens auteurs (5). Nous ne croyons pas devoir citer ici l'opinion des auteurs français modernes étant donné la différence qui existe entre notre texte (art. 108) et l'article correspondant du Code Napoléon (art. 139).

Après avoir dit qu'il partage l'avis de ceux qui veulent que la personne cherchant à obtenir l'annulation de son mariage fournisse la preuve de l'existence de l'absent, M. Mignault ajoute :

> « en pratique, cependant, on s'est montré assez facile sur le genre de preuve qui peut autoriser le conjoint de l'absent à contracter un second mariage ».

Les arrêts que M. Mignault cite à titre d'exemples (6) ne nous semblent pas avoir cette portée. Dans l'un de ces arrêts (7) M. le Juge Casault constate bien le genre de preuve que la demanderesse, épouse de l'absent et remariée du vivant de ce dernier, a fait quant à sa bonne foi, mais il n'a pas eu à se prononcer sur la validité du second mariage car il décide que les effets de ce mariage « putatif » avaient pris fin

---

(1) Sur la preuve des écrits faits hors du Bas-Canada (Québec) V. art. 1220 C.c.

(2) La même difficulté ne se présente pas en France : V. art. 139 C.N. Nous reparlerons de cette différence plus loin en traitant du droit comparé.

(3) V. *Harvey* c. *Young*, 4 Cour Supérieure 446.

(4) 1 Mignault, 319.

(5) V. notamment D'Aguesseau cité dans le Nouveau Denizart (éd. 1783) Tom. I, V. *Absence du mari ou de la femme*, Art. 1er. no. 2, p. 66.

(6) *Morin* c. *Corporation des Pilotes* 8 Quebec Law Reports, 222 ; *McKercher* c. *Mercier*, Montreal Law Reports, 4 Superior Court, 333.

(7) *Morin* c. *Corporation des Pilotes*, précité.

avec le retour du premier mari, l'absent. Dans l'autre arrêt (1), la preuve du décès de l'absent également n'est qu'un motif secondaire, car il s'agissait là d'une action en recouvrement d'une somme mise entre les mains d'un fiduciaire, ou comme on le disait alors, un dépositaire (2).

M. Mignault d'ailleurs clôt son exposé sur ce point en disant :

> « Du reste, quelles que soient les nouvelles qu'on ait pu recevoir de la mort de l'absent, si ce dernier était réellement vivant à l'époque du second mariage, ce mariage se trouvera avoir été nul *ab initio,* seulement vu la bonne foi des parties (si tel est le cas) il aura produit des effets civils et les enfants qui en sont nés, seront légitimes ».

Signalons en passant un jugement qui a annulé un second mariage à la demande du conjoint présent sans exiger la preuve de la non dissolution du premier (3).

Au point de vue pénal, l'absence de l'un des époux pendant sept ans ou plus est un motif de justification et d'excuse à opposer à une charge ou accusation de bigamie, et la plainte de ce chef sera rejetée (4).

Les articles 109, 110, 111 et 112 traitent des effets de l'absence quant aux biens du conjoint présent.

Le code dans le premier de ces quatre articles dispose que la communauté sera provisoirement dissoute de la date de la demande que les héritiers présomptifs feront à cette fin après toutefois que le délai pour envoi en possession provisoire sera écoulé, ou, si c'est le conjoint présent qui prend l'initiative, à compter de l'action que ce conjoint aura introduite à cet effet contre les héritiers présomptifs. Comme on le voit, la dissolution de la communauté de biens ne s'opère pas automatiquement par le seule durée de l'absence. Il faut la demander et elle datera de la demande. Ajoutons que si l'absent possédait des propres, les héritiers présomptifs devront joindre à la demande en déclaration de dissolution une demande d'envoie en possession, sinon ces biens échapperaient à la possession que la loi a organisée en pareils cas. Notons que la communauté dont il s'agit est aussi bien la légale que la conventionnelle (5).

Quant à la forme de la demande des uns et des autres, le Code de Procédure (art. 1422) permet aux héritiers présomptifs le recours

---

(1) *McKercher* c. *Mercier*, précité.

(2) V. art. 981a C.c. (introduit en 1888) cons. M. Faribault, *Traité de la Fiducie*, (ouvrage très fouillé).

(3) *Plouffe* c. *Trudeau* No. 143,437 C.S. District de Montréal, Louis Cousineau J., 21 novembre 1935 (non rapportée).

(4) Art. 308-ss.3 (b) du Code Criminel Canadien (Statuts Revisés du Canada, 1927 C. 36).

(5) 1 Mignault, 322.

sommaire de la requête tandis que le Code civil impose au conjoint présent la forme plus lente d'une action. La dissolution une fois prononcé l'on procèdera à la liquidation et au partage des biens de la communauté. Si la partie qui a demandé la dissolution n'agit pas avec diligence, tout intéressé, aussi bien que l'époux présent ou que l'envoyé en possession, pourra promouvoir la procédure. Il faut remonter pour faire le partage des biens de la communauté, au jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles (1).

Dans le second de ces articles (art. 110) il est question des conventions et droits des conjoints qui sont subordonnés à la dissolution de la communauté. Advenant la déclaration de dissolution de la communauté ces conventions et droits deviendront exigibles et exécutoires. C'est ainsi que l'épouse présente pourra exiger son douaire coutumier ou préfix, suivant le cas (art. 1438, alin. 3) et le conjoint présent réclamer le préciput stipulé exigible à la dissolution de la communauté.

L'article 111 traite des gains et avantages matrimoniaux et donne à l'épouse présente le droit de les réclamer sauf à donner caution. Si le régime est la communauté légale la chose ne souffre pas de difficulté. Mais s'il s'agissait de séparation de biens ou même de communauté conventionnelle, comme par exemple la communauté réduite aux acquêts, les gains ou avantages matrimoniaux ne pourraient être exigés à moins d'une stipulation expresse. Il semble qu'il y ait ici une lacune dans la loi et qu'un texte devrait permettre d'exiger les avantages matrimoniaux quel que soit le régime. L'on explique que le mari présent n'est pas tenu à l'obligation de fournir caution parce que la dissolution provisoire de la communauté serait à son détriment.

L'inégalité des sexes devant l'obligation de la caution est un grief auquel les féministes n'ont pas encore songé.

M. Mignault en parlant du cautionnement à fournir par la femme avant de pouvoir entrer en possession de ses gains et avantages matrimoniaux discute des conditions auxquelles le mari pourra exercer le même droit (2). Nous ne voyons pas comment il pourrait être question pour le mari de réclamer ce droit que l'article 111 ne reconnaît qu'à la femme.

L'article112 porte que si l'époux survivant n'a pas de parents habiles à lui succéder, l'autre époux peut demander la possession provisoire des biens.

Le statut 5 George V (1915) ch. 74, dit loi Pérodeau, fait aujourd'hui succéder l'épouse à son mari et le mari à son épouse, en l'absence de postérité, de père et de mère vivants et de collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier degré. Il s'ensuit que l'époux présent pourra demander l'envoi en possession provisoire dès qu'il

---

(1) 1 Mignault, p. 326.
(2) 1 Mignault, p. 327.

n'y aura aucun des parents successibles susmentionnés alors qu'autrefois il n'avait droit à la possession qu'à défaut de successibles jusqu'au douzième degré.

Avant d'aborder le droit comparé il nous reste à parler des nouvelles dispositions du Code civil, au titre de l'Assurance — relativement à la présomption de décès d'un assuré. L'article 2593a C.c. sous le chapitre de l'Assurance sur la vie nous dit que lorsqu'une personne assurée sur la vie est absente aux termes de la loi depuis au moins sept ans, l'assureur, le bénéficiaire ou le représentant légal peut obtenir de la cour une déclaration de présomption de décès. Il faudra toutefois pour cela que la réclamation ait été déposée entre les mains de l'assureur puis ensuite que le paiement des sommes payables en vertu de la police ne soulève pas d'autre question que celle de savoir si l'assuré est décédé (1). Si la demande de paiement soulève d'autres questions la prescription qui courrait de la date du décès ne courra que de la date de la déclaration de présomption de décès.

La procédure sur la requête en déclaration de présomption de décès est régie par des dispositions qui se trouvent au Code de Procédure civile (arts. 1425a et suiv.).

La déclaration en question s'obtient au moyen d'une requête adressée à un juge de la Cour supérieur du district où l'assuré avait son dernier domicile. C'est le juge qui fixera le mode de signification et qui ordonnera la preuve qu'il jugera nécessaire. Si la preuve établit que le réclamant a droit de toucher la somme prévue à la police et que l'assuré est absent au sens de la loi l'ordonnance déclarera qu'il y a présomption du décès de l'assuré. Cette ordonnance est obligatoire pour toutes les parties intéressées dans la réclamation. Le juge a entière discrétion pour adjuger du paiement des sommes dues en vertu de l'assurance et des frais (2). L'on pourra en appeler de cette ordonnance ou de ce jugement de la même manière que d'un jugement final de la Cour Supérieure (3). Le paiement effectué par l'assureur en vertu de cette ordonnance le libérera de toute obligation relative au paiement des sommes dues en vertu de l'assurance (4).

Sauf ordonnance contraire du juge, la requête en déclaration de décès opère sursis de toute action ou contestation pendante en ce qui regarde les sommes d'argent dues en vertu de l'assurance (5).

Dans une affaire récente où il s'agissait d'assurance temporaire (term insurance) le juge s'est prévalu de la discrétion à lui conférée par le Code de Procédure pour accorder la requête mais à la condi-

---

(1) Sur ce dernier point cons. *Buckingham* c. *Prudential Ins.*, Surveyer J. Insurance Law Reporter, t. I, p. 124.

(2) Arts. 1425a-1425c incl. C.p.c. aussi art. 1425f C.p.c.

(3) Arts. 1209 et s. C.p.c.

(4) Art. 1425c C.p.c.

(5) Art. 1425c C.c.

tion qu'il serait fourni caution pour garantir le remboursement à l'assureur, advenant la preuve de l'existence de l'assuré ou encore que l'assuré ne serait décédé qu'après l'expiration de la police (1).

En France les auteurs modernes s'accordent à dire que l'indemnité payable en vertu d'une assurance sur la vie, s'agissant d'un assuré absent, n'est exigible que 30 ans après l'envoi en possession provisoire, autrement dit lors de l'envoi en possession définitive (2). Seul l'envoi en possession définitive et non la possession provisoire rendra la police exigible.

Bien que le Code Napoléon ne contienne pas de définition de l'absence nous croyons qu'il est exact de dire que les éléments requis sont les mêmes qu'ici, et que la définition donnée dans notre Code civil s'applique également en France.

En France s'il y a nécessité de pourvoir à l'administration des biens d'un absent, un notaire y sera commis par le tribunal. Ce notaire dont les pouvoirs sont en substance les mêmes que ceux du curateur à l'absent dans notre droit, assistera aux inventaires, comptes, liquidations et partages dans lesquels le présumé absent sera intéressé (3). On décide, en France, que la personne désignée pour s'occuper des biens d'un absent pourra poursuivre ou être poursuivie ès qualité (4).

En France toujours l'envoi en possession provisoire devra être précédé de la déclaration d'absence laquelle pourra être demandée quatre ans après la disparition de l'absent ou de la dernière nouvelle reçue. Mais ce n'est qu'après enquête et à l'expiration d'une autre année que le tribunal pourra déclarer absente la personne dont il s'agit (5). L'envoi en possession provisoire pourra être obtenu dès que le jugement déclaratif d'absence aura été rendu. A ce moment le testament de l'absent, s'il en existe un, sera ouvert à la demande des intéressés ou du Procureur de la République ; et tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès pourront les exercer provisoirement à charge de donner caution (6). Dans notre droit l'absence n'a pas de conséquences quant aux testaments et partant jusqu'à preuve du décès du testateur ses dernières volontés resteront lettre morte.

Le Code Napoléon en définissant l'envoi provisoire le qualifie de dépôt comme le fait notre Code civil. En France l'envoi provisoire, à notre avis, n'est pas à proprement parler un dépôt puisque les en-

---

(1) *Beaudet* c. *New York Life Ins. Co.*, Verret J., 1934, No. 538 C.S. District de St. François (non rapportée).

(2) Dupuich, *Assurance-Vie* No. 289 ; Couteau, *Des Assurances sur la Vie*, t. 2, No. 416 ; Lefort, *Nouveau Traité de l'Assurance sur la Vie*, t. 1, p. 450.

(3) 113 C.N. — V. au surplus Garsonnet — Traité de Procédure, 2e édit., tome 7, s. 2645.

(4) V. Garsonnet, *op. cit.*, n. 2646.

(5) 119 C.N.

(6) 123 C.N.

voyés provisoires ou l'époux présent pourront garder une partie des fruits. Si l'absent reparait avant quinze ans révolus les uns ou l'autre ne seront tenus que de rendre le cinquième de ses revenus ; et après quinze ans le dixième seulement. Après trente ans d'absence la totalité des revenus appartiendra aux envoyés en possession ou à l'époux présent si celui-ci avait obtenu la possession des biens de l'absent. Nous avons vu que sous notre Code civil seuls les envoyés en possession définitive garderont les fruits.

Disons ici qu'en France l'époux commun en biens, s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provisoire et conserver par préférence l'administration des biens de l'absent. Autre différence à signaler c'est que l'époux qui demandera la dissolution provisoire de la communauté que ce soit le mari ou la femme, devra donner caution de rendre les choses susceptibles de restitution. Rappelons que nous avons dit en traitant du cautionnement que la femme doit donner dans le Québec en vertu de l'article 111, qu'il ne s'agissait là que des avantages matrimoniaux et qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer ces dispositions aux propres de l'époux absent. Le Code Napoléon dit en termes exprès que les envoyés provisoires ne peuvent ni aliéner ni hypothéquer les biens de l'absent ; tandis que nous avons vu que dans notre droit l'envoyé provisoire et à plus forte raison l'envoyé définitif peuvent sous certaines conditions créer des hypothèques sur les immeubles de l'absent.

En France, après le jugement de déclaration d'absence, les créanciers de l'absent doivent s'adresser aux envoyés en possession ou à ceux qui auront l'administration légale des biens de celui-ci (1). Nous avons vu, s'agissant du curateur à l'absent, qu'il n'existe pas ici de texte de loi ; mais notre Code civil contient une disposition analogue au Code Napoléon s'agissant de l'envoyé aussi bien provisoire que définitif.

Quant aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent et aux successions ouvertes à son profit depuis sa disparition, la loi est la même en France qu'ici (2).

A remarquer qu'en France l'envoi en possession définitif ne peut avoir lieu que trente ans après l'envoi en possession provisoire ou trente ans depuis l'époque où l'époux commun en biens aura assumé l'administration des biens de l'absent, ou encore s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent (3). La présomption de décès qui peut être déclarée en France à cette époque ne rétroagit pas comme sous notre Code civil, au jour de la disparition ou de la dernière nouvelle reçue et n'a d'effet que du jour de la déclaration.

Signalons que le ministère public ou le procureur de la république

---

(1) Art. 134 C.N.
(2) Arts. 135-138 C.N.
(3) Art. 129 C.N.

interviendra à tous les stages de la procédure jusqu'à l'envoi en possession définitif.

En France s'agissant d'un second mariage par l'époux présent, seul l'époux absent sera recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par son fondé de procuration spéciale muni de la preuve de son existence (1). Comme on peut le constater les difficultés qui peuvent être soulevées ici relativement à la validité ou à l'annulation d'un second mariage contracté dans de telles conditions ne se présentent pas en France.

A notre avis le Code Napoléon a mieux organisé l'absence que notre Code civil.

Dans notre droit l'on établit une distinction entre le non-présent et l'absent ; en France l'on distingue également entre l'absent et le disparu. Le disparu est celui qu'on a cessé de revoir à partir d'un accident ou d'une catastrophe où il a, selon toute vraisemblance, trouvé la mort. On pourra donc, au bout d'un certain temps, faire déclarer son décès par jugement (2).

S'agissant des marins et des militaires, et aussi des civils mêlés aux hostilités en temps de guerre, l'on trouve en France des lois qui permettent de faire présumer le décès des disparus (3).

L'on a apporté beaucoup de modifications surtout depuis 1914 à cette législation, dont nous ne trouvons pas d'équivalent dans notre pays, de telle sorte qu'aujourd'hui s'agissant de disparus de guerre les dispositions de l'absence du Code Napoléon n'offrent plus d'intérêt, la déclaration de décès s'obtenant plus rapidement et plus facilement au moyen de ces lois (4).

Avant de terminer il est peut-être à propos que nous traitions en quelques mots des lois en regard de l'absence sous le Common Law. Sans prendre parti dans la discussion entre les partisans du droit écrit ou codifié et ceux du droit dit non écrit ou coutumier basé sur la jurisprudence et étayé par du droit statutaire, nous ne pouvons ignorer le droit qui régit les huit autres provinces du Dominion, et auquel nous dans Québec avons fait un certain nombre d'emprunts.

Nous trouvons dans la province d'Ontario une loi ou un statut intitulé « The Absentee Act » (5). Signalons que la définition que l'on y trouve de « l'absentee » ou absent reproduit mot pour mot le texte anglais de notre article 86 (6).

---

(1) Art. 139 C.N.
(2) V. Planiol & Ripert, *Traité Pratique de Droit Civ. Fr.* t. I, No. 47.
(3) Loi du 29 juin 1919 — V. au surplus *Planiol & Ripert, op. cit.* 49.
(4) Planiol & Ripert, *loc. cit.* Quant au droit suisse et au droit allemand V. *Planiol & Ripert, op. cit.*, No. 64, notes 1 et 2 au bas p. 67.
(5) R.S.O. 1927, ch. 108.
(6) Le Code civil de Québec a été rédigé dans les deux langues, et les deux textes ont la même autorité.

Dans l'Ontario sur demande faite à la Cour suprême (1) par l'un des héritiers présomptifs (next-of-kin) de l'absent ou par l'époux présent ou par un des créanciers de l'absent, le tribunal pourra rendre une ordonnance pour l'administration des biens de l'absent et nommer à cet effet un administrateur appelé « Committee ». Les droits et obligations de ce « committee » sont à peu près les mêmes que ceux du curateur aux biens de l'absent sous notre Code civil c'est-à-dire qu'il doit faire inventaire, fournir cautionnement et rendre compte.

C'est aux « Surrogate Courts » (2) seules qu'il appartient de décider si l'absent est décédé comme aussi s'il est mort *ab intestat*, et dans l'affirmative de nommer un administrateur. Il n'existe pas de présomption que l'absent est décédé sans descendance, et la présomption de décès n'existe que lorsqu'une personne n'a point donné de ses nouvelles dans des conditions telles que l'on ne saurait s'expliquer son silence si ce n'est par ce qu'elle est décédée (3).

S'agissant toujours d'un absent les tribunaux de l'Ontario ont cependant jugé que ceux qui auraient concouru avec celui-ci dans une succession ouverte à son profit depuis sa disparition recueillent à sa place (4), les héritiers sous le Common Law étant assimilés aux créanciers de la succession quant aux délais pour être admis à partager dans les biens (5).

Nous terminerons en disant quelques mots sur le droit en Angleterre quant à la présomption de décès :

Il n'existe pas de législation statutaire sur l'absence. D'après le « Common law » il n'y a pas de présomption légale qu'une personne ait été vivante à une date déterminée ; c'est une question de fait pour le juge ou le jury. D'un autre côté lorsqu'il est établi qu'une personne est disparue et que ceux qui auraient dû recevoir de ses nouvelles, si elle était vivante, n'en ont aucune depuis plus de sept ans, ce malgré que l'on ait fait les recherches et pris les renseignements que dictent les circonstances, il y a présomption de décès. Cette présomption ne va pas toutefois jusqu'à établir que l'absent ait vécu jusqu'à la fin de cette période non plus qu'il soit décédé à quelque date particulière, cette présomption n'allant pas au delà de tenir la personne pour décédée à compter de la date où la demande est faite au tribunal (6).

---

(1) Tribunal de première instance de la Province d'Ontario.
(2) Tribunaux de comté chargés d'administrer le droit successoral.
(3) *In re Coots* (Ontario Weekly Notes, 1909-1910, p. 807). V. aussi *in re Bull*, O.W.N. 1934, p. 284.
(4) *In re Ashman* (15 Ontario Law Reports, p. 42) ; *in re Gillies* (24 O.W.N. p. 492).
(5) Comp. art. 103-107 C.c. et 133 à 138 C.N.
(6) Halsbury's *Laws of England*, 2ème édition, Vo. *Evidence*, No. 701.

RAPPORTS
ENTRE LE DROIT COMMERCIAL ET LE DROIT CIVIL [1]

(Province de Québec, Canada)

Rapport présenté par

M. E. FABRE-SURVEYER,

Juge à la Cour supérieure
de la Province de Québec,
professeur à l'Université McGill.

Pour exposer cette question au point de vue canadien, il est convenable de rappeler en premier lieu que le Canada est une confédération de neuf provinces reliées par une constitution votée par le parlement impérial le 29 mars 1867, et qui, s'appliquant à l'origine à quatre provinces seulement, régit également aujourd'hui les provinces qui sont entrées depuis dans la confédération canadienne, ou qui ont été taillées dans les territoires faisant partie du Canada.

Chacune de ces provinces possède sa législature qui vote ou modifie, chaque année, des lois relatives aux sujets qui sont de sa compétence, comme le Parlement central légifère sur les sujets qui lui sont assignés. La même situation existe aux Etats-Unis avec cette différence qu'en vertu de la constitution américaine, les sujets sur lesquels le Congrès n'a pas obtenu nommément le pouvoir de légiférer tombent sous le pouvoir législatif des Etats ; au Canada, les sujets non attribués sont du ressort du Parlement fédéral.

Cette division du pouvoir législatif laissait aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer sur la propriété et les droits civils dans la province, tandis que le Parlement fédéral pouvait légiférer sur certains sujets touchant de très près au droit commercial, tels que la règlementation du commerce interprovincial ou international, la navigation et les bâtiments ou navires, les banques, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie, les lettres de change et billets à ordre, l'intérêt de l'argent, les offres légales, la banqueroute et la faillite.

Quand la loi créant la confédération canadienne fut mise en vigueur, les provinces qui s'unissaient à ce qui était alors la province du Canada, avaient déjà des lois sur les sujets qui les intéressaient, et le parlement de la province du Canada avait, depuis sa création en 1840,

---

(1) Ce rapport a été préparé pour le premier Congrès international de droit comparé tenu à La Haye en 1932. Un bref résumé, dû à la plume de M. le professeur Percy H. Winfield, de l'université de Cambridge (Angleterre), se trouve dans les *Acta* de l'Académie internationale de droit comparé (Paris, Recueil Sirey, 1934) aux pages 331 à 333.

voté des lois applicables au Haut-Canada (Ontario) et au Bas-Canada (Québec), ainsi que des lois applicables exclusivement au Haut ou au Bas-Canada, et qui concernaient précisément la propriété et les droits civils dans chaque province.

Prévoyant la Confédération, Sir Georges-Etienne Cartier avait, dès 1857, nommé une commission chargée de codifier les lois civiles du Bas-Canada, ou, suivant les termes de la loi, de réduire en un code les dispositions des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et qui sont d'un caractère général et permanent, soit qu'elles se rattachent aux matières de commerce ou à des affaires de toute autre nature, et ce code, ainsi que le Code de procédure civile projeté, devaient être rédigés sur le même plan général et contenir, autant que faire se pourra, la même somme de détails sur chaque sujet, que les Codes français connus sous le nom de Code civil, Code de commerce et Code de procédure civile.

Ces deux codes furent mis en vigueur avant la Confédération et tombèrent, en vertu du texte de loi plus haut cité, sous le pouvoir législatif de la province de Québec.

Les lois commerciales du Bas-Canada ne font pas, comme en France et ailleurs, l'objet d'un code séparé ; mais elles forment le quatrième et dernier livre du Code civil (articles 2278 à 2612). Elles font l'objet du septième et dernier rapport des codificateurs, rapport qui fut présenté le 25 novembre 1864, alors que le projet de loi soumettant à la Chambre le projet de Code civil, fut présenté le 31 janvier suivant. Il est permis de croire que, vu la nécessité de saisir le parlement d'un projet de Code civil complet, et le fait que certains des sujets traités dans ce quatrième livre tomberaient un jour, si la confédération canadienne s'accomplissait, sous le pouvoir législatif du Parlement fédéral (c'est ainsi que la loi sur les lettres de change, votée par le Parlement en 1890, a remplacé les dispositions des articles 2279 à 2354 du Code civil qui ont été automatiquement abrogées, sauf en autant qu'elles traitaient de matières du ressort exclusif de la législature provinciale) (1), les lois commerciales incorporées dans le code ont été les moins bien préparées et les moins discutées de tout le code, de même que, pour la seconde raison donnée, elles ont été les moins retouchées.

Sur la corrélation entre ces lois et les dispositions du Code civil, nous croyons devoir donner la parole aux codificateurs eux-mêmes :

> « Les articles contenus dans ce livre ont trait uniquement aux matières d'une nature commerciale.
>
> « Les titres : *des obligations, de la vente, du louage, du mandat, de la société, du prêt, du nantissement et de la prescription*

(1) Maclaren, *Bills and Notes*, (Toronto, 1916), 5ème édition, page 1 ; Girouard, *Bills and Notes*, (Montréal, 1891), page VII.

dans le livre qui précède, renferment aussi des règles applicables aux matières de commerce (1). Comme ces titres contiennent respectivement les règles générales qui sont la base commune des contrats, soit purement civils ou commerciaux, les Commissaires ont cru qu'il ne serait pas convenable de séparer les règles exceptionnelles des règles communes, et qu'il valait mieux les présenter comme un ensemble complet. Les dispositions applicables de la loi commerciale y sont en conséquence incorporées, en certains cas, dans des chapitres ou sections distinctes, et dans d'autres cas, dans de simples articles. On trouvera aussi parfois dans d'autres titres du troisième livre et des livres précédents, des articles relatifs à des questions commerciales. Mais nonobstant toutes ces dispositions, il reste une classe de sujets qui appartiennent si exclusivement au droit commercial qu'il a fallu réunir les règles qui s'y rapportent sous une rubrique générale et distincte, et à cet effet ajouter une quatrième division aux trois grandes adoptées par le Code français ».

Cette étude peut se diviser en quatre parties :

1° Quels sont les sujets de droit commercial traités dans le Code civil du Bas-Canada ?

2° Quels sont les dispositions du Code civil ayant trait à des matières de commerce ?

3° Quels sont les sujets de droit commercial sur lesquels le parlement du Canada a légiféré ?

4° Enfin, à quels conflits ce pouvoir législatif concurrent a-t-il donné lieu ?

I

Le livre IV du Code civil se compose des titres suivants :

I — Des lettres de change, billets et chèques ou mandats à ordre (2279-2354).

II — Des bâtiments marchands (2355-2406).

III — De l'affrêtement (2407-2460).

IV — Du transport des voyageurs par bâtiment marchand (2461-2467).

V — De l'assurance (2468-2593).

VI — Du prêt à la grosse (2594-2612).

Reprenons ces six titres.

I — Nous avons déjà dit que la loi fédérale des lettres de change

(1) Art. 2278 C. civ. « Les principales règles applicables aux affaires commerciales qui ne sont pas contenues dans le présent livre, sont énoncées dans les livres qui précèdent et nommément dans les titres du troisième livre : Des obligations ; De la vente ; Du louage ; Du mandat ; Du nantissement ; De la société ; et De la prescription ».

était venue, en 1890, remplacer les dispositions du Code civil sur ce sujet. Ces articles comprenaient d'ailleurs certains renvois à d'autres lois. Ainsi, pour les points non couverts par le code, et pour la preuve, ils renvoyaient aux lois en vigueur en Angleterre en 1849 ; ils permettaient l'interrogatoire des parties tel que pourvu au titre « des obligations », s'en remettaient, pour la prescription, à l'article 2260 du code, et se soumettaient aux dispositions des lois sur les banques.

II — Bâtiments marchands. — Le premier article de ce titre renvoie à la loi impériale concernant la marine marchande (1854) quant aux bâtiments anglais dans la province de Québec et, par une modification du texte primitif, aux lois fédérales sur divers sujets. C'est ainsi que les articles 2362 à 2372 ont été abrogés par la loi fédérale concernant l'enregistrement et la classification des navires. Par l'article 2380, un contrat d'hypothèque d'un bâtiment en voie de construction au Canada peut être fait suivant les dispositions du Code civil. Les privilèges sur les bâtiments sont régis par les dispositions de ce titre ; mais un plaideur peut éviter ces dispositions en portant sa demande devant la Cour de Vice-Amirauté, qui, elle, juge suivant les lois civiles et maritimes d'Angleterre (2388).

Au chapitre cinquième, « des propriétaires, du maître et des matelots », l'article 2394 renvoie aux titres « du louage » et « du mandat » quant aux pouvoirs généraux du maître d'obliger le propriétaire du bâtiment personnellement, et leurs obligations réciproques.

III — Le contrat d'affrêtement et les obligations qui en résultent pour les parties sont sujets aux règles relatives aux entrepreneurs de transport contenues dans le titre « Du louage », en autant qu'elles sont compatibles avec celles de ce titre (2413).

IV — Le chapitre 9 a trait aux connaissements. En 1889, le Parlement fédéral légiféra sur les droits acquis au consignataire ou au porteur par l'endossement du connaissement ; mais il est déclaré que rien dans cette loi ne portera atteinte aux droits du vendeur non payé sous l'empire du Code civil.

Le transport des voyageurs par bâtiment marchand est régi par les articles 2461 à 2467 du Code civil, dont nous citerons les trois premiers :

> « 2461. Les contrats pour le transport des passagers par bâtiment marchand sont sujets aux dispositions contenues dans le titre « De l'affrêtement », en autant qu'elles peuvent s'y appliquer, et aussi aux règles contenues dans le titre « Du louage », relatives au transport des passagers.
>
> « 2462. Les règles spéciales concernant le transport des passagers par mer voyageant dans les bâtiments à passagers du Royaume-Uni en cette province, ou d'une colonie à une autre, ou de cette province au Royaume-Uni dans quelque bâtiment que ce soit, sont contenues dans les actes du parlement impérial

intitulés : « The Passengers Act », 1855, et « The Passengers Act Amendment Act », 1863, et dans les ordonnances et règlements légaux faits par l'autorité compétente en vertu de ces statuts.

« 2463. Les règles spéciales concernant les bâtiments qui arrivent dans les ports de Québec d'un port ou lieu quelconque du Royaume-Uni ou de toute autre partie de l'Europe, ou de quelque autre port situé hors des possessions de Sa Majesté, avec des passagers ou émigrés, ainsi que les règles relatives aux droits et devoirs des maîtres de tels bâtiments et à la protection des passagers et immigrés, sont contenues dans les lois fédérales concernant l'immigration et les immigrants, et concernant la quarantaine ».

En matière purement civile, la responsabilité délictuelle est régie par les articles 1053 à 1055 du Code civil, correspondant aux articles 1382 à 1386 du Code français, et, pour le cas de mort, par l'article 1056, inspiré du « Fatal Accidents Act » du droit anglais.

« Dans le cas de perte de vie ou de blessures, de dommage ou perte de quelque chose à bord d'un bâtiment de mer, sans qu'il y ait faute actuelle ou participation du propriétaire du bâtiment à bord duquel ou par la faute duquel l'avarie est arrivée, ce dernier n'est pas responsable du dommage ou de la perte pour un montant de plus de trente-huit piastres et quatre-vingt-douze centins par tonneau du bâtiment, suivant l'enregistrement dans le cas de bâtiments à voile et suivant le tonnage brut, sans déduction pour la chambre de la machine, dans le cas de bâtiments à vapeur.

Le propriétaire demeure néanmoins toujours responsable dans la même mesure, de chaque perte ou dommage survenu en diverses occasions, de même que s'il n'était pas survenu d'autre perte ou dommage ». (Art. 2434).

V — Assurance. Aucun sujet peut-être ne donne lieu à des rapports plus étroits entre le droit civil et le droit commercial, ou à plus de conflits d'autorité entre le parlement du Canada et les législatures de ses provinces.

Alors que les autres provinces du Canada ont adopté une loi uniforme concernant l'assurance sur la vie, et des lois à peu près semblables concernant les conditions des polices d'assurance contre l'incendie, Québec est restée fidèle à son Code civil qui, à vrai dire, s'est inspiré autant du droit anglais ou américain que du droit français (1).

---

(1) V. *supra*, l'étude de Me Brooke Claxton. Pour le droit comparé sur ce suiet, voir Holt, *Insurance Law of Canada*, (Montréal, 1898), pages 9 à 20 ; Cameron. *The law of Life, Accident and Guarantee Insurance in Canada*, (Montréal, 1910), préface, p. 1, *et passim*.

Le titre est divisé en quatre chapitres :
I — Dispositions générales (2468-2491) ;
II — De l'assurance maritime (2492-2567) ;
III — De l'assurance contre l'incendie (2568-2584) ;
IV — De l'assurance sur la vie (2585-2593).

Ces dispositions s'appliquent, par analogie, aux autres genres d'assurance : accidents, vol, etc., dont il n'est pas traité spécialement dans le code, promulgué en 1866.

Quant au caractère civil ou commercial du contrat, les articles 2470 et 2471 du Code civil tracent les règles suivantes :

1 — L'assurance maritime est toujours un contrat commercial.

2 — Toute autre assurance, sauf l'assurance mutuelle, bien que n'étant pas de sa nature un contrat commercial, le devient dans tous les cas où elle est contractée pour une prime, par des assureurs de profession.

3 — L'assurance mutuelle n'est pas une opération commerciale Si cependant une société d'assurance mutuelle émet des polices à taux fixe, elle fait par là acte de commerce.

La province de Québec a de plus modifié une loi qui existait avant la confédération des provinces, permettant aux maris et parents d'assurer leur vie en faveur de leurs femmes ou de leurs enfants, ce qui constitue une exception à la prohibition des donations entre époux édictée par l'article 1265 du Code civil (1).

Une loi provinciale, soit le chapitre 243 des Statuts Refondus de Québec (1925), pourvoit à la formation de sociétés d'assurance mutuelle, ou autres, aux conditions à être imprimées sur les polices d'assurance contre l'incendie, aux patentes à être prises par les agents d'assurance, etc. Cette loi a été amendée récemment.

Quant aux conflits d'autorité entre la législature provinciale et le parlement fédéral, il en sera question dans la quatrième partie de ce travail.

VI — Prêt à la grosse (2594-2612). Ces articles s'appliquent aux procès soumis aux tribunaux provinciaux, à moins que les parties n'aient déclaré se soumettre à une autre loi. Pour les procès engagés devant le tribunal fédéral de vice-amirauté, le droit commun anglais s'applique, sauf convention contraire.

II

Les principales dispositions du Code civil relatives au commerce sont les suivantes :

1 — *Femme commerçante.* — La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et en ce cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a

---

(1) Cette loi forme maintenant le chapitre 244 des Statuts refondus de Québec, (1925).

communauté entre eux. Elle ne peut être marchande publique sans cette autorisation expresse ou présumée (179). Ce dernier alinéa diffère de l'article correspondant du Code français (220).

2 — *Capacité du mineur commerçant.* — Il est réputé majeur pour les fins de son commerce (323), comme sous l'ancien droit français, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait été préalablement émancipé, comme le veut le Code français (487). De plus, s'il est commerçant, banquier ou artisan, il n'est pas restituable pour cause de lésion pour les engagements qu'il a pris à raison de son commerce, ou de son art ou métier (1005, semblable à 1308 français).

3 — *Solidarité.* — Dans les affaires de commerce, l'obligation est présumée solidaire, excepté dans les cas régis différemment par des lois spéciales. Les codificateurs expliquent que dans cet article (1105), qui correspond à l'article 1202 (français) on a inséré une restriction en faveur des affaires commerciales qui ne se trouve pas dans ce dernier article, mais à laquelle on a pourvu en partie par des articles du Code de commerce (22, 28, 118, 120 140, 142, 187).

4 — *Ecritures privées.* — La règle posée par l'article 1225, correspondant à l'article 1328 du Code français, quant à la date des écrits sous seing privé vis-à-vis des tiers, ne s'applique pas aux écrits d'une nature commerciale, qui sont présumés avoir été faits le jour de leur date, sauf preuve contraire. Cette règle vient du droit anglais, tel qu'expliqué par Taylor (anciennes éditions, numéros 137 et 138, nouvelles éditions, numéros 169 et 170).

5 — *Preuve.* — L'article 1206 dit qu'en l'absence de dispositions dans le code quant à la preuve de matières commerciales, on doit avoir recours aux règles sur la preuve prescrites par les lois d'Angleterre. La preuve testimoniale est admise de tout fait relatif à des matières commerciales, alors qu'en matière civile, sauf exceptions, la preuve doit se faire au moyen d'écrits ou par le serment de la partie adverse (1233). Enfin l'article 1235 transporte dans le Code civil le « Statut des fraudes » anglais, applicable seulement en matières commerciales.

6 — *Vente.* — Le contrat d'aliénation d'une chose certaine et déterminée rend l'acquéreur propriétaire de la chose par le seul consentement des parties, quoique la tradition actuelle n'ait pas eu lieu (1025, 1472) ; mais cette règle est sujette aux dispositions du code concernant la cession et l'enregistrement des vaisseaux, dispositions qui, nous l'avons dit plus haut, ont été partiellement abrogées par une loi fédérale.

La vente d'effets mobiliers entre un commerçant et un non commerçant est dans tous les cas réputée commerciale, et par conséquent l'action basée sur telle vente se prescrit par cinq ans au lieu de trente (2260). La vente de la chose d'autrui est valide s'il s'agit d'une matière commerciale, et si une chose perdue ou volée est achetée de bonne foi, dans une foire, marché, ou à une vente publique, ou d'un com-

merçant trafiquant en semblables matières, le propriétaire ne peut la revendiquer sans rembourser à l'acheteur le prix qu'il en a payé (1489).

Des dispositions spéciales, ajoutées par une loi de 1911, régissent la vente en bloc, c'est-à-dire le transport d'un fonds de commerce ou de marchandises.

7 — *Louage.* — Le louage de services des matelots est réglé par certaines dispositions contenues dans la loi impériale concernant la marine marchande, et dans les lois fédérales concernant l'engagement des matelots, celui des bateliers, communément appelés voyageurs, par la loi provinciale concernant les voyageurs (1671).

Les voituriers sont l'objet de dispositions correspondantes aux articles 1782 à 1786 du Code civil français ; mais le transport des personnes et des choses sur les chemins de fer est sujet à des règles spéciales énoncées dans les lois fédérales et provinciales concernant les chemins de fer (1681), alors que les règles spéciales relatives au contrat de fret et de transport des passagers par bâtiment marchand sont énoncées dans le quatrième volume (1682, 2413, 2461).

8 — *Mandat.* — Le chapitre cinquième du titre du mandat est consacré aux courtiers, facteurs et autres agents de commerce.

9 — *Prêt à intérêt.* — Le taux d'intérêt légal, fixé à six pour cent par le code (1785), a été réduit à cinq pour cent par une loi fédérale. Le code note le fait que les banques ne peuvent recouvrer plus de sept pour cent, également à raison d'une loi fédérale.

10 — *Sociétés.* — Les sociétés commerciales (en nom collectif, anonymes, en commandite ou par actions) sont régies par les lois communes aux autres sociétés lorsque ces règles ne sont pas incompatibles avec celles qui leur sont particulières, contenues dans les articles 1865 à 1891 du code, et avec les lois et usages applicables spécialement en matières de commerce (1864). Elles doivent, dans les soixante jours du commencement de leurs opérations, remettre au greffe du tribunal et au conservateur des hypothèques du ressort une déclaration dont les formalités sont fixées par une loi provinciale. L'omission de la remise de cette déclaration ne rend pas la société nulle ; elle assujettit les parties qui y contreviennent aux pénalités et obligations imposées par la loi (1834).

Outre les causes de dissolution énumérées dans le code, la société commerciale se termine aussi par le jugement maintenant, à la poursuite d'un créancier d'un des associés, la saisie de la part de cet associé dans le fonds capital de la société, ou à l'instance d'un des associés après cette saisie (1892). Tout changement fait dans les noms des gérants, dans la nature des affaires, ou dans le capital ou les actions de la société, ou dans toute autre matière indiquée dans la déclaration primitive, excepté les noms des commanditaires, est considéré comme une dissolution de la société en commandite, et si la société est continuée après tel changement, elle est réputée société en commandite de la manière indiquée par l'article 1878.

Lors de la dissolution de la société, chacun des associés ou ses représentants légaux peut exiger de ses co-associés un compte et partage des biens de la société ; néanmoins, dans les sociétés de commerce, les règles concernant le partage des successions ne reçoivent d'application que lorsqu'elles sont compatibles avec les lois et usages particuliers aux matières de commerce (1898).

La jurisprudence admet que la société commerciale est une personne distincte de celles de ses membres (1). Elle est moins positive au sujet des sociétés civiles.

11 — *Cautionnement.* — Comme sous l'article 2019 du Code français, la règle que la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'en égard à ses propriétés foncières, reçoit exception en matières de commerce (1939).

12 — *Gage.* — Les règles concernant les droits du créancier ne s'appliquent pas, quand il s'agit des banques, aux effets et marchandises donnés en gage conformément à la loi concernant les banques, non plus qu'aux prêteurs sur gages, régis par une loi provinciale. La loi fédérale contient des dispositions spéciales pour le transport par endossement des connaissements et autres documents en faveur des banques ou de particuliers, et pour la vente des effets et marchandises représentés par tels documents (1971, 1979).

Les articles 1488 et 1489 cités plus haut s'appliquent au contrat de nantissement, et permettent au créancier gagiste d'être maintenu dans la possession du gage, à l'encontre du propriétaire, lorsque le gage a été reçu de bonne foi, d'un commerçant trafiquant en semblables matières.

13 — *Prescription.* — L'action se prescrit par cinq ans, au lieu de trente, en fait de lettres de change, billets à ordre, billets pour la livraison de grains ou autres choses, négociables ou non, et en toutes matières commerciales (2260).

14 — *Election de domicile.* — Excepté dans un acte notarié, l'élection de domicile est sans valeur quant à la juridiction des tribunaux, si elle est signée par un non commerçant, dans le ressort qu'il habite (85).

III

Il était naturel que le parlement du Canada, ayant de par la constitution du pays le droit exclusif de légiférer sur les sujets qui lui sont assignés et qui ont été énumérés au commencement de ce travail, songeât à se prévaloir de ce droit. Aussi trouvons-nous dans la dernière refonte des lois fédérales qui eut lieu en 1927, bien des lois qui touchent, de près ou de loin, au droit civil. En voici les principales :

(1) Voir *supra*, une critique de cette jurisprudence par Miss Elizabeth C. Monk, B. C. L.

CHAPITRE XI : loi de faillite. Le parlement fédéral avait, en 1880, abandonné aux provinces le droit de légiférer sur ce sujet. Québec seul s'était prévalu de ce privilège. Le parlement réclama de nouveau son droit en 1919.

CHAPITRE 12 À 15 : lois des banques, des caisses de petite économie, des banques d'épargne de Québec et des caisses d'épargne.

CHAPITRE 16 : loi des lettres de change.

CHAPITRE 17 : loi des connaissements.

CHAPITRE 19 : loi des chambres de commerce.

CHAPITRE 27 À 29 : lois des sociétés (compagnies), sociétés de prêt et de fiducie (trust companies).

CHAPITRE 32 : loi des droits d'auteur.

CHAPITRE 33 : loi de l'amirauté.

CHAPITRE 59 : loi de la preuve (applicable à toutes les poursuites civiles dont le sujet tombe sous le pouvoir législatif du parlement du Canada).

CHAPITRE 101 : loi des assurances.

CHAPITRE 102 : loi de l'intérêt (fixant l'intérêt à cinq pour cent).

CHAPITRE 135 : loi des prêteurs d'argent (déclarant illégales certaines conventions entre prêteur et emprunteur).

CHAPITRE 150 : loi des brevets.

CHAPITRE 152 : loi des prêteurs sur gages.

CHAPITRES 170, 172, 173 : loi des chemins de fer.

CHAPITRE 174 : loi des billets de transport.

CHAPITRE 186 : loi de la marine marchande du Canada.

CHAPITRE 201 : loi des marques de commerce et dessins de fabrique.

CHAPITRE 202 : loi des unions ouvrières.

CHAPITRE 207 : loi du transport des marchandises par eau.

CHAPITRE 213 : loi des liquidations (sociétés insolvables).

Il n'est peut-être pas inutile de mettre en regard de ces lois celles qu'a votées la législature de Québec sur des sujets analogues, suivant la refonte de 1925 :

CHAPITRE 97 : loi des différends ouvriers de Québec.

CHAPITRE 98 : loi des grèves et contre-grèves municipales.

CHAPITRE 99 : loi des bureaux de placement.

CHAPITRE 100 : loi du salaire minimum des femmes.

CHAPITRE 223 : loi des sociétés (compagnies) de Québec.

CHAPITRE 224 : loi des déclarations des compagnies ou sociétés.

CHAPITRE 225 : loi de la liquidation volontaire des compagnies à fonds social.

CHAPITRE 230, 231 : loi des chemins de fer de Québec.

CHAPITRES 243 : loi des assurances ; 244 : loi de l'assurance des maris et des parents ; 254 : loi de l'assurance sur la vie au bénéfice des maisons d'éducation.

CHAPITRES 248 à 250 : loi des compagnies de fidéi-commis, de

garantie, de dépôts de sûreté.

CHAPITRE 251 : loi des sociétés de prêts et placements.

CHAPITRE 274 : loi des accidents du travail (modifiée depuis par 21 Geo. V, c. 100, loi des accidents du travail, 1931, sanctionnée le 4 avril 1931).

CHAPITRE 255 : loi des syndicats professionnels.

IV

Il était inévitable que la distribution de pouvoirs énoncée dans la constitution amenât des conflits entre le parlement fédéral et les législatures provinciales. Ces conflits donnèrent lieu à des procès dont quelques-uns furent portés jusqu'aux pieds du trône, et, de crainte de dépasser la limite imposée à ce travail, nous nous contenterons d'indiquer les principales décisions du Conseil privé sur ces questions.

Tout d'abord, les tribunaux ont posé en principe que le droit exclusif des provinces de légiférer en matière de propriété et de droits civils, doit céder au droit supérieur du parlement du Canada quand ce dernier a légiféré sur un sujet qui est de sa compétence.

Dans l'affaire *Cushing* c. *Dupuy* (1), Sir Montague E. Smith disait, en 1880 : « Il serait impossible de faire un pas dans l'administration d'une faillite sans heurter ou modifier les droits ordinaires de propriété et autres droits civils, ni sans pourvoir à une procédure spéciale pour la saisine, la réalisation et la distribution de l'actif et le règlement des dettes du failli ».

L'année suivante, dans l'affaire de *Citizens Insurance Company* c. *Parsons*, le même tribunal décidait que les mots : « la propriété et les droits civils dans la province », comprennent les droits conférés par un contrat qui ne tombe pas spécialement sous le pouvoir législatif du parlement, et ne sont pas limités aux droits qui découlent de la loi, comme l'état des personnes. « La règlementation du commerce » s'entend des arrangements politiques concernant le commerce qui requièrent la sanction du parlement, la règlementation du commerce entre deux provinces, mais non la règlementation des contrats concernant une industrie ou un commerce en particulier » (2).

En 1893, dans l'affaire *Tennant* c. *Union Bank of Canada* (3), Lord Watson disait : « Des dispositions législatives quant à la forme et la validité, dans une province, de reçus d'entrepôt et autres effets négociables qui transfèrent sans livraison la propriété de marchandises, se rapportent certainement à la propriété et aux droits civils dans cette province, et l'objection à la disposition de la loi des banques serait invincible si l'on pouvait démontrer que,

(1) 5 Appeal Cases, 409.
(2) 7 Appeal Cases, 96.
(3) 1894 Appeal Cases, 31.

par la loi de 1867, le parlement du Canada ait été absolument empêché d'empiéter si peu que ce soit sur les sujets assignés aux législatures provinciales. Mais l'article 91 de la loi de 1867 déclare expressément que nonobstant toute disposition contraire dans cette loi, l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés, ce qui indique clairement que la législation de ce parlement, tant qu'elle se rapporte strictement à ces sujets, est l'autorité suprême. Refuser de donner effet à cette déclaration serait rendre illusoires quelques-uns des pouvoirs législatifs assignés au parlement du Canada. Par exemple, au nombre des sujets énumérés sont les brevets d'invention et les droits d'auteur. Il serait impossible au parlement de légiférer sur ces matières sans affecter la propriété ou les droits civils d'individus dans les provinces ».

En 1915, dans *John Deere Plow Company Limited,* c. *Wharton* (1), il fut décidé qu'une société anonyme constituée sous l'autorité du parlement du Canada n'est pas obligée de prendre une patente pour faire le commerce dans une quelconque des provinces.

Enfin en 1931, il a été décidé qu'un assureur, anglais ou étranger, porteur d'une patente en vertu de la loi des assurances de Québec n'est pas tenu de se soumettre aux conditions de la loi des assurances du Canada, et que le parlement du Canada ne peut soumettre à un impôt ceux qui s'assurent par l'entremise de sociétés qui ne se sont pas conformées à cette loi. Dans son jugement *re Insurance Act and Special war Revenue Act,* (2) le vicomte Dunedin fait une revue complète des décisions antérieures du Conseil Privé sur ce sujet.

TABLE DE CONCORDANCE

Québec (Code civil) France (Code de commerce)

Québec	France	Québec	France
2282	110	2495	350
2284	110	2498	365,366
2285	137	2501	349
2290	173	2506	352,353
2296	126	2507	350
2297	127	2508	351,352,364
2310	140	2509	352
2311	141	2510	353
2315	145,147	2512	354
2317	158,159	2513	408,409

(1) 1915 Appeal Cases, 330.
(2) 1932 Dominion Law Reports, 11, p. 97.

Québec	France
2323	115-117
2331	164
2383	191
2389	218
2390	216
2392	220
2393	220
2396	233
2398	238,295
2399	234
2400	237
2402	410
2408	232
2409	191,280
2410	276
2411	277
2412	278
2415	273
2416	274
2418	287
2420	281,282
2421	281
2422	283,285
2425	229
2427	221,296
2429	306
2434	216
2236	216
2437	288
2439	288,291
2440	294
2441	294
2442	286
2443	273,286
2444	275
2445	300,400
2446	292
2447	299
2448	296
2449	298
2450	301
2451	302
2452	303
2453	306
2454	285

Québec	France
2514	357
2515	358
2516	359
2518	357
2519	360,401
2520	361
2526	407
2527	403,404
2530	390,391,392
2531	393
2532	394
2534	339
2536	379,380
2537	381
2538	369,371
2539	372
2541	373
2543	374
2545	389
2546	375,377
2547	385
2548	386
2549	385
2551	398
2552	400,401,422
2553	410
2554	411
2555	419
2556	420
2557	421
2558	402,415,417
2561	423
2562	424
2563	425
2564	427
2565	411,412
2566	428
2567	429
2594	314
2597	311
2598	328
2599	320
2600	319
2601	316,317
2602	329

Québec	France	Québec	France
2455	310	2603	321
		2604	322
2469	349	2605	323
2470	633	2606	324
2480	332,339	2607	325
2487	348	2608	326
2492	332	2609	327
2493	334	2610	330,400,403
2494	335	2611	331

LE RÔLE DU NOTAIRE DANS LE DROIT CIVIL

Rapport présenté par

M. VICTOR MORIN,

notaire, docteur en droit,
professeur à la Faculté de Droit
de l'université de Montréal.

Les lois établies par la coutume de Paris et par celles des provinces de France ont été suivies sous le régime français au Canada et elles ont servi de base au Code civil de la Province de Québec qui, par cela, s'apparente si intimement au Code Napoléon. Au cours des événements politiques qui ont fait passer notre pays sous l'allégeance de la couronne d'Angleterre, le maintien de ces lois nous a été conservé par l'usage, puis par les traités, et enfin par l'autorité du Parlement Britannique ; elles ont subi quelques retouches de temps à autre, aux mains de nos parlements, pour répondre à des besoins nouveaux, mais l'ensemble en est resté sans atteinte appréciable.

Sous le régime français, l'application en était faite par le Conseil Souverain, établi le 18 septembre 1663 sur le modèle du Parlement de Paris, et continué par le Conseil Supérieur jusqu'au 8 avril 1760. Les délibérations de ces Cours de Justice sont consignées dans cinquante-six registres dont la publication, due à l'initiative de l'honorable Pierre J.-O. Chauveau, a été commencée sous les auspices de la Législature de Québec en 1865 ; six volumes, petit in-4°, conduisent cette publication jusqu'au 22 décembre 1716, et, par les soins de M. Pierre Georges Roy, archiviste en chef de la province de Québec, l'inventaire de ces jugements se continue pour la période qui s'étend de 1717 à 1760.

Dans les conditions de capitulation soumises par M. de Ramezay, commandant des forces françaises à Québec, à l'amiral Saunders et au général Townshend, commandants des troupes de Sa Majesté Britannique le 18 septembre 1759, il n'était aucunement question de réserver aux habitants du Canada l'usage des lois françaises. On espérait que la défaite des Plaines d'Abraham ne constituerait qu'un revers passager ; on comptait que Montréal et le reste du pays pourraient tenir jusqu'à l'arrivée des renforts, ou, qu'au moins, le traité de paix qui serait signé à la fin des hostilités rétablirait les choses dans leur ordre primitif.

Mais lorsque le gouverneur de Vaudreuil, refugié dans ses derniers retranchements à Montréal, se vit à son tour dans la nécessité de se rendre et, par là, d'abandonner au vainqueur cette colonie de la Nouvelle France, fondée et développée au prix de tant de sacrifices, il voulut pourvoir au sort de ses administrés en stipulant cinquante-cinq articles de capitulation, au nombre desquels se trouve le suivant :

« *Article XLII. — Les français et canadiens continueront d'être gouvernés suivant la coutume de Paris, et les lois et usages établis pour ce pays ; et ils ne pourront être assujettis à d'autres impôts qu'à ceux qui étaient établis sous la domination française* ».

A cette demande, comme à plusieurs autres, le général Amherst se tint sur la réserve ; il se contenta de faire la réponse évasive : « *Ils deviennent sujets du Roi* ».

Le dernier espoir d'une restitution du Canada à la France par le traité de Paris s'étant évanoui, ce pays fut gouverné pendant quatre ans, avec une justice tempérée de douceur bienveillante, par les officiers de l'armée d'occupation, et nos habitants jouirent du libre exercice de leurs lois. Desservi par ses subalternes, le gouverneur Murray fut cependant remplacé par Carleton qui nous était également sympathique, mais qui était entouré d'une nuée de fonctionnaires âpres à la curée. Installés aux principaux postes, comme en pays conquis, ces autocrates imposèrent aux habitants les coutumes anglaises, sinon leurs volontés personnelles si bien qu'à la suite des nombreuses récriminations portées jusqu'au pied du trône, le Parlement Britannique résolut d'intervenir et adopta la loi 14 Georges III, chapitre 83, sanctionnée en 1774 et connue dans l'histoire sous le nom d'*Acte de Québec.*

Entr'autres dispositions destinées à faire droit aux revendications des nouveaux sujets de Sa Majesté, cette loi stipule :

« VIII. — *Que tous les sujets canadiens de Sa Majesté en la dite province de Québec (les ordres religieux et communautés seulement exceptés) pourront aussi tenir leurs propriétés et possessions, et en jouir, ensemble de tous les usages et coutumes qui les concernent, et de tous leurs autres droits de citoyens, d'une manière aussi ample, aussi étendue, et aussi avantageuse que si les dites proclamations, commissions, ordonnances et autres actes et instruments n'avaient point été faits, en gardant à Sa Majesté la foi et fidélité qu'ils lui doivent, et la soumission due à la couronne et au parlement de la Grande Bretagne ; et que dans toutes affaires en litige, qui concerneront leurs propriétés et leurs droits de citoyens, ils auront recours aux lois du Canada comme les maximes sur lesquelles elles doivent être décidées; et que tous procès qui seront à l'avenir intentés dans aucune des Cours de justice qui seront constituées dans la dite province par Sa Majesté, ses héritiers et successeurs, y seront jugés, eu égard à telles propriétés et à tels droits, en conséquence des dites lois et coutumes du Canada, jusqu'à ce qu'elles soient changées ou altérées par quelques ordonnances qui seront passées à l'avenir dans la dite province par le gouverneur, lieutenant-gouverneur, ou commandant en chef, de l'avis et consentement du Conseil Législatif qui y sera constitué de la manière ci-après mentionnée.*

IX. — A condition toutefois que rien de ce qui est contenu dans

cet acte ne s'étendra ou n'entendra s'étendre, à aucune des terres qui ont été concédées par Sa Majesté ou qui le seront ci-après par Sa dite Majesté, ses héritiers et successeurs, en franc et commun soccage.

X. — Pourvu aussi qu'il sera et pourra être loisible à toute et chaque personne, propriétaire de tous immeubles, meubles ou intérêts, dans la dite province, qui aura le droit d'aliéner les dits immeubles, meubles ou intérêts, pendant sa vie, par ventes, donations, ou autrement, de les tester et léguer à sa mort par testament et actes de dernière volonté, nonobstant toutes lois, usages et coutumes à ce contraires, qui ont prévalu, ou qui prévalent présentement en la dite province; soit que tel testament soit dressé suivant les lois du Canada ou suivant les formes prescrites par les lois d'Angleterre.

XI. — Et comme la clarté et la douceur des lois criminelles d'Angleterre, dont il résulte des bénéfices et avantages que les habitants ont sensiblement ressentis par une expérience de plus de neuf années, pendant lesquelles elles ont été uniformément administrées, il est, à ces causes, aussi établi par la susdite autorité, qu'elles continueront à être administrées, et qu'elles seront observées comme lois dans la dite province de Québec, tant dans l'explication et qualité du crime que dans la manière de l'instruire et de le juger, en conséquence des peines et amendes qui sont par elles infligées, à l'exclusion de tous autres règlements de lois criminelles, ou manières d'y procéder qui ont prévalu ou qui ont pu prévaloir en la dite province, avant l'année de Notre Seigneur mil sept cent soixante-quatre, nonobstant toutes choses à ce contraires contenues en cet acte à tous égards, sujet cependant à tels changements et corrections que le gouverneur, lieutenant-gouverneur, ou commandant en chef, de l'avis et consentement du Conseil Législatif de la dite province qui y sera établi par la suite, fera à l'avenir, dans la manière ci-après ordonnée ».

Ainsi s'établissait officiellement en notre pays la juridiction des lois françaises en matière civile, sous réserve de la liberté de tester, et celle des lois anglaises en matière criminelle. C'est le système qui nous régit encore aujourd'hui, et nous en sommes très satisfaits.

Entre temps, les notaires qui dressaient les conventions des parties sous l'autorité des lois et coutumes françaises depuis les premiers temps de la colonie, continuaient d'exercer leur ministère sans se laisser distraire par les événements politiques, et, en l'absence d'avocats, ils restèrent les conseillers juridiques de leurs clients. On en comptait quarante-trois dans la colonie au moment de la capitulation de Montréal, et, sur ce nombre, *quatre* seulement retournèrent en France avec les fonctionnaires et les troupes ; tous les autres restèrent fidèles à leur patrie d'adoption et c'est à ces trente-neuf apôtres que nous devons la conservation des lois françaises au Canada.

L'institution des avocats dans notre pays ne remonte en effet qu'au 14 mars 1765 et, comme les sujets étaient peu nombreux, trois

notaires en exercice furent au nombre des premiers titulaires, tout en ayant droit de continuer l'exercice de leur charge primitive. Le cumul des deux professions dura jusqu'à l'ordonnance du 30 avril 1785, reproduite au Statut 25 George III, chapitre 4, qui déclare l'exercice de ces deux professions incompatible.

Dans ces conditions, il était tout naturel que la loi organique du notariat de France, adoptée le 25 ventôse, an XI de la République Française, servît de base à notre loi organique du notariat canadien, de même que ce monument impérissable de législation française, connu sous le nom de « Code Napoléon », servît de guide à nos codificateurs qui l'ont reproduit presqu'intégralement dans le « Code civil du Bas-Canada » (aujourd'hui Province de Québec) en se bornant à y faire les seules modifications requises par les conditions spéciales au milieu desquelles nous vivons.

Ce code de lois françaises régit la capacité de toutes les personnes domiciliées dans cette province, qu'elles soient d'origine française ou étrangère, sujets britanniques ou aubains, ainsi que le statut des immeubles situés dans les limites de cette province, soit qu'ils appartiennent à des habitants du pays ou à des étrangers.

Nos compatriotes des provinces sœurs, où le droit commun d'origine anglaise est en vigueur, de même que nos voisins des Etats-Unis qui ont conservé le même héritage, comprennent difficilement les divergences radicales qui existent entre notre système légal et le leur, principalement en matière de régime matrimonial, d'ordre des successions, de constitution d'hypothèque, et surtout d'actes notariés.

Dans les pays de droit anglais, le « *notary public* » n'est qu'un banal certificateur de signatures, à qui on accorde à cet effet une commission temporaire de quelques années, à la seule condition de pouvoir signer et de se faire confectionner un sceau auquel on attache beaucoup plus d'importance qu'à sa signature. La magistrature est quasi traitée avec la même désinvolture, puisqu'on crée à l'infini des « juges de paix » qui seraient fort embarrassés d'être appelés à remplir sérieusement leurs fonctions, et des « commissaires de la Cour Supérieure » qui ont a peu près les mêmes connaissances légales que les « *notaries public* ».

Aussi, les juristes de ces pays ne peuvent-ils s'expliquer l'importance que nos lois accordent au « NOTAIRE » sous l'autorité du droit civil français, en l'obligeant d'abord à suivre un cours complet d'études classiques dans un collège enseignant les matières requises, puis à faire les mêmes études juridiques qu'un avocat, avec examen de compétence, et finalement en leur confiant à la fois le rôle de magistrat dont les jugements font loi entre les parties contractantes (*Lex est quodcumque notamus*, suivant la devise du notariat français), celui d'arbitre et amiable compositeur pour concilier les prétentions adverses des parties, celui d'archiviste impartial de leurs conventions et

de dépositaire agréé de commun accord par elles pour en conserver la preuve et pour en transmettre le texte à leurs descendants.

A nous qui avons reçu cette tradition comme un héritage naturel, la chose semble toute simple et le jeu en est facile, mais ... ne sommes-nous pas en train de saper notre patrimoine par la base en laissant s'infiltrer négligemment dans notre pratique légale la mentalité, le mode d'agir, et les clichés de l'*english common law* ? On ne s'en rend peut-être pas suffisamment compte dans la précipitation des transactions courantes, mais il suffit d'observer pour s'en convaincre.

En Angleterre, aux Etats-Unis, dans les provinces anglaises du Canada, c'est l'avocat qui rédige les conventions des parties et qui les fait signer en présence de témoins, après quoi il appelle un *notary public* pour en attester l'exécution, et, chose curieuse, ce ne sont pas les parties à l'acte qui en font la déclaration à ce tabellion d'opérette, mais plutôt l'un des témoins qui jure avoir assisté à la signature.

On voit en cela combien le droit anglais diffère du nôtre, puisque, chez nous, c'est justement l'exécution d'un acte par les parties EN PRÉSENCE DU NOTAIRE qui lui imprime le caractère d'authenticité. Quoi de plus rationnel en effet que le consentement des parties à un acte soit donné en présence d'un officier impartial et disert, qui puisse les renseigner sur la portée légale de ce qu'elles signent, au lieu d'un témoin quelconque, absolument étranger au contenu de l'acte, et qui, lui-même, sera peut-être tout juste en mesure de signer son nom ?

De nos jours, les lois de la province de Québec imposent encore la forme notariée pour certains actes, tels que l'inventaire, la donation, l'hypothèque, mais le nombre en est beaucoup moins grand qu'en France où des lois récentes tendent encore à en augmenter le domaine, tandis qu'ici, on tend de plus en plus à fermer les yeux aux avantages incontestables de ces documents officiels.

Prenons par exemple l'inventaire ; un testateur économe dispensera souvent son exécuteur testamentaire ou l'usufruitier de sa succession, ou le grevé de substitution, d'y procéder en déclarant que, pour en diminuer les frais, on le remplacera par la déclaration des biens destinés à établir les droits de succession. Une telle déclaration, préparée sans légitime contradicteur, par une personne parfois trop ignorante des forces de la succession, ou parfois trop intéressée à ne pas les indiquer dans leur plénitude, fait encourir aux héritiers définitifs, qui seront appelés plus tard à recueillir les biens, le risque de perdre des sommes considérables qu'un inventaire régulier leur aurait conservé. N'a-t-on pas vu même des entrepreneurs de pompes funèbres préparer des déclarations informes des biens d'une succession afin d'encaisser leurs frais funéraires sur le compte en banque du défunt, sans se préoccuper du reste de l'actif et du passif !

Le testament lui-même, cet acte solennel qui décidera du sort des biens de famille et de ceux qu'un travailleur économe aura péniblement

amassés au cours de toute une vie de labeur, ne devrait-il pas être invariablement rédigé par ce spécialiste qui en a la pratique journalière, qui sait dégager l'intention de son client au milieu du verbiage d'expressions impropres, et qui la traduit en termes nets et précis, au lieu d'être mis en danger par une rédaction fautive ou imprécise et parfois contraire aux intentions du testateur, comme on en voit souvent dans le testament olographe et dans celui qui est fait sous la forme dérivée des lois d'Angleterre ? Un avocat éminent me disait un jour à ce sujet: « Nous sommes tellement hantés par les questions incidentes de la jurisprudence, que nous perdons souvent de vue l'objet principal à sauvegarder, tandis que le notaire, dont la compréhension embrasse plutôt les principes du droit, est plus apte à dégager l'intention de tous ces accessoires ».

Le règlement des successions et toutes les procédures qui s'y rattachent, le contrat de vente, l'acte d'association et autres de moindre importance sont souvent préparés par des bureaux d'avocats au lieu d'être réservés à l'apanage exclusif des notaires ; mais la pratique la plus abusive se trouve dans le fait que très souvent l'avocat prépare l'acte de fiducie destinée à garantir une émission d'obligations, et, comme la loi ne lui permet pas de rédiger un acte d'hypothèque sous seing privé, il appelle un notaire complaisant ... à qui il verse un pourboire de « *notary public* » au moment de l'exécution de l'acte, et encaisse à son profit un honoraire important qui aurait dû appartenir au tabellion, s'exposant par cela même aux peines disciplinaires édictées par les statuts de l'étiquette professionnelle. Puisque le ministère du notaire fait partie intégrante de notre rouage légal, pourquoi ne pas laisser à chaque profession les attributions de son domaine ?

Un autre exemple de l'infiltration du « common law » anglais dans nos contrats civils, c'est cette croyance basée sur une coutume qui tend de plus en plus à prendre racine ici, qu'aucune convention n'est valide à moins d'une considération payée en espèces sonnantes. Ainsi, je ne pourrais donner légalement une « option » ou m'engager à quoi que ce soit, à moins de déclarer que je le fais « moyennant la somme de $1.00 versée entre mes mains (*in hand paid*) et autres considérations », ce qui n'est jamais vrai d'ailleurs. Si cette condition était essentielle, comme on le prétend, le notaire ou les témoins, de même que l'aveu des parties, pourraient facilement faire annuler cette convention en prouvant que le versement de la somme de $1.00 n'a pas été fait. Et si cette prétention devait prévaloir, je me demande si l'on n'en viendrait pas à l'appliquer même au contrat de mariage, chose qui serait souverainement ridicule.

Prenons garde, Messieurs ; nous versons insensiblement dans la déformation, sinon la disparition, des vieilles lois civiles françaises que nous avons eu tant de peine à conserver. Et si vous admettez, comme on l'a dit souvent dans nos congrès, que le notariat en est encore le

plus solide rempart, il faut éviter de le battre nous-mêmes en brèche ; nos ennemis suffiront à se charger de ce soin.

La jurisprudence est une autre source d'affaiblissement de nos lois ; par elle, on torture les textes jusqu'à leur faire souvent dire le contraire de ce qu'on a toujours admis. Or, on sait que les jugements sont la plupart du temps « d'espèce », c'est-à-dire qu'ils ont été influencés par des faits particuliers et qu'ils ne posent de principes qu'à la lumière de la preuve faite dans la cause. Le tribunal n'est pas appelé à légiférer, mais seulement à interpréter la loi et il serait souverainement erroné de baser le « jugé » comme texte général applicable à tous les cas qui s'y rattachent de près ou de loin, puisqu'il se prononce uniquement sur le cas particulier qui est en cause, et suivant la preuve qui en a été faite. Je sais que des questions de même nature peuvent parfois se présenter, mais il est rare qu'il n'y ait pas quelques divergences de faits ou de circonstances, et c'est d'ailleurs un piètre compliment à faire au président du tribunal que de lui dire : « *Votre collègue X ... a déjà jugé de telle façon ; vous n'avez qu'à vous ranger à son avis* ».

C'est pourtant cela, ni plus ni moins, que le droit commun nous enseigne en faisant si grand état des « précédents ». Le système d'enseignement de certaines écoles de droit chez nos voisins consiste à dire : « *Dans une cause de X ... contre Y ..., il a été plaidé telle chose par le demandeur et telle chose par le défendeur ; le tribunal a décidé de la façon suivante ...* ». Avec une moisson de toutes ces décisions le praticien fait une classification qu'il applique avec plus ou moins de justesse aux faits qu'on lui soumet, et, si cette façon de procéder devait prévaloir, le succès d'un avocat dépendrait plutôt d'une bonne mémoire ou d'un nombre plus ou moins grand de décisions judiciaires classifiées et soigneusement indexées, ou de l'habileté qu'il mettrait à les adapter aux besoins de sa cause ; sa science légale, son analyse juridique et la force de sa dialectique ne compteraient pour rien. De fait, ceux d'entre nous qui ont été à même de constater quelle réunion volumineuse d'arrêts judiciaires doivent se trouver réunis dans la bibliothèque ordinaire d'un avocat américain, ne peuvent manquer de sympathiser avec lui.

Combien de fois n'a-t-on pas vu des principes de droit, solidement établis au cours des âges par les enseignements des auteurs, battus en brèche un bon jour par un jeune praticien désireux de faire parade d'une perspicacité légale supérieure à celle de tous ses devanciers, et mis au rancart par un magistrat qui se sera laissé prendre aux séductions d'une théorie nouvelle ? Son jugement renversera toutes les notions couramment acceptés jusqu'alors, avec chance d'établir une doctrine nouvelle à l'encontre même de la pensée d'un testateur ou d'un donateur dont il est chargé d'interpréter l'acte.

Le notaire qui a rédigé une pièce en litige est cependant plus à

portée que tout autre interprète après coup d'exprimer exactement l'intention des parties ; s'il s'est servi de termes impropres ou prétendus équivoques, on doit tenir compte des circonstances au cours desquelles l'acte a été rédigé, et rechercher la pensée des parties contractantes dans l'ensemble d'un document au lieu de torturer le sens d'un texte isolé. Et lorsqu'un acte a été rédigé conformément à certains principes, à certaines coutumes, à certaines interprétations juridiques acceptés généralement à l'époque de sa confection, il devient souverainement injuste de l'interpréter à la lumière d'une jurisprudence nouvelle qui fera table rase de l'intention des parties trente ou quarante ans plus tard. J'ai encore présent à la mémoire un jugement de la Cour Suprême du Canada qui neutralise absolument l'effet d'une substitution clairement exprimée par la volonté du testateur et qui renverse les données sur lesquelles la succession a été administrée pendant plus d'un demi siècle, créant, par ce fait, un désarroi dont les plus habiles jurisconsultes ne peuvent réussir à tirer les héritiers.

Le rôle du notaire dans notre droit civil est donc celui du respect des principes et de la coutume ; c'est le rôle du gardien vigilant de la doctrine de nos vieilles lois civiles qui remontent aux coutumes des provinces de France et même au droit romain ; il est essentiellement conservateur et traditionaliste. L'avocat, au contraire, est, par la nature même de sa profession, novateur et évolutionniste ; un cas particulier se présente-t-il où son client souffrira de l'application d'un principe juridique universellement reçu, il cherchera à obtenir, à la faveur d'une preuve qui s'applique à son cas particulier, un jugement qui, avec la mentalité saxonne qui tend de plus en plus à substituer la jurisprudence à la doctrine des auteurs, s'implantera dans l'interprétation de nos textes de lois, et, s'il n'y réussit pas, il ira même parfois jusqu'à solliciter du pouvoir public une loi d'exception, sinon le rappel, ou au moins la modification, d'une loi sage mais contraire aux besoins de sa cause.

Cette divergence entre deux professions étudiant le droit civil aux mêmes sources, mais qui le comprennent différemment et qui l'appliquent parfois de façons si contradictoires dans leurs sphères respectives, nous amène à considérer le mérite et les conséquences de la suggestion, faite à diverses reprises, de fusionner, en notre province, les professions d'avocat et de notaire, à l'exemple des pays de droit anglais. Outre le fait que notre droit civil est totalement différent de celui de nos voisins et que, chez eux, le notariat n'existe pas comme profession légale, il nous semble que cette fusion aurait pour effet de saper à sa base même l'édifice de notre Code civil. A une époque où l'on sent le besoin de se spécialiser pour acquérir une plus grande compétence, et, par là, rendre meilleur service à la clientèle, il serait pour le moins imprudent de verser, par surcroît, la rédaction des actes notariés dans le récepta-

cle universel de l'avocat qui a pourtant un programme surchargé à remplir en faisant face à la fois au droit civil, criminel et commercial, aux questions municipales, scolaires et de fabriques, aux problèmes de la finance, de l'industrie, et que sais-je encore, sans compter les technicalités de la procédure dans ses divers domaines. En France, ces divers services sont répartis entre les avocats dont les attributions se spécialisent entre les avoués et les notaires ; notre droit civil étant cousin du droit civil français, n'y gagnerions-nous pas à nous inspirer de cette pratique plutôt que de sacrifier aux tendances d'origine anglaise qui ne peuvent que le déformer ?

Le rôle du notaire dans notre droit civil est celui d'un arbitre impartial entre les parties dont il rédige les conventions en forme légale après leur en avoir expliqué les conséquences, et de conserver ensuite ce contrat comme dépositaire possédant la confiance des parties intéressées. L'avocat, au contraire, ne pourra jamais se départir du point de vue de son client, ni d'une tendance bien compréhensible à faire prévaloir les intérêts de celui-ci à l'encontre de ceux de la «partie adverse ». C'est non seulement dans son rôle, mais encore dans la nature même de sa profession.

Si l'on veut conserver l'héritage de nos lois civiles françaises, gardons-nous donc de prêter les mains aux empiètements de toute nature qui s'infiltrent insidieusement dans notre rouage juridique, sans que nous nous en rendions compte, par suite du côtoiement quotidien des coutumes, des formules, de la mentalité de formation anglaises, sans compter les « anglicismes » qui foisonnent d'une façon alarmante dans le style de nos procédures. Nous le constatons dans l'élaboration des lois nouvelles que l'autorité législative nous déverse chaque année, et, si nous n'y veillons pas, les principes juridiques, pour lesquels nous avons lutté, ne formeront plus qu'un droit hybride et incertain où nos jurisconsultes pourront à peine se reconnaître.

LE NOTARIAT DANS LA PROVINCE DE QUEBEC (1)

Rapport présenté par

M. DONALD MCKENZIE ROWAT,

notaire à Montréal.

I

Le notariat est une profession distincte, une profession sui generis, peu connue et dont le rôle se comprend difficilement dans les pays où elle n'existe pas. Le but de cet article est de faire connaître et estimer cette profession par nos confrères en droit, pratiquant en dehors de la Province de Québec.

Il est à peine nécessaire de remarquer d'abord que le notariat fut introduit au Canada par les premiers colons français. La connaissance de l'histoire du droit est essentielle à qui veut comprendre et interpréter adéquatement le droit lui-même. C'est pourquoi, j'ai cru à propos de rappeler brièvement quelques faits d'histoire par ordre chronologique.

1302. — En l'an 1302, Philippe IV promulgua une ordonnance dont plusieurs dispositions importantes concernaient la profession, et l'on peut dire que dès cette époque, la profession avait atteint un haut degré de développement en France.

1597. — Ordonnance importante d'Henri IV de France relative à la profession. Il est permis d'affirmer qu'elle a dès lors atteint son apogée. Remarquons que cette époque est celle où vécut Samuel de Champlain.

1608. — Fondation de Québec par Samuel de Champlain. Il n'y avait alors aucun notaire au Canada, bien que l'on puisse dire en un sens que la profession était introduite dans la colonie comme faisant partie du droit français.

1610. — Date du Contrat de Mariage de Champlain, passé à Paris. L'original en est encore déposé « au Chatelet », et des historiens canadiens l'ont examiné.

1627. — L'acte établissant la Compagnie des Cent-Associés fut passé devant Pierre Parque et Pierre Guevreau, notaires pratiquant à Paris en 1627. C'est le premier acte notarié qui concerne spécialement le Canada.

1635. — Mort de Champlain. Il n'y avait encore aucun notaire au Canada. En vertu de son contrat de mariage, sa femme avait été instituée irrévocablement sa légataire universelle. Une telle stipulation était alors légale en France et l'est encore en France et dans la Province de Québec. Malgré son contrat de mariage, Champlain fit un testament. Sous la Coutume de Paris, droit commun de France introduit au Canada, on distinguait trois formes de testaments, premièrement, le

---

(1) Ce travail publié dans le *Canadian Bar Review*, t. 2 (1924 a été, avec la permission de l'auteur et de la revue traduit par Me Lucien Tremblay, du Barreau de Montréal.

testament notarié, signé devant un notaire et deux témoins ; deuxièmement, le testament passé devant un curé et trois témoins, et troisièmement, le testament olographe, écrit en entier de la main du testateur. Comme je l'ai déjà dit, il semble qu'aucun notaire n'ait encore été nommé. Il n'y avait pas non plus de curé au sens légal du terme, bien qu'il y eût plusieurs missionnaires. Champlain, à cause de sa paralysie, ne pouvait faire un testament olographe, et il parut alors à ses conseillers que le parti le plus sûr était de faire un testament conforme aux prescriptions du Droit Romain. Le testament fut donc rédigé en présence de sept témoins et, pour plus de sûreté, on en ajouta un huitième. Le seul officier présent à sa signature du testament était un personnage qui se donna le titre de « Greffier ». Par les termes de son testament, Champlain léguait au Collège des Jésuites à Québec tous ses biens mobiliers et de plus, une somme d'argent garantie par hypothèque sur ses immeubles. Un procès suivit et le testament fut déclaré nul.

On peut dire, en passant, que, durant tout le régime français, il n'y eut pas d'avocats au Canada. Les rois de France déclarèrent à plusieurs reprises dans leurs édits qu'ils désiraient que tous les litiges fussent décidés promptement. Dans ses commentaires sur les ordonnances de Louis XIV (1667), le Conseil Souverain souligne avec énergie l'absence d'avocats ou de procureurs au pays et affirme qu'il ne lui paraît pas opportun de permettre leur établissement. Les procès étaient menés rapidement et d'une manière sommaire. Ils duraient rarement plus d'une semaine ou de dix jours. Bien qu'il n'y eût pas d'avocats, les notaires agirent fréquemment comme tels pendant tout le régime français. Cependant, des abus se glissèrent bientôt. En cour l'on voyait des notaires demander l'annulation de leurs propres actes ou défendre des actes faux passés devant eux. Ce fut une des causes qui amena, au début du régime anglais, la scission de la profession légale en deux branches.

Bien que les avocats, comme tels, ne fussent pas admis dans la colonie sous le régime français, plusieurs d'entre eux y occupèrent des situations élevées et rendirent des services éminents.

11 août 1647. — C'est la date que porte un contrat signé par Laurent Berman. Il fut le premier notaire à prendre le titre de *notaire royal*. Il y avait deux sortes de notaires au Canada, le notaire royal et le notaire seigneurial. La juridiction du notaire seigneurial se limitait au territoire de la seigneurie pour laquelle il était nommé. La juridiction du notaire royal s'étendait à toute la colonie. Berman, quoique premier notaire royal, fut précédé par d'autres notaires de rang moins élevé, au nombre d'une douzaine ou plus.

Le notaire le plus estimé jusqu'à 1663, date de la création du Conseil Souverain, fut Guillaume Audouart, qui commença à pratiquer en 1648. Son étude contenait 1067 documents.

Depuis la fondation de Québec jusqu'en 1663, on compte vingt-

deux notaires dans la colonie. Ces fonctionnaires avaient été nommés soit par la Compagnie des Cent-Associés soit par des seigneurs particuliers.

1663. — Par son Edit de 1663, Louis XIV, en créant le Conseil Souverain, lui donna le pouvoir de nommer des notaires et lors de la deuxième assemblée du Conseil tenue le 18 septembre 1663, il nomma Jean Gloria notaire royal.

Les *lettres de provision* de Jean Gloria, les plus anciennes connues au pays, se lisent ainsi :

« Le Conseil Souverain establi par le Roi en la ville de Québecq au royaume de la Nouvelle-France.

« A tous présents et à venir, salut :

« Estant nécessaire pour le bien publicq de pourvoir de personnes capables et suffisantes pour dignement s'acquitter des fonctions de l'état et office de notaire royal, et à plein confians au bon sens, expérience, capacité, suffisance et fidélité de Jean Gloria, après due information faicte de ses vie, mœurs, religion catholique, apostolique romaine et de luy pris le serment en tel cas requis et accoustumé ; le dict Conseil, en vertu du pouvoir à lui donné par l'édict de son établissement enregistré où besoin a été, a donné et octroyé par des présentes au dit Gloria un état et office de notaire royal en cette ville de Québecq et ressort d'icelle, et icelui reçu et installé au dit estat et office ; pour en jouir aux droits, honneurs, prérogatives, franchises, libertés, fruits, profits, revenus et esmoluments y appartenant et tout ainsi qu'ont accoutumé d'en jouir et user en France les officiers de cette nature, tant et si longuement qu'il sera jugé à propos par le dit Conseil, et ordonné qu'il sera délivré copie au dit Gloria, signé du secrétaire et greffier du dit Conseil, et scellé du sceau des armes de Sa Maiesté. Pour lui servir et valoir ainsi que de raison. Fait et donné au Conseil tenu à Québecq, le vingtième septembre, 1663.

(Signé) PEUVRET, Secrétaire.

« Scellé cire rouge d'Espagne du sceau des armes de Sa Majesté.

(Signé) PEUVRET, avec paraphe ».

Les minutes du Conseil du 22 septembre contiennent l'arrêté suivant :

« Vue la deslibération du vingtième du présent mois par laquelle Jean Gloria, habitant de ce pays, a esté nommé à l'estat et office de notaire royal, en cette ville de Québecq, iceluy Gloria a esté ce jourd'hui reçu à l'estat et office, et presté le serment en tel cas requis et accoustumé, et a signé ».

(Signé) MÉZY.

Jean Gloria, à strictement parler, fut le premier notaire royal au Canada, bien que plusieurs notaires avant lui eussent usurpé ce titre.

17 mai 1675. — Nomination du premier notaire au Canada par

le Roi de France lui-même. L'élu était Gilles Rageot. Voici le texte de sa nomination :

« Louis, par la grâce de Dieu, roi de France et de Navarre, à tous ceux qui ces présentes lettres verront, salut.

« Etant nécessaire de pourvoir une personne capable pour exercer un des offices de notaire garde-notes dans notre juridiction de Québec, en la Nouvelle-France, et sur le bon et louable rapport qui nous a été fait de la personne de notre cher et bien-aimé monsieur Gilles Rageot et de ses sens, suffisance, capacité, prudhomie et expérience au fait de pratique :

« A ces causes et autres considérations à ce nous mouvant nous lui avons donné et octroyé, donnons et octroyons, par ces présentes signées de notre main, un des dits offices de notaire garde-notes en la juridiction de la dite ville de Québec, en la Nouvelle-France, pour le dit office avoir, tenir et exercer conformément à la coutume, prévôté et vicomté de Paris, et en jouir et user aux honneurs, autorités, prérogatives, franchises, gages, droits, profits, revenus et émoluments au dit office appartenans, et ce tant qu'il nous plaira.

« Si donnons en mandement à nos amis et féaux les officiers de notre Conseil-souverain établis en la dite ville de Québec, qu'après leur être apparu des bonnes vie et mœurs, religion catholique, apostolique et romaine au dit Gilles Rageot, et de lui pris le serment en tel cas requis, ils le mettent, instituent ou fassent mettre, instituer, de par nous, en possession du dit office, et le fassent reconnaître, obéir et entendre de tous ceux et ainsi qu'il appartiendra ès choses concernant le dit office ; car tel est notre plaisir. En témoin de quoi nous avons fait mettre notre scel à ces dites présentes.

« Donné au camp de Casteau de Cambrésis, le dix-septième jour de mai, l'an de grâce mil six cent soixante et quinze, et de notre règne le trente-troisième.

(Signé) LOUIS

« Et sur le repli, par le roi :

(Signé) COLBERT

« Et scellé du grand sceau de cire jaune.

« Registrées suivant l'arrêt de ce jour, pour jouir par le dit monsieur Gilles Rageot de contenu en icelles, à Québec, le vingt-quatrième septembre mil six cent soixante quinze ».

(Signé) PEUVRET

25 mai 1703. — Louis Chamballon, qui pratiqua sa profession à Québec de 1692 à 1716, est appelé au Chateau St-Louis pour recevoir le testament du gouverneur Callières.

13 août 1724. — Un arrêt défend aux notaires de comparaître devant les tribunaux comme procureurs des personnes pour lesquelles ils ont passé des actes. C'est un premier pas vers la séparation définitive de la profession légale en deux branches, séparation effectuée

quelque soixante ans plus tard sous le régime anglais.

8 septembre 1760. — Signature de la Capitulation de Montréal. Le régime français fait place au régime anglais. Du 8 septembre 1760 au 10 octobre 1764, le Canada fut sous la domination militaire. C'est une erreur, cependant de croire que le droit privé français avait cessé d'exister et n'était pas reconnu. La loi martiale, en ce qui concerne la propriété, ne fut pas appliquée en fait. Les notaires, nommés sous le régime français, continuèrent l'exercice de leur profession, et la profession ne tarda pas à être reconnue officiellement. Ainsi, le 30 mars 1761, le gouverneur Burton des Trois-Rivières, ordonna aux notaires de son district de lui remettre certains extraits de tous contrats de vente ou d'échange qui avaient été passés devant eux ou qui pourraient l'être à l'avenir. Bien plus, pendant le désordre qui suivit la conquête, quelques individus, qui n'étaient pas notaires, s'arrogèrent le droit de dresser des actes ordinairement exécutés devant notaire, et le gouverneur Burton, se rendant compte du danger de laisser des personnes inhabiles s'immiscer dans ces matières, émit une proclamation datée du 17 mars 1761 et défendant à ces personnes inhabiles d'usurper ce droit. Ce document important est la première preuve authentique que nous ayons de la reconnaissance officielle de la profession pour la période appelée Régime Militaire. En voici un extrait :

« Les actes qui assurent les biens et les prétentions des particuliers, tels que contrats, donations, ventes, clôtures d'inventaires, etc., sont assujettis à une formule qui doit être suivie. Si on la néglige on se prépare des disputes et des procès. Il y a des gens avoués par le gouvernement connus sous le nom de *Notaires* dont le devoir et l'étude sont en s'assurant des intentions des parties contractantes, de les revêtir de la forme ordonnée par les lois. Ils y sont obligés par serment. Nous avons appris que plusieurs personnes non qualifiées se mêlaient de passer des actes. Sans les soupçonner de mauvaise foi, il est à craindre que leur ignorance ne donne matière à des procès, à des disputes, et, pour y obvier, nous défendons à toutes personnes quelconques, dans l'étendue de ce gouvernement, de s'ingérer à dresser les actes qui ont coutume d'être passés devant notaires publics, sous peine d'amende envers les dits notaires, ou même de punitions plus sévères si le cas le méritait, ainsi qu'il nous plaira en ordonner ».

1763. — Date du Traité de Paris, qui confirma le régime anglais.

1765. — Le gouverneur Murray accorde des commissions à cinq nouveaux notaires, dont quatre portant des noms anglais. L'un d'eux était Richard MacCarty. Avis de sa nomination fut publié dans la *Gazette* à Québec le 15 août 1765. L'avis se lit ainsi :

« Richard MacCarty, Notaire public.

Ayant été dûment admis, atteste des contrats, testaments, donations, codicilles, accords et conventions, et fait toute sorte de protêts, d'actes de notaire etc. Il dresse aussi des contrats de vente, baux, hy-

pothèques, constituts, contrats d'apprentissage et autres écrits généralement en français et en anglais, au prix le plus raisonnable. Et quand il arrivera que les deux parties n'entendent pas la même langue, il fera leurs actes dans les deux, sans qu'il leur en coûte plus qu'en une, comme il tient son bureau dans sa maison à Chambly, dans le district de Montréal, où les affaires se feront à toutes heures du jour ».

Edward William Gray, un autre des cinq notaires nommés en 1765, pratiqua sa profession à Montréal jusqu'en 1797 et ses minutes, c'est-à-dire les originaux des actes passés devant lui, y sont déposées au Palais de Justice.

1774. — Date du fameux « Acte de Québec » qui établit définitivement le droit civil français. Cet acte annulait toutes les commissions des officiers de justice à partir du 1er mai 1775, et le gouverneur Guy Carleton émit une commission générale datée du 29 avril 1775, à l'effet de prolonger pour une période de six mois les pouvoirs de tous les notaires dont les noms apparaissaient au verso de la commission. C'était l'année de l'invasion américaine. Montréal tomba aux mains des Américains, et Valentine Jautard, un avocat, fut nommé notaire public à Montréal par le général américain, David Wooster, en vertu d'une commission datée du 31 décembre 1776. Jautard fut probablement le seul notaire public canadien à tenir ses pouvoirs du gouvernement américain.

Pendant plusieurs années après la Conquête la nomination des notaires dépendit entièrement de la volonté du gouverneur. Il exerçait un contrôle (power) suprême et pouvait annuler une commission sans examen : il se prévalut assez souvent de ce droit. Il est très intéressant de lire les nombreuses suppliques présentées au gouverneur par ceux qui désiraient être admis à l'exercice de la profession. Les requêtes s'accompagnaient fréquemment de nombreuses lettres de recommandation.

30 avril 1785. — Voilà peut-être la date la plus importante dans l'histoire de la profession. C'est celle d'une ordonnance promulguée par le lieutenant-gouverneur Henry Hamilton, 25 George IV, chapitre 4. Ses dispositions interdisaient la pratique du notariat à toute personne à moins qu'elle n'ait fait assidûment cinq ans de clércature notariale et passé un examen devant quelques notaires choisis parmi les plus âgés en présence du juge en chef ou de deux ou plusieurs juges de la Cour des Plaidoyers Communs pour le district où elle avait fait sa clércature. Cette ordonnance séparait la profession d'avocat de celle de notaire, et à ceux qui avaient auparavant pratiqué les deux professions on alloua un bref délai pour opter. Observons qu'elle enlevait au gouvernement le pouvoir arbitraire de nommer et de destituer les notaires, bien qu'elle rendît la profession sujette, jusqu'à un certain point, au contrôle judiciaire, en obligeant le candidat à se soumettre à un examen passé devant un ou plusieurs juges, comme nous venons de le faire remarquer. Les cinq ans de clércature sont encore en vi-

gueur ainsi que l'examen, bien que des dispositions postérieures aient abrégé ce terme de cinq ans à certaines conditions. Ainsi pendant près de cent trente-neuf ans tous les notaires de la Province de Québec ont dû faire une cléricature assidue et se soumettre à un examen de leurs connaissances légales.

1791. — Date de l'Acte Constitutionnel, qui divisait le Canada en deux provinces, le Haut-Canada et le Bas-Canada, et établissait une forme peu satisfaisante de gouvernement représentatif. La première élection fut tenue au mois de juin 1792. Le Bas-Canada était divisé en vingt-deux comtés dont la plupart portaient des noms anglais. Des soixante-dix membres élus de la Législature, seize étaient anglais et cinquante-quatre français, bien que la population fût presque entièrement française. Les Canadiens-Français, à cette époque reculée, manifestaient déjà cet esprit de justice et de générosité qui les a toujours caractérisés depuis, et, par manière de reconnaissance, les députés anglais, la première journée de la session, proposèrent l'abolition de la langue française dans les débats de la Chambre, et demandèrent que le Président de la Chambre fût de leur nationalité.

C'est à cette époque qu'apparut sur la scène de l'actualité l'un des notaires les plus réputés dans la personne de Joseph Papineau, père de Louis-Joseph Papineau, la gloire de 1837-38. Joseph Papineau non seulement se distingua dans l'exercice de sa propre profession mais il fut aussi l'un des plus grands orateurs et des plus grands parlementaires qu'ait donnés la race canadienne française, et n'eût été la participation de son fils à la Rebellion de 1837 et aux événements qui l'amenèrent, le nom du père eût été peut-être aussi célèbre, dans les annales du Canada, que celui du fils.

Plusieurs notaires furent élus à l'Assemblée Législative et, depuis cette date jusqu'à l'heure présente, la profession a toujours été bien représentée en nombre, et en qualité dans nos assemblées législatives. Actuellmeent, huit ou dix membres de la Législature provinciale sont notaires. L'hon. M. Narcisse Pérodeau, membre distingué de la profession, fut Lieutenant-Gouverneur de la province, Letellier de St-Just un autre notaire, fut honoré du même titre. Quand Sir Wilfrid Laurier forma son cabinet fameux en 1896, deux de ses membres, l'Hon. J.-I. Tarte et l'Hon. M.-E. Bernier, étaient notaires, et à peu près en même temps l'Hon. F.-G. Marchand, un notaire, était Premier Ministre de la Province de Québec et, en cette qualité, laissa un nom et une œuvre remarquables. Garneau, le fameaux historien canadien-français, était notaire. Panet, le premier Président du premier Parlement Canadien, était notaire, et Joseph Papineau, dont nous avons parlé plus haut, fut notre premier chef parlementaire.

Depuis la publication, il y a environ un quart de siècle, du Commentaire du Code civil par P. B. Mignault, C.R., travail qui ne saurait être trop loué et qui a été d'une valeur inestimable pour la pratique du droit, les avocats et les notaires, pour le droit civil, durent avoir recours, presque exclusivement aux ouvrages de deux notaires émi-

nents, pour y puiser des renseignements sur plusieurs questions de droit importantes. Ces deux notaires sont les regrettés Joseph E. Roy et L. P. Sirois, tous deux professeurs de droit à l'Université Laval, Québec. Joseph E. Roy écrivit «L'Histoire du Notariat» et je profite de l'occasion pour reconnaître ma dette envers cet ouvrage pour la plus grande partie des renseignements contenus dans cet article.

Pour montrer la dette qu'a contractée la profession légale en général au notariat, je trouve, en référant à J.-J. Beauchamp, Répertoire Général de Jurisprudence Canadienne, publié en 1917, au titre des « Testaments » que le savant auteur cite vingt-six articles écrits sur le sujet. Vingt-quatre d'entre eux ont pour auteurs des notaires. La plupart furent publiés dans « La Revue du Notariat », qui paraît depuis environ un quart de siècle. Cette Revue du Notariat, jusqu'à la publication du Digeste de Monsieur Beauchamp, était généralement peu connue des avocats, mais après la publication du Digeste de Beauchamp et lorsqu'on constata que les auteurs de droit, depuis la publication du travail éminent de Monsieur Mignault, étaient surtout des notaires, la Revue fut immédiatement demandée, et les libraires, depuis lors, s'efforcent de rassembler toutes les collections complètes qu'ils peuvent trouver. Non seulement les principaux auteurs ayant traité des « Testaments » sont-ils des notaires, mais encore en me reportant au mot « Vente » dans le Digeste de monsieur Beauchamps, je trouve la mention de dix-sept ouvrages ou articles de droit dont quinze écrits par des notaires.

Depuis plusieurs années le notariat fut representé aux facultés de droit des Universités McGill et Laval par des juristes distingués et éminents.

Je crois donc avoir bien établi que les notaires sont des légistes dont l'opinion mérite le respect. Un notaire dans la Province de Québec peut se définir un avocat spécialisé dans le droit relatif à la propriété immobilière, à la vente, à l'hypothèque et au règlement des successions en général, mais dépourvu du privilège de comparaître devant les tribunaux dans les matières litigieuses. Son opinion, quand il s'agit d'un procès possible, est toujours désintéressée.

Sir John Thompson disait en 1891 :

« Je serais heureux de voir le notariat établi dans toutes les provinces du Canada à cause des nombreux services qu'il rend chaque jour, et je ferai tout en mon pouvoir pour préserver intacts les droits et privilèges des notaires dans la Province de Québec ».

1836. — Le statut 6 William IV, chapitre 10, permet aux candidats qui ont suivi un cours complet d'études classiques dans quelque institution reconnue de se présenter à l'examen après quatre ans de clericature au lieu des cinq années requises par l'ordonnance de 1785.

1837. — C'est la date de l'insurrection que les auteurs anglais appellent communément « the Rebellion ». Plusieurs notaires contribuèrent au soulèvement, et trois subirent la peine de mort. Ce furent

Joseph Narcisse Cardinal, Chevalier de Lorimier et Pierre T. de Coigne. Joseph Narcisse Cardinal naquit à St-Constant le 8 février 1808, fut élu à l'Assemblée Législative par acclamation en 1834, et exécuté à Montréal le 21 décembre 1838. Ses lettres d'adieu à sa femme et à ses jeunes enfants sont des plus touchantes. de Lorimier, d'une noble famille française, naquit en 1805, fut admis au notariat en 1839, et mourut sur l'échafaud le 15 février 1839. Pierre T. de Coigne fut admis à la profession le 7 octobre 1837, et fut exécuté le 18 janvier 1839. Il n'avait que vingt-sept ans. Observons que Cardinal et de Lorimier étaient dans les premières années de la trentaine.

28 juillet 1847. — Date importante dans l'histoire de la profession. La loi 10-11 Victoria, chapitre 21 fut complètement remaniée. Trois chambres des notaires furent instituées, l'une pour le district de Québec, une deuxième pour le district de Montréal, et une troisième pour les districts de Trois-Rivières et de St-François. Les chambres des districts de Montréal et de Québec étaient composées de douze notaires chacune, et la chambre des districts de Trois-Rivières et de St-François de neuf notaires. Ils étaient élus par les notaires de leurs districts respectifs et pouvaient, après un examen public, remettre des certificats de compétence aux candidats à l'étude ou à la pratique de la profession. Des pouvoirs disciplinaires étendus leur furent accordés, et personne ne pouvait être admis à la pratique de la profession à moins d'avoir fait cinq ans d'apprentissage qui pouvaient être diminués d'un an à certaines conditions. Le candidat devait de plus se soumettre à un examen public sur le droit et la pratique de la profession. Il était aussi stipulé que, après la mise en vigueur de la loi, aucun candidat ne serait admis à l'étude sans subir un examen, à moins qu'il ne prouve avoir fait un cour classique complet. Les chambres étaient aussi autorisées à fixer les honoraires que les notaires pouvaient réclamer pour leur services, mais tout tarif ainsi fixé restait sujet à l'approbation de la Cour du Banc de la Reine.

Telles sont les principales dispositions de cette loi organique qui modifiait profondément la loi antérieure. La profession obtint certaines prérogatives, dont les principales étaient son pouvoir disciplinaire et son contrôle sur l'admission des candidats à l'étude et à la pratique de la profession. On craignit que ce contrôle n'entrainât des abus, mais il faut admettre que les chambres ont exercé leurs prérogatives avec sagesse et justice, et l'on peut affirmer sans crainte qu'aucun candidat possédant l'éducation, la connaissance légale et les autres qualités requises, ne s'est vu refuser l'admission.

1858. — Une loi sanctionnée le 30 juin, 22 Victoria, chapitre 8, permettait à tout étudiant en notariat, ayant suivi un cours régulier dans une école de droit reconnue et observé les autres formalités requises, de se présenter à l'examen à la pratique après une clericature de trois ans. D'abord, les candidats furent plutôt lents à se prévaloir de ce privilège, mais depuis plusieurs années le cours de droit dans

une université reconnue est devenu la règle, comme nous le verrons plus loin.

1 février 1870. — C'est la date de la sanction par le lieutenant-gouverneur de la troisième loi organique relative à la profession sous le régime anglais, 33 Victoria, chapitre 28. Cette loi remplaçait les trois chambres dont nous avons parlé par une seule chambre. Elle fut investie des pouvoirs d'une corporation. Cette loi infusa une vie nouvelle à la profession qui entra dans une ère de progrès constant. Il est vrai que, à raison de fautes et de faiblesses individuelles, le notariat a vécu des jours sombres, mais aucune institution n'est parfaite, et l'histoire des trois siècles passés révèle que le notariat, pour employer l'expression d'un écrivain canadien-français, est de toutes les professions « la plus ancienne, la plus utile, la plus belle et une des plus importantes ».

Voilà qui complète mes observations historiques. Quelques-unes d'entre elles peuvent ne pas être d'une lecture intéressante pour ceux qui vivent en dehors de la Province de Québec, mais j'ai pensé qu'elles pourraient être utiles ou intéressantes plus tard, surtout à ceux qui n'ont pu se familiariser avec la langue française et ne pourraient en conséquence jouir de la lecture de « L'Histoire du Notariat au Canada », par le regretté J. Edmond Roy — un ouvrage en quatre volumes — qui constitue presque une histoire complète du Canada lui-même. A. J. Edmond Roy, mon éminent, distingué et regretté confrère, je saisis cette occasion de rendre mes hommages les plus respectueux.

La Province de Québec est un état distinct, et, cela est vrai, en particulier pour ses lois. Le droit civil de Québec repose sur le droit français qui existait au temps de la conquête, qui est semblable aux lois en vigueur en France avant la Révolution Française. Le droit civil français fut définitivement reconnu dans Québec par l'« Acte de Québec » de 1774. Le notariat fut en même temps établi dans la Province. La profession légale dans Québec est divisée en deux branches. L'une est représenté par le Barreau et l'autre par la Chambre des Notaires.

L'article 5 du chapitre 211 des Statuts Refondus (1925) de Québec se lit ainsi :

« Les notaires sont des officiers publics dont la principale fonction est de rédiger et recevoir les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et, pour en assurer la date, en conserver le dépôt et en délivrer des copies et des extraits.

Les notaires sont institués à vie, avec juridiction concurrente dans toute la province ... ».

Examinons quelques-uns des termes de cette définition :

(a) « Un officier public ». On peut donner comme exemple le fait que, après la mort d'un notaire, tous les originaux en sa possession sont déposés aux archives d'un tribunal de la Province où ils sont gardés soigneusement et pour toujours, dans un ordre numéroté

et pourvus d'un index approprié.

(b) Qu'est-ce que donner le « caractère d'authenticité » à un acte ou à un contrat ?

Un acte est dit authentique quand il est tenu pour vrai sans discussion ou sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'il a été exécuté. Un exemple sera peut-être le meilleur moyen de montrer la différence entre un acte authentique et un acte sous seing privé.

Nous avons trois formes de testament :

1. Le testament notarié ou authentique, passé devant un notaire public, qui en garde l'original ;

2. Le testament en la forme anglaise signé par le testateur en présence de deux témoins ;

3. Le testament olographe.

Le testament en la forme anglaise et le testament olographe ne sont pas authentiques, mais le testament notarié est authentique.

Quelle est, en pratique. la différence entre le testament authentique et le testament non authentique ? La voici :

Le testament authentique emporte pleine confiance en sa véracité et une copie de ce testament, sous la signature et le sceau du notaire qui en détient l'original, sera reçue comme vraie sans discussion par tous les tribunaux, tous les départements du gouvernement, les banques, les compagnies de fidéicommis, les compagnies d'assurance, bref, par tout le monde. Le crédit accordé à un testament notarié est si considérable qu'il est rare qu'on en examine l'original. Il suit, par conséquent, qu'un testament notarié n'aura besoin d'aucune preuve.

Le testament en la forme dérivée de la loi d'Angleterre et le testament olographe ne sont pas authentiques et n'emportent pas pleine confiance en leur vérité avant d'avoir été déposés en Cour et prouvés. Ainsi, quelque garantie de vérité que puisse présenter le testament olographe, si on le présentait à une banque pour obtenir la transmission d'un dépôt au légataire mentionné dans le testament, le banquier le refuserait. Il ajouterait peut-être qu'il est parfaitement convaincu que le testament est vrai, mais il insisterait pour qu'on en fasse la preuve avant qu'il ne l'accepte.

(c) « Pour en assurer la date ».

Un autre avantage de l'acte authentique réside en ce que sa date est fixée et certaine. La date d'un acte est parfois d'une importance capitale. Un testateur, par exemple, révoque un testament antérieur par un testament olographe. mais néglige de dater le testament olographe, avec ce résultat qu'il n'apparaît pas clairement lequel de plusieurs testaments antérieurs il avait l'intention de révoquer. La date d'un testament authentique est certaine à raison du fait que tous les originaux des actes notariés sont numérotés, entrés dans un registre approprié ou répertoire et pourvus d'un index. Ce répertoire est un livre sacré, auquel on accorde le plus grand crédit. Connaissant les strictes exigences de la loi au sujet de l'index et du répertoire, quand un do-

cument authentique est produit comme preuve dans une cause devant le tribunal, le juge consent volontiers à accepter sans discussion la date qu'il porte comme étant sa date réelle et exacte.

(d) « Pour en conserver le dépôt ».

J'ai déjà mentionné le fait que le notaire garde l'original qui est parfois déposé aux archives de la Cour. L'avantage de conserver ainsi indéfiniment les documents relatifs aux intérêts de famille est manifeste.

(e) « Pour en délivrer des copies et des extraits ».

Nous pouvons déduire de ce que nous avons déjà dit que le notaire, qui garde l'original, a le pouvoir d'en donner, sous sa signature et son sceau, des copies qui sont considérées comme équivalentes à l'original. L'avantage de ce pouvoir apparaît bien dans le cas de procuration.

Monsieur Smith a des intérêts nombreux et variés dans la Province ; il a des dépôts dans différentes banques ; il possède des actions dans diverses compagnies ; il est propriétaire d'immeubles situés dans plusieurs parties de la Province ; il part pour un long voyage et veut nommer un mandataire pour le représenter pendant son absence. Une seule procuration, si elle est en forme authentique, suffira pour tous ces objets. A l'occasion et au besoin, le notaire peut en délivrer copie à qui le demande.

(f) « Doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité ».

Notons que les parties sont obligées de faire donner le caractère d'authenticité à certains actes, en d'autres termes. certains actes doivent être passés devant un notaire public. En voici quelques-uns :

1. Les contrats de mariage, Article 1264 du Code civil. En cette province, la plupart des gens possédant quelque fortune passent un contrat de mariage. Le contrat de mariage n'est qu'un contrat de société qui détermine les droits des futurs conjoints sur leurs biens. Il doit être passé avant le mariage.

2. Les hypothèques. v compris les actes de fidéicommis, Articles 2040 et 2041 du Code civil.

Cependant, dans quelques comtés de la Province les hypothèques peuvent être consenties sous seing privé. Mais, en pratique, on ne se prévaut pas de ce privilège. et l'on peut dire qu'au moins neuf cent quatre-vingt-dix-neuf hypothèques sur mille consenties dans la Province de Québec le sont devant notaire.

3. Les inventaires requis par la loi, Article 1391 C. p. Ainsi, quand un mineur recoit un héritage. le tuteur est obligé de faire inventaire. Cet inventaire droit être en forme authentique et dressé en la présence actuelle du notaire.

4. Les conseils de famille, autres que ceux tenus devant la Cour ou par un mandataire spécial nommé par la Cour. Article 257 du Code civil. Un conseil de famille est composé généralement d'au moins

sept parents. Le plus souvent, il est réuni en vue de la nomination d'un tuteur. On le réunit aussi pour donner son avis sur les affaires importantes dans l'administration des intérêts du mineur par le tuteur.

5. La renonciation à une succession ou à un héritage, Article 651 du Code civil.

6. La renonciation à une communauté, Article 1325 du Code civil.

7. Les protêts des lettres de change, billets à ordre et chèques. ques.

8. Les donations, excepté les donations de meubles accompagnées de délivrance, ou en certains autres cas spéciaux, Article 775 du Code civil. Par exemple, si un père désire faire un don à son fils, il doit le faire en présence d'un notaire et par un acte notarié, à moins que la chose donnée ne soit un meuble qui soit actuellement remis par le père à son fils. Si cette délivrance actuelle n'est pas évidente, la donation, même par écrit et attestée par une demi-douzaine de témoins, serait absolument nulle.

L'une des raisons d'exiger que la donation soit en forme notariée est d'empêcher les individus de disposer de leurs biens précipitamment et sans réflexion suffisante. Le temps requis pour trouver le bureau du notaire et discuter l'affaire avec lui donne l'occasion de penser et de réfléchir.

LES AVANTAGES DE L'ACTE NOTARIÉ OU AUTHENTIQUE

Après avoir vu ce qu'est un notaire, énumérons maintenant quelques-uns des avantages de l'acte notarié ou authentique.

1. La confection d'un acte notarié est toujours une matière importante. La présence du notaire constitue une garantie que le document a été rédigé avec le soin nécessaire et qu'il a été signé en parfaite connaissance de son contenu, puisque la loi oblige le notaire à lire l'acte aux parties.

2. Il a les avantages de l'authenticité, tel qu'expliqué plus haut.

3. Il a l'avantage, tel qu'expliqué aussi plus haut, de porter une date fixe et certaine.

4. Il est rédigé par un homme de loi parfaitement renseigné et d'une expérience consommée.

5. L'original est gardé soigneusement et, même s'il est perdu, une copie suffit.

6. Le notaire est garant de l'identité des parties.

7. Le notaire, en rédigeant un acte, conscient du fait qu'il dresse un document qui portera son nom et qui sera déposé pour toujours aux archives du tribunal, se rend compte nécessairement que sa réputation est constamment en jeu. D'autre part, un acte sous seing privé ne porte pas le nom de son auteur. La main qui a rédigé un testament en la forme dérivée de la loi d'Angleterre reste souvent inconnue pour toujours aux survivants du testateur, tandis qu'un testa-

ment authentique dressé par un notaire intègre et estimé porte pour ainsi dire, le sceau de l'intégrité, de l'honnêteté et de la justice, qui étaient les qualités reconnues de l'auteur.

8. Les actes notariés sont examinés par un officier nommé par la Chambre des Notaires.

9. Un testament sous seing privé peut être perdu ou détruit par un légataire mécontent, tandis qu'un testament notarié est en sûreté dans la voûte du notaire.

QUALITÉS REQUISES DU NOTAIRE

1. Le notaire doit être sujet britannique.

2. L'article 209 du chapitre 211 des Statuts Refondus de Québec (1925) se lit ainsi :

« Pour pouvoir être admis à l'étude du notariat, l'aspirant doit, en outre. avoir fait ou terminé un cours complet d'études classiques et scientifiques, en français ou en anglais, dans une institution légalement constituée, donnant un cours complet de telles études dans cette province ou en dehors ».

3. D'après l'article 2 du chapitre 209 des Statuts Refondus de Québec, aucun candidat à l'admission à l'étude des professions d'avocat, de notaire ou de médecin, qui est titulaire du diplôme de bachelier ès arts, bachelier ès sciences ou bachelier ès lettres. à lui conféré par une université anglaise ou canadienne, ne sera obligé de passer les examens requis par la loi constituant en corporation les membres de ces professions.

L'article 209 du chapitre 211 est interprété très strictement par la Chambre des Notaires devant laquelle tous les aspirants à l'admission doivent se présenter. La Chambre est si sévère qu'on l'a vue refuser l'admission à un candidat qui avait suivi un cours complet de quatre ans dans un High School de la Province et passé deux ans à la faculté des arts de l'université McGill. De plus, l'examen est si difficile que, en pratique, tous les candidats préfèrent suivre le cours universitaire régulier conduisant au grade de bachelier ès arts.

Après son admission à l'étude de la profession, le candidat doit :

(a) Se placer comme clerc chez un notaire et étudier sous sa direction pendant cinq ans, ou

(b) Se placer comme clerc chez un notaire étudier sous sa direction pendant quatre ans et suivre, en même temps, pendant deux ans, le cours régulier d'une université reconnue, ou

(c) Se placer comme clerc chez un notaire, étudier sous sa direction pendant trois ans, suivre, en même temps, pendant trois ans, le cours de droit régulier d'une université reconnue et obtenir le diplôme de bachelier en loi ou son équivalent ;

Enfin, dans tous les cas, passer un examen écrit et oral devant la Chambre des Notaires.

Presque tous les candidats choisissent maintenant la dernière alternative.

On peut donc affirmer qu'environ quatre-vingt pour cent des candidats admis maintenant à « l'étude » de la profession sont titulaires du diplôme de bachelier ès arts et qu'environ la même proportion des notaires admis à la « pratique » sont porteurs d'un diplôme de bachelier en loi ou son équivalent, à eux conféré par une université reconnue.

L'on peut donc se convaincre que, pour les titres académiques, le notariat ne le cède à aucune autre profession et, en particulier, que la proportion des notaires porteurs du diplôme de bachelier ès arts est plus forte que celle des médecins, des avocats ou des ecclésiastiques porteurs de ce même diplôme.

Voyons maintenant d'une façon générale le travail accompli par le notaire. L'on passe devant notaire :

(I) Presque tous les actes de transmission d'immeubles. Il est vrai que dans quelques comtés, colonisés d'abord par des anglais, ces actes peuvent être sous seing privé, mais en fait, on ne se prévaut que très rarement de ce privilège. Nous croyons pouvoir affirmer sans crainte que neuf cent quatre-vingt-dix-neuf contrats de vente d'immeubles sur mille sont passés devant notaire, et, vu que le notaire rédige le contrat, c'est aussi lui qui presque toujours fait l'examen des titres de la propriété. Le résultat en est que le notaire devient un spécialiste dans le droit relatif aux immeubles.

(II) Les hypothèques. — Comme toutes les hypothèques, à de rares exceptions près, doivent être consenties devant notaire, il en est resulté que le placement des prêts hypothécaires dans la Province de Québec est presque entièrement entre les mains des notaires. Le notaire, outre la commission qu'il reçoit, a droit à son honoraire pour la rédaction de l'acte et l'examen des titres.

(III) Les testaments. — Comme le testament notarié est authentique et n'exige aucune preuve et à cause du crédit accordé aux actes notariés, on recourt presque toujours au notaire quand on veut disposer de ses biens à cause de mort. C'est surtout le cas des vieilles familles de la Province, qui sont familières avec les lois et les coutumes locales et apprécient à leur juste valeur l'habileté et l'expérience du notaire.

Pour constater jusqu'à quel point on se prévaut, dans la Province, du privilège de passer des testaments authentiques, on mena, dans plusieurs bureaux d'enregistrement, des enquêtes dont voici les résultats :

Au bureau d'enregistrement de la division d'Hochelaga et Jacques-Cartier, qui, en 1921 était la principale division d'enregistrement de la cité et de l'île de Montréal, pendant les deux mois d'été de 1921, on enregistra soixante-dix-sept testaments. Tous étaient notariés. Un employé du bureau d'enregistrement affirma que, d'après lui, environ quatre-vingt-quinze pour cent des testaments enregistrés ont été faits

devant notaire.

Au bureau d'enregistrement de Sherbrooke, pendant une période de plusieurs mois, quarante-trois testaments furent enregistrés ; trente-six étaient notariés, trois olographes et quatre en la forme anglaise.

Au bureau d'enregistrement du comté de Beauce, pendant une période de plusieurs mois, cinquante-et-un testaments furent enregistrés quarante-cinq étaient notariés et un olographe. Le testament olographe, cependant, avait été signé aux Etats-Unis.

Au bureau d'enregistrement du comté de Richmond, pendant une période de plusieurs mois, cinquante-et-un testament furent enregistrés dont quarante-six notariés et cinq olographes ou en la forme anglaise.

(IV) Le règlement des successions. — La grande majorité des successions dans la Province de Québec sont réglées par les notaires. J'y vois deux raisons principales. L'une est que les notaires dressent environ quatre-vingt-quinze pour cent des testaments et l'autre que, si les intérêts d'un mineur sont en jeu, il est nécessaire de recourir au conseil de famille et, le plus souvent, de dresser un inventaire en la forme authentique.

Pour voir jusqu'à quel point l'on requiert les services des notaires pour le règlement des successions, voici les renseignements obtenus :

Au bureau d'enregistrement de Sherbrooke, durant une période de plusieurs mois, on enregistre quarante-six testaments ; dont quarante-cinq reçus devant notaire et un sous seing privé.

Au bureau d'enregistrement du comté de Richmond, sur soixante-quatorze déclarations de décès enregistrées, soixante-treize étaient reçues devant notaire et une était sous seing privé.

Dans un district judiciaire de la province, pendant les trois mois d'été de 1921, on produisit quinze déclarations sous serment au percepteur des droits sur les successions et toutes étaient notariées.

L'on verra par là que le notaire occupe dans la Province de Québec, une situation importante dans le droit. Son rôle se rapproche fort de celui du « family solicitor » en Angleterre. Il est essentiellement un messager de paix. Son bureau est un refuge où hommes et femmes viennent confier leurs intérêts et ceux de leur famille, tout comme ils confessent leurs péchés à leur propre curé. Comme officier public présidant au contrat de mariage, il assiste à la fondation de la famille. Si de ce mariage naissent des enfants dont les intérêts, durant minorité, réclament protection, on l'appelle encore pour consulter solennellement le conseil de famille sur la nomination d'un tuteur, enfin les parents recourent à ses connaissances et à son expérience pour les aider dans la tâche difficile de régler l'administration et la transmission de leurs biens, quand leur carrière en ce monde aura pris fin.

L'INSTITUTEUR DEVANT LE CODE CIVIL

Rapport présenté par

M. FORTUNAT LORD, C. R.

avocat au Barreau des Trois-Rivières,
ancien bâtonnier.

Le Code civil du Bas-Canada ou de notre province consacre deux importantes dispositions à l'instituteur. Dans l'une, il lui confère un droit ; dans l'autre, il lui impose une obligation. L'obligation apparaît comme le corollaire du droit. *Ubi jus, ibi onus.*

LE DROIT DE L'INSTITUTEUR

Le droit de l'instituteur est défini par l'article 245 :

« Le père, et à son défaut la mère, a sur son enfant mineur et non émancipé un droit de correction modéré et raisonnable, droit qui peut être délégué et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant a été confié ».

Voilà une loi d'extraction plutôt antique. Les codificateurs nous le confessent dans leur *rapport* (1) :

« Cet article est nouveau et ne se trouve pas au code ; cependant il est conforme au droit romain aussi bien qu'à l'ancien droit français. Le Code de la Louisiane (article 236) contient une disposition semblable ».

En effet, la *levis castigatio* faisait à Rome, l'objet d'une constitution de l'empereur Alexandre Sévère (2) :

« Votre puissance paternelle vous donne le droit de châtier votre fils ; et s'il persévère dans sa conduite, vous pouvez, recourant à un moyen plus sévère, le traduire devant le président de la province, qui prononcera contre lui la punition que vous demanderez ».

L'ancien droit accordait le même pouvoir au père de famille mais avec une restriction d'importance (3) :

« Les pères ont droit de correction sur leurs enfants ; suivant le droit romain, ils avaient même le droit de vie et de mort ;

---

(1) Tome I, page 202.
(2) 2 Ortolan, page 761.
(3) 5 Guyot, vo. *Correction*, pages 92 et ss.

notre jurisprudence plus sage n'a point accordé ce pouvoir terrible aux pères ; elle leur a seulement laissé celui de corriger leurs enfants ».

« De ce qu'un père peut exercer le droit de correction sur ses enfants, on ne peut en conclure qu'il a droit de les maltraiter et de les excéder de coups. Les lois lui ont tracé la route qu'il doit suivre ; s'il s'en écarte, les enfants peuvent avoir recours à l'autorité des magistrats pour se soustraire à un empire tyrannique ; mais pour qu'un enfant ait le droit de porter une pareille plainte contre l'auteur de ses jours, il faut que l'abus de l'autorité paternelle soit prouvé, car il ne serait pas écouté s'il avait réclamé le pouvoir des lois pour éviter de légères corrections qu'un père est toujours présumé exercer pour former ou changer le caractère de ses enfants. Ce n'est donc que dans le cas d'un abus évident de l'autorité paternelle que la plainte des enfants peut être admise par les tribunaux ».

Le Code de la Louisiane renferme enfin la disposition qui a servi de type à notre article 245. C'est l'article 220, ci-devant 236 :

> « Pendant leur vie, les père et mère ont le droit de déléguer une partie de leur autorité aux instituteurs, précepteurs et autres personnes auxquelles ils confient leurs enfants pour les élever, tel que le pouvoir de les contenir et corriger, de manière à répondre à l'objet pour lequel ils les emploient ».

Notons que ce texte est moins complet que celui qu'il a inspiré. Notre loi, après avoir reconnu le droit, permet sa délégation, en règle l'exercice. Toute correction sera *modérée et raisonnable.*

Les codificateurs n'allusionnent pas dans leur *rapport* à la jurisprudence contemporaine. Un arrêt de M. le juge Loranger, cependant, nous porte à croire qu'elle contenait avant la lettre la presque totalité de l'article 245 (1).

Au fond, l'article 245 reconnaît moins un droit qu'il ne consacre un devoir. La puissance paternelle oblige les parents à diriger la conduite de leurs enfants, à déterminer leur mode d'éducation (2). Quoi qu'il en soit, les parents failliraient à leur tâche, s'ils n'avaient sur la personne de leurs enfants deux autres droits auxiliaires : celui de garde et de correction (3). La loi positive soutient la loi naturelle. Par la pente des choses, le droit d'éducation étant délégué, le droit de correction demandait à l'être aussi. L'article 245 a comblé une lacune.

---

(1) *Brisson* c. *Lafontaine*, 8 Lower Canada Jurist, 174 ; 14 Lower Canada Reports 377.
(2) 9 Aubry et Rau, no 550.
(3) Fuzier-Herman, vo. *Puissance Paternelle*, no 21.

Les punitions corporelles ont eu de tout temps leurs partisans et leurs détracteurs. Laurent les dénonce comme un reste de barbarie. Il dresse contre elles un véritable réquisitoire (1) :

« Le droit d'éducation implique le pouvoir de corriger. Mais jusqu'où va ce pouvoir ? Le Code civil garde le silence sur ce point. C'est une question dont la solution dépend de l'état des mœurs et de la civilisation. On nie parfois le progrès moral ; on ne niera pas le progrès des sentiments d'humanité. Il est facile de le constater en comparant nos vieilles coutumes avec notre droit moderne. On lit dans une loi du pays de Liège : « Les parents peuvent corriger et battre leurs enfants, sans qu'ils soient tenus d'aucune amende en justice, sinon pour cas de blessure ». Cette loi est un témoignage de la barbarie de nos ancêtres ; le droit était barbare parce que les mœurs étaient incultes. Aujourd'hui nous défendons aux instituteurs de battre les enfants dont l'éducation leur est confiée. A plus forte raison, faut-il dire que les père et mère ne doivent pas se livrer à des actes de brutalité, qui abrutissent les enfants au lieu de les moraliser. Déjà au dernier siècle, la voix du ministère public, organe de la société, s'éleva contre les pères qui abusaient de leur autorité. Ecoutons l'avocat général Ralon : « Les pères qui exercent leur bonté envers leurs enfants sont alors juges souverains ; mais quand ils exercent leur justice, et qu'ils châtient leurs enfants, leur pouvoir est soumis aux juges qui doivent juger leurs jugements ». On lit dans le réquisitoire de l'avocat général de Galissane : « S'il faut prendre garde de détruire l'autorité paternelle, il faut prendre garde aussi de détruire la tyrannie ». On fait parfois une distinction injurieuse entre les classes supérieures et les classes inférieures, et l'on dit que les châtiments sont nécessaires pour élever les enfants incultes qui n'écoutent que les coups. C'est calomnier la nature, répond de Galissane : « Dans la classe indigente, les mariages sont plus chastes, les familles plus unies, les liens du sang plus réservés, la nature plus écoutée, le tendre nom de père plus doux à prononcer ».

« Sous l'empire de nos lois nouvelles, on a prétendu que le pouvoir domestique des père et mère n'était soumis à aucun contrôle. Une mère condamnée à 5 ans de travaux forcés et au carcan pour avoir exercé à diverses reprises des sévices sur un enfant de 6 ans, se pourvut en cassation. La demanderesse ou son avocat osa invoquer le droit romain, qui donnait droit de vie et de mort au père, elle invoqua la nature qui avait placé dans les mains des parents le pouvoir de corriger et de châtier leurs en-

(1) 4 Laurent, no 275, 3e éd.

fants. La Cour de cassation opposa à cette étrange doctrine les sentiments et les principes de l'humanité moderne. « Si la nature, dit-elle, et les lois civiles donnent aux pères sur leurs enfants une autorité de correction, elles ne leur confèrent pas le droit d'exercer sur eux des violences qui mettent leur vie et leur santé en péril ».

« La Cour ajoute que ce droit ne saurait être admis surtout contre les enfants, qui, dans la faiblesse du premier âge, ne peuvent jamais être coupables des fautes graves. Ces paroles impliquent une restriction que nous ne saurions admettre. Quand même l'enfant serait adolescent, quand même ses fautes seraient graves, le père n'aurait pas le droit de lui infliger des châtiments corporels. Il ne l'a pas, parce que la loi ne le lui donne pas et certes il ne le tient pas davantage de la nature. Nos lois proscrivent les coups, même à l'égard des forçats ; et elles les permettraient à l'égard d'un enfant ? Le père n'a qu'un droit d'éducation ; or qui dit éducation exclut les châtiments corporels ».

Personne ne contestera que l'illustre auteur a raison de flétrir les actes de brutalité. Nos mœurs ne les tolèrent plus. Dans tous les pays civilisés, et ils sont encore nombreux, le législateur a édicté des peines sévères contre les parents dénaturés ou les tyranneaux d'école. Toutefois, il faut bien se garder de confondre l'acte cruel avec la correction modérée. Le premier est l'abus et le second le remède nécessaire. *Patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere.* A la faveur de cette confusion, l'autorité a perdu du terrain :

> « La tendance actuelle, écrit Fuzier-Herman, qu'il faut constater, si regrettable qu'on la puisse juger, est d'assimiler les parents à des tuteurs bien plus qu'à leur reconnaître des droits (1) ».

A fortiori en est-il de même des instituteurs. La gent écolière ne s'est pas améliorée depuis Lafontaine. Cet âge est toujours sans pitié.

Le Code civil en France donne au droit de correction un sens qu'il n'a pas dans le nôtre. Baudry-Lacantinerie nous en avertit (2) :

> « Par droit de correction, la loi n'entend point parler de ces punitions légères que les père et mère peuvent infliger à leurs enfants, en vertu de leur autorité domestique et dans l'intérieur de la maison. Sur ce point, elle s'en remet aux usages et à l'affection des parents. Elle n'intervient en pareille matière que lorsque les châtiments infligés par ceux-ci constituent des violences ou de mauvais traitements tombant sous le coup du Code pénal, ou encore pour prononcer ou autoriser la déchéance de la puissance paternelle dans les cas qu'elle prévoit (2) ».

---

(1) Répertoire, vis *Puissance Paternelle*, no 16.
(2) Tome 5, *Des Personnes*, no 135.

La doctrine ne diffère pas des autres auteurs :

Planiol, no 1664 ; 6 Demolombe, no 309 ; I Planiol et Ripert, no 342 ; 5 Baudry-Lacantinerie, Des Personnes, no 135 ; Dalloz, Répertoire Pratique, vis Puissance Paternelle, nos 126-127 : 9 Aubry et Rau, no 550, 4e éd. : Dalloz, Code civil annoté, article 376, no 1 ; Colin et Capitant, page 447 ; Boyer, La Synthèse des lois françaises, page 129 ; 1 Gin, page 234.

Qu'entend donc le Code Napoléon par droit de correction ? D'après Colin et Capitant (1) :

« C'est la faculté qui appartient aux parents, sous certaines conditions et modalités, de faire incarcérer l'enfant vicieux ou rebelle, afin de briser sa résistance ou de redresser ses mauvais penchants. C'est là un vestige manifeste de l'ancien droit, une survivance des anciennes mœurs et de la rudesse de la puissance paternelle d'autrefois ».

Les codificateurs, toujours les nôtres, qui ont tant prélevé sur le Code français, ont estimé qu'ici son système était trop rigoureux. Ils ont préféré l'autre comme plus compatible avec nos mœurs. L'expérience leur a donné raison puisque de mémoire d'homme pas un père de famille n'a encore été accusé d'excès. Notre système est aussi le plus efficace. Entre la punition et la faute, il n'y a pas de délai de procédure.

Le père de famille restera-t-il désarmé devant les débordements de son fils ? Que non, si ces débordements dégénèrent en crimes. Il pourra jusqu'à l'âge de 18 ans le faire incarcérer dans une école de correction ou école industrielle. Des lois pénales le lui permettent expressément (2) :

« *Jeune délinquant* signifie un enfant qui commet une infraction à quelqu'une des dispositions du Code criminel ou d'un statut fédéral ou provincial ou d'un règlement ou ordonnance d'une municipalité, entraînant la peine de l'amende ou de l'emprisonnement ; ou qui est coupable d'immoralité sexuelle ou de toute forme semblable de vice, ou, qui en raison de toute autre infraction, est passible de détention dans une maison industrielle ou maison de correction pour les jeunes délinquants, en vertu des dispositions d'un statut fédéral ou provincial ».

Or, en vertu du paragraphe c du même article, le mot *enfant* signifie un garçon ou une fille apparemment ou effectivement âgé de moins de 18 ans.

Dans leurs instructions, les règlements du Comité catholique du Conseil de l'Instruction public de la Province de Québec ne favorisent pas les châtiments physiques. Le règlement 227 rappelle à l'instituteur

---

(1) Tome I, page 447.
(2) Article 2, paragraphe e, chapitre 108 S.R.C. (1927).

qu'il est de son devoir :

> « De s'efforcer de faire comprendre aux élèves qu'ils sont à l'école sous une direction paternelle, d'éviter autant que possible les punitions corporelles et de n'employer aucune punition dégradante. Il devra éviter surtout de frapper les élèves à la tête ou à la figure avec la main ou de toute autre manière. Dans les écoles où il y a un principal ou directeur, les punitions corporelles lui sont réservées (voir article 245 du Code civil) ».

Qui réglemente ne proscrit pas. La référence à l'article 245 du Code civil marque qu'à l'école les instituteurs agissent pour les parents. En conséquence, les punitions seront raisonnables et modérées.

La loi scolaire française, par contre, dépouille l'instituteur de toute latitude en cette matière. Le règlement 20 lui lie les mains derrière le dos :

> « Il est absolument interdit d'infliger aucun châtiment corporel ».

Hormis cette prohibition qui n'en limite que l'usage, la punition *in domo* participe de la nature de notre correction. En sorte que si les codificateurs n'ont pu pour cause emprunter un texte au Code Napoléon, ils ont introduit dans le nôtre l'esprit qui l'anime.

Le Code de la Louisiane, nous l'avons vu, a inspiré le texte de notre article 245. Or ce texte reproduit littéralement la doctrine anglo-américaine. Il est facile de s'en convaincre par des citations :

> « Either parent has the right to inflict reasonable and moderate chastisement on the child for the punishment of faults or disobedience and the enforcement of the parental authority.
>
> .....
>
> The authority of a parent to chastise the child may be delegated to another » (1).
>
> « A parent or a schoolmaster, who for this purpose represents the parents and has the parental authority delegated to him, may, for the purpose of correcting what is evil in the child, inflict moderate and reasonable corporal punishment always, however, with this condition, that it is moderate and reasonable » (2).

Nous pourrions multiplier les références à l'infini (3).

Les pères de notre législation civile, qui connaissaient cette doctrine, la jurisprudence du temps le prouve, n'ont pas hésité à l'incorporer à notre code sous la phraséologie louisianaise. Logique-

---

(1) 46 Corpus Juris, page 1221, vis *Parent and Child*.
(2) 15 English and Empire Digest. vis *Criminal Law*, page 792.
(3) I Blackstone's Comm. 452 et 453 ; 2 American and English Encyclopedia, vis *Assault and Battery*, page 962.

ment, dans l'interprétation de l'article 245, il nous faudra recourir aux auteurs saxons, bien que la loi française ait similitude d'esprit. Grâce à la Louisiane, l'unité a été réalisée du Code pénal du Canada et de l'article 245. Anglo-américains tous deux, ils tirent de leur communauté d'origine une interdépendance salutaire. Notre loi criminelle apporte à la civile un concours, une coopération qui assurent le respect du droit de correction. Nous en donnons la teneur :

> « *Article 63.* Tout père et mère ou toute personne qui les remplace, tout maître d'école, instituteur ou patron, a le droit d'employer la violence, pour corriger un enfant, un élève ou un apprenti confié à ses soins, pourvu que cette violence soit raisonnable dans les circonstances ».
>
> « *Article 66.* Quiconque est autorisé par la loi à recourir à la violence est criminellement responsable de tout excès de violence, suivant la nature et le caractère de l'acte qui constitue cet excès ».

Quand une correction est-elle raisonnable et modérée ? Lorsqu'elle est proportionnée à la faute, répond Mignault. Elle ne peut jamais aller au point d'infliger des blessures graves à l'enfant (1). Quand elle ne se transforme pas en mauvais traitements, ajoute Jetté (2). Langelier la fait consister dans une pétition de principe (3). Les réponses de ces auteurs pèchent par brièveté.

L'exercice d'un droit devient un abus, quand il a lieu dans l'intention de nuire. Mais, c'est Planiol et Ripert qui parlent :

> « Mais cette intention est rarement connue directement. Elle s'induit d'ordinaire, d'ailleurs avec une certitude suffisante, de l'inutilité de l'acte par celui qui l'accomplit en connaissant le préjudice causé à autrui » (4).

Donc l'abus d'un droit dépend des circonstances. C'est au reste ce qui ressort de l'enseignement de Demolombe au titre du droit de correction :

> « Il faut s'en remettre aux mœurs et aux usages qui ont consacré les petites règles de discipline domestique » (5).

Les Anglo-Américains sont plus objectifs. Ils tirent de faits spéciaux les éléments constitutifs de l'abus. Ils considèrent :

a) l'âge, le sexe, la santé de l'élève ;
b) la nature de la férule ;

---

(1) Tome 2, page 150.
(2) 8 Revue du Droit, page 300.
(3) Tome 1, page 406.
(4) Tome 6, no 575.
(5) Tome 6, no 309.

c) la cause du châtiment ;
d) l'endroit de la personne où il est administré ;
e) l'état d'esprit de l'instituteur.

Quelques-unes de ces conditions sont posées par Halsbury :

« For purposes of correction the schoolmaster (who in this respect represents the parent, and is the delegate of the parental authority) may inflict moderate and reasonable punishment. If it be administered to gratify passion or rage or with an instrument which is unfitted for the purpose, and dangerous to life or limb, or if it be excessive in nature or degree, or protracted beyond the pupil's powers of endurance, the punishment is unlawful » (1).

On trouve les autres conditions dans deux causes rapportées au onzième volume des Legal News. D'abord, la cause de Vanvactor :

« The legitimate object of chastisement is to inflict punishment by the pain which it causes as well as the degradation which it implies. It does not therefore necessarily follow that because pain was produced, or that some abrasion of the skin resulted from a switch, the chastisement was either cruel or excessive. When a proper weapon has been used, the character of the chastisement, with reference to any alleged cruelty or excess, must be determined by the nature of the offence, the age, the physical and mental condition, as well as the personal attributes of the pupil, and the deportment of the teacher, keeping in view the presumptions to which we have alluded » (2).

Ensuite l'affaire Hutt :

« It seemed, however, clear that the master is the delegate of the parent, Then, what is a parent's authority over his enfant child ? By Roman law it was absolute over life and death even. There is no such power in this land, but still he has a great power over his child. It is his duty, if the child will not do what he advises it to do, to take whatever steps he considers reasonably necessary for its correction. But he must act honestly in this course. There must be a cause which a reasonable father honestly believes requires punishment. In a case of a mere childish fault for a parent to use weapons would be, for instance, so unreasonable as to destroy a parent's right » (3).

Enfin, prétend Bishop, le choix de la férule dévoile l'intention

---

(1) Tome 12, page 124, no 287.
(2) *Vanvactor* v. *State*, 11 L. N., page 215.
(3) *Hutt* v. *The Governors of Haileybury*, 11 L. N. page 232.

de l'instituteur :

« The nature of the instrument used for correction will strongly influence the question of motive or intention » (1).

La jurisprudence criminelle canadienne n'est pas abondante. Elle tient dans quatre causes :

La Reine v. Robinson, 7 C.c.c. 52 ; 9 R.L.n.s. 561 ; le Roi v. Gaul, 8 C.c.c. 178 ; le Roi v. Zinck, 18, C.c.c. 456 ; le Roi v Metcalfe, 49 C.c.c. 260.

M. le juge Chipman re *Robinson* a décidé qu'un instituteur n'avait pas droit d'infliger à son élève une punition disproportionnée avec sa résistance physique, ni surtout d'employer à cette fin des férules dangereuses. Il a ajouté qu'en tout état de cause et jusqu'à preuve contraire, la correction de l'instituteur était présumée raisonnable et pour cause suffisante (2). D'après la Cour Suprême de la Nouvelle-Ecosse, *re Gaul*, il peut y avoir voies de fait de la part d'un instituteur même si la correction n'a pas causé de blessures permanentes. L'absence de malice ne lui vaudra pas excuse :

« To say that because defendant was not actuated by malice and that his act did not result in permanent injury to the child, no offence was committed, is in my opinion an incorrect interpretation of the section of the Code under which the prosecution was begun » (3).

Ce qui n'exclut pas le bénéfice du doute en faveur de l'inculpé, la présomption qu'il a agi conformément à la loi. La jurisprudence criminelle canadienne, on le voit, projette des rayons de vérité bien faits pour éclairer le plaideur.

Nous refaisons la question, quand une correction est-elle raisonnable et modérée ? Une correction, son nom l'indique, sert à redresser les mauvaises tendances d'un élève. Elle constitue un moyen d'amendement moral et non une violence déguisée.

Elle est raisonnable, lorsqu'elle est administrée avec discernement, sans malice, ni emportement, pour un méfait qui en vaut la peine ; elle est modérée quand elle est infligée avec mesure. L'on suit dans la répression la même règle que pour les récompenses. L'Instituteur tiendra compte de l'âge, du sexe et de la santé de son élève. Il n'usera jamais d'instrument dangereux. Il évitera non seulement de blesser l'enfant mais encore de le rendre malade ou d'aggraver chez lui une maladie préexistante. Les dommages quels qu'ils soient indiquent la limite

---

(1) 2 Bishop's New Criminal Proceeding, s. 70.
(2) *La Reine* c. *Robinson, locis citatis.*
(3) *Le Roi* c. *Gaul, loco citato.*

extrême du droit de correction.

C'est pour avoir oublié cette définition que des maîtres d'école ont été condamnés à des dommages-intérêts. La première cause civile que signalent nos gazettes judiciaires est celle déjà citée, de *Brisson*. Elle date de 1864. L'honorable M. Loranger a accueilli l'action. Il a justifié son jugement par le considérant qui suit :

> « Considérant que sans refuser aux instituteurs un droit de correction modérée contre les élèves indociles ou récalcitrants, droit qui ne peut s'exercer que dans les cas de nécessité pour le maintien de la discipline des écoles, l'intérêt de l'instruction et à un degré proportionné aux offenses commises, il n'en est pas moins vrai que tout châtiment excédant cette limite et motivé par l'arbitraire, le caprice, la colère ou la mauvaise humeur, constitue un délit punissable comme les délits ordinaires, et que, dans les cas proposés aux tribunaux où l'on prétend que la correction présente ce caractère, ils doivent former leur appréciation sur la nature de l'infraction, l'âge de l'élève en faute, le plus ou moins de gravité du châtiment, et les circonstances sous lesquelles il a été infligé »(1).

Vingt-six ans plus tard, dans une cause de *Lefebvre*, M. le juge Davidson déplorait une lacune comblée depuis par l'article 227 des Règlements du Comité catholique du Conseil de l'Instruction Publique. Puis, avec d'autres termes et dans une autre langue, il prenait à son compte l'exposé doctrinal de M. le juge Loranger :

> « There is here no statute, or school regulation having the force of law, defining the form of physical discipline which a schoolmaster may use in case of necessity. All that we have to guide us in the way of specific law is article 245 C. C. which enacts that the father, and in his default, the mother of an unemancipated minor have over him a right of reasonable and moderate correction, which may be delegated to and exercised by those to whom his education has been entrusted.....
> But I have to believe that this right of « reasonable and moderate correction » was exceeded in the present case. It is not a defence to answer that the boy was disobedient. Discipline must be so enforced as to avoid bodily injuries » (2).

Vint ensuite l'affaire Duchesne. M. le juge Archer n'y a pas abordé la question de droit, il l'a jugée du simple point de vue des faits. Il a estimé à $500 les dommages causés à une fillette de neuf ans par

---

(1) *Brisson* c. *Lafontaine*, 8 Lower Canada Jurist 174 ; 14 Lower Canada Reports 377.

(2) *Lefebvre* c. *La Congrégation des Petits Frères de Ste-Marie*, 6 Montreal Law Reports, Superior Court 432.

les mauvais traitements de sa maîtresse de classe.

De la reconnaissance du droit de correction l'article 245 C. c. passe à son exercice. Il en autorise la délégation : « droit, qui peut être délégué, dit-il, et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant a été confiée ».

Le texte anglais est encore plus précis : « right which may be delegated to and exercised by those to whom his education has been entrusted ».

Si donc il est vrai que le droit anglo-américain est le lointain ancêtre de l'article 245, lui surtout nous pourra fournir de la délégation une notion exacte. Or ce droit a défini la délégation de pouvoirs :

> « A term which, like the word *delegate*, does not imply a parting with powers by the person who grants the delegation, but points rather to the conferring of an authority to do things which otherwise that person would have to do himself » (1).

En bref, la délégation ne dépouille pas le délégateur de son autorité. Elle confère au délégataire le pouvoir de faire lui-même, à sa discrétion, ce que le délégateur ferait à sa place. Le délégataire remplace le délégateur sans le personnifier, il est son égal. Rien de tel dans le mandat. Le mandataire agit pour un autre et lui est subordonné. Il le représente, à charge de rendre compte, avec les liens d'un contrat, pour une affaire déterminée (2).

Comment a lieu cette délégation du droit de correction entre parents et personnes ayant charge d'instruire ? Mignault enseigne qu'elle a lieu de plein droit :

> « Ce droit peut être délégué par le père ou la mère qui en est investi et il l'est de plein droit, sans stipulation expresse, à ceux que le père ou à son défaut la mère, charge de l'éducation de l'enfant » (3).

De son côté, Langelier fait présumer la délégation à un instituteur du fait que les parents envoient leur enfant à son école (4). La doctrine canadienne est conforme à la doctrine anglo-américaine :

> « A parent when he places his child with a schoolmaster delegates to him all his own authority, so far as it is necessary for the welfare of the child.
>
> « There is an implied contract between the parent and the preceptor that the latter will continue to educate the child so long as his conduct does not warrant his expulsion from the school» (5).

---

(1) 18 Corpus Juris, page 472, vis *Delegation of Power*.
(2) 6 Planiol et Ripert, no 55 ; 1 Demogue, nos 89, 98, 101.
(3) 2 Mignault, page 150.
(4) 1 Langelier, page 406.
(5) English and Empire Digest, page 599, vo. *Education*, no 266.

« Where the statute in express terms confers upon the teacher the authority to inflict corporal punishment, a school superintendent has no such authority, nor does he derive any such authority from usage ; but in England it has been held that, even where the rules and regulations of the school restrict the authority to chastise to the head-master, there is an authority to chastise in the teacher, implied from the general relation of teacher and pupil, in the absence of any instructions from the parent to the contrary » (1).

La délégation n'exige ni contrat ni écrit. Elle résulte implicitement de la relation de maître à élève créée par les parents entre la personne chargée d'instruire et leur enfant. En établissant cette subordination, les parents investissent du droit de corriger leur remplaçant dans l'obligation d'instruire. Il n'en faudrait pas déduire, cependant, que l'instruction et la correction font bloc.

La délégation est facultative du droit de correction. Les parents peuvent le retenir comme le céder, pourvu qu'ils en expriment la volonté. Ils peuvent ne le déléguer qu'en partie ou pour un temps. Une fois délégué, ils ont toujours faculté de le reprendre :

« The parent may also delegate part of his parental authority during his life to the tutor or schoolmaster of his child » (2).

« The parent delegates to him (master) all his own authority though this delegation is revocable » (3).

La loi désigne comme délégataires « ceux à qui l'éducation de l'enfant a été confiée ». Et, du fait de la délégation, les éducateurs acquièrent sur la personne de leur élève toute l'autorité du délégateur :

« A private school as school has power to adopt suitable rules and regulations for the government and management of the school and its pupils ; and to some extent it stands toward minor pupils committed to its custody *in loco parentis,* and is within reasonable bounds a substitute for the parent, exercising his authority » (4).

Voilà pour une école privée. Dans une école publique, le délégataire du droit de correction sera-t-il le véritable éducateur ou la corporation scolaire ? C'est à voir. La question est plus épineuse.

Le paragraphe 10 de la section 4 du Code scolaire débute par un titre général : *Des pouvoirs et des devoirs des commissaires et des syndics relativement à l'administration des écoles.*

L'article 221, qui vient immédiatement après, définit dix-sept

---

(1) 56 Corpus Juris. page 856, vis *Schools and School Districts.*
(2) 1 Blackstone's Comm. 452. 453.
(3) 12 Halsbury. page 123. no 284.
(4) 56 Corpus Juris, page 176, no 27, vis *Schools and School Districts.*

devoirs. Nous ne les reproduirons pas tous, nous glanerons, vu que plusieurs ne présentent aucun intérêt critique :

« Il est du devoir des commissaires et des syndics d'écoles :

1. d'engager pour enseigner dans les écoles sous leur contrôle des instituteurs et des institutrices ayant les qualités requises par la loi ;

2. de résilier l'engagement des instituteurs et institutrices pour cause d'incapacité, de négligence à remplir leurs devoirs, d'insubordination, d'inconduite ou d'immoralité, après mûre délibération, à une session convoquée à cette fin ;

3. de prendre les mesures nécessaires pour que le cours d'études adopté par les comités catholique ou protestant, selon le cas, soit suivi dans chaque école ;

4. d'exiger que, dans les écoles sous leur contrôle, on ne se serve que de livres autorisés qui doivent être les mêmes pour toutes les écoles de la municipalité. S'ils requièrent les services d'une congrégation catholique enseignante, il est loisible aux commissaires ou aux syndics d'écoles de faire un contrat avec elles relativement aux livres dont on se servira dans les écoles confiées à cette congrégation pourvu, toutefois, que ces livres fassent partie de la série approuvée par le comité catholique du Conseil de l'Instruction Publique. Le curé ou le prêtre desservant de l'église catholique romaine a le droit de faire le choix des livres ayant rapport à la religion et à la morale pour l'usage des élèves de sa croyance religieuse, et le comité protestant a les mêmes pouvoirs en ce qui concerne les écoles protestantes.

5. de faire des règlements pour la régie de leurs écoles et de les communiquer, par écrit, aux instituteurs, sous leur contrôle;

.....

16. de payer leurs instituteurs à l'expiration de chaque mois d'enseignement ».

Cette nomenclature, comme l'indique son titre initial, énumère des devoirs administratifs. Les commissaires doivent organiser le rouage dans les écoles de leur municipalité en engageant, remplaçant et payant les instituteurs. Ils ne sont pas chargés d'instruire. Ils voient à ce que le cours du Comité catholique soit suivi dans leurs écoles mais il ne donnent pas ce cours. Ils contrôlent les instituteurs en leur transmettant des règles utiles dans le gouvernement des écoles mais pas de directives en pédagogie. Il y a là plus que des nuances, des subtilités scolastiques, n'en déplaise aux plus lourds que l'air. Si le législateur avait entendu transformer les commissaires en instituteurs n'aurait-il pas ajouté à l'article 221 des devoirs concernant la formation des élèves, leur redressement ? Devant cette carence, force nous est de conclure que les commissaires ne sont pas des éducateurs. En effet, les corporations scolaires ont la seule compétence que leur attribue la loi :

« A school district, though generally a body corporate and authorized to transact all business appertaining to schools and schoolhouses within the district, can exercise no powers beyond those expressly conferred by statute or by necessary implication arising therefrom » (1).

Les commissaires n'étant pas des éducateurs, l'article 245 du Code civil ne leur est pas applicable. Ensuite, nous le savons, le pouvoir de corriger est indépendant du pouvoir d'instruire. Pour passer des parents à l'instituteur, il exige une délégation expresse ou tacite. Or, les commissaires n'ont pas plus le pouvoir de punir que d'instruire. N'y aurait-il que cette raison, ils seraient incapables d'accepter la délégation des parents.

Dans une école privée, cette délégation a lieu à l'instituteur de fait. Si, dans une école publique, les commissaires étaient des éducateurs, elle interviendrait en leur faveur. Comme les commissaires constituent une corporation publique et n'instruisent pas eux-mêmes, ils deviendraient des correcteurs par fiction. Ils auraient besoin d'intermédiaires physiques pour exercer leur droit. Le texte de l'article 245 du Code civil aurait des vertus protéiques. Il changerait de signification avec les conditions de lieu. Dans un endroit, il désignerait l'individu qui instruit, dans un autre, celui qui fait instruire. Cette interprétation est inadmissible. Elle repose sur une distinction qui ne se trouve pas dans la loi. Il n'y a donc qu'un délégataire du droit de correction, l'instituteur en chair et en os, l'être capable de l'exercer.

L'instituteur par le jeu de la délégation prend la place des parents. Dans l'hypothèse que nous venons d'envisager, les commissaires leur succéderaient. Puis ils n'auraient qu'à sous-déléguer le droit de punir. Malheureusement, il surgit une interférence. La doctrine anglo-américaine, qui nous prêta sa délégation, ne permet point cette combinaison. *Potestas delegata non potest delegari.* Alors le droit de correction n'existerait point dans les écoles publiques. Ceux qui pourraient l'exercer ne le posséderaient pas et ceux qui le posséderaient ne pourraient point l'exercer.

Quand l'absurde est outré, on lui fait trop d'honneur,
De vouloir par raison combattre son erreur.

Nous apporterons, néanmoins, d'autres arguments. Le paragraphe 15 du règlement scolaire 227, nous l'avons déjà souligné, prescrit aux instituteurs de ne châtier leurs élèves qu'à la manière des parents, avec sagesse et modération. Et dans les écoles pourvues d'un principal ou d'un directeur, il veut que les châtiments leur soient réservés. N'est-il pas raisonnable de croire que si le droit de punir avait appartenu aux commissaires par délégation, le Comité catholique leur aurait adressé ses injonctions ? D'autre part, si les instituteurs n'avaient été

---

(1) 25 American and English Encyclopedia, no 5, page 43.

que des sous-délégataires, le règlement 227 n'aurait-il pas ressorti aux délégataires c'est-à-dire aux commissaires plutôt qu'au Comité qui l'a promulgué ? Oui et le règlement 225 du même Comité fortifie notre foi. Il confie à l'inspecteur d'écoles le soin :

« ....

5. De s'assurer si l'on observe les règlements concernant les maîtres et les élèves ;

....

8. De voir quels moyens sont employés pour maintenir la discipline ;

9. De donner à l'instituteur tous les conseils nécessaires ».

Le Comité avait à interpréter l'article 245 du Code civil, il a rendu des ordonnances conformes à son opinion. Or, d'après l'article 29 du Code scolaire, les règlements du Comité catholique ont force de loi :

« Les comités catholique romain ou protestant, selon le cas, suivant que les dispositions qui les concernent l'exigent, peuvent avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, faire des règlements :

I. Pour l'organisation, l'administration et la discipline des écoles publiques ».

La loi des règlements 225 et 227 a interprété la loi de l'article 245 du Code civil. Un plaideur moyen s'inclinerait.

Enfin, les Anglo-Américains ont cristallisé dans une formule la délégation de l'instituteur : l'instituteur punit *in loco parentis*. Il n'est venu à l'esprit d'aucun que c'était *in loco corporis*. Voici au demeurant des commentaires qui le prouvent :

« It is the duty of the teacher to enforce the rules and regulations adopted by the school directors for the government of the school and to maintain discipline or to compel obedience to any lawful regulation, the teacher may inflict corporal punishment upon a pupil since the teacher for the time being stands to some extent at least *in loco parentis*, and has such a portion of the powers of the parent delegated to him, namely that of restraint and correction, as may be necessary to answer the purposes for which he is employed (1) ».

« The parent may lawfully correct his child, being under age in a reasonable manner, for this is for the benefit of his education.

« He may also delegate part of his parental authority, during

(1) 25 American and English Encyclopedia, pages 24 et 25.

his life, to the tutor or schoolmaster of his child, who is then *in loco parentis,* and has such a portion of the power of the parent committed to his charge, viz. that of restraint and correction, as may be necessary to answer the purposes for which he is employed » (1).

« The master is *in loco parentis ;* the parent delegated to him all authority over the child, so far as it is necessary for the child's welfare, though this delegation is revocable » (2).

Le Corpus Juris discourt identiquement (3).

Mais, demanderez-vous, quel est l'enseignement de nos auteurs sur ce point doctrinal ? Nous sommes au regret d'avouer qu'il est peu nombreux. Il suffit tout de même à nous orienter. Jetté et Langelier paraissent croire à l'unité du délégataire. Qu'il s'agisse d'une maison d'éducation ou d'une école, ils ne voient pas deux personnes dans les derniers mots de l'article 245 du Code civil :

« Si l'enfant, écrit Jetté, est placé dans une maison d'éducation, (ce que le père a droit de faire, malgré l'enfant et malgré ses résistances), ce droit de correction modérée et raisonnable peut être délégué à ceux à qui l'éducation de l'enfant est confiée. On voit, par les termes dont se sert l'article 245, combien ce droit de correction est strictement limité et restreint » (4).

Langelier rejoint Jetté mais n'oublie pas le règlement scolaire 227:

« Lorsque le parent envoie son enfant dans une maison d'éducation, à une école, il est présumé déléguer son pouvoir à l'instituteur qui tient cette école ou bien aux directeurs de cette maison d'éducation » (5).

Malgré qu'il en ait, la jurisprudence de la province de Québec a suivi une direction opposée à celle indiquée par la doctrine. M. le juge Archer a disposé de la cause de *Duchesne* comme si la délégation n'était plus un problème. Il a condamné une corporation scolaire en raison des méfaits de son institutrice (6). Il en fut autrement dans l'affaire *Béland* où le juge Stein prononça sur le droit sans égard aux faits. Il décida que, dans une école publique, l'instituteur n'était pas le délégataire du droit de correction :

« Considérant que, dans l'humble opinion du juge soussigné, s'il y a eu, de la part des parents, délégation du droit de correction, c'est aux défendeurs, et non pas à l'institutrice, qui n'est que

---

(1) 1 Blackstone's Comm. 452 and 453.
(2) 12 Halsbury, page 123, no 384.
(3) 56 Corpus Juris, vis *Schools and School Districts,* no 100, pages 855 et 856.
(4) 8 Revue du Droit, page 30.
(5) 1 Langelier, page 406.
(6) *Duchesne* c. *La Commission des Ecoles de Montréal,* 61 Cour Supérieure 442.

leur préposée » (1).

En quoi et pourquoi une préposition nuirait-elle à la délégation ? Secret de Thémis qui ne nous est pas dévoilé par la Cour. Notre ignorance nous rejette vers les principes de la préposition.

Il y a préposition quand un homme en choisit un autre pour lui rendre des services et qu'il le dirige quant à la manière de les rendre.

La préposition dérive d'un contrat de louage, d'un mandat ou bien souvent d'un état de fait (2).

Elle ne requiert pas de rémunération. Il indiffère qu'elle soit gratuite ou à titre onéreux.

> « Dès qu'une personne choisie par une autre est sous sa surveillance, peu importe, déclare Demogue, comment elle est rémunérée. Elle garde la qualité de préposé, qu'elle soit payée à l'heure ou à la tâche. Il en est de même si elle n'est rémunérée que par des pourboires des clients. Ou si le salaire est payé en bloc à un chef d'équipe.
>
> ....
>
> Le préposé peut même n'être pas rémunéré » (3).

Cette manière de voir n'est pas isolée. Maints auteurs l'ont transcrite dans leurs ouvrages (4).

Pour naître une préposition exige :

a) que le préposé ait été volontairement et librement choisi ou accepté par le commettant lui-même ou quelqu'un pour lui (5) ;

b) que le commettant ait le pouvoir de lui donner des instructions et même des ordres sur la manière d'accomplir les actes qui lui sont confiés, sans qu'il puisse se refuser à les exécuter pour des raisons de caractère professionnel ou technique (6).

Partout où l'existence de ces deux conditions sera constatée, on pourra dire hardiment que la responsabilité existe ; si l'une d'elles vient à manquer, la responsabilité cesse (7).

En somme, une préposition est une subordination. Cette manière de dépendance appelle des explications que nous demanderons à Flour :

> « La subordination s'entend, en effet, de l'obligation d'obéir aux instructions qu'on reçoit, elle n'exige pas qu'on soit réduit, en quelque sorte, au rang d'un simple intermédiaire mécanique.

---

(1) *Béland* c. *Les Commissaires d'Ecoles de Sainte-Thècle*, 39 Revue de Jurisprudence 401.
(2) 5 Demogue, nos 890-914 ; 6 Planiol et Ripert, no 642.
(3) 5 Demogue, no 902 ; 4 Baudry-Lacantinerie, *Des Obligations*, page 619.
(4) Flour, page 110 ; 6 Planiol et Ripert, no 646.
(5) 6 Planiol et Ripert, no 643.
(6) 6 Aubry et Rau, no 447.
(7) 2 Sourdat, no 135.

D'autre part, les instructions les plus caractéristiques à ce point de vue ne sont pas celles qui sont reçues au cours de la mission » (1).

Tous ces principes ont été généralement appliqués par nos tribunaux d'appel :

North Shore Power v. Wallace, 20 B. R. 508 ; Curley v. Latreille, 58 C. S. R. 131 ; Vaillancourt v. Hudson's Bay Company, 1923 C. S. R. 414 ; Quebec Liquor Commission v. Moore, 1924 C. S. R. 555 ; Moreau v. Labelle, 1933 C. S. R. 204.

En possession, maintenant, d'une doctrine éprouvée, examinons la nature des relations, qui unissent dans une école publique, commissaires, parents et instituteurs.

La Cour Supérieure a humblement opiné re *Béland* que les commissaires d'écoles seraient les commettants de l'instituteur. Ils l'engagent pour enseigner dans une école sous leur contrôle. Et ce contrat constitue un louage de services (2). Ils le paient à l'expiration de chaque mois et peuvent le congédier pour motifs sérieux (3). Choix, rémunération, congédîment, autant d'actes qui rencontrent la première condition de la préposition. Cherchons la seconde, le rameau d'or dans la forêt des textes.

Les fonctions se dédoublent de l'instituteur : elles sont administratives ou éducationnelles. Dans les maisons d'éducation, l'administration est confiée au directeur, à l'économe ; l'enseignement, aux instituteurs proprement dits sous la responsabilité du directeur (4). Dans les écoles sans personnel, l'instituteur cumule, il remplit seul et les fonctions administratives et les éducationnelles.

Les commissaires sont à coup sûr les commettants de l'instituteur dans les questions d'administration. Ils lui donnent des instructions pour la régie de son école, pour la mise à exécution des règlements d'hygiène et même pour la fixation de l'examen public annuel (5). En contre-partie, il incombe à l'instituteur, durant les heures de service, d'utiliser soigneusement et prudemment l'immeuble et le mobilier scolaires, d'en contrôler l'usage par les élèves, d'en prendre soin en l'absence du régisseur (6). Il lui incombe surtout de protéger la vie et la santé de ses élèves (7).

S'il manque à ces devoirs, il engage la responsabilité de ses

---

(1) Flour, pages 229-230.
(2) 1 Langelier, page 493.
(3) Article 221, par. 1 et 16 Code scolaire.
(4) Fuzier-Herman, vis *Instruction Publique*, nos 1521 et 1537.
(5) Article 221, par. 5, 6 et 7 Code scolaire.
(6) Articles 236, 227, par. 4 Code scolaire.
(7) Règlement scolaire 227, par. 1, 2, 3 et 14.

commettants. Ceux-ci en ont fait la coûteuse expérience à deux reprises. Ils ont été condamnés à des dommages-intérêts :

1) parce qu'un instituteur avait causé un refroidissement à un élève en ouvrant malencontreusement une fenêtre (1) ;

2) parce qu'un directeur avait amené la noyade d'un élève en côtoyant de trop près, en chaloupe, la tête d'une chûte d'eau (2).

Dans la dernière espèce, le commettant était une société enseignante. Qu'à cela ne tienne ! Elle a les mêmes devoirs administratifs que les commissaires d'écoles.

Les règlements scolaires 225 et 227 renferment le décalogue de l'instituteur :

« ....

5. De faire exécuter fidèlement le programme d'études approuvé et de classer ses élèves de manière que chacun puisse faire des progrès satisfaisants ;

....

8. De ne permettre que l'usage des livres autorisés ;

....

12. D'enseigner toutes les matières du programme d'études autorisé ;

....

21. De se conformer aux instructions qui lui seront données par l'inspecteur ».

Quant au règlement 225, dont la lettre est encore dans nos mémoires, il ordonne à l'inspecteur d'examiner les méthodes d'enseignement de l'instituteur, ses moyens de discipline et de lui donner les conseils jugés nécessaires.

Or, qui prépare les programmes d'études, qui autorise l'usage des livres dans les écoles publiques ? L'article 221 du Code scolaire nous a appris que c'était le Comité catholique. Dans l'exercice de ses fonctions éducationnelles, l'instituteur est donc subordonné à l'inspecteur et au Comité catholique. Il doit suivre les ordres de l'inspecteur dans la manière d'enseigner ; il ne doit professer que des matières contenues dans des livres, portées dans des programmes que le Comité approuve. L'article 221 du Code scolaire n'a jamais entendu établir deux juridictions dans la même sphère, conférer aux Commissaires les mêmes attributions qu'à l'inspecteur et au Comité catholique. S'il l'avait fait, il aurait créé une situation intenable pour l'instituteur. Tiré à hue et à dia, loué et blâmé à la fois pour les mêmes actes, le malheureux aurait

---

(1) *Peterkin* c. *School Trustees of St. Henry*, 7 Cour Supérieure 117.
(2) *Courtemanche* c. *Les Clercs de Saint-Viateur*, 4 Banc du Roi, 490.

hérité du sort de Figaro. Le législateur aurait, au lieu d'une maison d'école, construit une boîte de Pandore. Il est animé de meilleures intentions quoi qu'un vain peuple pense. Non, nous le répétons, aucune des attributions des commissaires ne touchent à la technique de l'enseignement. Ils facilitent les études en pourvoyant les écoles de cours et de livres dûment apostillés mais ils ne participent pas à la formation intellectuelle et morale des élèves. Ceci regarde l'instituteur. Dans le potentiel des commissaires, il n'entre aucun concept d'enseignement. Il ne leur est pas permis d'intervenir dans les fonctions éducationnelles de l'instituteur, de lui donner des ordres et des instructions sur la manière de les exercer. Pareille immixtion se produirait-elle, l'instituteur pourrait y objecter pour des raisons de métier. Nous en inférons que, vu l'absence de la seconde condition de la préposition, l'instituteur public n'est pas, sur le plan éducationnel, le préposé des commissaires d'écoles. Par voie de conséquence subsidiaire, il incarne la personne désignée en l'article 245 du Code civil, le droit de correction lui appartient à lui, et non à la corporation scolaire.

Dans les maisons d'éducation, d'habitude, la corporation scolaire est remplacée par une société indépendante dont les pouvoirs n'ont pas de limites. La société construit pour elle, organise l'instruction, la dispense d'après un système qui lui est particulier. Tous les instituteurs dépendent d'un directeur qui dirige et répond de leur enseignement. Nous copions le règlement scolaire 226 :

> « Lorsque plusieurs maîtres enseignent dans la même école, le principal ou directeur est seul responsable de l'enseignement qui se donne à tous les enfants et de la discipline de l'école ».

Cela paraît juste à Fuzier-Herman :

> « ....
>
> Le caractère, en grande partie professionnel d'un enseignement ne saurait être de nature à enlever au chef de la maison où cet enseignement est donné la qualité d'instituteur et à le soustraire à la responsabilité civile inhérente à sa qualité » (1).

Régulièrement, le droit de correction devait aller aux maîtres subalternes, à tous ceux qui font la classe. Le Comité catholique a craint l'abus en le laissant en possession de plusieurs. Il a atténué l'opération de l'article 245 du Code civil ainsi que nous l'a appris le règlement 227. Puisque le directeur d'une maison d'éducation en est l'instituteur en chef, il a décidé de l'investir exclusivement du droit de correction. Mais l'abus du droit par le directeur réfléchit sur la société à cause de la préposition entre lui et elle et qu'on ne trouve pas entre la corporation scolaire et ses instituteurs.

---

(1) Vo. *Responsabilité civile*, no 744.

L'absence de subordination empêchant l'instituteur d'être, dans son enseignement, le préposé de la corporation scolaire, cette dépendance apparaît-elle au moins entre les parents et la corporation scolaire ? Pas davantage. Si la corporation était la préposée des parents, l'instituteur ne laisserait pas de l'être à son tour. Car l'instituteur ne ferait en enseignant qu'exécuter pour la corporation ce qu'elle devrait faire elle-même pour les parents. Or cette préposition vient d'être repoussée parce qu'impossible. Ensuite, les parents choisiraient-ils librement la corporation scolaire pour enseigner, ils ne pourraient pas plus la diriger qu'elle ne dirige l'instituteur. Conséquence inéluctable de l'hypothèse : Le choix d'une personne morale comme préposée implique toujours celui de sous-préposés. En engageant des intermédiaires, la corporation scolaire agirait avec l'autorisation au moins tacite de ses commettants. L'instituteur deviendrait un sous-préposé. Or, en droit, les actes d'un sous-préposé obligent bien le commettant mais pas le préposé. Ecoutons Demogue :

« Le choix engage la responsabilité du commettant qu'il ait été fait par lui directement ou par des agents en vertu d'une délégation au moins tacite de celui-ci, ou même sans cette condition, si le choix constitue une faute. On répond donc du préposé. Un lien juridique direct est inutile entre le commettant et le sous-préposé » (1).

Nous arriverions alors à cet aboutissement que, délégataire du droit de correction, la corporation préposée n'encourrait aucune responsabilité vis-à-vis des parents.

Demogue continue au numéro 895 de son ouvrage :

« De qui une personne est-elle le préposé ? La question doit être précisée dans un certain nombre de cas. Quand une personne a été choisie comme sous-préposé par le préposé, elle est alors préposé du commettant et celui-ci ne peut prétendre se décharger sur le préposé qui a fait le choix. Mais serait-elle le préposé de celui qui l'a engagé ? Non » (2).

En France, on ne croit plus à la préposition entre parents et instituteurs. Cet abandon a été diversement justifié. Planiol et Ripert le font remonter à l'organisation scolaire actuelle :

« .... l'obligation de l'instruction et le caractère de neutralité dans les écoles publiques ont posé la question du droit de contrôle des parents sur l'éducation et l'instruction

(1) 5 Demogue, no 892.
(2) 5 Demogue, no 895.

données aux enfants dans l'école publique.

1. Il est difficile de considérer l'instituteur public comme le délégué du père de famille, soumis à ce titre au contrôle du père ; mais l'instituteur est comme toute personne tenu de ses fautes personnelles » (1).

Dans notre province, l'instruction est nettement confessionnelle. A telles enseignes qu'un athée n'y trouverait pas son compte. Les parents n'ont pas la liberté de choisir leur école élémentaire. Ils doivent envoyer leurs enfants à celle que leur assigne l'article 96 du Code scolaire :

> « Les enfants domiciliés dans un arrondissement où il y a une école en activité ne peuvent fréquenter l'école d'un autre arrondissement de la municipalité sans une permission spéciale des commissaires ou des syndics d'écoles, selon le cas ».

Du point de vue légal, cette contrainte vaudrait argument contre la préposition avec presque autant de force que le système français.

La délégation ne crée pas de préposition :

> « La logique, écrit Flour, et l'unité nécessaire dans l'interprétation de la loi exige donc qu'on ne considère comme préposé que celui-là seul qui agit sous la direction du bénéficiaire de ses services. Le préposé est ainsi, quant au mode d'accomplissement de sa fonction, dans la même situation vis-à-vis de son commettant que le domestique vis-à-vis de son maître » (2).

Par ailleurs, au dire des Anglo-Américains, la délégation se rattache à l'idée de représentation juridique et d'égalité, entre le délégateur et le délégataire, et la responsabilité du délégataire, à l'idée d'abus du droit de correction.

La délégation du droit de correction à l'instituteur suffira-t-elle à innocenter la corporation scolaire ? L'instituteur est, à coup sûr, son préposé dans les affaires administratives et cette préposition aura été l'occasion du délit commis par lui. Les auteurs français ont disposé de cette objection par une réponse négative :

Planiol et Ripert :

> « Le commettant n'est responsable que du dommage commis par le préposé dans l'exercice des fonctions auxquelles il l'a employé, et par suite l'accomplissement dans cet exercice doit être

---

(1) 1 Planiol et Ripert, no 336.
(2) Flour, page 109.

constaté sous peine de cassation » (1).

Demogue :

« Si l'acte du préposé est sans lien de causalité avec la fonction de sorte qu'elle aurait pu avoir lieu en l'absence de celle-ci le commettant n'est pas responsable, la fonction eût-elle facilité l'acte fautif » (2).

« Le seul fait que l'acte du préposé a eu lieu pendant la durée de la fonction ne suffit pas à rendre le patron responsable en vertu de l'article 1383, si aucun lien direct n'existe entre le fait et la fonction » (3).

Cette doctrine triomphe devant la Cour Suprême. M. le juge Mignault, la commentant dans l'affaire *Curley,* ajoutait :

« Ainsi dans la province de Québec, le maître et le commettant sont responsables des dommages causés par leurs domestiques et ouvriers dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés ou, pour citer la version anglaise de l'article 1045 du Code civil *in the performance of the work for which they are employed*. Ceci me paraît clairement exclure la responsabilité du maître pour un fait accompli par le domestique ou un ouvrier *à l'occasion seulement de ses fonctions,* si on ne peut pas dire que ce fait s'est produit dans l'exercice de ses fonctions » (4).

La Cour de cassation n'aurait pas mieux parlé.

M. le juge Rinfret, dans l'affaire *Moreau,* a prévenu les plaideurs que la Cour Suprême maintiendrait cette jurisprudence aussi longtemps que l'article 1054 n'aurait pas été modifié :

« La condition de la responsabilité du commettant ou du mandant, telle qu'elle est posée à l'article 1054 du Code civil, c'est que le préposé ou le mandataire ait causé le dommage « dans l'exécution des fonctions auxquelles il est employé ».

« La portée de cette disposition du Code civil a été étudiée à fond par cette Cour dans la cause de *Curley* c. *Latreille*. Les notes des juges qui ont rendu ce jugement sont complètes et dispensent d'avoir à revenir sur la discussion de l'aspect général de cette question. Tant que le texte du Code civil demeurera le même, ou tant que l'interprétation qui en a été donnée dans cet arrêt n'aura pas été modifiée par un tribunal supérieur, cette Cour devra considérer qu'elle est liée par la décision qu'elle a rendue ; et il

---

(1) 6 Planiol et Ripert, page 879, no 650.
(2) 5 Demogue, no 922.
(3) 5 Demogue, no 924.
(4) *Curley* c. *Latreille*, 60 Rapports de la Cour Suprême 175.

> restera seulement à appliquer les principes qui y ont été posés aux faits particuliers de chaque cause qui nous sera soumise » (1).

Après l'avis de l'éminent magistrat, les justiciables seront sans excuse de verser dans un scepticisme commode. D'ailleurs, le plus haut tribunal de notre pays a toujours eu pour motto la maxime latine *stare decisis*. Devise vénérable, dont plusieurs autres cours pourraient faire leur profit.

Le droit de correction n'a pas soulevé dans notre jurisprudence ce tolle dont nous retrouvons l'écho dans Laurent et quelques auteurs français. Le fait est à l'honneur des instituteurs canadiens qui, dans la pratique, ont montré du jugement et de la modération. L'école groupe une famille nombreuse. Le maître doit avoir de l'autorité. S'il ne la domine pas, il sera dominé par elle. Alors ce sera l'anarchie. Autant fermer la maison. Pas un pédagogue ne niera que la correction s'impose à de certains moments dans une école. Il y a des tempéraments qui demandent d'être contenus. Débordent-ils, l'instituteur doit passer aux actes, lorsque les paroles échouent. Il est rare qu'il fasse par cela d'un élève un desperado. Les mauvais instincts que déchaîne une correction raisonnable et modérée ressemblent aux réactions que produit un sérum. Personne ne les redoute et les médecins au besoin continuent à prescrire le remède. L'abus n'a jamais dépassé les limites de l'exception. Les quelques énergumènes qui ont oublié le but de la correction ont été proprement mis à leur place. *Abusus non tollit usum*. S'il fallait en toutes choses supprimer l'usage en raison de l'abus, le sort du monde serait entre les mains de la pire portion de l'humanité.

LE DEVOIR DE L'INSTITUTEUR

L'article 245 du Code civil nous a fait connaître le droit de l'instituteur sur ses élèves ; l'article 1054 du même code nous parle maintenant de ses obligations à leur égard :

> « L'instituteur et l'artisan (sont responsables) pour le dommage causé par leurs élèves ou apprentis pendant qu'ils sont sous leur surveillance.
>
> La responsabilité ci-dessus a lieu seulement lorsque la personne qui y est assujettie ne peut prouver qu'elle n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage ».

Cette disposition nous vient de France. Elle reproduit l'article 1384 du Code Napoléon :

> « Les instituteurs et les artisans (sont responsables) des

(1) *Moreau* c. *Labelle*, 1933 Rapports de la Cour Suprême 204.

dommages causés par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité ».

Quelques variantes nous frappent dans la forme du texte canadien. Elles ont été voulues par les codificateurs pour aplanir certaines difficultés d'interprétation :

> « Les articles du chapitre 3, des délits et quasi-délits, correspondent aux articles du Code français, sauf quelques changements dans les termes pour obvier aux objections soulevées contre eux » (1).

Que faut-il entendre au juste par *instituteur ?* Toute personne chargée même momentanément d'instruire, de diriger et de surveiller. Cette définition s'applique à l'individu comme à la société enseignante. La matière exploitée par l'instituteur et qui le caractérise comprend l'enseignement professionnel, intellectuel, moral et religieux, la culture physique.

> « La loi, remarque Fuzier-Herman, vise l'éducateur de la jeunesse plus encore que l'instructeur. Le caractère en grande partie professionnel d'un enseignement ne saurait être de nature à enlever au chef de la maison où cet enseignement est donné la qualité d'instituteur et à le soustraire à la responsabilité inhérente » (2).

N'ont pas qualité d'instituteur :

1. ceux qui se bornent à fournir aux élèves le logement et la nourriture. Voilà pourquoi une nourrice auprès de l'enfant qui lui a été confiée restera toujours une nourrice ;
2. ceux qui donnent l'instruction mais qui ont été déchargés de l'obligation de surveiller ;
3. ceux qui surveillent sans donner l'instruction, sauf s'ils font partie d'un personnel enseignant ;
4. ceux qui donnent des cours plutôt que des leçons, v. g. les professeurs d'université, les conférenciers ;
5. ceux qui dirigent des établissements d'aliénés ;
6. les corporations scolaires ;
7. les fabriques, le gouvernement provincial, pour les écoles

---

(1) Tome I, Rapport des codificateurs.
(2) Fuzier-Herman, vo. *Responsabilité civile*, no 744.

qu'ils subventionnent (1).

Au contraire, on accorde volontiers qualité d'instituteur :

1. aux directeurs d'établissements gymnastiques ou sportifs ;
2. aux directeurs d'orphelinats, de patronages ou de refuges ;
3. aux directeurs d'institutions pénitentiaires privées ;
4. aux directeurs d'écoles d'inquestrie ou de correction ;
5. à ceux qui donnent, même gratuitement, à domicile ou chez eux, un enseignement collectif ou individuel.

Quand un père de famille place son enfant dans une école publique ou privée, il en perd la surveillance. Cette obligation retombe sur l'instituteur, qui devient le censeur des actes de son élève. L'instituteur obtient l'autorité nécessaire pour le retenir dans les limites du devoir. Il doit le diriger aussi bien que possible, le réprimander, le punir, voire le congédier. Faillit-il à cette tâche, il en doit compte à la société. Il réparera à l'exclusion des parents, les dommages causés par son élève. Car lui seul est en faute. La loi l'a substitué aux parents dans le devoir de surveillance comme la délégation dans le droit de correction. Il y a donc corrélation entre le devoir et le droit. Il y a de plus identité entre les personnes auxquelles nous reportent les articles 245 et 1054 du Code civil.

Aubry et Rau ont répété après d'autres :

> « La responsabilité des parents cesse, du moins en général, lorsque l'enfant a été placé en condition, en apprentissage ou dans un établissement d'instruction comme interne, demi-pensionnaire, ou externe surveillé et qu'il a ainsi passé, d'une manière plus ou moins permanente, sous la surveillance et l'autorité d'une autre personne. Tel serait encore le cas, si l'enfant mineur était placé dans une maison d'aliénés » (2).

Pourquoi ? L'instituteur surveillant n'est pas le préposé des parents. Il n'y a entre eux aucun lien de subordination. Est-il leur délégataire ? Doctrinalement, on délègue un droit, un pouvoir, on ne délègue pas un devoir. Or, la surveillance est une obligation. Pour la remplir, l'instituteur possède des droits. Ces droits ne sont que des moyens, des accessoires qui servent à réaliser le principal. Pour cette raison, le surveillant remplace les parents mais ne les représente pas. Au reste comment pourrait-il être leur délégataire ? Il n'a pas la même responsabilité qu'eux. La responsabilité des parents est continue tant

---

(1) Articles 2 par. 13, 486 Code scolaire.

(2) Volume 6e, pages 376 et 377 ; 4 Baudry-Lacantinerie, *Des Obligations*, no 2909i ; Beauchamp, *Code civil annoté*, article 1054, page 1014 ; Dalloz, Répertoire Pratique, vo. *Responsabilité*, no 892.

qu'elle existe et finit avec la majorité de leur enfant ; celle de l'instituteur est limitée au temps de la surveillance, quel que soit l'âge de l'élève.

La surveillance ne se confond pas avec l'instruction. L'une peut exister sans l'autre. Elles sont susceptibles d'une existence particulière.

La théorie du règlement scolaire le présuppose :

> « Les commissaires et les syndics devront prendre les mesures nécessaires pour que les élèves soient surveillés pendant les différentes récréations ».

C'est l'engagement ou l'acceptation de l'instituteur par la corporation scolaire qui en fait un surveillant. La Corporation, aux termes de l'article 221 du Code scolaire, a la contrôle des écoles et des instituteurs dans les choses administratives. L'instituteur est un sous-contrôleur, un fonctionnaire de l'enseignement, qui prend figure de préposé (1). Les délits qu'il commet oblige son commettant de la manière prévue en l'article 1054 du Code civil :

> « Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et ouvriers dans l'exercice des fonctions auxquelles ces derniers sont employés ».

Vainement la corporation scolaire établirait-elle qu'elle a été trompée dans le choix de son préposé, cette preuve ne lui serait d'aucun secours. La doctrine porte condamnation contre elle. Laissons parler Planiol et Ripert :

> « Le commettant n'échappe pas à la responsabilité en prouvant qu'il n'a pu empêcher l'acte dommageable, qu'il a fait preuve d'une diligence normale ou particulièrement attentive, par exemple, en établissant que son préposé possédait un certificat officiel d'aptitudes techniques à l'emploi qui lui a été confié ou que le préposé a agi sans se conformer à ses instructions ou même contre son ordre exprès, sauf dans le cas où l'on admet que l'agent est sorti de l'exercice de ses fonctions » (2).

Aubry et Rau ne montrent pas moins de sévérité (3).

Néanmoins, pour être complet, un commettant n'est pas présumé coupable. La corporation scolaire répondra des dommages-intérêts pourvu que l'on prouve contre elle la faute reprochée à l'instituteur.

La Cour d'appel a appliqué ces principes à une société enseignante dans la cause de *Labelle*. Il s'agissait là d'un cas peu banal (4).

---

(1) Article 2, par. 13, Code scolaire.
(2) Tome 6, no 653.
(3) Tome 6, no 447.
(4) 1 Legal News 63; 2 *do* 83.

Le 24 juin 1872, on chômait la Saint-Jean Baptiste, à Joliette. Les autorités religieuses et civiles rivalisaient de ferveur et de zèle. Pour épater le bourgeois et donner plus d'amplitude aux vibrations de son patriotisme, on tira du canon. Une pièce de modèle périmé fut mise en usage par les élèves sous le regard intermittent d'un professeur du collège local. Elle détona une, deux, jusqu'à treize fois. Soudain, ô fatalité du chiffre ! la machine explosa et ses débris volant à quelques arpents plus loin allèrent tuer sur le champ un paisible spectateur de la réjouissance publique. D'où action en dommages des enfants de la victime contre l'institution. Celle-ci plaida qu'elle était constituée pour fins d'enseignement et qu'elle n'avait pas à répondre des actes de ses membres. La Cour d'Appel repoussa cette prétention du fait de la surveillance du professeur.

La surveillance n'incombe pas nécessairement à l'instituteur. Elle peut avoir lieu par tout individu nommé à cet effet. Dans une maison d'éducation, l'instituteur responsable de la surveillance est celui qui l'exerce *de facto*. S'il y a plusieurs surveillants, la responsabilité pèse solidairement sur tous et chacun d'eux. Quand l'instituteur surveille, il ne fait pas œuvre d'éducation. Il administre, contrôle la personne de ses élèves. Il suit dans le champ de l'expérience les fruits de son enseignement. S'ils sont bons, il n'aura pas à y perdre ; l'article 1054 du Code civil l'atteindra directement, s'ils sont mauvais.

La surveillance doit être active. C'est la qualité qu'exige d'elle le règlement scolaire 227. Elle dure le temps que l'instituteur est au devoir, a possibilité d'exercer son autorité. C'est d'abord le temps des classes, des études et des récréations. Le règlement scolaire 19 fixe le temps des classes et des études :

> « Les classes commenceront à neuf heures pour se terminer à quatre heures du soir ; cependant, les commissaires pourront prescrire, par résolution, que la durée des classes soit moins longue ».

Les règlements scolaires 20 et 21 prescrivent la durée des récréations qui agrémentent le travail scolaire :

> « 20. Il y aura le matin et le soir, vers le milieu de la classe, une récréation d'au moins dix minutes pendant laquelle les enfants sortiront de l'école ».
>
> « 21. La récréation du milieu du jour sera d'au moins une heure et quart ».

La surveillance de l'instituteur se prolonge au delà de ces trois périodes. Elle couvre encore le temps des promenades, du sommeil et des repas.

Le temps de la surveillance en marque implicitement le lieu. C'est la classe, la cour, le dortoir, le réfectoire et aussi les cantines. En dehors du temps et du lieu du travail, le maître n'encourt aucune respon-

sabilité pour les actes de ses élèves.

L'instituteur est présomptivement responsable. Il est présumé avoir commis une faute ou une négligence chaque fois qu'un élève cause des dommages. Il a manqué à son devoir, il a péché par faiblesse. Il est donc coupable. Il n'est pas déjà condamné. La présomption de l'article 1054 du Code civil ne fait que déplacer le poids de la preuve. Il a droit de prouver qu'il lui était impossible de prévenir le fait dommageable et de l'empêcher avec une diligence raisonnable. Par exemple, l'instituteur sera exonéré de toute responsabilité :

a) si l'acte de l'élève a été spontané, perpétré sans mot dire, sans l'indice d'une querelle ;
b) s'il a trompé, déjoué la surveillance du maître ;
c) si l'acte a été autrement posé dans des circonstances qui tendraient à innocenter l'instituteur.

Dans l'appréciation des circonstances, les tribunaux tiennent compte de l'âge de l'élève, du temps et du lieu de l'accident. Ils taxent de négligence l'instituteur qui n'a pas interdit un jeu dangereux ou qui s'est indûment absenté. Comme fiche de consolation, ils lui accordent une action en garantie contre :

a) L'élève, auteur des dommages, s'il est responsable ;
b) Les parents, si l'acte dénote mauvaise éducation.

De quels dommages l'instituteur est-il comptable ? De ceux causés par ses élèves entre eux ou à des tiers. Tous les autres échappent à la présomption de l'article 1054 du Code civil. Les dommages que l'élève s'inflige à lui-même, ceux causés par les tiers, par l'instituteur aux élèves restent au compte de l'article 1053 du même code.

Fin 19e siècle, les tribunaux français prenaient une attitude sévère à l'égard des instituteurs. Ils repoussaient tout plaidoyer d'exonération. D'après eux, il avait toujours été ou à peu près au pouvoir du défendeur d'empêcher le fait délictuel. D'où grand mécontentement dans le monde des pédagogues. Un arrêt du tribunal civil de la Seine, en 1892, fit déborder la mesure. Aussitôt les instituteurs déclenchèrent une campagne de presse et de tribune pour obtenir la restriction et même la suppression de la présomption de faute édictée par l'article 1384 du Code Napoléon. Ils s'attachèrent à démontrer que l'Etat faisait fonction d'instituteur en France. Il avait monopolisé l'instruction en la laïcisant. Il élaborait les programmes d'études, nommait les professeurs, dirigeait l'instruction, l'avait rendue obligatoire. Par surcroît instituteurs n'avaient pas la faculté de choisir les élèves non plus que de les congédier, le cas échéant. Ils devaient les endurer tels quels. En conséquence, ils n'étaient plus des instituteurs au sens de la loi, ils avaient perdu leur qualité de préposés pour devenir des fonctionnaires chargés de surveillance, dépourvus de tout moyen d'action et de défen-

se. Il y avait dans ces récriminations autant de vérités que de mots. La présomption de l'article 1384 du Code Napoléon n'avait plus sa raison d'être. Le temps était venu pour l'Etat de traiter les instituteurs sur un même pied d'égalité que les autres fonctionnaires. Il leur devait la même somme de protection. Or il existait alors, en France, une règle, ratifiée par la jurisprudence, qui rejetait sur l'Etat la responsabilité des accidents administraitfs. Cette règle se lisait comme suit :

> « L'Etat, dans les administrations autres que l'instruction publique, est considéré comme responsable du fait des personnes qu'il emploie, des accidents et des avaries causées par son matériel ».

Sus aux mesures d'exception ! clamaient les fonctionnaires scolaires, nous avons droit comme les autres au bénéfice de la règle générale. L'Etat se rendit à ces revendications après quelques années de résistance. Le 20 juillet 1899, les Chambres amendèrent l'article 1384 de manière qu'il se lût ainsi :

> « La responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public ».

Par cet amendement, le législateur n'abolit pas la responsabilité de l'instituteur en vertu des articles 1382 et 1383 du Code Napoléon. Il déplace simplement la présomption de faute édictée contre lui par l'article 1384 dudit code. Cette présomption jouera à l'avenir contre le substitué savoir l'Etat. L'Etat, contrairement au commettant ordinaire, sera présumé responsable de tous les actes de l'instituteur dans l'exercice de ses fonctions. Il ne bénéficiera de l'exonération qu'en apportant la preuve qui incombait naguère à celui dont il assume le rôle.

Mais qu'arrivera-t-il si l'instituteur a réellement commis une faute d'omission ou de commission ? La victime pourra, à son choix, l'assigner avec ou sans l'Etat ou le négligeant assigner l'Etat seul. Et, de son côté, l'Etat poursuivi aura un recours en garantie contre le coupable.

Cet amendement du Code français a-t-il contenté tout le monde ? C'est bien de même qu'il faut se poser la question ? Il n'y paraît pas. Car des plaintes ont continué de sourdre de-ci de-là. Pour peu que l'on compare les résultats de l'amendement avec les griefs qui l'ont déterminé, l'on constate, en définitive, que les instituteurs ont obtenu ce qu'ils ont demandé et que leur condition a été adoucie. L'amendement les a sortis d'un régime exceptionnel pour les installer dans celui du droit commun. Si cet avantage n'a pas supprimé les actions en dommages, il en a diminué le nombre. Ensuite, la personnalité de l'Etat, la crainte de ses moyens défensifs, tiennent le plaideur en respect. A moins de ressusciter le tabou en faveur d'une classe de la société au préjudice des autres, nous estimons que l'instituteur français est suffisamment protégé. Le nôtre l'est-il autant ? Non, puisque

l'article 1054 du Code civil a conservé l'intégrité de son texte. Le moment est venu qu'on le modifie à l'égal du Code Napoléon. Le sort des instituteurs canadiens n'est guère meilleur que celui de leurs confrères de France. Comme eux, ils ne choississent ni leurs élèves, ni le local scolaire. Ils sont comme eux exposés aux coups de l'imprévu, à des dangers qu'ils n'ont pas voulus. Similitude de situation crée mêmes besoins, nécessite mêmes remèdes. La jurisprudence de notre pays ne présente peut-être pas encore l'exemple d'un instituteur ruiné par la présomption de la loi. Vaut-il mieux prévoir que déplorer ? Faut-il attendre l'incidence d'un malheur pour comprendre l'injustice de sa cause ? Le Canada français, en prenant les devants, aurait en plus l'occasion de payer une dette de reconnaissance envers les modestes ouvriers de l'enseignement. Car, dans une large mesure, il leur doit d'être ce qu'il est, d'avoir conservé avec sa foi, ses traditions, la belle langue française, celle de nos ancêtres, la nôtre :

Ce langage sonore aux douceurs souveraines
Le plus beau qui soit né sur les lèvres humaines.

LA CODIFICATION DE NOS LOIS CIVILES

Rapport présenté par
M. Robert Taschereau, C. R.
professeur à la Faculté de Droit de
l'Université Laval, Québec.

Le Comité qui a organisé ces journées de Droit Civil Français m'a fait l'honneur de m'inviter à vous parler de la Codification de nos lois civiles.

C'est une page d'histoire que je dois donc vous présenter.

Quand, en 1857 Sir Georges Etienne Cartier conçut le projet de codifier les lois civiles en vigueur dans le Bas-Canada, il ne voulait pas créer du droit nouveau. Le but qu'il poursuivait n'était pas de chambarder le système qui existait alors, mais il voulait plutôt condenser dans un code les lois existantes, réduire en textes distincts les dispositions du droit en vigueur.

Sa pensée dominante se réflète dans la loi qui a ordonné la codification. C'est là qu'il a enjoint aux commissaires d'insérer dans le code nouveau les lois civiles ayant un caractère général et permanent, et d'en exclure toutes celles qui, ayant eu d'abord force de loi, avaient cependant cessé d'être en vigueur. En outre, il était ordonné aux commissaires de proposer sous forme d'amendements à part, et distincts du reste, les modifications qu'ils pourraient croire désirables et applicables à la Province du Bas-Canada.

A cette époque, notre Province, faisant partie d'un pays nouveau, ouvert à la civilisation quelque trois cents ans auparavant, n'était pas riche en Droit Canadien. Ayant passé de la domination française à la domination anglaise, elle était régie par certains décrets de Gouverneurs souvent contradictoires, par des ordonnances françaises, des édits royaux, les Grandes Ordonnances, la Coutume de Paris, et par les lois civiles décrétées par le Parlement du Canada.

Cet enchevêtrement de lois civiles, si diverses et si disparates, créait évidemment la confusion dans les esprits. La jurisprudence était hésitante, et la recherche des textes avec ses nombreuses modifications était chose presque impossible ; et nous dit un historien : « La connaissance des livres où l'on peut étudier la Loi était par elle-même une étude ».

Cartier voulait faire la lumière sur toutes ces obscurités.

Je voudrais rapidement vous dire, 1. — Quelle fut la loi civile en vigueur au Canada avant la Codification ; 2. — Le résultat de cette codification ; 3. — Les grandes modifications survenues depuis.

Notre pays a connu deux grandes périodes avant la Codification.

La première remonte à la fondation de Québec en 1608 et va jusqu'au jour où le Canada est devenu une colonie anglaise en 1763. La seconde date de 1763 et se termine avec l'entrée en vigueur du Code civil le 1er août 1866.

Afin de suivre le texte de loi qui ordonnait la Codification, les Commissaires durent donc examiner quelles étaient ces ordonnances et lois en vigueur durant ces deux périodes.

Aux premiers temps de la Colonie, il y a de cela à peine trois cents ans, la loi civile offrait peu de complications, et les gouverneurs français, tels que Champlain, Montmagny, Lauzon, d'Argenson et d'autres étaient investis de pouvoirs tyranniques et, entre leurs mains, se trouvaient réunis les pouvoirs exécutif, législatif, judiciaire, pouvoirs qui aujourd'hui doivent être nécessairement divisés.

Champlain rédigea un petit code en 1621 pour la bonne conduite des colons, mais il ne paraît pas avoir été conservé.

On voit cependant dans la plupart des commissions données aux gouverneurs par les rois de France, qu'il leur est enjoint : « de décider par les formes, voies et moyens prescrits par Nos ordonnances, et prescrire les lois autant que se pourra conformes aux Nôtres, notamment ès-choses et matières auxquelles n'est pourvu par i-celles ».

Les lois en vigueur à cette époque sont donc les ordonnances royales et à leur défaut, les lois et statuts qu'avaient le droit de promulguer les gouverneurs. Il ne reste plus de trace des ordonnances qui ont été promulguées par les représentants de la Couronne Française.

En ce temps là, nous dit Garneau : « La justice s'exerçait plutôt par voie d'amiables compositeurs choisis par les parties qu'autrement. Ce n'est que quand ce moyen n'avait pas réussi qu'on avait recours au Gouverneur et à son Conseil, dont les arrêts étaient dictés en général, moins par les lois que par le bon sens et l'équité naturelle. Le baron d'Avaugour s'acquit une grande réputation de ce genre ».

Lorsqu'il n'y avait aucune réglementation de la part de l'autorité locale, et en l'absence de toute disposition de la part de l'Autorité Souveraine, il est certain qu'à cette époque la Coutume de Paris trouvait son application ; on voit en effet qu'elle est souvent invoquée alors. mais souvent avec des modifications ordonnées par l'autorité locale.

La première rédaction de la Coutume de Paris remonte à 1510 et c'est en 1580 qu'elle fut modifiée. Cette Coutume contenait 199 articles répartis en 17 chapitres, et elle est restée la loi fondamentale du Canada jusqu'à la Codification, et pendant longtemps elle a été le Code de la Louisiane. Des changements successifs lui ont enlevé près de la moitié de ses dispositions originales.

Une autre date importante dans l'Histoire du Droit Canadien est 1663, l'année où fut créé le Conseil Souverain de Québec. A cette époque Louis XIV établit ce Conseil Souverain composé du Gouverneur et cinq conseillers et du Procureur du Roi. Louis XIV attribua à ce Conseil : « Le pouvoir de connaître de toutes causes civiles et criminelles pour juger souverainement et en dernier ressort selon les

lois et ordonnances de Notre Royaume, et à procéder autant qu'il se pourra en la forme qui se pratique et se garde dans le ressort de Notre Cour du Parlement de Paris, Nous réservant néanmoins selon Notre Pouvoir Souverain de changer, réformer et amplifier les dites lois et ordonnances, d'y déroger ou de les abolir, d'en faire de nouvelles, ou tels règlements, statuts et constitutions que Nous verrons être plus utiles dans notre Service et au bien de Nos sujets des dits pays ».

On voit donc que par cet édit de Louis XIV tout le droit français devenait en vigueur au Canada en 1663.

Les ordonnances royales avaient force de loi en France et une question intéressante s'est posée qui semble maintenant solutionnée mais qui n'a pas rallié le consentement de tous les esprits que passionnent les questions purement théoriques.

Les ordonnances n'avaient pas toutes la même valeur. Toutes étaient des actes législatifs du Roi, mais avant 1663, c'est-à-dire avant la création du Conseil Souverain, il y en a peu qui soient de nature à nous intéresser. C'est après cette date que furent édictées ce que l'on est convenu d'appeler les Grandes Ordonnances. Avant 1663, elles étaient toutes en vigueur au Canada, mais la question s'est posée de savoir si, après cette date, il fallait pour qu'elles eussent force de loi qu'elles passent par les formalités de l'enregistrement au Conseil Souverain. On compare le Conseil Souverain à la Cour du Parlement de Paris du temps, et comme cette dernière réclamait le droit d'annuler les ordonnances royales, ou du moins d'en suspendre les effets en refusant de les enregistrer, on conclut qu'il fallait que l'ordonnance fût enregistrée pour avoir force de loi ici au Canada.

On trouve, en effet, dans l'édit de Louis XIV créant le Conseil Souverain, l'ordre « de procéder autant qu'il se pourra en la forme qui se pratique et se garde dans le ressort de la Cour du Parlement de Paris ».

C'est aussi l'opinion émise par un juge du Conseil Privé de Londres dans une cause de *Hutchison* c. *Gillespie* « Les ordonnances citées, disait-il, ne s'appliquent pas si elles n'ont pas été enregistrées, et c'est un principe de droit français que toutes les ordonnances non enregistrées sont nulles ».

Ces ordonnances furent édictées à deux époques surtout. En premier lieu sous Louis XIV et par l'influence de Colbert, et ensuite sous Louis XV sous la direction du chancelier d'Aguesseau.

La première des Grandes Ordonnances fut celle de 1667 sur la Procédure Civile. Il y eut ensuite l'ordonnance de 1669 sur les Eaux et Forêts, et l'ordonnance de 1670 sur la Procédure Criminelle. Viennent ensuite deux législations que les nations modernes ont incorporées dans leurs codes et qui sont un hommage rendu à la mémoire de Colbert : ce sont les Ordonnances du Commerce et de la Marine ; la première date de 1673, la seconde est de 1681. L'Ordonnance des Donations fut promulguée en 1731 et fut accueillie avec un concert d'unanimes éloges. Aussi, les rédacteurs du Code Napoléon ont-ils

puisé à cette source une grande partie des textes qui régissent la donation entre-vifs. En 1735 ce fut l'Ordonnance sur les Testaments ; en 1749 l'Ordonnance sur les Substitutions ; en 1737 l'Ordonnance sur les procédures en matière de faux qui est incorporée presqu'au complet dans le Code de Procédure Civile.

L'Ordonnance du Commerce de 1673, celle des Donations de 1731, celle des Testaments de 1735, celle des Inscriptions en faux de 1737 et celle des Substitutions de 1749 n'ont jamais été enregistrées au Conseil Souverain, et par conséquent, il y a lieu de dire qu'elles n'ont jamais été en vigueur au Canada.

Il ressort de tout ceci que lorsque fut créé au Canada le Conseil Souverain, en 1663, les lois qui étaient en vigueur étaient les suivantes:

1. — Le Droit Français, dont la Coutume de Paris, tel qu'il existait en 1663 à cause de l'édit d'Avril 1663 de Louis XV établissant un Conseil Souverain ;

2. — Les ordonnances et édits français subséquents à cette date qui ont été enregistrés au Greffe du Conseil Souverain ;

3. — Les arrêts et les règlements du Conseil Souverain ainsi que ceux des Gouverneurs et de l'Intendant et des autorités administratives du pays.

Ceci clot la première période dont nous avons parlé au début de ce travail ; nous arrivons maintenant à la seconde qui commence en 1763.

De 1663 à 1763 les lois en vigueur furent celles que nous venons de mentionner et dont nos codificateurs devaient tenir compte dans le rapport qu'ils devaient présenter suivant le désir de Sir Georges Etienne Cartier. Cette date de 1763 est l'une des plus importantes dans l'histoire du Droit Canadien. Vous savez que le 17 mai 1755 la guerre avait éclaté entre la France et l'Angleterre et c'est durant cette guerre de sept ans qu'eut lieu la bataille des Plaines d'Abraham en 1759. Cette bataille mit fin à la domination française en Amérique et fit passer notre pays sous la domination anglaise.

Le 7 octobre 1763 le Roi Georges III signa une proclamation, et dans cette proclamation on y voit ce qui suit : « Et à cet effet Nous avons donné pouvoir sous Notre Grand Sceau au Gouverneur de nos dites Colonies respectives, d'ériger et constituer, de l'avis de Nos Conseillers respectifs, des Cours de judicature et de justice publiques dans nos dites Colonies pour entendre et déterminer toutes causes tant civiles que criminelles, suivant la loi et l'équité, et autant que faire se pourra, conformément aux lois d'Angleterre, avec liberté à toute personne qui se trouvera lésée par le jugement de telles Cours d'en appeler à Nous, à Notre Conseil Privé, sous les conditions et restrictions ordinaires ».

Comme on peut le voir, ceci mettait fin aux lois françaises au Canada. Mais il y avait une réserve cependant, c'est que les lois et coutumes françaises étaient reçues et admises dans toutes les con-

testations entre sujets nés dans la Province, si la cause du litige était antérieure au 1er octobre 1764. La procédure anglaise fut substituée à la procédure française. Les Canadiens-français qui étaient restés attachés aux lois françaises protestèrent vigoureusement contre ce projet et ne cessèrent de revendiquer afin d'obtenir le rétablissement des lois civiles au Canada, et grâce à la libéralité et à la protection d'hommes d'Etat anglais, fut passé l'Acte de Québec de 1774 qui rétablissait en notre pays les lois françaises. Les ordonnances promulguées depuis la cession ont été révoquées et annulées à compter du 1er mai 1774, et dans tous les litiges concernant la propriété et les droits des citoyens, il a été déclaré que les Canadiens auraient le bénéfice des lois françaises en matières civiles. Il fut cependant décrété qu'il serait loisible à toute personne de tester suivant les lois du Canada ou suivant les règles prescrites par les lois d'Angleterre, et c'est pour cela que l'on trouve maintenant dans notre Code civil, Article 841, que les diverses formes de testaments sont les suivantes : 1. — Le testament olographe ; 2. — Le testament notarié ; 3. — Le testament suivant les formes dérivées des lois d'Angleterre.

Après l'Acte de Québec de 1774 vint l'Acte de 1791 qui divisa le Canada en Haut et Bas-Canada, et cette partie appelée Bas-Canada correspond à peu près à ce qu'est aujourd'hui la Province de Québec. Cet Acte Constitutionnel de 1791 fut introduit par Pitt, et il a été décrété que toutes les lois et ordonnances existantes devaient demeurer en force tant qu'elles n'auraient pas été changées par les Législatures nouvelles, c'est-à-dire la Législature du Bas-Canada et la Législature du Haut-Canada. Les lois civiles françaises furent confirmées et une Législature fut constituée dans chacune des Provinces avec le pouvoir de faire des lois utiles et nécessaires au bon gouvernement.

Des changements importants ont alors été édictés par la Législature du Bas-Canada aux anciennes lois telles qu'elles nous avaient été léguées par la France, et Monsieur de Montigny dans son Histoire du Droit Canadien nous dit : « que les changements, les amendements apportés aux lois antérieures laissaient le champ le plus vaste à la subtilité des avocats chicaniers. C'est à cette époque, dit-il, qu'a surgi le labyrinthe inextricable de nos lois qui a fait naître cette glorieuse incertitude de la loi et une foule de dispositions inintelligibles ».

Subséquemment, en 1841, est venu l'Acte d'Union, réunissant les Provinces du Bas-Canada et du Haut-Canada en une seule, et cette date de 1841 a vu s'opérer les réformes civiles et politiques les plus remarquables de notre histoire.

Les lois françaises avaient été conservées jusque là au prix de sacrifices et de luttes que les Français du Canada avaient dû livrer, mais elles avaient senti l'effet des modifications dont nous venons de parler. Cette Union était le résultat d'un plan soumis par Lord Durham, pour mieux consommer, nous dit Garneau, « l'absorption de la langue, des usages et des lois de la race Canadienne-française ». La langue

anglaise en vertu de l'Acte d'Union devenait la langue officielle de la Législature, mais cette disposition de la loi fut amendée en 1849, et la langue française, proscrite du Parlement, y fut rétablie. Le Bas-Canada conservait cependant les lois françaises, mais ces lois étaient devenues tellement compliquées, tellement mêlées, qu'en 1857 Sir Georges Etienne Cartier proposait la codification des lois françaises pour le Bas-Canada.

Comme je l'ai dit déjà, ce sont les lois qui existaient à la date où le Code civil entrait en vigueur qu'il s'agissait de codifier. C'était une tâche colossale pour les codificateurs, car à cause de l'instabilité du Droit il fallait rechercher dans les Ordonnances, dans la Coutume de Paris, dans le Droit Français tel qu'il existait en 1663 avec toutes ses modifications antérieures, quel était véritablement le Droit Civil dans notre pays.

Les codificateurs se sont donc mis à l'œuvre, guidés par la Loi dont nous avons parlé antérieurement, et il leur fut demandé de condenser dans les textes non seulement ce qui constituait le Droit Civil à cette époque, mais aussi ce qui devait être la procédure civile en vigueur dans la Province du Bas-Canada.

Le travail de codification fut confié à trois commissaires : MM. les juges Caron, Day et Morin. Ces mêmes commissaires devaient également rédiger le Code de Procédure Civile. Plus tard, Monsieur le juge Morin, décédé, fut remplacé par M. le juge Beaudry. Ces commissaires devaient non seulement codifier les lois existantes, mais ils devaient aussi soumettre des suggestions, et c'est pour cela qu'ils se sont inspirés du Code Napoléon qui était le recueil des lois françaises codifiées en 1804.

Loranger nous dit que quatre objets principaux dominent dans la législation nouvelle, en réflètent l'esprit et en résument la pensée générale. Ces codes nouveaux sont basés sur quatre principes fondamentaux qui sont les assises du livre des codificateurs ;

1. — Dans les bornes de la morale et de l'ordre public, la liberté illimitée des conventions, et comme sanction, leur irrévocabilité ; la puissance absolue du maître sur la chose, et la perfection du contrat par le seul effet du consentement ;

2. — L'uniformité introduite dans le Droit par la co-ordination de ses différentes parties ; l'application des mêmes dispositions aux cas analogues ; la déduction rigoureuse de principes dans le cas de silence ou de contradiction de la loi ;

3. — La simplification des règles qui donnent ouverture au droit créé par la loi ;

4. — La publicité des charges occultes pouvant porter préjudice aux tiers et aux parties contractantes.

Comme on peut le voir, les changements suggérés par les codificateurs n'étaient pas d'un caractère subversif. Le but poursuivi n'était pas de bouleverser le système existant, mais il fallait concilier les

idées acceptées en les adaptant aux anciens principes. Autrefois on regardait la propriété immobilière comme la base de la stabilité de l'État. Maintenant, et au temps de la Codification, la propriété immobilière change et changeait de main avec autant de rapidité que la propriété mobilière. Dans le vieux Droit Romain la tradition était souvent nécessaire pour donner effet à un contrat ; plus tard la convention est devenue la base de tout contrat et le consentement, une fois donné, rendait le contrat parfait.

Dans le code, on voit donc que les modifications doivent être classifiées en trois catégories :

1. — Celles qui facilitent le libre exercice de la volonté de l'homme sur la chose qui lui appartient ;

2. — Celles qui se rattachent à la stabilité des droits ;

3. — Celles qui protègent les droits acquis par les tiers,

Ces modifications affectent le citoyen, soit en ce qui concerne sa personne, ses biens ou ses actes, mais elles ne sont pas synonymes de changements radicaux. Ce ne sont pas des transformations : une loi transformée est une loi disparue. Ce sont des variations nécessaires afin d'harmoniser la Loi avec les conditions nouvelles.

En ce qui concerne la personne, le code nouveau a limité la durée de l'absence à cinq ans, qui était exigée par les lois françaises. Au titre du mariage, les principes organiques sont sauvegardés, mais les sommations respectueuses ont été abolies. On a fixé à six mois le délai pour attaquer un mariage pour motif d'erreur ou défaut de consentement, et on a déterminé que la partie poursuivie en séparation de corps doit être assignée devant le juge du domicile des époux. Autrefois, elle pouvait être recherchée devant le tribunal du lieu où la sommation lui était signifiée. Le mari poursuivi en séparation de corps peut se faire libérer de la pension qu'il a été condamné à payer à sa femme, si cette dernière quitte le domicile qui lui a été assigné « pendente lite ».

Lorsque le jugement est prononcé, la femme peut vendre ses immeubles sans le consentement de son mari, ce qu'elle ne pouvait pas faire auparavant, mais il lui faut cependant la permission du juge. Le désaveu du père ne peut maintenant être exercé que dans certains délais. L'acceptation ou le refus d'une succession par un tuteur au nom des mineurs est empreinte maintenant d'un caractère de permanence. La mère mineure peut devenir tutrice à ses enfants ; et toute transaction faite par le tuteur autorisé par le conseil de famille dorénavant devient inattaquable. Deux tutelles dispensent d'une troisième. Les transactions faites par le tuteur autorisé du conseil de famille ne peuvent être mises de côté.

Tels étaient certains amendements faits au statut personnel au livre premier du code. Au livre second, on en trouve quelques autres importants.

Lorsque les conventions matrimoniales sont reçues avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis

pour la validité du mariage, on a enlevé au mineur le bénéfice de restitution, et on a, en outre, ajouté l'article 1267, qui est le complément de ce que nous venons de dire.

Voyons maintenant quels sont les changements apportés par les codificateurs au statut réel. La principale de ces dispositions est celle qui confirme l'Acte de Québec, qui a accordé la liberté de tester. Le retrait lignager, droit qu'avaient les parents d'un défunt de reprendre dans un délai fixe l'héritage vendu par lui, a été aboli et l'action qui existait et que l'on appelait l'action légitime sur les donations a été abolie, de même que la résolution des donations pour cause de survenance d'enfants. En matière de succession, le code ne considérait à l'avenir ni la nature, ni l'origine des biens et faisait de l'hérédité une masse partageable.

On a fait revivre la Novelle 118 de Justinien qui voulait que les frères et sœurs du défunt, ainsi que les neveux et nièces au premier degré, fussent concurremment appelés avec les ascendants au cas de décès sans descendance. Les ascendants succèdent à l'exclusion des collatéraux au cas de décès sans postérité, sans père ni mère, sans frères ni sœurs, sans neveux ni nièces au premier degré. La succession se divise par moitié entre les lignes paternelle et maternelle. L'ascendant le plus proche recueille la moitié affectée à sa ligne. Les ascendants au même degré dans chaque ligne succèdent par tête. Au cas de prédécès du père et de la mère, les frères et sœurs, les neveux et nièces du défunt au premier degré héritent à l'exclusion des ascendants et autres collatéraux. Si le défunt mort sans postérité, ni père ni mère, ni frère ni sœurs, ni neveux ni nièces au premier degré, laisse des ascendants dans une ligne seulement, le plus proche de ses ascendants prend la moitié de la succession dont l'autre est dévolue au plus proche parent collatéral de l'autre ligne.

Un testateur peut pourvoir à la nomination d'exécuteurs testamentaires après sa mort et à leur remplacement successif. La substitution créée par un acte de donation entrevifs ou à cause de mort ne peut s'étendre désormais au delà de deux degrés outre l'institué. On établit la substitution vulgaire ou fidéicommissaire, contrairement à l'article 896 du Code Napoléon qui dit que les substitutions sont prohibées, sauf quelques exceptions pour la substitution fidéicommissaire et la substitution vulgaire, autorisée par l'article 898.

Au titre de la vente, on y voit quelques articles nouveaux, comme les articles 1501, 1502, 1503, au sujet des ventes à la mesure ou pour un prix global, et on détermine les droits du vendeur ou de l'acheteur lorsqu'il s'agit d'une vente où il y a eu un déficit ou un excédent. Quand le droit de résolution est stipulé, il s'exerce comme le droit de réméré, et le vendeur reprend l'immeuble exempt de toutes les charges dont l'acheteur a pu le grever.

Au titre de l'enregistrement, on y voit des modifications assez considérables. Autrefois, un acquéreur était obligé d'enregistrer, mais aucun délai ne lui était assigné. Il pouvait vendre l'immeuble ou l'af-

fecter de nouvelles charges sans que son titre d'acquisition fût rendu public. Dorénavant, jusqu'à ce que l'enregistrement de son titre ait été effectué, tout enregistrement de droits réels consentis par lui est sans effet. Il faut, maintenant, afin de protéger les tiers, que les clauses résolutoires soient enregistrées dans le cas de vente, de même que le jugement qui prononce la résolution. Tout transport de créance hypothécaire doit être également enregistré.

Les prescriptions créées en faveur des tiers avec titre et bonne foi, sont réduites à dix ans. La demande pour frais de gésine, pour dommages résultants de délits et quasi-délits se prescrit par deux ans, à défaut de dispositions spéciales, et cette prescription est aussi fixée à deux ans pour salaire des employés non réputés domestiques, dont l'engagement est pour une année et plus. L'action pour blessures corporelles se prescrit par un an ; et, enfin, toutes les courtes prescriptions qui auparavant n'étaient que relatives sont déclarées absolues, et les juges doivent appliquer ces prescriptions même si elles ne sont pas invoquées par les parties.

Il y aurait bien d'autres cas à souligner,mais, malheureusement, le temps restreint ne peut permettre d'en dire davantage.

Soulignons, cependant, que les codificateurs, qui s'étaient mis à l'œuvre en 1859, soumirent leurs travaux à la Législature en 1865. Ils ont présenté huit rapports :

Le premier, le 12 octobre 1861, sur les obligations.

Le second, le 28 mai 1862, qui comprend le premier livre du code.

Le troisième, le 24 décembre 1862, sur le livre 2° et la prescription.

Le quatrième, le 25 février 1863, contient les chapitres de la vente, de l'échange et du louage.

Le cinquième, le 19 janvier 1864, se rapporte aux successions, aux donations entrevifs et testamentaires, et aux conventions matrimoniales.

Le sixième, le 8 juillet 1864, renferme les titres du mandat, du dépôt, de la société, des rentes viagères, des transactions, du jeu et du pari, du cautionnement, du contrat de nantissement, des privilèges et hypothèques, et de l'enregistrement.

Le septième, 25 novembre 1654, contient tout le quatrième livre du code ; il était accompagné d'un huitième rapport qui contenait quelques corrections.

Comme les codificateurs avaient mission non seulement de codifier nos lois civiles, mais aussi la loi relative à la procédure civile, ils complétèrent également cette œuvre et notre code est divisé maintenant en trois grandes parties, comprenant :

1°. — Les règles fondamentales applicables à tous les tribunaux ;

2°. — Les règles à observer dans la poursuite des causes soumises à la décision des tribunaux, en prenant comme point de départ le tribunal inférieur, et en indiquant les recours soit par évocation, révision ou appel ;

3°. — Les formalités à observer dans les matières qui ne requièrent l'intervention du juge que pour autorisation ou homologation.

Notre Code de Procédure Civile contient des différences avec le Code de Procédure Civile français. En premier lieu, on y trouve un plus grand nombre d'articles. Nos méthodes de procéder à l'enquête sont plus variées et, conséquemment, il se trouve que les règles sont plus nombreuses. La principale différence qui existe entre le Code de Procédure Civile français et le Code de Procédure de la Province de Québec, c'est qu'en France, c'est le juge qui a la conduite de l'enquête : il règle la preuve qui doit être faite ; il interroge les témoins, et les représentants des parties ne suggèrent que des questions. Comme résultat, l'enquête est abrégée. Dans notre système, au contraire, la responsabilité d'examiner les témoins n'incombe pas au juge, mais bien aux parties ou à leurs représentants.

Il ne faut pas croire que le Code de Procédure soit un code de haute innovation. Les codificateurs n'y ont inséré que les dispositions nouvelles qui leur paraissaient nécessaires afin de combler des lacunes. Le code qu'ils ont rédigé est celui qui est en vigueur aujourd'hui, et qui, depuis 70 ans, n'a subi que des modifications de peu d'importance. Il est utile cependant de constater que le titre de la cession de biens n'a pas l'utilité qu'il avait autrefois, et tombera en désuétude depuis que l'autorité fédérale a adopté la loi des faillites, applicable à tout le Canada.

Voilà, messieurs, un court tableau des origines de la codification de nos lois civiles. Ces lois furent confirmées de nouveau lors du pacte confédératif de 1867, et c'est alors qu'il fut décrété que seule l'autorité provinciale aurait juridiction en matière de droit civil. Depuis 1867, chaque année, la Législature provinciale se réunit et de nouveaux amendements sont apportés au code. Les uns n'ont guère d'importance, les autres en ont davantage. Mais, quels qu'ils soient, je pense qu'il est juste de dire qu'ils sont toujours suggérés par les désirs du législateur de moderniser la loi, afin qu'elle soit en harmonie avec les progrès des temps modernes, tout en respectant les principes fondamentaux.

Qu'on le veuille ou non, rapidement chez certains peuples et plus lentement chez d'autres, l'évolution laisse toujours son empreinte. Pour s'adapter aux conditions créées par l'évolution, la loi, elle aussi, ne peut demeurer complètement immuable.

Depuis quelques années surtout, les changements dans le monde ont été plus brusques et l'évolution n'a pas fonctionné normalement. Nous avons été entraînés avec rapidité par le double courant du progrès ordinaire, joint à une abondance de faits nouveaux dont jamais le monde n'avait été témoin.

Evidemment, je ne puis énumérer tous les changements qui ont été apportés à nos lois civiles depuis la codification, mais qu'il me soit permis d'en énumérer quelques-uns qui, à mon sens sont les plus

importants.

Jusqu'en 1909, la responsabilité reposait sur la faute. En 1909, lorsque fut adoptée la loi dite « des Accidents du Travail », ce principe ancien comme le monde a été mis au rancart, et le législateur a déclaré qu'à l'avenir, la responsabilité patronale reposerait non pas sur un délit ou quasi-délit, mais bien sur le contrat de louage de services.

Un autre grand changement se rapporte aux successions. C'est en 1915 que fut modifié l'ordre successoral chez-nous, en vertu de la loi qu'on est convenu d'appeler la loi Pérodeau et que l'on trouve aux articles 614 et 624 du Code civil. Avant l'adoption de la loi Pérodeau, l'article 614 se lisait de la façon suivante : « Les successions sont déférées aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants et à ses parents collatéraux, dans l'ordre et suivant les règles ci-après déterminées ». Le nouvel article 614 se lit de la façon suivante : « Les successions sont déférées à l'époux survivant successible, aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants et à ses parents collatéraux, dans l'ordre et suivant les règles ci-après déterminées ». On voit que cet article 614 a été modifié en y ajoutant les suivants : « l'époux survivant successible ».

Plus loin, l'on retrouve les amendements apportés à l'article 624. En vertu de ces amendements nouveaux, l'épouse succède au mari et le mari à son épouse lorsque le défunt est sans postérité, et sans père ou mère vivants ou sans parents collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier degré inclusivement. Si le défunt laisse un époux successible et une postérité, l'époux survivant succède pour un tiers et le ou les enfants héritent des deux autres tiers qui se partagent par égales portions s'il y a plus d'un enfant. Si le défunt est mort sans postérité mais laisse un époux successible et un père et une mère et des parents collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier degré inclusivement, l'époux survivant hérite d'un tiers, les père et mère survivants héritent d'un tiers, et les parents collatéraux de l'autre tiers. Si le défunt est mort sans postérité, mais laisse un époux successible et un père ou une mère ou les deux, mais n'a pas laissé de parents collatéraux, l'époux survivant succède pour la moitié et l'autre moitié est dévolue aux père et mère ou à l'un ou à l'autre, suivant le cas. Si le défunt est mort sans postérité et ne laisse ni père ni mère, mais laisse un époux successible et des parents collatéraux jusqu'aux neveux et nièces au premier degré inclusivement, l'époux survivant succède pour la moitié et l'autre moitié est dévolue aux parents collatéraux ci-dessus désignés.

Le troisième changement important survenu à nos lois civiles représente le triomphe d'une lutte soutenue avec ardeur par certaines femmes de notre province. Longtemps celles-ci ont pensé que leur situation était inférieure et elles ont plaidé leur cause avec tant de persuasion qu'en 1929, le gouvernement de notre province nommait une commission pour étudier les revendications féminines.

Quatre de nos juristes les plus éminents, monsieur le juge Dorion de la Cour d'Appel, monsieur le Magistrat Ferdinand Roy, doyen de la Faculté de Droit à l'Université Laval de Québec, messieurs Victor Morin, Notaire et Professeur à l'Université de Montréal, et Joseph Sirois, Notaire et Professeur à l'Université Laval de Québec, furent nommés commissaires.

Ils présentèrent trois rapports : le premier, en date du 6 février 1930, le second en date du 15 mars 1930, et le troisième en date du 15 janvier 1931.

Dans ces rapports, les commissaires recommandaient à la Législature de Québec des amendements assez nombreux, mais les plus importants furent les suivants : L'on sait que lorsque la séparation de corps est prononcée par un tribunal, cette séparation rend la femme capable d'ester en jugement et de contracter seule pour tout ce qui regarde l'administration de ses biens. Notre ancien texte consacrait ce principe, mais il était stipulé que, pour les actes et poursuites tendant à l'aliénation de ses immeubles, elle avait besoin de l'autorisation de son mari ou, sur son refus, de celle du juge. Le nouveau texte dit simplement que la séparation de corps rend la femme capable de tous les actes de la vie civile et supprime la nécessité de l'autorisation mariale et judiciaire. Ainsi, maintenant, si une femme a obtenu une séparation de corps devant les tribunaux, elle a le droit d'aliéner ses immeubles sans obtenir l'autorisation maritale ou, à son défaut, l'autorisation du tribunal.

On a également modifié l'article 282 permettant aux femmes mariées d'être tutrices si elles sont nommées conjointement avec leur mari. Il est toujours entendu, cependant, qu'une femme peut être tutrice à ses enfants, mais elle n'est pas tenue d'accepter cette tutelle. L'ancien texte permettait également à la femme d'être tutrice à ses enfants, mais lui défendait d'être tutrice à d'autres personnes.

L'un des amendements les plus importants suggérés par les commissaires a été celui qui a remplacé l'article 1292 et qui se rapporte à la communauté de biens. Dans l'ancien texte, le mari seul administrait les biens de la communauté. Il pouvait les vendre, les aliéner, les hypothéquer sans le concours de la femme. Il pouvait même en disposer par donation ou autres dispositions entrevifs pourvu que ce fut en faveur de personnes capables, et sans fraude. Les commissaires ont suggéré que cet article fût modifié et que le mari, à l'avenir et comme autrefois, devait seul administrer les biens de la communauté ; qu'il pouvait les vendre, les aliéner, les hypothéquer sans le concours de sa femme. mais il a été ajouté qu'il lui fallait ce concours pour disposer entrevifs, à titre gratuit, des immeubles de la communauté, ou de l'universalité ou d'une quotité du mobilier. à moins que ce ne fût pour l'établissement des enfants communs. On a conservé le vieux texte qui voulait que le mari pût disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, mais on a ajouté qu'il ne le devait pas sous réserve d'usufruit.

Une des principales demandes soumises aux commissaires par les femmes de la province était d'exclure de la communauté les dettes et le mobilier, et de convertir notre régime légal de communauté en une communauté réduite aux acquets. Antérieurement, tous les biens des époux formaient un fonds commun ; seuls n'y tombaient pas et leur restaient propres, certains biens immobiliers, etc. (Vide 1272 C.c.).

Les commissaires ont jugé d'ajouter à notre code les articles 1389-a et 1389-b où il est déterminé que lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquets, ils sont censés exclure de la communauté tous les biens et dettes existants à l'époque du mariage ainsi que ceux qui leur adviennent à titre de propres. En ce cas, et après que chacun des époux a prélevé son apport dûment justifié, le partage se borne aux acquets faits par la communauté. Sont réputés acquets, les biens meubles existants lors du mariage ou échus depuis. Sous l'ancien système, lorsqu'il y avait séparation de biens en vertu du contrat de mariage, la femme conservait l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, et la libre jouissance de ses revenus. On a amendé cette disposition et on a permis à la femme d'aliéner ses biens meubles sans l'autorisation maritale, mais il lui faut tout de même encore l'autorisation maritale pour aliéner ses immeubles ou accepter une donation immobilière.

Un chapitre important qui a été ajouté au Code civil par les commissaires a été le chapitre des biens réservés à la femme mariée. Ces dispositions nouvelles veulent que les produits du travail personnel de la femme, les économies en provenant, et les meubles et immeubles qu'elle peut acquérir en en faisant l'emploi, ainsi que l'indemnité qu'elle reçoit sur action d'injures, soient réservés à l'entière administration de la femme. La femme peut, désormais, sans autorisation, réclamer même en justice les biens réservés et les aliéner à titre onéreux. Les créanciers de la femme peuvent poursuivre le paiement de leurs créances sur ces biens réservés, mais s'il y a communauté légale ou conventionnelle, les biens réservés entreront dans le partage du fonds commun.

Voilà, messieurs, quelques suggestions qui ont été apportées par les commissaires et qui ont été adoptées par la Législature de Québec. Puis-je dire qu'un grave conflit était réglé, grâce aux commissaires ? Le principe de l'égalité était presque consacré, sauf quelques exceptions. Et c'est ce qui faisait dire à un homme politique de cette province, en s'adressant aux femmes, lorsque la loi a été définitivement adoptée : « Vous étiez nos supérieures, vous êtes maintenant nos égales ».

Telles sont, en résumé, les modifications qui nous paraissent les plus importantes à notre Code civil depuis la codification. Il y en a d'autres, telles que l'abolition de la mort civile, la création des privilèges d'ouvriers, de fournisseurs de matériaux, de constructeurs, d'ar-

chitectes, les dispositions relatives à la vente en bloc, etc., mais ces autres modifications, pour la plupart, ne sont pas des changements aux lois existantes, mais plutôt des lois nouvelles devenues nécessaires pour suivre l'évolution économique.

Mais si le code a été amendé, s'il y a eu des changements, comme nous venons de le voir, il n'en est pas moins vrai que, nous nous sommes efforcés, en autant que la chose était possible, de respecter les principes fondamentaux qui ont existé depuis des générations.

Les Romains d'autrefois qui reviendraient aujourd'hui verraient, en lisant notre article 1301, qui défend à la femme de s'obliger pour ou avec son mari, peu de différence avec le sénatus-consulte Velléien qui interdisait aux femmes mariées ou non mariées d'intercéder pour autrui. Ils verraient dans nos textes les dispositions des sénatus-consultes Tertullien et Orfitien qui appelaient la mère à la succession de ses enfants et les enfants à la succession de leur mère. En relisant notre article 417, qui traite du possesseur de bonne foi, ils pourraient trouver presqu'intactes les dispositions de l'ancien sénatus-consulte Juventien en vertu duquel, le possesseur de bonne foi ne doit rendre que ce dont il s'est enrichi, et le possesseur de mauvaise foi doit rendre tout ce qu'il a recueilli, qu'il en ait profité ou non, tous les fruits qu'il a perçus et même ceux qu'il a négligé de percevoir. Ils verraient enfin que si l'organisation de la famille n'est pas aujourd'hui ce qu'elle était autrefois, il reste encore des droits personnels identiques à ceux des anciens jours, une classification de droits et de biens qui n'a subi que de légères modifications, des contrats réels et consensuels qui ressemblent à ceux de l'ancien droit et qui sont la source et l'inspiration de nos législations modernes.

Mais je m'en voudrais de ne pas exprimer une pensée qui a dû maintes fois traverser vos esprits. C'est que le droit civil est de tous les droits celui qui a davantage le caractère de l'immuabilité. Le droit existe et c'est pour cela qu'il a été créé, afin de maintenir dans le monde la paix, l'ordre social et la justice.

Qu'il s'agisse de droit administratif, constitutionnel, international, pénal, civil ou autre, ne vous semble-t-il pas que celui qui a davantage rempli sa mission dans le monde, ce fut le droit civil d'autrefois, celui de la Coutume de Paris, des Grandes Ordonnances, celui que Napoléon lui-même, maître du monde, jugea le seul digne de son pays et que Québec s'efforce de conserver dans toute sa pureté ?

Les peuples ont connu bien des bouleversements d'idées et des révolutions ; des constitutions ont été changées, des administrations transformées, de même que les législations qui en étaient le fondement. Le droit international public, mobile et instable, n'a pas la force voulue pour faire respecter autrement que par les armes la sainteté des traités. Le droit civil a traversé toutes les crises. Il a survécu quand tant d'autres ont sombré. Le Code français est âgé de 130 ans ; le Code québecquois n'a que 68 ans ; mais n'oublions pas que ces deux codes sont les enfants du droit civil créé par les Romains maintenant

âgé d'au-delà de deux mille ans. Les Romains ont été les véritables créateurs du Droit Civil, et malgré ces temps où les idées changent avec rapidité, beaucoup d'antiques principes demeurent immuables.

Je ne dirai pas que nous les approuvons tous. Les anciens nous ont imposé des lois civiles que peut-être nous n'aurions pas choisies, mais auxquelles, malgré notre modernisme et notre témérité, nous n'avons pas encore osé toucher.

Ne devons-nous pas rendre hommage au génie de ces vieux jurisconsultes d'autrefois, qui vivant dans des temps où les mœurs étaient différentes, ont su poser cependant des règles qui ont satisfait les générations d'hier, celles d'aujourd'hui, et probablement celles de demain ?

TROISIÈME PARTIE

JURISTES ÉTRANGERS

LES TRANSFORMATIONS DU DROIT CIVIL JAPONAIS ET L'INFLUENCE DU DROIT CIVIL FRANÇAIS

Rapport présenté par

M. NAOJIRO SUGIYAMA,

Professeur à l'Université Impériale de Tokio.

SOMMAIRE

I. Grande réception et apogée du Droit français.
II. Entrée en scène du Droit civil allemand.
III. Omnipotence du Droit civil allemand.
IV. Nouvelle tendance de renaissance du Droit civil français.
V. Conclusion.

I

Le sujet de mon rapport « Les transformations du Droit civil japonais et l'influence du Droit civil français » peut être exprimé dans une forme un peu plus large : « les transformations du Droit japonais considérées au point de vue de l'influence des Droits étrangers ».

Or, à ce point de vue, nous trouvons surtout en concurrence le Droit français et le Droit allemand, avec une influence secondaire du Droit anglo-saxon. On pourrait se représenter cette rivalité, un peu comme celle du Droit romain et du Droit germanique, dans la plupart des pays européens, depuis le Moyen-Age jusqu'au début des temps modernes. On pourrait comparer, à certains égards, aux germanistes les juristes japonais préconisant le Droit allemand, et aux romanistes les admirateurs du Droit français.

Il y aurait là, peut-être, des matériaux assez curieux et instructifs pour les historiens du Droit et les juristes-sociologues.

Le peuple japonais reconnaît généralement qu'il est bien placé pour poursuivre l'étude comparative des divers Droits des deux mondes: l'Orient et l'Occident ; notre peuple possède à la fois le goût du Droit comparé et une grande puissance d'assimilation pour les idées étrangères. C'est ainsi que dans le passé, nous avons accueilli les deux civilisations chinoise et indienne, et nous nous sommes assimilés les éléments de ces deux civilisations pour faire progresser la nôtre.

En ce qui concerne nos institutions juridiques, dans l'antiquité, nous avons eu d'abord un Droit purement national et non-écrit. Plus tard, nous avons introduit, chez nous, le système du Droit écrit chinois. Mais à partir de l'époque féodale de Kamakura, nous avons fait progresser le droit dans des branches spéciales, et nous avons dépassé le Droit chinois précédemment adopté.

Nous sommes donc, que ce soit au point de vue de la civilisation générale ou du droit, les héritiers de trois civilisations : Chinoise, Indienne et Japonaise. Nous les avons perfectionnées, et nous avons formé un système japonais autonome et spécial.

Le Droit japonais moderne prend son origine dans la promulgation du « Serment Impérial des Cinq Articles » de 1868, qui suivit la Restauration du pouvoir impérial en 1867. On peut comparer notre Serment Impérial à la fameuse « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen » de 1789, avec cette différence cependant, que le Serment Impérial a été accordé volontairement et dans la paix par notre Grand Empereur Méiji, et qu'il est beaucoup plus simple que la Déclaration française. Mais tous les deux coïncident merveilleusement dans leur esprit. Peut-on découvrir dans l'acte impérial l'influence de la Déclaration française ? Cela n'a pas encore été démontré, et l'on considère, aujourd'hui du moins, le Serment comme une œuvre tout à fait autonome.

L'article 5 de ce Serment énonce le principe de l'internationalisme juridique et implique la valeur du Droit comparé. Voilà la base, le point de départ, de l'introduction au Japon, des institutions juridiques occidentales.

Mais en fait, cette introduction avait déjà commencé dès la fin de l'époque Tokugawa. Alors que notre pays était encore fermé a l'étranger, les Pays-Bas, l'Espagne, le Portugal et l'Angleterre avaient importé des connaissances médicales et botaniques d'une manière secrète, par l'intermédiaire d'un petit nombre d'intellectuels ; ce sont ces savants qui ont préparé l'introduction au Japon de la Civilisation occidentale.

Toutefois, le pays qui réussit le mieux primitivement à faire accepter son influence juridique à cet égard, ce ne fut ni les Pays-Bas, ni l'Allemagne, ni même l'Amérique qui nous a fait ouvrir notre pays ; ce fut la France.

Ce choix fut tout à fait naturel, si on considère la valeur extrinsèque du Code Napoléon, sa renommée, son influence mondiale, ainsi que l'accord des goûts et penchants de nos caractères nationaux.

Il faut ajouter une cause spéciale à ce choix. C'est l'idée française du Droit naturel, ce sont les idées de la liberté et de l'égalité des individus, qui ont influencé notre conception des Droits de l'Homme. Les œuvres de Rousseau et de Montesquieu ont été traduites, mais Rousseau fut reçu avec plus de faveur que Montesquieu, et son influence a contribué au progrès de notre Droit moderne, privé aussi bien que public. Et il nous a semblé que, dans les Codes Napoléoniens, s'incarnait le véritable esprit du Droit naturel.

Il se trouvait qu'à ce moment-là, nous étions dans une pressante nécessité de procéder à la codification ; il y avait là en effet une condition à remplir pour obtenir la suppression de la juridiction consulaire, que nous avions dû accepter à la fin du règne de Tokugawa ; et en même temps, nous avions à réaliser cette codification, puisque nous

avions fait table rase de nos institutions féodales, et qu'il nous fallait créer un Droit moderne, conforme au Serment Impérial des cinq articles.

Nous avons donc commencé la préparation de la Codification, en prenant pour modèle les Codes Napoléoniens.

M. ETO, alors Ministre de la Justice, se fondant sur l'idée du Droit naturel, et encouragé par M. Du Bousquet, conseiller juridique français, songea à adopter ces codes en bloc ; mais il ne put réaliser ce projet et avoir ainsi l'honneur d'être le précurseur de Kemal Pacha.

C'est à ce moment que se place l'heureuse mission, comme conseiller de notre Ministère de la Justice et de plusieurs autres Ministères, de Monsieur Gustave Boissonade, professeur à la fois de nos deux Universités de Paris et de Tokio ; cette année 1873 marque une date dans l'histoire de notre Droit moderne.

On devrait voir en M. Boissonade celui qui, de tous les juristes étrangers, a le plus puissamment contribué au progrès de notre Droit moderne, par l'influence qu'il a exercée sur notre législation, notre doctrine, notre jurisprudence, et sur la formation de nos juristes.

Il acquit en peu de temps une telle estime de la part de notre Gouvernement, qu'il n'y avait aucune question importante, non seulement juridique, mais même politique, diplomatique, sur laquelle il ne fût consulté.

C'est lui qui par un effort persévérant a réussi à faire supprimer la torture ; c'est lui qui a déconseillé d'instituer au Japon le régime des Tribunaux mixtes, au lieu des juridictions consulaires. C'est lui qui nous a donné, en 1880, un Code pénal et un Code d'instruction criminelle, d'après le système français. C'est lui enfin qui s'est chargé de préparer notre Code civil.

Mais c'est principalement par la voie de l'interprétation juridique que le Droit français s'est introduit au Japon. C'est la « loi du 8 juin 1875 concernant les règles sur l'administration de la justice » qui a ouvert cette nouvelle voie. Cette loi forme la charte fondamentale du Japon moderne en ce qui concerne les sources du Droit privé et du Droit criminel aussi bien que les pouvoirs du juge en matières civile et criminelle. Je me contenterai de dire un mot de son article 3 qui dispose : « Dans les affaires civiles, à défaut de loi écrite, on doit juger selon les coutumes ; à défaut de coutumes, on doit se fonder sur la raison et l'équité ». Je me borne à indiquer que cette méthode coïncide dans l'ensemble avec la thèse de la libre recherche scientifique et avec la conception des sources du Droit privé de M. le Doyen Geny.

Elle appartient aussi à la même famille que l'article premier du Code civil suisse et se trouve par conséquent un des précurseurs de ce code.

Quelle est l'origine de cette charte ? Nos recherches nous permettent de présumer qu'il s'agit principalement d'une législation spontanée, fondée sur la vieille tradition japonaise, et qui s'impose pour combler la carence de nos lois écrites d'alors. On peut en outre supposer une

certaine influence, mais après tout subsidiaire, des articles 4, 5 et 1135 du Code civil français, aussi bien que du Professeur Boissonade.

Cette loi marque une époque dans l'évolution du Droit japonais moderne.

D'abord, depuis la consécration de la libre recherche par cette loi, nos juges ont eu ouvertement recours à ce système, conforme à nos traditions. Comme ils voyaient déjà dans le Code Napoléon la « raison écrite », ils ont appliqué ce code comme « la raison et l'équité » selon les termes de l'article en question, c'est-à-dire comme une expression du Droit naturel. Les Codes Napoléoniens ainsi que les principaux commentaires ont été traduits par M. Mitsukuri et d'autres, et ont joué alors au Japon le même rôle que le Corpus juris civilis dans l'ancien Droit français, et par cette voie, le Droit japonais s'est rapidement éloigné du système purement oriental, pour devenir, sauf dans le domaine du Droit de famille et de succession, un fils, peut-être le plus jeune, de la famille du Droit français.

A ce règne des Codes Napoléoniens, succéda le règne, toujours au même titre de la raison et de l'équité, du « Projet de Code civil », rédigé par le Professeur Boissonade et publié fragmentairement dès 1879.

Il va sans dire que c'est le Droit français qui a formé nos juristes et nos magistrats par l'intermédiaire des Professeurs Boissonade, du Bousquet et Georges Appert.

C'est grâce au Droit français et à ces juristes français que les idées du Droit moderne et surtout l'idée des droits de l'individu ont été transplantées chez notre peuple, qui ne connaissait guère que l'idée du devoir. Les études de Droit ont pris alors un large développement.

Ainsi c'est sous l'égide de l'article 3 de la Loi sur l'administration de la justice que l'épanouissement du Droit français s'est réalisé au Japon pendant une trentaine d'années, c'est-à-dire à peu près jusqu'au début de ce siècle.

Mais les peuples occidentaux n'avaient pas confiance en ce régime de la libre recherche et ne voulaient pas abandonner leurs droits d'exterritorialité au Japon, tant que ce système persisterait. Le peuple japonais a été forcé de sacrifier le progrès de son Droit par la voie jurisprudentielle et a dû se hâter d'accomplir la codification. Il est intéressant de constater que le système de la libre recherche est ainsi devenu accidentellement la source d'un système de droit codifié.

II

Dès 1882, époque où le Marquis ITO, un de nos plus grands hommes d'Etat d'alors, fut envoyé en Allemagne pour étudier les institutions du Droit public, l'influence du Droit allemand se manifesta, tout au moins dans le domaine du Droit constitutionnel. On croyait que la constitution allemande convenait à la forme politique du Japon ; ce

en quoi on eut tort, je crois, parce que ce qui est essentiel, ce n'est pas la similitude de la forme monarchique, mais bien son esprit. Quoi qu'il en soit, c'est le système allemand qui a été principalement suivi par la rédaction de la Constitution de l'Empire du Japon, mise en vigueur en 1890, avec les lois qui la complètent. Le Code de procédure civile prit aussi pour modèle le Droit allemand. C'est à Monsieur Roesler, juriste allemand, que fut confiée la rédaction du Code de Commerce. L'enseignement du Droit allemand prit son essor parallèlement à celui du Droit anglais. On se trouva donc bientôt en présence de trois écoles juridiques, française, allemande et anglaise.

Mais une influence allemande non moins importante que celle qui s'exerce dans le domaine législatif, fut celle qu'eut chez nous l'Ecole du Droit historique et surtout celle du nationalisme juridique, dont les conceptions s'opposaient aux conceptions françaises du Droit naturel et de l'internationalisme juridique.

Nous assistons alors, dès 1889, à une vive réaction contre la mise en vigueur du Projet de Code civil publié en avril 1890, dont la majeure partie avait été rédigée par M. Boissonade, sauf celle concernant la famille et la succession préparée par les juristes japonais.

On soutint avec ardeur que ce projet devait être remanié, et que l'on devait, par conséquent, différer sa mise en vigueur : ce projet renfermait beaucoup de règles en conflit avec les mœurs et coutumes nationales ; il présentait en outre bien des défauts au point de vue de la division des matières, des formules et des théories, et il tenait compte que des législations formant la famille latine, et négligeait les autres législations ou doctrines, entre autres le Premier Projet du Code civil allemand qui venait justement nous donner l'exemple d'un code modernisé ; on ajoutait enfin qu'il ne cadrait pas avec le Projet du Code de Commerce rédigé par M. Roesler d'après le système allemand dans la plupart de ses parties.

L'opinion favorable à l'ajournement était soutenue par les écoles anglaise et allemande ; l'école française au contraire, excepté MM. Tomii et Kinoshita, préconisait l'idée de la mise en vigueur immédiate, en disant que le code devait d'abord être appliqué, puis être révisé d'après l'expérience faite de son application. Cela ne rappelle-t-il pas la controverse célèbre qui eut lieu en Allemagne relativement à la codification au début du siècle précédent, entre Thibault qui lui était favorable et Savigny qui la combattait ? Mais il est aisé de concevoir que ces luttes épiques, toutes deux dues à des motifs purement juridiques, diffèrent l'une de l'autre dans leur nature même, étant donné que la thèse japonaise de l'ajournement ne fut pas dirigée contre le principe de codification, mais essentiellement contre la technique, la forme et le contenu de la codification. Et notre lutte fut beaucoup plus intense que la polémique allemande. La loi de 1892 décida que la mise en vigueur du projet devait être ajournée jusqu'à la fin de 1896, afin que le texte pût subir des remaniements.

Une commission fut alors formée. Trois professeurs à l'Université

Impériale de Tokio, MM. Hozumi, Tomii et Ume, ces deux derniers formés à l'Université de Lyon, furent chargés d'élaborer l'avant-projet. Alors les champions des deux clans opposés portèrent tous leurs efforts sur l'œuvre à accomplir. Les modèles les plus importants étaient le Code civil français et le premier avant-projet du Code civil allemand.

Le Code civil fut promulgué et mis en vigueur en 1898.

On appelle le Projet de Code civil rédigé par le Professeur Boissonade le « Projet de l'Ancien Code civil », tandis qu'on dénomma, pendant bien des années, notre Code civil mis en vigueur en 1898, le « Nouveau Code civil ».

Après l'échec de son projet, le Professeur Boissonade, qui pensait mourir au Japon, rentra en France. Il est à remarquer néanmoins que ses efforts n'ont pas été vains, car : Le Projet a valu comme raison écrite depuis 1880 jusqu'au jour de la promulgation du Nouveau Code civil, et, sans lui, ce dernier n'aurait pu être achevé dans le court espace de temps de trois ans et demi.

Cependant s'il m'est permis d'ajouter encore mon impression personnelle, j'oserai avouer ceci : Si un Labbé, un Saleilles avaient été au Japon à ce moment et avaient préparé ce Projet en collaborant avec Monsieur Boissonade, et en tenant davantage compte des progrès du Droit Civil français vivant d'alors, le résultat aurait été tout autre !

Quelle est en gros la teneur de ce nouveau Code civil ? Pour ajourner la mise en vigueur du Projet de l'Ancien Code civil, on avait parlé d'une révision. En réalité, on alla fort loin. On ne se contenta pas de remplacer par le système allemand le système romain de division des matières suivi dans le Projet ; on révisa complètement la teneur même du texte.

Je me bornerai à dire que le quatrième livre concernant la famille et le cinquième ayant trait aux successions sont dans l'ensemble formés de dispositions tirées du Droit indigène, combinaison complexe des systèmes de la Solidarité familiale et de l'individualisme. Quant aux dispositions des trois premiers livres, composant la partie générale, les droits réels et les droits de créance, elles sont analogues à celles des systèmes occidentaux.

En somme, le principe allemand prédomine dans le livre premier : Dispositions générales ; le principe français est prépondérant dans le livre deuxième : Des droits réels, et les deux influences se mélangent dans le livre troisième : Des droits de créance. Mais en somme, c'est le principe français qui l'emporte sur le principe allemand : au moins en était-il ainsi au moment où notre Code civil a été promulgué.

III

Le Japon a ainsi achevé à la fin du siècle passé son œuvre de codification et s'est rangé parmi les pays de Droit écrit. Il a obtenu grâce à cela l'abolition de la juridiction consulaire, par la conclusion,

avec tous les principaux Etats de l'Occident, de traités sur pied d'égalité. Ces nouveaux traités entrèrent en vigueur simultanément en 1899, au lendemain de l'achèvement de notre codification et de sa mise en vigueur.

Le Droit japonais avait ainsi atteint, dès le début du 20ème siècle, sa majorité, aussi bien du point de vue national que du point de vue international.

Mais il conservait encore une attitude peu compatible avec la dignité d'un véritable majeur. C'était sa tendance à s'incliner devant la toute-puissance du Droit allemand. Ceci se faisait déjà sentir au moment où on célébra le Centenaire du Code civil français à notre Université Impériale de Tokio.

Nous assistions au phénomène de la germanisation extrêmement rapide de notre Droit, dans la législation, dans l'enseignement, dans la doctrine, dans la jurisprudence. On pouvait le constater partout. Mais je ne parlerai que de son aspect le plus caractéristique et le plus grave : l'établissement et la diffusion des méthodes de stricte exégèse, d'un conceptualisme formaliste, d'un excès de l'analyse et de l'abstraction, de la complexité des habitudes d'esprit allemandes.

Nous avons eu successivement à notre Faculté de Droit d'éminents Professeurs français, tels que MM. Revon, Dumolard et Hayam, sans compter le Professeur Bridel, savant distingué de Genève. Mais malgré la très grande autorité dont jouissaient mes deux Maîtres Tomii et Ume, à la fois grands civilistes et spécialistes éminents du Droit français, celui-ci fut de plus en plus négligé.

Aussi les éléments germaniques qui, lors de la mise en vigueur de notre Code civil, se trouvaient encore moins importants que les éléments français, finirent, à la veille de la Grande guerre, par représenter la presque totalité de l'influence étrangère. Cette prépondérance fut plus marquée dans le Code de commerce et le Code de procédure civile, qui avaient été composés dès le début d'éléments empruntés au Droit allemand.

Le cri général qui s'élève contre le manque de bon sens de nos juges, les critiques portant contre la mauvaise adaptation de nos codes aux exigences sociales, doivent être attribués surtout à cette influence prépondérante de la méthode allemande sur notre jurisprudence.

A quoi avait tenu cette substitution de l'influence d'un Droit à celle de l'autre ? On l'attribue souvent au résultat de la guerre franco-allemande de 1871. Mais ce n'est pas là la cause directe. Comment pourrait-on comprendre en effet que l'apogée de l'influence du Droit français au Japon se place après cette guerre ? Le succès du Droit allemand tient, je crois, à deux séries de causes principales.

La première consiste dans le développement de la culture et l'organisation systématique des institutions allemandes, et comme conséquence, dans le progrès de l'omnipotence allemande dans tous les domaines de notre culture : armée, médecine, philosophie et autres

sciences, à partir du XX° siècle. Il faut noter, comme une des causes principales de cette influence, la prédominance au Japon de la langue allemande sur la langue française : cette prédominance était déjà établie vers la fin du siècle dernier.

Examinons surtout les causes proprement juridiques.

La germanisation est l'effet de trois causes, ayant leurs germes dans l'évolution historique de notre Droit national.

En premier lieu, on avait l'idée érronée que l'Ancien Projet de Code civil repoussé représentait toujours le meilleur aspect du Droit français. On confondait en effet ce Projet fondé sur les conceptions du Professeur Boissonade avec la teneur objective récente du Droit français. Il en résulta un sentiment de dédain qui s'étendit au Droit français lui-même. Après la promulgation du Nouveau Code civil japonais, ses commentateurs firent tous, comme s'ils se fussent entendus, comparaison entre ce code et l'Ancien Projet. Ils avaient accoutumé de dire que tels ou tels défauts que contenait l'Ancien Projet, fondé sur les principes juridiques français, avaient disparu du nouveau code, élaboré d'après les principes allemands. En réalité, ils n'avaient du Droit français contemporain qu'une connaissance fort imparfaite. Ils n'avaient aucune idée du fait qu'une grande différence existe entre cet Ancien Projet et la substance récente du Droit civil français vivant, transformé constamment par les lois spéciales, par la voie de l'interprétation doctrinale, par la pratique extrajudiciaire et surtout par la voie jurisprudentielle ; ils ne soupçonnaient pas non plus le fait que l'essence vivante du Droit français a servi de modèle pour la confection des nouveaux codes allemand et suisse.

En second lieu, la substitution de l'influence du Droit allemand à celle du Droit français tient à la forme extérieure que revêtent ces deux Droits. La différence qui les sépare à cet égard, leur donnait en effet des possibilités très différentes au point de vue de leur diffusion à l'étranger.

Le Droit français en tant que Droit vivant, ne cessant pas d'évoluer, est plutôt un nouveau Droit, représentant au moins le progrès du système juridique latin. Seul son épiderme date de plus de cent ans.

Cette pierre précieuse enveloppée dans un brocard, tantôt le public de notre pays l'ignora, tantôt il la comprit mal. Par exemple, l'article 1119 du Code civil français était compris chez nous comme rendant nulle toute stipulation pour autrui, bien qu'il soit aujourd'hui interprété par la jurisprudence française d'une façon qui en retourne le sens. On méconnut aussi la portée de l'article 11 du Code civil français; on crut qu'il consacrait le système de réciprocité pour toute la condition des étrangers, tandis que la jurisprudence s'est fixée dans le sens de l'assimilation des étrangers aux nationaux, sauf pour quelques droits exceptionnels. On peut imaginer le reste.

Je crois que la France n'est plus, et n'était plus même au début de ce siècle, un pays de Droit écrit au sens strict. Je dis souvent à nos étudiants qu'elle est plutôt redevenue, dans un certain sens et dans

une certaine mesure, un pays de Droit non-écrit, un peu comme elle était dans le Droit ancien. Comment pourrait-on comprendre, par exemple, en lisant cinq articles, article 1382 et suivants du Code civil, l'abus du droit, la concurrence déloyale, la responsabilité des choses inanimées, la responsabilité de trouble de voisinage, voire même tout un mécanisme jurisprudentiel si grandiosement organisé concernant la responsabilité extra-contractuelle ?

A la différence du Droit français, le Droit allemand, né au début du siècle actuel, et portant un costume neuf, avait l'avantage d'être présenté tel qu'il est réellement, ayant même toutes les apparences de la nouveauté originale. Il en résulta tout naturellement que la confiance qu'on avait à l'égard de ces deux Droits était très inégale.

En troisième lieu, je dois souligner une cause plus fatale encore. Le Japon et l'Allemagne sont devenus des pays dotés de nouveaux codes au début du XX° siècle. Cette affinité des situations a créé des analogies, soit dans leur doctrine, soit dans leur jurisprudence, en particulier dans les méthodes d'interprétation. « Après la codification vient toujours l'exégèse ». « Par la codification, la science du Droit dépérit ». Les deux formules s'adaptent de quelque manière au cas de ces deux Droits.

Le Japon s'est trouvé dans la nécessité urgente de suivre jusqu'à un certain point les méthodes allemandes, consistant à analyser et à préciser le sens des textes du nouveau code, plutôt que de poursuivre le progrès du Droit d'après des méthodes plus réalistes, plus souples et plus harmonieuses, telles qu'elles sont florissantes en France. D'ailleurs le Japon, venant d'avoir un Code civil à l'européenne, faisait à ce sujet sa première expérience, et on doit reconnaître que pour lui, il y avait là une méthode intelligente et appropriée, sinon nécessaire. Tout au moins, ce fut là la cause déterminante de la germanisation de notre Droit.

En vérité, l'interprétation du Droit japonais a pu montrer, dans un délai très court, grâce à la méthode allemande, des qualités d'analyse logique, premier stade nécessaire, avant d'arriver au second stade d'un Droit plus souple et plus large.

Ainsi, tout en reconnaissant les inconvénients de la germanisation de notre Droit, je ne songe pas à méconnaître la contribution que le Droit allemand a apportée au Japon dans le passé.

IV

La cessation des relations culturelles entre le Japon et l'Allemagne, pendant la grande guerre, et après le rétablissement de la paix, amenèrent le déclin de l'influence du Droit allemand sur le Droit japonais ; mais c'est là un phénomène passager d'ordre politique, auquel je ne voudrais pas attacher trop d'importance. Je tiens à considérer surtout les tendances proprement juridiques, qui se sont manifestées dans notre pays pendant les dix dernières années.

Si l'on veut être impartial, il faut reconnaître certes que le droit allemand a retrouvé, dans une certaine mesure, sa situation antérieure.

Néanmoins, je crois que, désormais, la prédominance du Droit allemand, telle qu'elle existait au Japon avant la guerre, ne saurait plus être aussi complète, parce que les causes essentielles de cette prédominance, que j'ai indiquées tout à l'heure, ont définitivement disparu dans notre pays.

Je dois ajouter ici une observation générale.

Le Droit allemand en lui-même semble sous le régime hitlérien traverser une phase de décadence : ceci se traduit soit dans sa législation qui paraît désorientée, soit dans la doctrine dont l'activité est affaiblie par l'exclusion des savants israélites et flétrie par la suppression de la liberté de pensée. La valeur du Droit français comme objet des études comparatives au moins chez d'autres peuples démocratiques devient d'autant plus appréciable. Et l'importance de son rôle de collaboration internationale pour le progrès commun des divers Droits s'intensifie davantage.

Le Droit anglo-saxon, de son côté, accumule au Japon des forces qu'on ne peut négliger ; citons comme exemple notre loi sur le trust de 1922, la théorie de l'estoppel et quelques autres principes dans le domaine du Droit des contrats ainsi que dans la pratique extra-judiciaire.

Cependant la technique bien particulière du Droit anglais, même si elle devait arriver à un résultat pratiquement analogue, l'usage presque absolu d'un Droit jurisprudentiel ayant sa base dans l'étude des précédents, tout cela joint à un particularisme marqué, font que le Droit anglais ne pourra probablement jouer chez nous qu'un rôle secondaire.

Reste le Droit français.

En réalité, depuis ces dernières années, nous assistons à une renaissance, limitée mais très nette, de l'influence du Droit français.

Et cette influence ne pourra que se développer du fait du recul du Droit allemand ; car l'influence du Droit français et celle du Droit allemand, en concurrence au Japon comme ailleurs, se font toujours contrepoids.

Le système juridique japonais est trop loin du système anglo-saxon ; il cadre dans ses grands traits avec le système continental. Or, le représentant actuel du Droit continental, ce ne peut être ni le Droit allemand sous le régime Nazi, ni le Droit italien sous le fascisme, ni le Droit soviétique, mais seulement le Droit français, défenseur de la démocratie. C'est donc avec le Droit français que le Droit japonais établit et doit établir les liens les plus étroits.

Mais il me faut encore préciser davantage.

Le Japon a connu, comme la plupart des pays occidentaux, la révolution industrielle, le suffrage universel et égalitaire, et, subi d'importantes transformations économiques et sociales. Celles-ci ne cessent de provoquer des transformations juridiques vers l'internationalisation,

la socialisation et la modernisation du Droit japonais. Notre Code civil, mis en vigueur cependant à la fin du dernier siècle, n'est plus, en raison de ces transformations sociales, un Nouveau Code civil. Notre Gouvernement, notre Parlement ne reconnaissent néanmoins la nécessité d'une réforme législative, que pour les deux derniers Livres concernant la famille et les successions ; un avant-projet a déjà été publié sur ces matières. Mais dans son ensemble, le Code civil doit demeurer sans changement. Ce n'est donc pas par le moyen législatif, mais principalement par la voie interprétative, que ces transformations juridiques, quand même inéluctables, se réalisent et continueront à se réaliser.

Quels en sont et en seront les résultats ?

C'est d'abord « la décadence de l'école d'exégèse et de conceptualisme formaliste, c'est-à-dire de l'école de Droit allemand au Japon ». Cette méthode, pour laquelle le Droit allemand nous apportait une aide considérable, caractérise maintenant une époque révolue. Elle est devenue impuissante à combler l'abîme, qui sépare les faits et le code. De là, une nouvelle tendance à substituer à cette méthode allemande, une méthode plus réaliste, plus compatible avec les faits.

Or, est-il possible de trouver un Droit qui nous montre à ce sujet un plus bel exemple que le Droit civil français ?

Certes la tâche nous a été facilitée par l'essor de la méthode d'interprétation du Droit à la fois libre et scientifique, que consacre la Loi de 1875 concernant les pouvoirs du juge. Mais, lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi écrite, nous ne nous rallions pas entièrement à la thèse de la volonté du législateur. La plupart des auteurs japonais se rattachent au système de l'interprétation téléologique et souple des textes de loi, dans une certaine mesure. Il faut donc signaler ici la grande influence que n'ont pu manquer d'exercer non seulement le Doyen Geny, mais aussi les Professeurs Saleilles, Capitant et bien d'autres juristes français.

Parallèlement aux progrès de l'interprétation libre du Droit, on assista, au Japon au développement de « l'étude de la Jurisprudence par la doctrine », à la manière plutôt française qu'anglo-américaine. C'est le Professeur Ume qui a introduit chez nous l'école française des Arrêtistes.

Combien nous stimulent les notes magistrales depuis celles de Labbé jusqu'à celles de Capitant, Josserand, Demogue, Ripert et de tant d'autres éminents civilistes français.

L'enseignement juridique d'après le « case-method », quoiqu'il trouve quelques partisans, ne semble pas s'acclimater dans la terre japonaise, qui préfère le système français d'équilibre entre la loi écrite et la jurisprudence, et qui s'écarte du système du Droit non-écrit anglo-américain.

Mais quel est le principe fondamental ou l'idée directrice de cette nouvelle orientation vers la socialisation et l'internationalisation du Droit civil japonais ?

C'est, je crois, « l'idée de la Solidarité sociale et internationale ».

Je trouve ici une des plus grandes et des plus heureuses influences exercées, depuis la grande guerre, par la conception française sur notre Droit. La conception française de la solidarité s'harmonise merveilleusement, dans son essence même, avec notre caractère national, notre sentiment moral et nos mœurs.

Dans les premières années de l'ère de Meiji, cette conception de la solidarité sociale a été préconisée par la devise : « bien commun des concitoyens ». Elle n'eut pas un grand succès, car elle manqua de base théorique. Mais, c'est cette idée traditionnelle qui vivifiée par la justification que lui donne la théorie française, a su le mieux résister au marxisme allemand qui a menacé de sévir depuis la grande guerre, sur la terre japonaise, d'où il est aujourd'hui à peu près banni. Le mouvement fasciste japonais y contribua aussi dans une certaine mesure. Mais ce n'est pas le fascisme, c'est le solidarisme qui forme l'objet du neo-idéalisme japonais et qui stimule cette sorte de renaissance d'un nouveau Droit naturel au Japon.

En effet, l'influence du principe de la solidarité s'est fait sentir sur l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle, et contribue, dans une large mesure, à la transformation de notre Droit civil.

C'est ce principe, à mon avis, qui est l'un des plus grands dons que la civilisation et le Droit français aient fait, après la Révolution industrielle, au Droit japonais, comme la conception de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, avec les idées de liberté et d'égalité, le furent avant cette Révolution. Je devrais ici rappeler tant d'œuvres françaises qui ont contribué à cette orientation, celles de Léon Bourgeois, de Charles Gide, de Durkheim et d'autres, et tout particulièrement celles de Léon Duguit, qui concernent plus spécialement le Droit.

Mais il me faut signaler l'influence du Droit français dans un autre domaine, influence aussi fondamentale et aussi heureuse que celle exercée par la théorie de la solidarité, et qui coopère avec cette dernière : C'est celle qui nous vient de « la science française du Droit comparé ».

« La science nationale du Droit comparé », telle que l'a formulée le regretté grand juriste, le professeur Raymond Saleilles, a trouvé au Japon, dès qu'elle a été présentée chez nous, vers le commencement de la guerre, un terrain tout préparé, et elle a puissamment contribué au progrès de la méthode juridique japonaise. Le Droit japonais s'en inspire pour fonder chez lui une véritable science autonome du Droit comparé.

Grâce aux progrès de l'esprit et de la méthode du Droit comparé, nos vues d'observation se sont élargies ; nous nous sommes aperçus de ce qu'avait d'irrationnel l'esprit de subordination trop étroite du Droit allemand, nous nous sommes affranchis des préjugés d'avant-guerre, en faveur du Droit allemand et en défaveur du Droit français, et nous confrontons maintenant, d'un esprit plus libre et plus

impartial, avec un jugement plus juste, les systèmes des divers pays, en vue d'assimiler ou de rejeter, du point de vue autonome, ces éléments étrangers.

Mais il ne faut pas oublier non plus l'influence exercée par une autre Ecole française de Droit comparé. Déjà la thèse qu'il faut dégager entre les peuples un Droit commun, thèse qu'a présentée le Professeur Edouard Lambert, en coopération avec les Professeurs Lévy-Ullmann, Demogue, Capitant et d'autres, a stimulé chez nous les efforts d'une partie de la doctrine en vue de l'établissement d'un « Droit comparé universaliste », tendant à la formation d'un droit universel, au moins dans le Droit des affaires, à l'aide du droit comparé.

Je trouve ici un naturel et heureux mariage des deux idées françaises : du Droit comparé et de la solidarité internationale. Je dis naturel, parce que ces deux conceptions sont spontanément destinées à s'associer. Je dis heureux, parce qu'elles répondent au caractère et au goût japonais les plus marqués. La tendance nationaliste qui se fait jour en ce moment, dans les domaines politiques et économiques, chez les différents peuples du monde, ne sera qu'un phénomène passager. Et déjà on peut trouver, dans ce mouvement de Droit comparé universaliste, une orientation de la doctrine japonaise vers l'internationalisme juridique.

Quels sont les fruits apportés au Droit japonais par cette nouvelle phase d'appréciation comparative, libre, autonome et presque universaliste ?

Le résultat sur deux points est certain.

1° Nous avons pu constater les faiblesses du Droit allemand, d'une part, et les qualités incontestables du Droit français, d'autre part ;

2° Nous nous sommes mieux rendu compte de l'incompatibilité de nos caractères nationaux avec le Droit allemand aussi bien qu'avec le Droit anglo-saxon d'une part, et de leur grande affinité avec le Droit français d'autre part. Examinons un peu plus en détail.

Notre Droit ne veut pas trop se rapprocher, ni de la philosophie abstraite des Allemands, ni des tendances trop pragmatiques des Anglo-Saxons. Nous apprécions les qualités d'harmonie. Nous donnons beaucoup d'importance à la stabilité juridique. S'il apparaît qu'une conception est d'application trop incertaine, les Japonais ont tendance à ne pas s'associer à cette conception. C'est pourquoi nous rejetons aussi bien la tendance trop poussée en Allemagne vers le racisme exclusif et l'unitarisme dictatorial, que le système communiste à peine mitigé par les éléments capitalistes en Russie soviétique. Nous sommes plus portés à suivre une évolution progressive, par des méthodes de sagesse et de mesure. C'est la clarté que nous aimons. Je me remémore les conférences hautement autorisées données au Japon par le Professeur Capitant, au cours desquelles il a indiqué les qualités foncières de sobriété, de clarté et de précision de notre Code civil. Nous nous éloi-

gnons de la complexité des Allemands, mettant plus de prix à la simplicité, qui est une des caractéristiques de la civilisation japonaise, et qui se révèle, par exemple, dans la représentation du Nô, la cérémonie du thé, la poésie de dix-sept syllabes.

Or, c'est dans la civilisation française et dans le Droit français que nous retrouvons les mêmes caractéristiques dans leur plein développement.

En réalité, la faculté d'adaptation par le peuple japonais aux caractéristiques nationales françaises, soit dans la langue, soit dans le Droit, soit dans d'autres domaines de la civilisation, est beaucoup plus marquée qu'au regard de la civilisation anglo-saxonne ou allemande.

Là est le secret du rapprochement naturel de nos deux Droits. Et le réveil sur ce sujet est à marquer dans les milieux japonais.

Parallèlement à ce réveil, la force potentielle de l'influence française, cachée depuis si longtemps, mais enracinée si profondément dans la terre japonaise, commence à reparaître au jour.

C'est ainsi que depuis ces dernières années et surtout à partir d'aujourd'hui, ce qui est et qui sera le plus recherché, j'en suis persuadé, ce n'est ni le système allemand, ni le système anglo-saxon, mais le système français.

A ce propos, j'ai le devoir de mettre en relief la contribution apportée par Monsieur Jean Ray, un de mes anciens collègues, et de faire ressortir tout particulièrement le grand succès, qu'a obtenu mon Maître Monsieur le Professeur Capitant, par sa venue il y a trois ans comme conférencier au Japon, et la contribution qu'il ne cesse d'apporter à l'œuvre de rapprochement intellectuel franco-japonais.

Enfin, la collaboration culturelle entre le Japon et la France est dès maintenant chose accomplie, dans une certaine mesure tout au moins, à Kyoto et surtout à Tokio. La création de la Maison Franco-Japonaise de Tokio en est le symbole le plus significatif. Elle a été amorcée par la venue de la mission universitaire lyonnaise. C'est actuellement au Professeur de la Morandière de Paris, qu'il appartient d'en assurer le développement. Et je me tourne surtout vers mon vénéré Maître le Baron Tomii, membre du Conseil privé de Sa Majesté et la plus grande autorité au Japon en matière de Droit français : c'est lui qui est l'âme de notre Maison, voire même celle de toute l'œuvre de collaboration intellectuelle franco-japonaise au Japon.

Il faut cependant regretter ce fait, qu'il persiste encore une cause grave s'opposant à ce courant de rapprochement : c'est le manque de diffusion de la langue française. A cet égard on constate des lacunes dans l'enseignement d'Etat. Par répercussion, cela entraine la restriction du nombre des étudiants en Droit français, si on le compare au nombre des étudiants en Droit anglo-saxon ou allemand ; cela diminue de façon générale le nombre de ceux qui se consacrent à l'étude de la science francaise.

Si l'on parvenait un jour à écarter cet obstacle, le plus fâcheux et le plus grave, au rapprochement intellectuel et moral de nos deux

pays, je ne douterais pas de pouvoir alors assister à sa véritable renaissance.

V

Tel est le passé et l'état présent de l'influence de Droit français sur le Droit civil japonais.

La législation civile française est la mère du Code civil japonais. Bien qu'elle ait atteint l'âge de 130 ans, le Code civil japonais, son fils cadet, est en admiration devant la vitalité maternelle.

Le Droit civil moderne du Japon a maintenant dépassé 60 ans.

La première moitié de cette période, c'est-à-dire l'époque du Droit civil non écrit, a duré une trentaine d'années. C'est la législation civile française qui a nourri notre système juridique civil.

Le Code civil japonais, qui régit la seconde moitié de cette période de notre vie civile, fut envoyé, dès sa naissance, chez les Allemands, où il a ainsi passé son enfance. Il est maintenant majeur, âgé de 35 ans et se conduit seul.

C'est le Droit civil français qui l'a nourri de son sang et de sa chair ; il n'est donc pas naturel de l'interpréter à la manière allemande.

Si l'on avait examiné de très près l'économie générale de notre Code civil, on eût été amené, je l'avoue, à remarquer trois sortes de manque d'harmonie.

Premièrement, les dispositions légales suivent le système occidental alors que nos mœurs sont imprégnées de la tradition orientale ; d'où un certain désaccord entre la façade du code et la réalité de la vie, à tout le moins en tant qu'il s'agit du Droit du patrimoine.

Deuxièmement, dans l'organisation de la famille et des successions, l'on a combiné des éléments hétérogènes, les uns tenant aux idées traditionnelles sur la famille patriarcale, les autres empruntés aux conceptions individualistes, ces éléments s'accordent mal entre eux et s'opposent souvent aux dispositions à base purement individualiste du Droit du patrimoine.

Troisièmement, l'on peut souligner certaines combinaisons hétérogènes et parfois même antinomiques, provenant de l'amalgame des éléments allemands et français.

Aussi lors de sa promulgation, notre Code civil, pouvait-il parfois offrir l'impression d'être une mosaïque.

C'est de là que venait la difficulté particulière d'interprétation de notre Code civil ! Aussi remédier à ces défauts et donner l'unité homogène au mécanisme général de notre code, tel a été l'un des objets principaux sur lesquels se sont portés les efforts particuliers. depuis trente-cinq ans, de notre législation postérieure, mais surtout de notre interprétation doctrinale et jurisprudentielle.

Aujourd'hui, nous sommes parvenus à amenuiser la plupart de ces défauts, sinon à les supprimer intégralement.

Sur le premier point, à la différence de quelques autres pays

orientaux, nous sommes arrivés à établir l'harmonie entre le code et la vie, par une rapprochement et une assimilation réciproque, à peu près de la même manière que nous nous sommes autrefois assimilés les civilisations chinoise et indienne. Mais nous ne tenons pas moins pour cela à la culture et à l'entraînement que nous avons acquis du Droit français avant la Codification pendant une trentaine d'années, aussi bien qu'à la belle leçon que nous avons reçue des judicieuses adaptations juridiques du Code civil français aux nouvelles transformations sociales.

Sur le deuxième point, c'est en faisant passer, en une certaine mesure, les idées de solidarité sociale dans l'interprétation juridique et même dans notre législation que notre Droit civil évolue vers une certaine harmonie dans l'économie d'ensemble du Droit de famille aussi bien que du Droit de patrimoine.

Enfin sur le troisième point, le phénomène de germanisation de norte code de l'avant-guerre qui, a un moment donné, avait semblé y procurer l'homogénéité, a maintenant cessé d'être. C'est l'esprit du Droit comparé autonome qui va s'y substituer et engendrer un véritable caractère homogène. Mais c'est par l'appréciation assez poussée du Droit français injustement négligé pendant une quinzaine d'années que cette nouvelle tendance marquante affirme sa marche triomphale.

C'est en suivant cette directive que nous continuons toujours nos efforts vers le perfectionnement et le progrès, encouragés par notre histoire toute pleine de l'assimilation des civilisations étrangères par notre propre culture.

Je ne veux pas terminer ce raport, sans y ajouter quelques réflexions que me suggère mon premier voyage au Canada français. Je dois avouer l'ignorance où j'étais du Droit canadien avant ce Congrès juridique. Je dois même confesser que je n'avais pas accepté l'obligeante proposition que m'avait faite Monsieur Baty, Conseiller juridique au Ministère des Affaires Etrangères à Tokio de me prêter un ouvrage sur le Droit canadien ; car j'étais à ce moment trop pris par mes travaux pour avoir le temps de le lire et de l'étudier. Mais ce qui me console un peu, c'est que les juristes canadiens m'ont paru, eux aussi, pour la plupart et sans doute pour les mêmes raisons que moi, peu au courant du Droit japonais.

Mais mon regret ne se limite pas à l'époque actuelle. Mon imagination romantique se reporte à quatre cents ans en arrière. Quelles auraient été les conséquences des découvertes de Jacques Cartier, si elles avaient pu s'étendre à la petite île du Japon ? N'était-ce pas là le but que poursuivait l'illustre Malouin en tentant son aventure ? N'aurait-il pas été possible alors de voir déjà se former un lien intellectuel, moral et surtout juridique non seulement entre la France et le Canada, mais entre ces deux pays et le Japon ?

Mais il ne faut pas s'attarder en de vains regrets du passé. C'est vers l'avenir qu'il faut regarder. Il nous faut amorcer et poursuivre une

tâche de rapprochement intellectuel et moral entre le Japon et le Canada, tout particulièrement le Canada français. Et cette tâche nous sera facile ; car la voie est toute tracée.

C'est la civilisation française qui sert tout naturellement de trait-d'union entre les civilisations canadienne et japonaise.

C'est en accompagnant la Mission française et en assistant au Congrès juridique que j'ai compris cette vérité. Et c'est pourquoi je tiens à rendre hommage au Comité franco-canadien.

Mon souhait le plus sincère est de voir se réaliser la plus vite possible l'heureuse proposition récemment faite par le Professeur Capitant en vue de la formation de l'Association juridique franco-canadienne. Les œuvres de rapprochements franco-japonais au Japon tiennent à marquer leur grand intérêt pour cette association. Et le milieu juridique japonais sera heureux de leur apporter sa collaboration.

LE CODE NAPOLÉON ET LE CODE CIVIL SUISSE

Rapport présenté par

M. PAUL E. HARTRANFT.

Avocat au Barreau de Genève,
Licencié ès-Sciences Comles

I

Un pays dans lequel une diversité invraisemblable se fond en une unité solide et parfaite, une Société des Nations en miniature, telles sont les expressions qu'a inspirées la Suisse aux nombreux écrivains qui ont tenté d'en décrire les aspects. Au cœur de l'Europe, étreinte de tous côtés par des Etats infiniment puissants, elle n'en forme pas moins une nation que le contact parfois brûlant des peuples qui l'entourent n'a pas pu désagréger.

C'est dans les rudes vallées qui rayonnent autour du Gotthard, l'unique issue que la nature a creusée au travers de la formidable barrière alpestre qui sépare le nord et le sud du continent et d'où naissent les grands fleuves européens, qu'est née la nation helvétique. Cette nature impressionnante, aux manifestations grandioses et terribles, a accueilli tour à tour le Celte, le Ligure, le Romain, le Burgonde, l'Alaman et le Franc, ensemble hétérogène qu'elle a broyé, trempé par une lutte ardente avec les éléments, puis modelé à son image, créant ainsi ce peuple suisse, dont au matin du Moyen-Age, les enfants ont conquis d'un élan irrésistible, l'indépendance. Ce n'est pas dans le soubresaut d'une race opprimée ou dans un fanatisme religieux qu'il faut rechercher le secret de la force étrange qui a cimenté en un tout compact la poussière qui a subsisté du passage de tant de peuples à ce carrefour de l'Europe. Il réside dans le profond désir de sauvegarder à jamais la démocratie qu'a déjà décrite Tacite, un droit librement formulé (1) et la propriété d'un sol purement conquis et défendu lors des grandes invasions.

Aujourd'hui, la forme seule a changé, le fond reste et se révèle diffus dans le Code Fédéral, il est la raison d'être de la Suisse et, roc

---

(1) Il s'est surtout exprimé dans le Pactus Alamanorum (VI-VIIe s.) puis dans la lex alamanorum (717-719) que l'on retrouve dans le plus grand coutumier germanique, le Miroir de Saxe rédigé entre 1215 et 1235 par Eike de Repgow et qui, malgré l'hostilité du pape Grégoire XI s'est vite répandu dans tout le Saint Empire Romain germanique.

sur lequel reposent les fondements de la nation, il donne à celle-ci une cohésion que seule peut exprimer dans toute sa puissance, la lumineuse devise helvétique : «UN POUR TOUS, TOUS POUR UN ».

II

L'apparition d'un code représente toujours une phase décisive dans l'évolution d'un système législatif, il en implique et consacre la synthèse. Il est souvent l'aboutissement d'une tendance qui peu à peu s'est dégagée et a fini par triompher au sein d'une collectivité. La codification diffère du digeste ou de la simple compilation législative par sa portée scientifique supérieure, elle doit contenir, harmonieusement groupés et dégagés de la gangue qui les recouvre, les principes fondamentaux qui sont à la base d'un Droit et qui en sont la source la plus féconde. Cette valeur scientifique, ce fondement indispensable à l'édifice juridique que le codificateur va élever, ne s'obtiennent que par une analyse préalable approfondie du Droit issu de la vie de cette collectivité et des causes principales qui ont présidé à son développement. Il n'est certes pas exagéré de prétendre que la valeur d'un code dépend étroitement du soin avec lequel ce travail souvent obscur, étrangement vaste et compliqué s'est accompli. Il ne se confine nullement dans la recherche et l'exégèse d'une foule de textes légaux, il s'étend jusqu'à l'examen des détails les plus intimes de la vie d'un peuple ; le codificateur doit, en un mot, découvrir ce complexe mystérieux qu'est l'âme d'une nation, il doit en scruter les tendances, en écouter les désirs, en connaître les points faibles s'il veut vraiment faire oeuvre utile et durable.

Le succès remporté par le Code Napoléon, « ratio scripta » moderne, n'a pas d'autre origine. Bien que né semble-t-il de la Révolution, il ne contient rien des formules fougueuses et exaltées de la législation révolutionnaire disparue avec les projets de « code de la nature sanctionné par la raison et garanti par la liberté » de Cambacérès, dès que la cause qui l'a fait naître se fut éteinte. C'est au contraire, dans les coutumes et le droit écrit de la vieille France, dans les principes qui ont régi les français pendant des siècles que les rédacteurs du Code civil ont été chercher le « Droit naturel » dont la Révolution entendait illuminer le mode. Ils se sont cependant gardés d'oublier le résidu précieux issu du creuset révolutionnaire, ils en ont imprégné leur œuvre, lui donnant ainsi une solidité et une homogénéité qui devait défier le temps et les changements de régime politique.

Mais, les codificateurs français ont joui dans l'accomplissement de leur travail d'un avantage inestimable, héritage d'un lointain passé. L'unité politique, linguistique et économique de la France s'était peu à peu réalisée sur la base de l'unité ethnique et religieuse grâce aux efforts persévérants de la royauté. Celle-ci consciente de la puissance unificatrice que lui conférait le pouvoir de légiférer avait déjà unifié

et codifié une partie du droit civil (1) et la Révolution devait parfaire une œuvre dont l'origine se perd dans les Ordonnances royales que nous rencontrons dès le XIIIe siècle.

En Suisse rien de tout cela, mais un sentiment national puissant né d'un commun désir de liberté que troublent et vont parfois jusqu'à presque anéantir, des chocs, des tempêtes d'une violence inouie, provoqués par le heurt brutal des races germaniques et latines, la rivalité des groupes économiques et ethniques, le contraste violent dans un espace extrêmement restreint de la plaine et de la montagne et des luttes religieuses d'autant plus implacables, qu'elles étaient inspirées, attisées, soutenues par le fanatisme des grands pays limitrophes. Le droit en vigueur correspondait exactement au tableau qui vient d'être esquissé. Aucune trace d'unification, chaque pays étant souverain avait un droit particulier dans lequel des coutumes strictement locales jouaient un rôle de premier plan. Dans cette diversité ne se percevait pas comme en France l'effort unificateur d'un pouvoir central. Les Etats ne formaient même pas un ensemble compact lié par une alliance commune. Seul l'enchevêtrement souvent inattendu des pactes particuliers assurait à cet ensemble chancelant la cohésion nécessaire. Bien plus, certains pays avaient un statut à tel point équivoque que leur qualité oscillait entre celle d'allié et celle de sujet. Les inconvénients inhérents à un tel état de choses apparaissent bien vite et se cristallisent en un antagonisme profond entre les villes et la campagne qui conduit la Confédération à deux doigts de sa ruine. Ce n'est qu'en 1481 que cette situation s'améliore, que ces bases s'affermissent et que les huit Etats qui constituaient la Suisse d'alors, agissent pour la première fois, en formant une unité politique.

Cependant, à l'instar de ce qui s'est produit en France, deux tendances s'affrontent déjà sur le sol helvétique, et trouveront leur expression finale au sein du Code civil suisse, c'est d'une part l'influence du droit germanique populaire, coutumier et imprécis, d'autre part celle du droit romano-canonique rationnel et strict qui s'impose vite à la civilisation qui renaît.

---

(1) Citons, parmi les ordonnances les plus importantes, celles du 2 juillet 1315 qui contient cette déclaration : « Comme selon le Droit de nature chacun doit naistre franc ... » justifiant l'affranchissement des serfs du Domaine du Roi ; l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 qui est l'une des plus importantes du XVIe s. et dans laquelle se trouve l'origine de plusieurs articles du Code Napoléon (907, 931 et ss.) ; l'ordonnance de Moulins de 1566 établissant le principe « lettres passent témoins » se retrouve à l'article 1347 du Code civil ; l'ord. de Blois de 1579 qui prescrit la publicité des mariages ; les édits de 1606 et 1609 qui ont inspiré l'article 1250 al. 2 du Code civil ; le « Code Michaud » de 1629 dont l'article 121 est à l'origine de l'article 2123 al. 3 et 2128. Enfin les Travaux du Président de Lamoignon sous Louis XIV, du Chancelier d'Aguesseau sous Louis XV, de Turgot et Necker lors des premières années du règne de Louis XVI.

La Révolution française éclate sans que l'unification du droit privé si bien commencée en France, soit seulement conçue en Suisse. Elle est suivie avec une certaine méfiance en raison des excès commis au nom de la liberté, mais n'en est pas moins pour la Confédération l'aurore d'une ère nouvelle qui apporte tout d'abord la libération des pays sujets, puis se traduit par le choc de deux systèmes : le fédéralisme et l'unitarisme, le premier plongeant ses racines dans le lointain passé helvétique, inspiré par la configuration du pays, le second d'importation française, revêtu de l'attrait de la nouveauté et répondant au désir de remaniement complet cher à tous les révolutionnaires. Une lutte ardente se déchaîna au nom de ces deux conceptions jusqu'au moment où Bonaparte, le 30 septembre 1802, annonça sa Médiation. Son esprit génial eut vite fait de discerner la vraie solution et son « Acte de Médiation » assura le triomphe du Fédéralisme, triomphe que les événements ultérieurs consacreront définitivement.

Bonaparte eut le tort de donner à la constitution qu'il offrit à la Suisse un cachet purement français, étouffant ainsi les autres tendances susceptibles de se manifester. Le résultat fut de rendre l'Acte de Médiation dépendant du sort des armes françaises et leur défaite entraîna l'abrogation de cette législation remarquable, généralement considérée comme l'un des chefs-d'œuvre politiques de son auteur.

Mais l'établissement du fédéralisme, opposé par essence à toute unification, devait retarder en Suisse l'apparition d'un code unifiant le droit civil, dont l'idée apparaît déjà dans la constitution unitaire du 12 avril 1789 (article 48). Repoussée par l'Acte de Médiation, elle employa un siècle à se faire jour et à s'imposer à ce fédéralisme d'abord intransigeant, puis assagi une fois la période des tâtonnements et des expériences passée. La Constitution de 1874, revisée en 1898 (article 64) étendit enfin la compétence législative de la Confédération Suisse à l'ensemble du droit privé, et le Code civil suisse put voir le jour. La résistance des Etats fut vaincue par les exigences de la vie moderne, nationale et internationale, au développement de laquelle la diversité des législations suisses apportait un obstacle de plus en plus insupportable. Cependant ces législations s'étaient perfectionnées au point de présenter chacune un système juridique complet, bien adapté à la population qu'elles devaient régir, et répondaient parfaitement aux nécessités qui les avaient inspirées. Aussi la tâche des rédacteurs du Code civil suisse n'en devait être que plus ardue ; il s'agissait en effet de fondre ces quelques vingt-deux lois différentes en un tout harmonieux conforme à la tradition, mais largement accessible au progrès, sans que pour cela une partie quelconque de la population sente sa liberté restreinte ou se voie brutalement arrachée à des habitudes séculaires. en un mot s'estime et devienne une minorité.

Il est possible de classer les systèmes juridiques que le Code civil suisse devait réunir en un seul, en 4 grandes catégories :

1° Les codes inspirés par le Code Napoléon qui se trouvent tout naturellement dans les Etats à population de langue et de tendance latines (Suisse romande et italienne).
2° Les législations qui ont suivi le Code autrichien de 1811 (elles se trouvent dans quelques Etats de langue allemande : Berne, Lucerne, Soleure, Argovie).
3° Le groupe Zürichois dont le modèle est le Code de Zürich, l'un des Etats de la Suisse, d'un caractère par conséquent national, mais de conception germanique (Savigny) (Etats de Zürich, Zug, Glaris, Nidwald, Thurgovie, Schaffhouse et les Grisons).
4° Enfin un certain nombre d'Etats de langue allemande, alpestres et peu importants vivaient encore régis par des lois non codifiées et des coutumes dont quelques unes n'étaient même pas rédigées.

Cette répartition, on le voit aisément, met en présence les populations d'origine et de langue latines et celles de langue et d'origine germaniques. La tâche de l'éminent Eugène Huber à qui fut confiée l'élaboration du futur Code civil suisse consistait donc à rassembler ces matériaux épars et hétérogènes, à retirer de chaque législation la meilleure institution, et surtout à combiner le tout de telle sorte que son œuvre réponde aux aspirations de chacun et de tous. Réaliser l'unité dans de telles conditions, n'était certes pas facile et c'est avec raison que les commentateurs étrangers du Code civil suisse ont insisté sur son originalité, sur l'ingéniosité souvent inattendue des solutions qu'il apporte au problème difficile entre tous qui consiste à satisfaire une collectivité dont les éléments se diversifient à l'infini. La mise au point du projet coûta quinze ans de labeur (1892-1907) et débuta par l'établissement d'un tableau comparatif du droit civil des Etats car, souligne le Conseil Fédéral Suisse dans son message aux Chambres recommandant l'adoption du projet : « Il eut été extrêmement fâcheux de ne pas reconnaître qu'un immense trésor d'expérience et de sagesse politique avait été amassé dans ces législations cantonales et qu'il importait d'en tirer le meilleur parti possible. Au cours des siècles, et malgré toutes les divergences qu'on y peut signaler, nos cantons ont créé un droit qui, né des besoins mêmes de la vie, avait l'avantage de préserver le droit traditionnel et national contre l'imitation de modèles étrangers, tout en répondant au caractère et au génie du peuple. C'est pourquoi le premier devoir de la Confédération était de prendre autant que faire se pouvait le droit cantonal en considération, d'en extraire le sang et la moelle, d'unifier le droit civil dans le sens de son évolution normale, de ne pas rompre le lien qui attache un peuple à ses lois, d'accomplir sa tâche enfin dans l'espoir et selon les vœux de la nation suisse ».

Aussi cet idéal qui a dirigé le travail du codificateur a-t-il d'emblée exclu toute imitation plus ou moins servile des codes étrangers, quelle qu'ait été la tentation qu'en ait eue le théoricien séduit par l'harmonie d'une solution inédite, mais peut-être inconciliable avec les aspirations helvétiques.

III

Avant d'aborder la brève description du Code civil suisse qui fait l'objet de ce travail, il n'est pas inutile de dire quelques mots de sa structure. Le Code civil suisse a dû tenir compte dans son économie de l'existence d'un code des obligations datant de 1881 et formant un tout bien intégré, pourvu d'une partie générale et qui, tout en restant distincte, n'en devait pas moins devenir un des livres du Code civil. La première tâche qui devait être accomplie dans cet ordre d'idées était donc de mettre en harmonie les deux textes et surtout d'éviter les ambiguités, les contradictions mêmes qui n'auraient certes pas manqué de surgir de la combinaison d'une loi moderne et d'un code qui avait somme toute déjà subi les atteintes du temps et que l'on estimait même déjà vieilli. C'est la raison pour laquelle le code des obligations entré en vigueur en 1883 et basé sur le Projet de Dresde de 1866, l'une des sources du Code civil allemand, dut être passablement retouché avant d'être incorporé au C. c. s. La commission chargée de ce travail n'avait qu'un temps très limité à sa disposition et préféra opérer un remaniement profond de la partie la plus importante de ce texte et laisser pour plus tard la mise au point du droit des sociétés. Celle-ci a lieu actuellement. Cette décision était d'autant plus sage que cette partie du droit s'est développée avec une rapidité étonnante depuis la guerre mondiale et les modifications qu'aurait pu y apporter en 1908-1909 la commission, se révèleraient aujourd'hui d'autant plus insuffisantes qu'elles n'auraient été que superficielles.

Le Code Napoléon n'a guère exercé d'influence sur le système et la technique du Code civil suisse qui a abandonné la classification tripartite de Gaiüs et de Justinien auxquels les codificateurs français se sont ralliés. Le C. c. s. a préféré suivre la tendance manifestée par les Codes modernes, notamment le Code civil allemand et renoncer à un système classique il est vrai, mais qui a le grand défaut de dissocier certaines parties du Droit dont la vie moderne exige la réunion et l'harmonieuse coordination.

Le Code civil suisse ne comporte cependant pas de partie générale et se contente, à l'instar du Code Napoléon, d'un « Titre préliminaire » de dix articles. Le codificateur suisse a estimé que l'adjonction d'une partie générale enlèverait à son œuvre une grande part du caractère éminemment pratique qu'il s'est efforcé de lui donner, et il a laissé à la doctrine le soin de dégager les grandes idées qui l'inspirent et d'en assurer l'évolution. N'étant pas lié à la fortune d'une théorie juridique, le Code civil suisse reste ainsi assuré d'une vie propre et féconde. Les lacunes qui résultent inévitablement de l'absence d'un exposé de règles générales ont été comblées par des définitions et l'énoncé de principes chaque fois qu'une telle mesure s'avérait indispensable au cours de la réglementation des diverses institutions. Une telle méthode prête sans

doute le flanc à maintes critiques, mais se justifie en Suisse par les conditions particulières qui ont accueilli le Code civil, entre autres les vœux unanimes émis lors de sa rédaction et la formation extrêmement inégale des corps judiciaires acquise par l'usage des Codes cantonaux dont aucun ne possédait de partie générale; elle assurait d'adaptation facile du nouveau code tout en diminuant considérablement l'incertitude qui imprègne toujours les débuts de la jurisprudence issue du droit nouvellement formulé. Cependant, le titre préliminaire du C. c. s. implique malgré tout une partie générale car l'article 7 renvoie à celle du droit des obligations en ces termes : « Les dispositions générales du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont aussi applicables aux autres matières du droit civil ». Cette disposition qui ne s'est d'ailleurs guère imposée en pratique, est loin de conférer au Code civil le caractère rationnel et abstrait commun au droit des obligations des législations occidentales. Nous verrons plus loin combien le Code civil suisse s'éloigne à cet égard du droit français qui obéit beaucoup plus strictement à la déesse Raison que son voisin et parent helvète.

Le C. c. s., comme le C. c. f., traite ensuite du droit des personnes, tous deux s'inspirant de la même pensée logique qui a déjà guidé jadis Justinien dans la rédaction de ses Institutes. L'être humain ne fut-il pas longtemps seul capable d'avoir des droits et de les exercer ? Toute législation n'a-t-elle pas pour but ultime d'obliger des personnes physiques ? (1)

Il se justifie dès lors d'établir d'emblée qui pourra jouir et exercer les droits que donne la loi, et dans quelle mesure chacun est tenu des devoirs qu'elle impose.

Puis le C. c. s. se sépare du C. c. f. et consacre le livre second à la réglementation de la famille, puisque c'est au sein du groupe familial que normalement l'être humain entre le plus intimement en contact avec ses semblables, et dans lequel se révèle et s'épanouit le plus complètement l'instinct social qui anime l'individu.

Le livre 3e règle dans la famille et par delà de celle-ci dans la collectivité, les conséquences pécuniaires de la disparition des personnes. Il traite des Successions.

Finalement les livres 4e et 5e déterminent l'attitude que doivent observer entre elles les personnes dans leurs rapports relatifs aux biens ; ce sont les « droits réels » et les « obligations ». Entre les deux s'intercale cependant un « titre final » ; cette erreur de classification est due aux circonstances qui ont entouré l'unification du Droit privé suisse et notamment l'existence préalable d'un droit des obligations unifié. Ce titre final contient les dispositions transitoires qu'exi-

(1) « Omne jus personarum causa constitutum est » (« L. 2 et ss. De statu hominum ».)

ge l'introduction d'un nouveau code, ainsi qu'une partie des principes de droit international privé, adoptés par la Suisse (1).

La langue du Code civil suisse diffère à maints égards de celle du C. c. f. Un bref coup d'œil jeté sur ses dispositions qu'aucun renvoi n'alourdit révèle combien il répugne à définir les institutions qu'il prévoit. Le législateur suisse a préféré laisser à la doctrine le soin d'établir les définitions, évitant ainsi de cristalliser les notions et d'entraver le progrès des idées. Ce faisant, il a assuré à son œuvre une évolution facile sans obliger la jurisprudence à se livrer à des constructions artificielles en vue d'assurer l'accord des faits avec le Droit. Le rédacteur du Code civil suisse s'est rendu compte que quelque claire et précise que peut être une définition, elle risque toujours d'être supplantée par une nouvelle définition plus exacte, et il a laissé cet art subtil et vain à la science dont le rôle est de dire ce qui est, alors que celui du législateur est d'ordonner. Le style du C. c. s. s'explique et se justifie encore par d'autres considérations, les trois langues parlées en Suisse, le français, l'allemand et l'italien, devaient chacune être considérée comme langue originale et nationale, sous peine de dissocier l'union qui conditionne l'existence du pays, de sorte que chaque loi doit être rédigée d'une façon assez claire et simple pour que son texte transcrit dans chaque idiome reste exempt de toute ambiguité et qu'aucune imprécision ne vienne obscurcir la pensée unique qui doit s'exprimer sous trois formes différentes. Les vingt-cinq corps judiciaires qui doivent appliquer les lois, tant cantonales que fédérales, sont loin de posséder une préparation uniforme et diffèrent infiniment quant à leur recrutement, leur composition, leur organisation et leur champ d'activité. Les juges sont très souvent élus par le peuple et une préparation juridique n'est pas légalement exigée, pas même pour les magistrats fédéraux (2) qui n'en sont pas moins choisis parmi les premiers juristes de la nation. Cette magistrature populaire, née de la démocratie, devait appliquer des législations de valeur scientifique très inégale, les unes modernes, les autres primitives, et l'on comprend pourquoi le rédacteur du Code civil a eu principalement en vue l'élaboration d'une loi éminemment pratique, accessible à tous les citoyens et de laquelle soient bannis dans la plus grande mesure les termes techniques.

« Ce qui se conçoit bien doit pouvoir s'énoncer clairement et en termes usuels », telle est la règle d'or dont devrait s'inspirer toute assemblée législative. Ce n'est malheureusement pas toujours le cas et il est curieux de constater combien rapidement le droit d'origine surtout

---

(1) Le droit international privé de la Suisse est contenu dans la loi fédérale du 25 juin 1891, mise au point par ce Titre final.

(2) L'article 2 de la Loi sur l'Organisation judiciaire fédérale dispose que — « Peut être nommé au Tribunal Fédéral tout citoyen éligible au Conseil National ».

populaire tend, une fois formulé, à devenir une science ésotérique dont la connaissance n'est plus que l'apanage d'un petit nombre d'initiés. C'est le besoin de simplifier, d'unifier qui inspira déjà à Justinien le désir d'opérer la revision du Droit qui, évolué de quelques règles limpides était devenu la science la plus compliquée de l'antiquité. C'est la même nécessité qui provoqua au Moyen-Age la rédaction des coutumes (1) à laquelle les rois ont présidé obligeant les légistes à exprimer leurs pensées dans une langue connue de tous. Continuant cette tradition, le Premier Consul participa à l'élaboration du Code civil et son génie essentiellement réaliste insatiable de clarté, lui donna l'envergure d'un chef-d'œuvre insurpassé.

En Suisse, le peuple (2) intervint lui-même dans la rédaction de la loi qu'il allait se donner et le codificateur pénétré de cette vérité essentielle proclamée par les rédacteurs du Code français dans leurs « Discours préliminaires » : « Les lois ne sont pas de purs actes de puissances ... les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois », s'est efforcé de rester en contact étroit avec la conscience populaire, seule vraie source du Droit, source intarissable dans laquelle s'ébauchent déjà les normes de demain ainsi que l'a senti Portalis lorsqu'il s'est écrié : « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais, ils agissent toujours, et ce mouvement qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelques combinaisons nouvelles, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau ». Et il aurait pu ajouter : « qui entreront dans le Droit par la Jurisprudence, puis inspireront les législateurs ».

En définitive, le style du C. c. s. se rapproche beaucoup plus de celui du Code Napoléon que de la langue du Code civil allemand auquel une technique rigoureuse, des renvois sans nombre et une logique trop implacable ont donné le caractère impopulaire d'un code de professeurs pour professeurs.

---

(1) Charles VII ordonna en 1453 par l'ordonnance de Montil-les Tours (article 125) la rédaction des coutumes afin d'éviter les abus monstrueux qui résultaient de l'incertitude et de la variété des droits coutumiers lorsque les appellations devinrent fréquentes.

(2) Le peuple suisse a participé à la rédaction de son code en remplissant des questionnaires, en présentant des vœux, en discutant le projet aux Chambres par l'intermédiaire de ses représentants. Lorsque celles-ci l'eurent accepté à l'unanimité le 10 décembre 1907, le code fut imprimé à plus de 800 000 exemplaires dans les trois langues nationales et gratuitement distribué à tous les électeurs qui l'ont tacitement ratifié en laissant expirer le délai de référendum. Définitivement adopté, il fut publié dans la Feuille Fédéralè et entra en vigueur le 1er janvier 1912.

IV

Il n'est pas de code qui ne reflète la pensée philosophique dont les événements, les tendances qui ont entraîné son apparition ont été imprégnés. Les codes modernes portent en eux l'empreinte du besoin qui les a inspirés, car, issus du désir profond des peuples, appelés à guider leur vie, ils sont marqués du sceau de l'idéal qui a animé leurs auteurs. Les principes sont la forme commode dans laquelle s'expriment et se condensent les grandes réalités économiques ou sociales, souvent après avoir été le cri de révolte d'une collectivité comprimée dans ses aspirations ou contrariée dans l'essor naturel de son développement. Toute codification nationale contient donc la pensée éclose à la suite du long et parfois douloureux travail de gestation qui précède chaque étape de l'évolution du Droit. L'examen des bases du Code civil suisse et du Code Napoléon doit nous révéler dans leurs similitudes et leurs divergences les causes profondes qui les ont engendrées.

Chacun connaît la lamentable situation réservée à l'immense majorité du peuple français avant la Révolution. Ce tiers état, les dix-neuf vingtièmes de la nation, à la fois tout et rien comme le proclamait Sieyès à l'aube de la Révolution, gémissait dans une misère dont nos crises économiques ne donnent qu'une pâle idée, ployé sous le faix des charges féodales auxquelles le développement du pouvoir royal avait simplement ajouté des impôts nouveaux (1). Toutes ces charges étaient imprescriptibles et irrachetables, et le paysan souvent obligé de passer sa vie entière au même endroit, « attaché à la glèbe » en vertu de l'odieux droit de mainmorte, poussé à bout, prit conscience du formidable déséquilibre social dont il était la victime et osa entrevoir le jour où libre, il pourrait vivre sur une terre enfin sienne. De leur côté, les écrivains, les théoriciens, Rousseau, les encyclopédistes, Voltaire et les physiocrates jetèrent des lueurs fulgurantes dans ces ténèbres et bientôt se déchaîna l'orage de la Révolution qui devait amonceler les ruines, mais laisser une atmosphère limpide au sein de laquelle allait s'édifier le nouvel édifice social dont le Code civil allait être la charpente. Charpente dont les matériaux n'étaient certes pas neufs, mais d'autant plus solides qu'ils étaient forgés par un usage millénaire et reposaient sur des fondements nouveaux : la nuit du 4 août 1789 au cours

---

(1) Voici quelques unes de ces charges aussi variées dans leurs appellations que dans leurs origines ; cens, champart, lods et ventes, banalités diverses, droits de péage, de halle, de mesurage etc., les dîmes tant ecclésiastiques que laïques, les corvées tant royales que seigneuriales, les droits dit indus représentés par les amendes vexatoires que les seigneurs se permettaient du fait de leur situation, etc. La noblesse endettée alla jusqu'à faire rechercher par les feudistes les vieux droits féodaux tombés en désuétude et en remit plusieurs en vigueur. On calcule que le paysan devait sacrifier à cette fiscalité inouie les 70-80% de sa récolte brute.

de laquelle sombra le régime féodal (1), la déclaration des Droits de l'Homme, le morcellement et la vente des grandes propriétés (2) foncières devenues les « biens nationaux ».

La grande voix de la liberté au son de laquelle s'est déroulée la Révolution vibre au travers du Code civil qui consacre le triomphe juridique de l'individu sur la classe ou la caste et proclame l'égalité devant la loi. Il exprime ainsi le sentiment que ressent chaque être humain dès qu'il constate son appartenance à l'espèce et que des siècles de tyrannie, d'ignorance et de subtile interprétation des textes religieux s'étaient efforcés d'atrophier et d'étouffer au bénéfice exclusif de quelques uns. C'est afin de sauvegarder ces grandes conquêtes que sur un autre plan le Code civil s'est efforcé d'écarter en matière de propriété tout ce qui était susceptible de rappeler l'ancien régime. Reconnaissant ainsi implicitement l'influence prépondérante des contingences économiques sur l'évolution du Droit, il insiste sur l'inviolabilité du droit de propriété tout au long des nombreuses dispositions qui traitent de ce droit. Puis, s'opposant violemment à l'insécurité de l'ancien régime, le Code civil affirme le principe de l'intangibilité des conventions légalement formées d'une façon qui ne saurait être plus absolue puisqu'il les assimile à la loi (art. 1134), sanctionnant du même coup la liberté qui s'exprime par la pleine autonomie de la volonté des parties, dont l'énoncé doit être respecté à l'instar d'un texte légal. Il met cependant une barrière à cette autonomie, précisément afin de la protéger et éviter que s'appuyant sur cette liberté qu'il garantit, un retour aux institutions féodales puisse se produire. C'est ainsi qu'il dispose à l'article 1780 que nul ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. C'est enfin la même préoccupation qui l'a animé d'une hostilité marquée à l'égard de l'association, estimant que tout groupement s'interposant entre l'Etat et l'individu réduit la liberté de ce dernier et rompt l'égalité de chacun envers tous.

Le Code civil suisse, quoique né dans d'autres circonstances n'en est pas moins imprégné des mêmes principes fondamentaux, transformés, adoucis par un siècle de progrès et complété dans le sens des aspirations particulières à la nation suisse qui se superposent aux grandes conquêtes de la Révolution.

Issu non pas d'une révolution, mais d'une évolution, mûri dans la liberté et représentant la synthèse de législations diverses, mais librement acceptées par la grande majorité de ceux auxquels elles s'appliquaient, le Code civil suisse devait être avant tout empreint de liberté.

---

(1) C'est la loi du 27 juillet 1793 qui consacra définitivement la suppression des droits féodaux. Les titres les constatant ou les incorporant furent solennellement brûlés.

(2) C'étaient le domaine royal, les biens ecclésiastiques et les propriétés des émigrés.

Non pas d'une liberté aux manifestations intransigeantes et farouches, mais plutôt d'une libéralité qui n'a plus besoin de s'imposer, qui apparaît comme la suite normale et inévitable d'une situation dont l'origine s'efface dans la brume des temps (1). En effet, si le Code Napoléon repose sur le soubresaut d'un peuple qui a brutalement rompu la domination d'une minorité, réalisant enfin l'équilibre qui s'exprime par la nation d'égalité juridique, le Code civil suisse est dû au profond besoin d'unification dont l'expression initiale se trouve dans les transformations du droit public (2) puis pénètre dans les constitutions helvétiques et se répand enfin dans le domaine jusqu'ici strictement particulariste du droit privé. Comme nous l'avons dit, les liens politiques tout d'abord extrêmement lâches et ténus qui unissaient les divers Etats, se sont peu à peu reserrés jusqu'à former l'Etat fédératif fortement intégré qu'est la Suisse d'aujourd'hui. La vie interne de ces Etats n'a évidemment suivi que très lentement cette tendance qui emportait la Confédération vers l'union de plus en plus étroite de ses membres, devenue indispensable en présence de l'incertitude et des voltes-faces de la politique des grands Etats vis-à-vis d'elle. Ce n'est par contre que sous la pression de la civilisation, des nécessités économiques et sociales, qu'une à une les diversités juridiques intérieures se sont aplanies et que se réalise l'uniformité législative dont le C. c. s. n'est qu'une des grandes étapes (3).

« La liberté politique aura pour corollaire la liberté civile » a affirmé le codificateur Eugène Huber dans l'exposé des motifs présenté au Conseil Fédéral Suisse à l'appui du projet. Cette grande idée peut être inscrite en lettres d'or au fronton de son œuvre, car elle l'a toujours guidé et lui a permis d'écarter tout ce qui, dans les diverses législations où il a puisé les matériaux du C. c. s., était le produit du droit étroit issu des corporations. C'est ainsi qu'il étend la liberté de tester, donne libre choix entre plusieurs formes de sûretés réelles, prévoit la liberté du contrat de mariage pendant toute la durée de l'union conjugale. Mais la même préoccupation qui se révèle chez les rédacteurs du Code Napoléon, se retrouve dans le Code civil suisse qui exige pour

---

(1) Des recherches récentes ont en effet démontré que le pacte du 1er août 1291, habituellement envisagé comme l'acte de naissance de la Confédération Suisse n'est que le renouvellement d'alliances plus anciennes conclues en vue du même but: défendre une liberté qui remonte à l'époque des grandes invasions.

(2) Il s'agit plutôt de droit international public, puisque les actuels cantons suisses étaient pour la plupart des Etats souverains reliés uniquement par des alliances.

(3) Actuellement le droit pénal n'est pas unifié de sorte que 25 codes pénaux régissent les quelque 4 millions d'individus composant la population suisse. Il en est de même de la procédure civile et pénale, de l'organisation judiciaire, etc. La lutte se poursuit toujours ardente entre le cantonalisme et l'unitarisme qui arrache bribe par bribe les éléments de la souveraineté cantonale.

les actes dont la portée est la plus lointaine et les conséquences les plus difficiles à envisager, un formalisme restreint destiné à empêcher qu'au nom de la liberté se commettent des abus. Des mesures de publicité soigneusement réglementées assurent enfin aux parties et aux tiers cette sécurité essentielle et ce sentiment de l'ordre indispensable au développement d'une collectivité.

Un autre aspect du C. c. s. réside dans la manière très efficace avec laquelle il sanctionne la bonne foi. Il fait de celle-ci un principe général qui, allié à la notion d'abus de droit et de lésion, constitue un élément de haute moralité qui empreint tout le droit suisse. L'article 2 dispose que « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi » et que « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ». L'article 21 du livre des obligations prévoit « qu'en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contreprestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gène, de sa légèreté ou de son inexpérience. Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat ». Ces dispositions dont la première est impérative acquièrent toute leur importance lorsque l'on sait que le juge suisse doit statuer librement, ce qui lui permet d'apprécier si la conduite des parties est conforme à cette honnêteté fondamentale qui est l'armature d'un corps social et dont l'absence est le prélude de la décadence. Celle-ci est en effet toujours précédée d'un état psychologique qui se caractérise par la perte de l'intérêt que trouve chacun à rester honnête, dès que la probité n'est plus convenablement protégée.

V

Le titre préliminaire par lequel s'ouvre le Code civil suisse représente comme dans le Code Napoléon une introduction générale déterminant l'empire de la Loi. Son importance est primordiale, en fait, il marque de son empreinte toute l'œuvre législative qu'il introduit. Pour des raisons d'ordre historique, le Code civil suisse publié et promulgué en une seule fois n'a pas eu à se préoccuper des normes qui doivent être observées dans la mise en vigueur des lois (1). Il contient par contre des mêmes principes fondamentaux que le C. c. f., telle la disposition primordiale entre toutes par laquelle se trouve déterminée la tâche du Juge. La forme en diffère cependant, le législateur français, surtout soucieux d'éviter le renouvellement des abus qui ont flétri l'ancien ré-

(1) Ces questions étaient déjà réglées en Suisse par la Loi fédérale du 17 juin 1874 sur les votations populaires.

gime et d'assurer la stricte séparation des pouvoirs, enveloppe son injonction de la menace des sanctions du droit pénal. Le codificateur suisse résume contre dans l'article 1 de son code d'une façon aussi claire que complète l'ensemble des règles romaines (1) qui ont déjà déterminé depuis des siècles la manière dont le juge doit s'acquitter de son devoir.

Le Code civil suisse a en outre posé un principe général dans une matière qui, bien que du domaine de la procédure, ne se situe pas moins à la base de l'application de la loi par les tribunaux. En fait, de son intervention, dépend directement et en plus grande partie la substance qui, devenue relevante en droit, va subir l'examen du juge. Il s'agit de la Preuve. L'article 8 dispose que :

> « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue, pour en déduire son droit »

règle qui apparaît toute simple, comme dictée par le bon sens, mais dont l'absence n'en ferait pas moins dégénérer le système législatif le plus rationnel dans l'anarchie et l'arbitraire le plus complet. Le codificateur suisse en a eu à tel point conscience qu'il n'a pas craint de la graver en tête de la loi. Mais les Etats comme les individus se dégagent difficilement du passé, et tendent toujours à déformer ce qui est pour l'harmoniser avec ce qui fut, aussi le rédacteur du Code civil suisse a-t-il en outre pris la précaution d'interdire aux cantons d'introduire dans leurs lois de procédure des formes qui auraient rendu vaine la simplicité dont il a revêtu l'administration de la preuve, évitant ainsi que les Etats de la Confédération s'appliquent à transformer le code dans le sens de leur ancienne législation civile et réduisant ainsi à néant l'effort d'unification qu'il représente.

Dans les chapitres qui suivront, nous mettrons très brièvement en relief quelques unes des similitudes et divergences des deux codes.

---

(1) L. 12 De Legibus : « Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi : sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui juridictioni preest ad similia procedere, atque ita jus dicere debet».

L. 38 et 39 : « Si de interpretatione legis quæretur, imprimis inspiciendum est quo jure civitas retro in ejus modi casibus usa fuisset ; optima enim est legum interpres consuetudo.

« Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere ».

« La loi régit toutes les manières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

« A 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.

« Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ».

VI

Le droit des personnes ne pouvait différer profondément dans deux codifications nées dans la liberté et la démocratie et si le Code civil suisse s'éloigne sur certains points du droit français, la cause en est dans l'évolution qui s'est accomplie au cours du siècle de progrès qui les sépare. On le constate de suite. Alors que le Code Napoléon divise les personnes en français et étrangers et s'efforce de régler minutieusement l'acquisition et la perte de la nationalité française (1), le Code civil suisse moins intransigeant, se borne à prévoir deux catégories fondamentales de personnes : les personnes physiques et les personnes morales. Le point de départ des deux droits est différent, l'un libéral confère à « toute personne » (2) la jouissance des droits civils, l'autre part du principe que les avantages contenus dans les lois qu'un peuple se donne ne doivent profiter qu'à lui et dispose que « Tout français jouira des droits civils ».

Le « nasciturus » est déjà sujet de droit dans les deux législations (3), pourvu qu'il naisse « viable » exige le C. c. f. (article 906), « vivant » se contente de prévoir le C. c. s. (article 31) qui avec le Code civil allemand abandonne la condition de vitalité inspirée par l'ancien droit. La mort physique (4) met aujourd'hui seule un terme à la jouissance des droits civils. Sur ce point, le droit suisse ennemi des fictions (5) a abandonné la théorie des comourants pour simplement admettre que : « lorsque plusieurs personnes sont mortes sans qu'il soit possible d'établir si l'une a survécu à l'autre, leur décès est présumé avoir eu lieu au même moment ». Les deux codes présentent par contre une analogie frappante dans leur réglementation d'une autre éventualité de la disparition des individus, l'absence. Le C. c. s. s'inspirant du Code Napoléon présente à ce sujet un ensemble de dispositions très heureuses que, pour être logique avec sa classification, il a dû scinder en deux parties, l'une figurant dans le droit des personnes, l'autre dans celui des successions. Le législateur suisse a raccourci les délais, simplifié la procédure, mettant ainsi en harmonie avec la vie moderne les principes du Code Napoléon, excellents par eux-mêmes, mais dont

---

(1) Actuellement régie par la loi du 10 août 1927.

(2) Le C. c. s. laisse à la législation fédérale et cantonale le soin d'établir les règles sur l'acquisition et la perte de la nationalité. (constitution féd. article 44 et lois de 1903, 1920).

(3) Droit romain : « infans conceptus jam pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur ».

(4) En France, la mort civile a, comme chacun le sait, subsisté jusqu'à la loi du 31 mai 1854.

(5) Il est clair qu'étant donné son origine et sa tâche, le C. c. s. s'est vu forcé de s'en tenir strictement aux faits, sous peine de devenir rapidement impopulaire dans les états habitués à d'autres conceptions que les siennes.

l'application se heurte aux exigences d'une époque où la recherche des solutions rapides est prédominante.

En dépit des vœux du Canton de Genève et de l'exemple du C. c. f., le législateur suisse a fixé l'instant auquel s'acquiert la plénitude de l'exercice des droits civils à 20 ans de façon à faire coïncider l'âge de la majorité avec celui qui correspond à l'acquisition des droits civiques et où naissent, pour le citoyen suisse, les obligations militaires. En outre, un autre élément, subjectif celui-ci, doit être présent pour que l'individu même majeur puisse exercer pleinement les droits que le code met à sa disposition, c'est la capacité de discernement. Celle-ci peut s'obscurcir par « maladie mentale, faiblesse d'esprit, ivresse ou autres causes semblables » (Article 16), formule plus conforme aux données de la science que « l'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur » du Code Napoléon qui a laissé aux tribunaux le soin d'en déterminer les caractéristiques. Les deux codes se rencontrent à nouveau dans la façon dont ils apprécient la capacité, ils examinent dans chaque cas déterminé l'existence de cette faculté de discernement alors que le Code civil allemand préfère l'apprécier in abstracto. (BGB parag. 104-115).

Sur un point, le C.c.s. dépasse le Code Napoléon, dont les auteurs n'ont pas prévu les difficultés et les entraînements de la vie moderne qui devaient exiger non seulement que la personnalité soit protégée envers autrui, mais encore envers elle-même. Dans cette zone encore inexplorée du Droit, le Code civil suisse a fait quelques pas en disposant que « nul ne peut même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils » et son corollaire : « nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs ». La jurisprudence a de plus posé le principe que les droits personnels d'un individu sont compromis si les bases mêmes de sa vie économique sont en jeu. On touche ici aux questions les plus brûlantes de notre siècle et il est compréhensible que dans l'apothéose de l'égalité devant la loi, les codificateurs français n'aient pas pressenti que les problèmes résolus par la Révolution dans leur aspect juridique, se poseraient un jour, même plus âpres, sur le plan économique.

Dans la détermination du domicile, ce complément essentiel de la personnalité juridique, le C.c.s. fait une synthèse des conceptions françaises et allemandes ; il emprunte au Code Napoléon les deux principes de continuité et de fixité qui découlent de la notion du principal établissement tel qu'il est prévu à l'article 102 et accueille l'élément subjectif d'intention qui inspire le droit allemand (1), et lui fait admettre la multiplication ou l'absence de domicile. La formule adoptée

(1) BGB parag. 7 et suivants.

par le C.c.s. : « Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir » théoriquement excellente s'embrume cependant d'obscurité au contact de la pratique et oblige le législateur d'établir un certain nombre d'exceptions, de présomptions qui consacrent en définitive la suprématie de la conception française.

VII

C'est la réglementation très soignée du droit de famille qui a valu en grande partie au C.c.s. l'honneur d'être adopté dans son intégralité par la Turquie. Le codificateur a su combiner avec un rare bonheur les exigences de l'individualisme et de la communauté familiale sans toutefois oublier de tenir compte de la base essentiellement biologique de cette institution qui plonge ses racines dans les tréfonds de la vie sociale et se place de ce fait au-dessus de toutes les autres. Dès que le législateur aborde les problèmes si complexes de l'organisation de la famille, sa prudence doit devenir infinie, il intervient dans un domaine où il n'est plus le maître absolu et au sein duquel ses actes peuvent se répercuter en des conséquences susceptibles d'ébranler dans ses fondements l'équilibre d'une collectivité.

L'influence de la Révolution et de la tradition a inspiré au Code Napoléon une combinaison entre l'unité sociale et économique fortement intégrée de la famille de l'ancien droit reposant sur les principes absolus d'une Eglise intransigeante et l'aspiration révolutionnaire, la liberté individuelle complète née de l'égalité. Il a péché par excès de rationalisme et l'expérience qui résulte de son application a démontré avec quelles précautions la loi doit intervenir dans une institution dont l'évolution se modèle principalement sur les transformations psychologiques que la civilisation détermine peu à peu chez les individus. Nulle part se révèle mieux ce phénomène que dans le sort réservé à l'enfant naturel qui, « créancier odieux » en France lors de la rédaction du Code civil, s'assimile aujourd'hui en Russie à l'enfant légitime (1). Entre ces deux extrêmes, se place la législation française actuelle, allemande (2) et suisse ; dans cette dernière, le père de l'enfant naturel a les mêmes obligations à l'égard de celui-ci que s'il était légitime et lui donne son nom. De son côté, la mère n'est plus sans armes, elle peut intenter aussi bien que l'enfant, l'action en paternité contre le père présumé et si sa demande est justifiée, elle a droit aux frais de couches, à l'entretien quatre semaines avant et après la naissance, aux dépenses

---

(1) URSS. loi sur le mariage de 1926 chap. 2 art. 25 : « Les droits réciproques des enfants et des parents reposent sur les liens du sang. Les enfants dont les parents ne sont pas mariés ont les mêmes droits que les enfants nés de personnes liées par le mariage ».

(2) En droit allemand, l'action en paternité n'est accordée qu'à l'enfant. La mère ne peut avoir la puissance paternelle sur celui-ci : BGB 1705-1740.

extraordinaires causées par la grossesse et l'accouchement, et finalement a une indemnité satisfactoire si la cohabitation a eu lieu alors qu'elle était mineure, si elle résulte d'un abus d'autorité ou d'un acte criminel. On est donc bien loin de l'ancien article 340 du Code Napoléon (1) abrogé en 1912, trop célèbre pour qu'il soit nécessaire de le commenter, mais inspiré au législateur français par le désir de protéger la famille légitime léguée par la tradition dont la stabilité aurait été compromise à tous points de vue par les revendications du bâtard ou de la fille-mère.

Fort caractéristique est également l'amélioration progressive apportée au sort de la femme mariée dont la sujétion a reçu le coup de grâce lors de la Guerre Mondiale et qui peu à peu au contact des difficultés de la vie s'élève au niveau de l'homme (2). Le Code civil suisse fait dépendre la capacité de l'épouse du régime matrimonial, le mari reste certainement le chef de la famille, mais il n'exerce pas sur son épouse la tutelle que prévoit le droit français. Cependant, si le législateur suisse a augmenté l'indépendance et les droits de la femme, il a du même coup amplifié ses devoirs et la responsabilité qui en découle contribue à intégrer une communauté familiale dans laquelle les conjoints, placés tous deux sur un pied d'égalité quasi complète, doivent chacun, dans la sphère que la loi ou les mœurs désignent à leur activité, contribuer au maintien et au bien-être de la famille.

Avec une rare compréhension, le codificateur suisse s'est rendu compte qu'il lui était impossible, dans une matière aussi délicate, d'intervenir utilement en amoncelant les règles, aussi a-t-il eu dans ce domaine, plus que dans tout autre, recours à la collaboration du juge. Rien n'illustre d'une façon plus puissante cette caractéristique du droit suisse que l'article 169 :

« Lorsqu'un des époux néglige ses devoirs de famille ou expose

---

(1) « La recherche de la paternité est interdite ... ».

(2) Les marges de ce travail sont évidemment trop étroites pour contenir un historique de l'émancipation de la femme qui est sur le point d'atteindre sa plénitude. A Rome, la femme mariée « cum manu » juridiquement assimilée à un enfant (Loco filiæ) se trouvait intégralement sous la puissance du « paterfamilias » qui, en sa qualité de chef avait aussi sur elle le droit de vie et de mort ; sa condition s'améliore cependant assez rapidement à mesure que la « potestas » du patriarche romain s'affaiblit. Chez les barbares, comme aux premiers temps de Rome, le rapt puis l'achat est à la base de l'union conjugale ; détail significatif, la loi salique désigne le mariage par les termes de : « uxorem emere » ou « feminam ducere ». A l'époque Carolingienne, on se préoccupe de l'opinion de l'intéressée et il devient un contrat entre les futurs conjoints, mais le consentement du père est nécessaire. L'accord des parents qu'exige encore le C.c.f. est une réminiscence lointaine de ces coutumes. Au Moyen-Age, la femme reste toujours sous le « mundium » d'un homme, père, mari ou fils, puis cette tutelle devient de moins en moins stricte. subsiste encore atténuée dans les Codes modernes et s'efface complètement dans le droit soviétique qui aux art. 7 à 16, chap. 1 loi sur le mariage de 1926, s'efforce de mettre la femme exactement dans la même situation juridique que l'homme.

son conjoint à péril, honte ou dommage, la partie lésée peut requérir l'intervention du juge ».

« Le juge cherche à ramener l'époux coupable à ses devoirs et, s'il n'y réussit pas, prend les mesures prévues par la loi pour sauvegarder les intérêts de l'union conjugale ».

Il est aisé de se représenter la difficulté d'une telle tâche, le tact et la délicatesse avec lesquels le juge doit ainsi intervenir dans l'intimité des familles. L'application de la loi n'exige plus de celui-ci des qualités de juriste, mais bien celles d'un psychologue habitué à scruter l'âme humaine dans ses replis les plus profonds, à découvrir les blessures qui s'y cachent et à leur porter remède. Cette disposition correspond au principe général que s'est efforcé de suivre le rédacteur du C.c.s., selon lequel tout intérêt doit être juridiquement protégé. Cependant, ce texte légal peut-être excellent par lui-même, et certainement d'une grande valeur pratique n'en évoque pas moins cet adage si vrai « tant vaut le juge, tant vaut la loi » et dénote l'esprit d'une législation servie par des magistrats dont l'intégrité et l'expérience doivent être l'indispensable complément.

Dans leur réglementation, les rédacteurs du C.c.s. ont eu en vue la constitution d'une famille solidement établie, non pas pour en faire l'instrument d'intérêts situés au delà de ses membres (1), mais bien pour servir avant tout les intérêts profondément individuels qui sont à sa base. Il s'est efforcé de faire de la collectivité familiale une union durable (2) au sein de laquelle doit se former la personnalité de l'enfant et du futur citoyen. L'enfant, comme l'a dit avec tant de raison Victor Hugo, est le père de l'homme, c'est donc aux sources mêmes des forces obscures et puissantes qui conditionnent la vie et le progrès d'une nation que le législateur suisse a su dans cette partie du Droit étendre son influence. Ainsi, conséquence nécessaire de tels principes, le juge doit, en cas de divorce des parents, confier la puissance paternelle au conjoint qu'il estime le plus capable de l'exercer. Il considère dès lors exclusivement l'intérêt de l'enfant, sans s'inquiéter du degré de culpabilité de l'époux auquel il le confie. C'est d'ailleurs la solution à laquelle arrive le Code Napoléon (art. 302) bien difficilement il est vrai, après avoir commis l'erreur de présumer l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, incapable d'assumer convenablement cette tâche. Cet excès de rationalisme aboutit simplement à convertir la garde des enfants en un moyen de châtiment dirigé contre l'époux coupable.

---

(1) Ce sont en général des préoccupations d'eugénisme, d'augmentation de la population qui ont inspiré certains législateurs actuels dans les mesures qu'ils ont prises en faveur de la famille, tout cela afin de servir une politique ou des buts à l'obtention desquels celle-ci n'est qu'un moyen.

(2) Le C.c.s. prévoit outre l'assistance entre descendants et ascendants, l'aide entre collatéraux, C. C. S. art. 328-329.

C'est animé du même esprit que le rédacteur du C.c.s. a organisé la tutelle avec un soin qui a désarmé les critiques les plus inexorables ; destinée à suppléer le plus possible à la protection paternelle, il était logique que sa réglementation soit aussi impeccable que celle de l'institution qu'elle est destinée à remplacer. L'autorité impartiale et sereine de l'Etat exprimée par deux autorités de surveillance qui se superposent hiérarchiquement (1) se substitue aux discussions intéressées des conseils de famille du droit français et sauvegardent, en engageant la responsabilité personnelle de leurs membres et subsidiairement celle de l'Etat, l'intérêt exclusif du pupille dont le tuteur « gère les biens en administrateur diligent ». (Cette formule exprime en termes heureux la pensée contenue dans la notion de « bon père de famille » que le C.c.f. a emprunté au droit romain.) Bien insuffisant s'avère en effet le timide essai de contrôle que le Code Napoléon tente en faisant présider son conseil de famille par un juge de paix désabusé et somnolent dont la voix délibérative et départageante est bien impuissante à défendre énergiquement le patrimoine du pupille. Cette intervention de l'Etat dans un domaine qui paraît strictement privé s'explique par ce souci d'assurer de la manière la plus parfaite la protection des intérêts du mineur.

Cette protection s'étend même à l'enfant au sein de la famille dans laquelle les autorités tutélaires peuvent intervenir et enlever à des parents dégénérés ou indignes cette puissance paternelle dont ils avilissent la haute signification. L'article 285 dispose que :

« Les père et mère incapables d'exercer la puissance paternelle ou frappés d'interdiction, ou coupables de graves abus d'autorité ou de négligence grave, sont déclarés déchus de leur droit par l'autorité compétente ».

« Si le père et la mère sont déchus de la puissance paternelle, un tuteur est nommé à l'enfant ».

« Les effets de la déchéance s'étendent aux enfants nés après qu'elle a été prononcée ».

Profond psychologue, le législateur suisse va encore plus loin dans cette voie et perçoit avec un sens des réalités surprenant les désavantages qui peuvent résulter pour l'enfant du remariage du père ou de la mère qui, ensuite du décès de l'un des conjoints ou de leur divorce, exerce la puissance paternelle. Il prescrit à l'article 286 que :

« Lorsque les circonstances l'exigent, un tuteur est nommé à l'enfant dont le père ou la mère, investi de la puissance paternelle, contracte un nouveau mariage »

quitte à investir à nouveau « d'office ou à sa demande » l'époux détenteur de la puissance paternelle dans l'exercice de celle-ci, dès que la

---

(1) L'autorité tutélaire et l'autorité de surveillance C.c.s. art. 361.

cause de déchéance a disparu.

Ces dispositions du Code civil suisse se caractérisent par un individualisme élevé, épuré de l'élément matériel qui le fait dégénérer en un froid égoïsme, elle représente un pas de plus dans la voie suivie par le Code civil français après avoir adapté aux nécessités actuelles et à l'esprit de la nation suisse l'inspiration que le C.c.s. a puisée dans la pensée latine.

VIII

Un fossé semble s'être creusé dans le droit des successions entre le Code civil suisse qui adopte le système germanique des parentèles (1) pour déterminer l'ordre des successibles et le Code Napoléon qui s'est rallié avec les droits néo-latins au système des classes.

Et cependant, les divergences sensibles que présentent les deux codes dans leur réglementation de ce droit ne violent pas l'unité qui est à leur base, et dont la cause profonde réside dans la démocratie. C'est l'incompréhension de l'influence puissante qu'elle a exercée sur le droit civil qui faisait déjà dire à Lord Castlereagh au Congrès de Vienne que le code se chargerait bien de détruire la France. C'est une même analyse superficielle et partiale qui a déclenché contre le Droit des successions du Code Napoléon les critiques les plus acerbes et les discussions les plus passionnées. Ce sont les bases mêmes du régime successoral qui ont été ainsi attaquées : l'égalité des partages, la restriction apportée à la liberté de tester. Attaques aussi violentes qu'imméritées, car dans ce domaine comme dans tant d'autres, le Code Napoléon s'est placé à distance égale entre la réaction et la révolution. Il a couronné la tendance prérévolutionnaire qui, sous la poussée des besoins économiques, avait déjà réduit peu à peu les privilèges (2). Il s'est cependant écarté des législations révolutionnaires dont l'extravagance s'exprime dans le fameux décret du 17 Nivôse an 2 que cinq autres décrets s'empressèrent de corriger (3). L'ambition des rédacteurs du Code Napoléon fut d'établir l'égalité entre les co-héritiers et d'organiser une dévolution ab intestat d'un caractère plutôt individualiste que familial. C'est la raison pour laquelle ils ont définitivement

---

(1) La parentèle est un ensemble de personnes composé d'un ascendant et de tous ses descendants.

(2) L'influence de Jefferson, l'auteur de la déclaration des droits par laquelle débute la constitution américaine, fut prépondérante au début de la Révolution dans un domaine où Montesquieu (Esprit des Lois, Livre V, chap. 8), Rousseau (Discours sur l'inégalité parmi les hommes), Voltaire (Diction. philosophique) s'étaient déjà faits les interprètes du sentiment général en critiquant les privilèges.

(3) Décrets du 5 Floréal, an III, du 9 Fructidor an III, 3 Vendémiaire an IV, 18 Pluviôse an V, 4 Germinal an VIII.

supprimé les privilèges, consacré l'unité de la succession et restreint la quotité disponible, évitant de la sorte qu'à l'abri de la loi se reforme la grande propriété foncière d'où surgit rapidement une aristocratie d'argent qui s'efforce toujours de briser l'équilibre de la démocratie. Et, quoiqu'on en dise, l'égalité juridique n'est qu'une illusion si elle s'accompagne d'une inégalité économique trop accentuée.

La notion de succession procède d'un phénomène biologique auquel nul ne peut échapper et qui existe dès l'aurore de l'humanité. Plus que n'importe quelle autre réglementation des biens, l'étendue de son application conditionne l'évolution économique d'un régime, d'un peuple et d'une civilisation. Il est dès lors aisé de comprendre pourquoi à certaines époques cette partie du C.c.f. fut attaquée avec un acharnement sans égal.

L'idéal du Code Napoléon a inspiré à son tour le Droit des successions du Code civil suisse dont l'éminent rédacteur Eugène Huber a clairement exprimé les trois tâches principales : assurer la paix entre les générations successives, raison d'être de ce droit ; conserver les biens du défunt et en assurer la circulation, et finalement établir un plan de répartition entre les générations. Le législateur fédéral a adopté le système des parentèles pour déterminer l'ordre des héritiers du sang d'accord avec la grande majorité des législations cantonales et même sur la recommandation d'Etats dont la loi s'inspirait du système français des classes d'héritiers. Parmi les avantages qu'il représente se trouvent l'élimination de l'influence due au hasard des décès sur le résultat final de la dévolution (1) et la faveur accordée aux plus jeunes générations. Il a par contre le défaut d'accorder une prédominance absolue aux parents s'ils se trouvent en concurrence avec les frères et sœurs du défunt.

A l'instar du droit français (article 724), le droit suisse s'est rallié à la conception germanique de l'acquisition de la succession, acquise de plein droit aux héritiers dès son ouverture. Les codes modernes ont ainsi abandonné le système romain si en vogue à la fin du Moyen-Age qui exigeait l'investissement des héritiers par acte de l'autorité publique, laissant ainsi un certain temps la succession sans maître,

---

(1) Le rédacteur du C.c.s. pensait faire figurer au nombre des dispositions du livre des Successions le texte suivant destiné à décrire le système des parentèles :

« Pour déterminer les droits des héritiers du sang à la succession, il faudra toujours supposer que, du défunt aux héritiers venant à la succession, celle-ci a été partagée entre tous les membres et toutes les souches intermédiaires et prédécédés ».

« En conséquence, les ascendants du défunt se partagent la succession entre les lignes paternelles et maternelles, et dans ces lignes entre la parentèle du grand père et de la grand'mère ; les ascendants prédécédés sont représentés par leurs descendants, lesquels, de même que les descendants du défunt, succèdent par souche ».

pour en revenir à la fameuse maxime « le mort saisit le vif, son hoir le plus proche habile à succéder ». Ils gardent cependant la faculté romaine de répudier la succession dans un délai donné.

Mais si les héritiers, soit légaux, soit institués, acquièrent la succession de la même façon, cela ne signifie pas que le législateur ne puisse intervenir dans la répartition des biens qui composent le patrimoine du défunt. Dans cette voie, le C.c.s. va infiniment plus loin que le C.c.f. dont l'article 832 se borne à recommander d'éviter « autant que possible » dans la composition et la formation des lots de diviser les exploitations. Il a tenu compte du caractère essentiellement agricole de la Suisse et a accompli la tâche que le législateur français a entrevue. Il règle avec un soin minutueux la succession des biens ruraux, s'efforçant d'éviter un morcellement à outrance de la terre. C'est ce juste milieu entre les latifundia et la division extrême du sol que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pu ou n'ont osé adopter, en considération de la Révolution encore si proche et par crainte de voir surgir à nouveau un régime abhorré. Le codificateur helvétique évoluant dans un cadre tout différent pouvait se permettre une solution moins rigide et mieux adaptée aux nécessités économiques et c'est à ce titre que ces dispositions du C.c.s. méritent d'être examinées plus en détail. L'intérêt qu'elles ont inspiré a d'ailleurs dépassé les bornes de la Suisse, l'éminent juriste Saleilles les a notamment commentées (1).

Le problème qu'il s'agissait de résoudre, consistait à unir d'une part les exigences de l'égalité entre les héritiers et d'autre part celles d'une saine économie agricole, en évitant le démembrement des propriétés foncières « en tant qu'elles constituent une unité économique ». La solution d'une question aussi délicate fait honneur à l'habileté du législateur suisse qui, évitant les dispositions impératives, a établi au choix des intéressés plusieurs possibilités, chacune correspondant à une éventualité pratique déterminée.

L'immeuble est estimé à sa valeur de rendement et attribué entièrement à l'héritier qui en fait la demande et qui objectivement paraît capable de se charger de l'entreprise. Cet héritier désintéresse évidemment ses cohéritiers dans la mesure où la valeur du fonds dépasse sa quote-part de l'ensemble de la succession. L'attribution du domaine est réglée d'ailleurs très souvent du vivant du disposant par

---

(1) Saleilles : « De la succession paysanne dans l'avant projet du C.c.s., Paru dans la « Réforme sociale » du 16 juillet 1902 et « le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse ». Paru dans la Revue Trimestrielle de Droit Civil 1909 p. 561 et ss.

Chéron : De la transmission intégrale des exploitations agricoles dans le droit suisse. Diss. Paris 1902.

acte successoral, acte testamentaire ou sous forme de legs, de sorte que c'est ce dernier lui-même qui veille à la conservation de son bien et l'a confié à celui qu'il juge le plus apte à le faire fructifier. Mais, à défaut d'une disposition pour cause de mort, la première et la plus simple des possibilités que nous venons d'exposer implique la réalisation de quatre conditions essentielles : l'une subjective, la volonté d'un héritier de se charger de l'exploitation et trois autres d'ordre objectif : la capacité d'en assumer la direction, les moyens financiers de parfaire la quote-part des autres cohéritiers si l'entreprise dépasse celle de l'attributaire et finalement la présence parmi tous les héritiers d'un d'entre eux et d'un seul qui réunisse les trois conditions précédentes. Si tel n'est pas le cas, il se produit des compétitions et des oppositions et il appartient alors à l'autorité de décider de l'attribution et éventuellement de la vente en bloc du domaine, toujours en vue d'en éviter le morcellement. Ce n'est qu'à la dernière extrémité que le partage est prévu. Le C.c.s. donne en effet un droit de préférence aux héritiers qui s'applique tout d'abord aux fils du défunt qui expriment le désir de faire valoir l'exploitation, puis si aucun ne l'invoque, aux filles et à leurs maris à condition qu'ils soient capables de la diriger. De la sorte et avec l'aide des mesures qui vont être exposées plus bas, il est rare que le domaine ne reste pas dans la famille du de cujus. L'héritier auquel l'entreprise est attribuée risque cependant de se trouver dans une situation défavorable si, comme c'est ordinairement le cas, il se trouve dépourvu des moyens financiers qui pourraient lui permettre d'assurer le développement d'un bien foncier souvent déjà grevé de charges diverses et peut-être même engagé pour plus des trois quarts de sa valeur. Le législateur estime avec raison que cette situation est pour lui sans issue et la solution qu'il a donnée au problème qui se pose dès lors et qui consiste d'une part à protéger l'attributaire et d'autre part à sauvegarder les droits des autres cohéritiers, se révèle aussi équitable qu'ingénieuse. Il considère tout d'abord que l'héritier qui va assumer la charge de diriger l'exploitation est objectivement désavantagé en comparaison des autres cohéritiers qui, dans le cas d'une succession active, n'ont qu'à recevoir la part qui leur échoit. Aussi lui accorde-t-il en compensation la possibilité d'exiger qu'il soit sursis au partage jusqu'à ce qu'il puisse liquider sa situation « sans grever ses biens à l'excès ». Cette réglementation risquerait néanmoins d'être extrêmement désavantageuse pour les autres héritiers qui pourraient se trouver longtemps privés du droit de disposer de leur part. Elle heurte aussi violemment le principe géant gravé à l'article 815 du Code Napoléon et reproduit à l'article 604 du C.c.s. et au-delà de celui-ci : l'égalité des héritiers. Le rédacteur du Code civil suisse a tourné la difficulté en permettant à chaque indivis de demander la dissolution de l'indivision, mais, pour ne pas détruire la faveur accordée à l'attributaire, il lui permet de délivrer au cohéritier qui

entend obtenir sa part une « lettre de rente successorale (1) » au taux ordinaire et non dénonçable pendant 10 ans pour l'excédent dès que le domaine est grevé au delà des trois quarts de sa valeur. De la sorte, la seule contrainte imposée au cohéritier consiste dans l'obligation d'accepter pour une partie de la somme qui lui revient un titre qu'il peut d'ailleurs facilement négocier du moment qu'il représente une créance rapportant un intérêt normal et pourvue de toutes les garanties désirables. Telle est la solution assurément élégante que le C.c.s. apporte au problème énoncé plus haut.

Après avoir réglé la succession ab intestat considérée comme la règle (2), le C.c.s. réglemente l'exception, la succession volontaire. Celle-ci évoque les discussions ardentes qui se sont élevées autour du C.c.f. à propos de la liberté de tester et du droit du conjoint survivant. La solution du Code Napoléon, en brutale opposition avec la liberté romaine dont jouissait le testateur dans le Midi (3), correspond logiquement à la suppression de toute inégalité dans la succession ab intestat, sans quoi les codificateurs auraient inévitablement détruit d'une main ce qu'ils avaient édifié de l'autre. Il n'est d'autre part pas impossible que dans ce domaine qui touche de si près aux problèmes économiques les plus fondamentaux, l'inspiration des rédacteurs du C.c.f. ait, sans qu'ils s'en soient doutés, trouvé sa source au delà du dogme de l'égalité juridique. Quoiqu'il en soit, le Code civil suisse s'est trouvé au devant d'une difficulté analogue, il a dû concilier d'une part, la suppression presqu'intégrale du droit de tester qui régnait dans les régions alémaniques et d'autre part la grande liberté testamentaire, héritage des droits romain et burgonde, qui existait en Suisse occidentale. Ici encore, le législateur devait s'efforcer d'établir un compromis entre ces deux tendances qui finalement se ramènent au conflit de la liberté et de la contrainte. Le C.c.s. fidèle à son principe s'est rapproché de la solution qui implique la plus grande liberté du disposant, sans toutefois porter atteinte aux intérêts bien compris des

---

(1) La lettre de rente est une créance érigée en charge foncière, c'est-à-dire que la responsabilité personnelle du propriétaire de l'immeuble qui en est grevé est exclue.

(2) La classification des différents modes de succession, soulève le problème de leur origine, une opinion qui paraît logique place la succession ab intestat en premier lieu (Codes civil suisse, français, belge, hollandais, italien, chilien, allemand, etc.) estimant qu'aux débuts de l'humanité actuelle régnait le communisme entre les membres de la famille, ce qui implique évidemment la succession ab intestat. Le testament aurait lentement évolué de la faculté qu'avaient les personnes sans héritiers de se désigner un successeur autre que le peuple qui devait par un acte symbolique, tel l'affatomie dans le droit franc ripuaire, le thinx chez les Lombards, renoncer à la succession.

(3) Le Midi de la France a hérité de la codification barbare la plus remarquable : le Bréviaire d'Alaric auquel fut substituée dès le 12e siècle la compilation de Justinien et le droit romain a régi cette partie de la France jusqu'à la Révolution.

proches héritiers, de la famille et du pays lui-même. Voici comment s'exprime l'exposé des motifs sur ce point :

« Pourquoi ne lui (il s'agit du testateur) serait-il pas permis de donner à sa fortune la destination qu'il juge la meilleure ? Au soir de sa vie, il sera armé d'un discernement suffisant pour prendre de sages mesures. On peut être certain qu'il fera usage de sa liberté de disposer au plus grand profit des siens, pour lesquels il a travaillé toute sa vie. Ce n'est pas sans motifs qu'il dérogera à l'ordre légal et substituera ses propres volontés aux règles subsidiaires du législateur. Ses dispositions auront pour base le sentiment du droit et de la morale, aussi bien et plus que l'attitude de celui qui s'en remet entièrement à la loi du soin de répartir son avoir ».

C'est ainsi qu'animé de mobiles d'un autre ordre, mais destinés à fondre deux tendances opposées, le C.c.s. se soit, dans sa solution, tout naturellement rapproché du Code Napoléon. Il laisse une réserve aux ascendants, aux descendants et aux collatéraux, mais cette dernière n'est que facultative, car les différents Etats étaient si divisés sur ce point que le législateur a pris le parti le plus sage, il l'a imposée dans la règle, mais a donné aux cantons le droit de la supprimer. Le droit suisse apporte en outre au régime français une modification économiquement et socialement très importante, il limite beaucoup plus que le Code Napoléon le nombre des successibles. Il ne va pas au delà de la parentèle des grands parents, n'accordant aux arrières grands parents et à défaut de ceux-ci, aux grands-oncles et grand'tantes du défunt qu'un droit d'usufruit.

Avant de dire quelques mots du droit du conjoint survivant et de l'Etat, relevons un caractère général du droit suisse des successions qui fait le pendant de ce qu'il a été décrit plus haut au sujet du droit de la famille. c'est l'intervention fréquente de l'Etat sous la forme d'une autorité judiciaire ou administrative. Cette incursion des pouvoirs publics qui se rencontre à chaque pas dans une matière privée par excellence se justifie par le désir d'assurer le respect des droits de chaque intéressé, y compris, si l'on peut s'exprimer ainsi, celui du défunt lui-même. dans un domaine où les fraudes sont si faciles à exécuter, si malaisées à découvrir et si lourdes de conséquences dommageables pour les lésés. Cette intervention de l'Etat qui apparaît à première vue comme arbitraire et déplacée. se révèle finalement inspirée par l'idéal d'égalité et de justice donné au monde par la Révolution Française.

Le droit suisse traite le conioint survivant beaucoup plus favorablement que le Code Napoléon dont la réglementation draconienne provient dit-on. de l'erreur commise au cours de la séance du Conseil d'Etat du 5 Nivôse. an XI. par Treilhard qui. ensuite d'une confusion. répondit à Malleville que le proiet avait pourvu au sort du conioint survivant. Jusqu'à la loi du 9 mars 1891, ce dernier n'avait droit à la

succession qu'en l'absence d'héritiers jusqu'au douzième degré et d'enfants naturels reconnus. Disposition en réalité logique et que la bévue de Treilhard ne saurait seule expliquer. En effet, du moment que l'époux survivant a des droits personnels en vertu du droit matrimonial sur le patrimoine existant au décès de l'autre époux, il est normal de réduire son droit à la succession. Le C.c.s. a néanmoins suivi la tendance moderne et accorde au conjoint survivant en concours avec des descendants le choix entre l'usufruit de la moitié ou la propriété du quart de la succession. S'il se trouve en concurrence avec d'autres héritiers réservataires, son droit en usufruit ou en propriété augmente proportionnellement à leur éloignement du défunt (1). Il acquiert la succession entière s'il n'existe ni grands parents, ni postérité de ceux-ci.

A défaut de parents successibles ou de conjoint survivant, la succession passe dans sa totalité à un ultime héritier, l'Etat. Le C.c.s. s'est en effet rallié à la conception de l'Etat-héritier ainsi que l'a fait la jurisprudence française après avoir fondé ce droit du Fisc sur l'occupation d'un bien sans maître. Le problème de son intervention, de la justification de celle-ci et de l'évolution de la tendance qui prédomine actuellement dans ce domaine est un des plus intéressants de notre époque par son importance tant sociale qu'économique. Il apparaît comme un aspect du choc de l'individualisme et du collectivisme et se résout dans la question de savoir quand il est juste de clore la liste des personnes successibles (En France dès le 12e degré, en Suisse dès la 3e parentèle). La sentence fameuse de Montesquieu : « La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers (2) » laisse apercevoir la difficulté de la solution et l'ampleur de la discussion.

IX

La réglementation des droits réels et surtout du plus important d'entre eux, le droit de propriété joue un rôle décisif chez les peuples de civilisation européenne et influe profondément sur leur évolution. Les individus et sur un autre plan les Etats, ne brisent guère la paix dans laquelle doivent ordinairement se dérouler leurs rapports réciproques, si ce n'est pour défendre des intérêts d'ordre matériel. En fait, la nécessité ou le désir de conquérir des biens représente la trame dont est formé le tissu de l'Histoire, car c'est ordinairement d'un malaise économique que naissent les bouleversements politiques ou sociaux qui ébranlent les collectivités et changent la face du monde. Il est aisé

(1) Il en est actuellement de même en droit français grâce aux modifications apportées à l'article 767 C.c.f. par les lois de 1891, 1925 et 1930.

(2) *Esprit des lois*, livre XXXIV ch. 4.

dès lors de concevoir l'importance de la tâche qu'assume cette partie du Droit en déterminant, délimitant et protégeant le pouvoir que chacun peut exercer sur une parcelle de l'ensemble des biens. De là, l'abondance des règles impératives et strictes qui le caractérise et ne permettent plus guère au Juge de s'élever jusqu'à la création du Droit. Elles contrastent singulièrement avec la liberté qui anime le Droit des Obligations, elles n'en sont pas moins fondamentales, dominent et conditionnent l'existence de ce dernier qui n'en est plus que l'exsudat, la conséquence, l'aspect dynamique. Que l'on se représente un instant le fleuve des contrats cessant de couler, l'ordre n'en subsistera pas moins et les choses resteront sous la puissance de ceux que la loi désigne. Si, par contre, les droits réels s'effaçaient soudainement de nos codes, cette lacune béante engendrerait vite le chaos, le règne de la force, la négation du droit et la chute de l'humanité dans la barbarie des premiers âges.

En cette matière, le Code Napoléon ne pouvait que s'inspirer du droit romain qui consacre le caractère individuel de la propriété, trouvant ainsi dans la législation de Justinien un droit qui s'harmonisait pleinement avec l'idéal de la Révolution (1). Il l'a suivi plus étroitement dans ce domaine que partout ailleurs ; Grenier (2), l'orateur du Tribunat n'a du reste pas craint de l'affirmer tout haut : « Dans ce titre, plus que dans peut-être aucun autre, « disait-il », on remarque des traces de la législation romaine, parce que cette matière a été moins soumise aux mœurs et aux habitudes: on a dû en puiser les décisions dans l'équité naturelle, et le peuple romain est celui de tous, après tous, qui a su le mieux en déduire les principes ». Puis fidèles aux conceptions économiques du Moyen-Age, les rédacteurs du Code civil ont réservé toute leur sollicitude à la réglementation de la propriété immobilière, laissant de fâcheuses lacunes dans le droit des meubles considérés comme « vilis possessio ». Ce faisant, ils ont ignoré, eux pourtant si attentifs à la voix de la tradition, l'avertissement que leur donnait l'ancien droit qui, s'il exalte la propriété foncière, ne s'efforce pas moins de tenir compte de l'importance grandissante acquise par les biens mobiliers. Il emploie à cette fin toutes sortes de procédés dont le plus caractéristique et le plus efficace est la fiction de l'immobilisation. En outre, l'influence du droit romain et de la Révolution eut encore cette conséquence fâcheuse de voiler complètement aux yeux des codificateurs français l'aspect social du droit de propriété.

---

(1) La Révolution a affranchi la propriété du « dominium eminens » qui pesait si lourdement sur le « dominium utile ». Le poids en était d'autant plus intolérable que lorsque la féodalité eut perdu sa raison d'être, la distinction s'oublia. Dès le XVe siècle, le censitaire détenteur de la terre finit par s'en considérer le propriétaire grevé de charges, de redevances et de servitudes de toutes sortes.

(2) Locré, ed. de 1836, VIII, 209.

La tâche du législateur suisse s'est révélée particulièrement ardue dans ce domaine ; il s'est heurté à d'anciennes coutumes disparates et profondément ancrées dans les populations, dont les Etats de la Confédération, sauf une infime minorité (1) ont fait la base de leur législation moderne. Inutile de dire que cette adaptation s'est faite avec plus ou moins de succès et que bien des codificateurs se sont en définitive contentés d'imiter plus ou moins servilement les codes étrangers, surtout le Code Napoléon, le Code civil autrichien et le Code de Zürich. Certains Etats se sont même abstenus de légiférer d'une manière générale sur le droit des choses, laissant à la jurisprudence le soin de combler cette lacune. Unifier tout cela, telle devait être l'œuvre du C.c.s. et les mêmes problèmes que nous avons vu s'élever dans d'autres matières se sont posés ici encore plus complexes, car renverser des institutions séculaires, transformer des habitudes nées de pratiques suivies pendant des générations, produites par les conditions particulières du sol et son mode d'exploitation, risquait fort de compromettre le succès de la législation fédérale. Et cependant, le rédacteur du C.c.s. confiant dans les principes qu'il a adoptés n'a pas hésité à en éprouver la valeur au contact de cette pierre de touche, ils sont restés les guides fidèles qui ont illuminé sa route et lui ont permis de réaliser dans ce domaine encore le grand but qu'il s'est proposé : créer un code moderne et populaire dans lequel se reflète le tempérament et l'esprit du peuple suisse.

L'article 641 du C.c.s. prévoit que : « le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer dans les limites de la loi » et ce faisant ne fait guère qu'exprimer sous une forme plus concise la célèbre définition de l'article 544 du Code Napoléon : « 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 ». Les limites du droit de propriété ne sont par contre pas les mêmes dans les deux droits. Le Code Napoléon dispose que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous » (art. 552). alors que le C.c.s. qui reprend la même formule ajoute « dans toute la hauteur et la profondeur utile à son exercice » (art. 667) faisant ainsi appel à un critère relatif, l'utilité, pour en circonscrire l'ampleur. Cette règle laisse apercevoir la préoccupation profondément sociale qui l'a inspirée car, pourquoi accorder au propriétaire plus de droit qu'il en peut utiliser, entravant peut-être de ce fait, l'activité des autres individus, sans qu'il en résulte pour lui un avantage correspondant. Une législation qui réprouve l'abus de droit ne pouvait admettre une telle contradiction dans l'application des principes qui la guident. Il est superflu de s'attarder aux inconvénients qui résultent de l'absolu imposé par

(1) Cinq Etats : Genève, Bâle, Valais, Neuchatel et les Grisons.

la règle française. Accordant au propriétaire du sol le « cœlum » et les « infera », elle a dès 1810 donné naissance à une législation sur les mines essentiellement destinée à faire échec à ce droit de l'individu, assez puissant pour s'opposer à l'exploitation de richesses souterraines peut-être nécessaires à la vie et à la prospérité de tout un peuple. Aujourd'hui, le respect rigoureux de l'article 552 aboutirait en outre, tant absurde que cela puisse paraître, à paralyser l'aviation. Il est aisé de citer d'autres dispositions dans lesquelles se révèle le désir du législateur helvétique d'éviter que le droit de propriété ne soit un de ces éléments de déséquilibre qui, par les contrastes qu'ils provoquent, détruisent la cohésion qui fait la force d'une collectivité. Ainsi l'article 679 va plus loin que la responsabilité objective qui, en droit suisse, incombe au propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage, il prescrit que : « Celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit, peut actionner ce propriétaire pour qu'il remette les choses en l'état ou prenne des mesures en vue d'écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts ». Dans cet ordre d'idées, le Code suisse soucieux d'assurer à chacun la jouissance de son droit règle minutieusement la façon dont les propriétaires doivent se comporter entre eux. L'article 684 est à cet égard caractéristique : « Le propriétaire est tenu dans l'exercice de son droit, spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété du voisin ».

« Sont interdits en particulier les émissions de fumée ou de suie, les émanations incommodantes, les bruits, les trépidations qui ont un effet dommageable et qui excèdent les limites de la tolérance que se doivent les voisins eu égard à l'usage local, à la situation et à la nature des immeubles ».

Dans une mesure plus grande que le Code Napoléon, le Code civil suisse dégage la notion de devoir et de responsabilité que comporte le droit de propriété. C'est dans cet esprit qu'il apporte toutes les restrictions nécessaires à une saine exploitation du sol, restrictions qui sont souvent les vestiges de la mise en valeur commune du territoire rural et résultent de l'expérience de plusieurs siècles. Il en est de même du régime des sources et fontaines, question importante entre toutes dans les contrées agricoles, résolue de la façon la plus équitable et la plus conforme aux intérêts collectifs.

Le besoin de sécurité auquel les droits réels ont dû leur existence a déterminé le législateur suisse à abandonner le système français de la transcription et les divers systèmes d'homologation prévus par les législations cantonales en matière immobilière. Il a introduit le régime du registre foncier en s'inspirant du Code civil allemand qui lui-même reproduit les lois prussiennes de 1872. La pratique a définitivement démontré l'excellence de cette institution qui assure aux justiciables la sauvegarde presque parfaite de leurs droits, tout en facilitant beau-

coup les recherches qu'ils sont appelés à exécuter. Chaque immeuble est pourvu de son feuillet et les inscriptions qu'il contient étant constitutives des droits qu'elles indiquent, ce n'est plus qu'un jeu pour le moins expérimenté de se rendre compte de ce qu'est la situation juridique d'un fonds donné. Le registre foncier est censé être complet, exact et connu de tous, de sorte que la bonne foi des tiers ou des parties elles-mêmes, si elles ont pris la précaution de le consulter, ne peut être surprise. L'inscription a force probante et doit ordinairement coexister avec un titre juridique pour créer le droit réel, le Code civil suisse réalise ainsi la synthèse des droits français et allemand (1). L'armature d'une telle organisation doit évidemment présenter le maximum de garantie, faute de quoi son efficacité serait quasi nulle, aussi repose-t-elle sur la responsabilité directe de l'Etat qui bénéficie cependant d'un droit de recours contre ses fonctionnaires.

Outre les servitudes usuelles, le Code civil suisse a repris, mais sans grand succès, une institution qui a dominé tout le régime foncier du Moyen-Age ; les charges foncières (2). Le législateur s'est cependant efforcé d'éviter le renouvellement des abus qu'elles ont engendrés, il a disposé que « les prestations doivent être en corrélation avec l'économie du fonds grevé ou se rattacher aux besoins de l'exploitation du fonds dominant (3) » puis, pour éviter qu'une lacune dans la convention qui les crée ne les rende perpétuelles, la loi donne au débiteur le droit de les racheter après trente ans, même si une durée plus longue ou l'irrachetabilité avaient été stipulées.

Dans un domaine très proche, celui des gages immobiliers, le droit suisse donne le choix entre trois sortes de gage dont la portée économique est considérable, ils représentent en effet le moyen de « mobiliser » la valeur du sol et contribuent dans une très grande mesure à augmenter le volume de crédit. Ce sont l'Hypothèque, la Cédule Hypothécaire et la Lettre de rente. Ces trois institutions sont réglementées de façon à représenter dans leur ensemble une gradation qui va de la liberté complète des parties jusqu'à la détermination par l'Etat des principales modalités de la convention, afin que chaque justiciable puisse adopter la forme qui convient le mieux à ses aspirations. Ainsi en matière d'hypothèque, les contractants peuvent déterminer librement le montant pour lequel l'immeuble va être grevé et le taux de l'intérêt (4). Le droit suisse, suivant l'exemple du Code Na-

---

(1) En France, le droit réel est exclusivement constitué par le titre juridique. En Allemagne, ce n'est par contre que l'inscription qui le fait naître.

(2) Selon l'art. 782 : « la charge foncière assujettit envers un tiers le propriétaire actuel d'un fonds à certaines prestations pour lesquelles il n'est tenu que sur son immeuble ». Ce qui implique l'exclusion de toute responsabilité personnelle.

(3) Ainsi la fourniture d'électricité à une fabrique située sur le fond dominant.

(4) Sous réserve cependant des dispositions légales en matière d'usure.

poléon se rallie au principe de la spécialité du gage. Il ignore l'hypothèque judiciaire, mais connaît l'hypothèque légale, celle-ci est accordée au vendeur de l'immeuble en garantie de sa créance, aux indivis sur les immeubles de la communauté pour les créances résultant du partage et aux artisans et entrepreneurs qui ont collaboré à la construction d'un bâtiment, même s'ils ne sont pas en rapport contractuel direct avec le propriétaire. La Cédule hypothécaire, également constituée en garantie d'une créance personnelle est d'une négociabilité plus facile que l'hypothèque, le titre incorpore la créance et le débiteur ne peut valablement exciper de la nullité de celle-ci envers l'acquéreur de bonne foi. Le processus de mobilisation est d'autant plus accentué que ce titre peut être créé au porteur, son transfert n'exige aucune formalité, c'est en quelque sorte l'immeuble qui circule comme un bien mobilier, accompagné de la garantie subsidiaire représentée par l'ensemble de la fortune du débiteur qui n'est pas nécessairement le propriétaire de l'immeuble engagé. La lettre de rente réalise ensuite de la manière la plus complète et la plus heureuse l'idée moderne de la valeur mobilisée du sol. C'est une créance qui revêt la forme d'une charge foncière, de telle sorte que toute responsabilité personnelle est exclue. Elle permet au propriétaire de mettre ses immeubles dans le commerce et donne au capitaliste soucieux d'effectuer un placement sûr et de longue échéance, une excellente solution. L'autorité intervient dans sa création par l'estimation obligatoire de l'immeuble qui doit être grevé. Cette estimation est effectuée par des experts officiels et engage la responsabilité de l'Etat. La loi fixe en outre la portion de la valeur ainsi déterminée sur laquelle peut porter la lettre de rente et le législateur, tenant compte des divergences d'ordre économique qui existent entre les immeubles urbains et ruraux, établit encore pour chaque catégorie la façon dont se calcule la charge maximale susceptible de les grever.

Parmi les particularités du droit suisse, relevons pour mémoire et sans nous engager dans une discussion qui ne peut trouver place dans le cadre de cet exposé, que le Code civil suisse a adopté outre la copropriété du droit romain telle que l'a reproduite le droit français. la propriété en main commune d'origine germanique qui se trouve à la base de droit des sociétés sans personnalité et se distingue par ses avantages pratiques indiscutables. Une fois de plus, apparaît l'effort d'intégration et de synthèse qui caractérise toute la législation helvétique.

X

Et maintenant (1), dira peut-être le lecteur, qu'advient-il du Code

---

(1) Il ne sera pas traité du livre des Obligations qui, comme il a été décrit. a précédé le Code civil suisse. Du reste, comme tout droit des obligations, il ne diffère pas des principes du Droit Romain qui, en cette matière, se retrouvent dans toutes les législations modernes.

civil suisse qui représente le droit formulé il y a plus d'un quart de siècle ? La réponse à cette question déborde le cadre juridique dans lequel le problème semble se poser ; pour être exacte, elle devrait résumer le développement de la Nation suisse, étudié dans les aspects infiniment diversifiés de la vie. Dans l'immense faisceau des faits, s'aperçoivent des similitudes, liens d'abord ténus qui permettent à peine de distinguer un ensemble, puis s'accentuent, créent un tout homogène et forment la tendance dont le sillage se creusera bientôt dans le Droit. De même, des divergences se produisent peu à peu au sein des institutions, fentes à peine perceptibles qui s'élargissent, deviennent souvent des abîmes et finalement obligent les législateurs à modifier leurs classifications, abandonnant ce qui meurt, se préoccupant de ce qui naît, afin de dégager le Droit en puissance dans les actes sans nombre qui chaque jour témoignent de l'activité humaine.

Le Code civil suisse est encore trop jeune pour que ce processus l'ait déjà effleuré, en ait diminué la valeur, ou désagrégé l'unité. Il semble avoir hérité de la magnifique vitalité de son aîné, le Code Napoléon, et en avoir acquis le pouvoir d'adaptation presque sans limite. Les ressources qu'un législateur prudent a accumulées dans ses dispositions, une rédaction d'une rare limpidité permettront longtemps à la jurisprudence de l'adapter aux nécessités toujours plus complexes de notre époque, sans avoir besoin de recourir aux subtilités et aux subterfuges qui toujours précèdent la décadence des lois devenues insuffisantes. Les mêmes principes ont inspiré les deux codes, une législation deux fois millénaire, d'une portée universelle, forme la base sur laquelle ils sont édifiés. Il a appartenu au Code Napoléon d'en faire revivre les normes dans le monde moderne et d'imprimer dans le Droit les grandes conquêtes de la Révolution. Il a été donné au Code civil suisse d'être dans la chaîne des grandes codifications, l'anneau qui unit les législations germaniques et latines, réalisant ainsi une merveilleuse synthèse du Droit européen. Dans les limites étroites du territoire suisse où se coudoient les deux races du Vieux Monde, dont le choc a tant de fois fait tressaillir l'humanité, il a été un instrument de mutuelle compréhension et d'apaisement, montrant ainsi, et c'est là son plus grand mérite, l'union qui dans les circonstances les moins propices peut se réaliser sous l'influence d'une loi. Le Code civil suisse a enfin marqué le début d'une nouvelle étape dans l'évolution juridique, il a affirmé aussi les droits de l'individu, mais, plus que les codes qui l'ont précédé, il a imposé à celui-ci des devoirs correspondants envers la collectivité qui l'accueille, le protège et lui permet de jouir de ces droits et de les exercer. S'éloignant des utopies et des tendances extrêmes, il réalise ainsi la pensée de solidarité qu'implique la démocratie.

LE CODE CIVIL NÉERLANDAIS ET LE DROIT CIVIL FRANÇAIS

Rapport présenté par

M. M. H. WINKEL,

avocat au Barreau de Rotterdam.

I

Il y a autre chose qu'une simple coïncidence de nom si, comme au premier centenaire du Code civil, l'on s'est proposé, à l'occasion du quatrième centenaire de la découverte du Canada, de composer un aperçu général du domaine d'influence du droit français. En effet, le moment semble propice après trente années qui ont bouleversé le monde et pendant lesquelles la structure sociale a tant évolué, de se rendre compte de nouveau de quelle manière le droit a été influencé par cette période à la fois de destruction et de construction.

Commémorer un fait historique, cela ne veut pas dire seulement regarder en arrière, mais aussi penser au futur et, si nous célébrons les actes de Jacques Cartier et ses conséquences pour la culture française, nous fixons en même temps notre attention sur la perspective de ses manifestations dans l'avenir. Aussi, les Pays-Bas, nation appréciant profondément l'esprit français, savent-ils estimer à juste prix le fait de pouvoir contribuer à cette revue générale de l'influence juridique de la France, quelque insuffisant interprète de ses sentiments que soit l'auteur de cet article.

II

Il serait évidemment impossible de donner ici un exposé complet du droit civil néerlandais et de ses relations avec le droit français. Un tel exposé ne pourrait pas être limité à une comparaison textuelle des deux codes, mais il faudrait étudier également les anciens textes de droit en vigueur avant la codification tant en France qu'aux Pays-Bas et de cette façon seulement on pourrait apprécier les idées fondamentales qui ont influencé la législation actuelle.

Puis, il serait nécessaire de décrire l'élaboration du texte primitif telle qu'elle pourrait être déduite des discussions dans les commissions de rédaction et dans les assemblées législatives. On devrait également expliquer les modifications ultérieures dans les textes primitifs, leurs causes et leurs conséquences. Enfin, et ce ne serait pas la partie la moins importante, il faudrait examiner l'influence de la codification sur la science du droit, les commentaires et les monographies auxquelles elle donna naissance, ainsi que la réalisation pratique des deux

codes, c'est à dire la jurisprudence.

Alors il apparaîtrait qu'une comparaison entre deux législations même très analogues, comme c'est le cas ici, n'est pas si simple qu'il semble au premier abord. « Si duo faciunt idem, non est idem » est un proverbe qui s'applique particulièrement à la sphère du droit : l'explication en est, selon nous, que l'interprétation d'un texte identique peut être tout à fait différente dans l'un ou dans l'autre pays. Sans vouloir analyser ici tous les éléments constitutifs de l'interprétation en général on peut, en ce qui concerne la divergence de l'interprétation française et néerlandaise de textes littéralement identiques, soulever comme une des causes (1), l'influence scientifique allemande sur la conception dogmatique de maintes institutions du droit civil néerlandais, comme celle de la causalité, de la preuve, etc.

Une autre raison de la divergence c'est que dans les Pays-Bas on attache depuis longtemps une très grande valeur à l'évolution historique des différents articles, qu'ils soient d'origine française ou néerlandaise, de sorte que parfois l'histoire d'un article du Code civil français correspondant tout à fait à l'article du Code civil néerlandais fut étudiée plus tôt aux Pays-Bas qu'en France, par exemple l'article 1122 ou l'article 1184 du Code civil français, identiques aux articles 1354 et 1302 du Code civil néerlandais. La méthode exégétique voulant expliquer la loi par la loi, quoiqu'elle fût représentée aux Pays-Bas par des commentaires très influents comme ceux de Diephuis et d'Opzoomer (2), n'empêcha pas que la méthode historique ne tardât pas à être employée (3), ce qui entraînait entre autres une étude minutieuse des sources de droit français qui avaient précédé le Code civil français.

III

Ayant écarté les problèmes désignés dans le paragraphe précédent il nous faut dire quelle sera la méthode adoptée par nous dans cet article pour esquisser les points sur lesquels le Code civil néerlandais diffère du Code civil français. Etant donné le caractère de ce livre qui, à ce qu'il nous semble, est en quelque sorte une suite au livre du cen-

---

(1) Comp. sur cette question l'article de M. le professeur E. M. Meyers : Uitlegging en tœpassing in Nederland van aan de Code civil ontleende westsvoorschriften. Medeleelingen der Koninklyke Academie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, deel 74, Serie B., No. 5. Amsterdam 1932.

(2) G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlyk Recht. 13 tomes 1868-1890, 2me édition, C. W. Opzoomer, Het Burgerlyk Wetbœk verklaard. 1865-1887.

(3) J. de Bosch Kemper. Gedachten over beoefening en tœpassing der aanstaande Nederlandsche wetgeving, Amsterdam 1838. de Wal, Oratio de detrimento, quod neglectum historicum iuris nostri studium patriæ disciplinaeque attulit ; Or. Acad. L. B. 1852, Fruin (J. A.) Redevœring over het nut der geschiedkundige beœfening van het Fransche regt voor de wetenschappelyke verklaring onzer burgerlyke wetgving. Or. Inaug 1859.

tenaire (1) et passe de nouveau en revue les différents champs d'action du Code civil français, nous exposerons d'abord brièvement, tout en nous référant à l'article dans le livre précité qui traite d'une façon si éminente du droit civil néerlandais (2), l'histoire du Code civil, tandis que dans les paragraphes suivants nous examinerons successivement les matières principales du Code civil indiquant les différences entre le texte primitif et celui du Code civil français (3) ainsi que les modifications postérieures.

Dans cet exposé nous insisterons spécialement sur l'évolution du Code civil depuis 1904, non seulement parce qu'il serait superflu de répéter ici tout le contenu de l'article clair et précis dans le livre du centenaire, mais aussi parce que la transformation du droit civil a été très radicale depuis cette année 1904. Un seul fait fera ressortir la justesse de cette remarque: dans les soixante-sept années écoulées depuis 1837 jusqu'à 1904 seize lois seulement ont modifié le Code civil néerlandais, tandis que dans les trente dernières années pas moins de trente-trois lois ont, surtout quant au premier livre, changé profondément la teneur du code.

Nous nous sommes abstenus de traiter notre sujet de façon abstraite par l'appréciation de la valeur métaphysique des mesures qui ont été prises. On pourrait, en effet, discuter la tendance sociale des lois modernes, leur complexité, leur casuistique, mais nous avons jugé devoir négliger tout cela, étant donné, d'une part que nous nous considérions incompétents pour cette tâche et d'autre part que le caractère du livre présent ne nous semblait exiger qu'un compte-rendu de droit positif. Enfin nous considérons inopportun de montrer l'altération de chaque article. Un aperçu, tel que nous le présentons, n'est pas un commentaire, son but est limité dans ce sens qu'il doit seulement donner un coup d'œil général sur l'état présent de la législation civile néerlandaise, de sorte que, comme règle, nous n'indiquerons que les idées directives des matières en questions sans entrer dans des détails minutieux.

IV

Comme en France, la diversité du droit fut très grande aux Pays-Bas avant la Révolution, diversité qui, faute de gouvernement central suffisamment puissant, ne fut pas atténuée par des ordonnances royales qui, au moins pour certaines matières, établirent en France l'unité du droit si nécessaire. La République des Provinces Unies fut, en fait, une

---

(1) *Le Code civil* 1804-1904. Livre du centenaire Paris 1904.

(2) Livre du centenaire IIp. 816 e.s. : C. D. Asser, *Le Code civil dans les Pays-Bas.*

(3) Surtout le livre intitulé « Het Nederlandsch Burgerlyk Wetbœk vergeleken met het Wethœk Napoleon » par C. Asser nous a simplifié cette comparaison.

union de républiques et en ce qui concerne l'aspect juridique, le droit romain et les ouvrages scientifiques faisant autorité (1) stimulaient seuls la tendance unitaire.

Par conséquent, les gouvernements qui se sont succédé depuis 1795, l'année ou l'ancien régime s'écroula, essayèrent tous de constituer l'unité du droit en incorporant les idées révolutionnaires dans les lois. La première tentative de 1798 ne réussit pas, mais après la formation du Royaume de Hollande sous Louis Napoléon en 1806 on adopta le Code civil français pour l'usage néerlandais, et sous le nom de Code Napoléon, arrangé pour le Royaume de Hollande, le code nouveau fut introduit en 1809, et est encore à l'heure actuelle une importante source d'interprétation. Malheureusement le code de 1809 ne resta en vigueur que quelques années comme l'annexion des Pays-Bas à l'Empire français en 1811 emporta également l'introduction du Code civil français.

Quoique immédiatement après la récupération de l'indépendance en 1813 une commission fût installée pour présenter le plus tôt possible des projets de codification du droit civil et pénal, ce ne fut qu'en 1838 que le nouveau Code civil entra en vigueur. Ce laps de temps s'explique par la circonstance suivante. En 1815 les provinces belges, profondément influencées par le droit français, furent réunies à la Couronne de la Maison d'Orange, de sorte que le projet présenté en 1816 lequel, par réaction contre l'influence française, fut une compilation d'ailleurs excellente du droit néerlandais d'avant 1795, dut être revisé de nouveau, le comité belge appelé à donner son opinion sur le projet de 1816, n'ayant pu l'approuver. A cause de cela une nouvelle commission, composée de membres néerlandais et belges, dut élaborer un nouveau projet qui fut présenté en 1820. Les belges (2), non contents des succès qu'ils avaient obtenus déjà dans la commission, ayant écarté le projet de 1816 et présentant maintenant un projet influencé considérablement par le Code civil français, exigèrent de nouvelles modifications quand le projet fut examiné par le pouvoir législatif et l'opposition fut telle que le projet de 1820 dut être retiré par le gouvernement en 1822. Depuis, on adopta une autre méthode et chaque matière de droit civil fut examinée séparément par une commission de rédaction, présentée à la Chambre et, après discussion, votée par elle. En 1829 on réunit toutes les lois contenant les différents titres et en 1830 la mise en vigueur fut fixée au 1er février 1831. La révolution des provinces belges fut la cause d'un autre délai et ce ne fut qu'en 1838 que le Code civil finit par être introduit après

(1) Par ex. Hugo de Groot, Indeiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid, édition Fockema Andreævan Apeldoorn 1926.

(2) D'ailleurs il y avait aussi un groupe influent de hollandais qui ne voulait aucun retour de l'ancien droit néerlandais.

une seconde révision dans le courant de 1832 et 1833 qui rendit justice à maintes anciennes institutions de droit néerlandais.

Evidemment il ne rentrerait pas dans le cadre de cet article de décrire le caractère de ces différents projets et avant-projets. Qu'il suffise de constater ici que le Code civil néerlandais est le résultat de deux courants contraires, l'un s'inspirant exclusivement du droit français, l'autre faisant des emprunts aussi larges que possible au droit néerlandais d'avant 1795. C'est le premier courant qui a remporté la victoire : en résumé on peut dire que le Code civil néerlandais « présente toutes les bonnes et mauvaises qualités d'une fidèle copie d'un chef d'œuvre » (1).

Comme nous l'avons déjà annoncé ci-dessus nous indiquerons la répartition des éléments de droit français et de droit indigène dans la suite en examinant chaque sujet à part. Bornons-nous ici à remarquer que la division du Code civil néerlandais ne correspond pas tout à fait à celle du Code civil français. Le premier livre contient, comme en France, le droit des personnes mais y a ajouté la communauté de biens entre époux et les conventions matrimoniales qui dans le Code civil français, figurent dans le livre III, consacré aux obligations. Le livre II porte un titre plus général : (des choses) que celui du Code civil français et traite à coté des matières examinées dans le dernier également : le droit de superficie, d'emphytéose, les redevances foncières, les dîmes, le gage, l'hypothèque ainsi que le droit des successions et les privilèges qui ont une si grande analogie avec les iura in re. Le livre III se limite exclusivement aux obligations, ce qui est également son titre. Le livre IV est réservé à la prescription et à la preuve, de sorte que ces matières ne s'appliquent pas seulement au droit des obligations, comme le fait supposer leur place dans le livre III du Code civil français.

V

Le titre préliminaire du Code civil français a été remplacé par une loi particulière datant du 15 mai 1829 afin de rendre ses dispositions applicables à toute la législation néerlandaise. Néanmoins, sa connexité avec le Code civil est si grande qu'il nous semble nécessaire de relever d'abord sur quels points cette loi diffère des six premiers articles du Code civil français.

Le principe incorporé dans l'article 3 alinéa 1 du Code civil français prononçant la force obligatoire des lois de police et de sûreté pour tous ceux qui habitent le territoire, a été étendu au droit privé par l'article 9 du Code civil néerlandais qui détermine que le droit civil sera le même tant pour les étrangers que pour les néerlandais à moins que

---

(1) Algemeen deel (Partie introductive) p. 230 de l'ouvrage « Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beœfening van het Nederlandsch Burgerlyk Recht » (Zwolle. 6 tomes). C'est l'ouvrage que nous avons consulté le plus fréquemment.

la loi n'établisse le contraire.

Quant au règlement des conflits de loi, la loi néerlandaise a formulé la lex rei sitæ d'une façon plus générale (article 7) que ne le fait le Code français dans le 2ième alinéa de l'article 3 en disant que les immeubles sont régis par la loi du pays ou du lieu où ils sont situés. Tandis que le principe du statut personnel est emprunté littéralement au Code français (article 3, alinéa 3), la loi néerlandaise a, de plus, voulu établir la règle locus regit actum par l'article 1° qui contient la disposition que la forme de tous les actes sera régie par les lois du pays ou du lieu où ces actes ont été passés.

Mentionnons une addition intéressante : En 1916 un marchand hollandais avait poursuivi le gouvernement allemand devant le tribunal de Rotterdam pour obtenir de lui des dommages-intérêts à cause de la destruction illégale d'une allège du demandeur par les troupes allemandes. Le tribunal condamna l'état allemand par contumace, la demande étant juste et bien vérifiée. Comme le demandeur menaça d'exécuter son jugement sur les propriétés hollandaises des représentations consulaires allemandes, l'Etat des Pays-Bas forma contre ce jugement tierce opposition qui fut déclarée valable.

Bien qu'ainsi la menace immédiate d'un conflit avec l'Allemagne fût évitée, le législateur voulut éviter dorénavant de pareilles éventualités. C'est pour cela que par la loi du 26 avril 1917 (St. 303) un nouvel article fut intercalé dans la loi de 1829, limitant la juridiction des tribunaux et l'exécution des jugements et des actes authentiques par les exceptions reconnues par le droit des gens.

VI

Quant à la jouissance des droits civils le Code néerlandais a généralisé la règle contenue dans l'article 725 du Code français selon laquelle le principe « qui in utero est, habetur pro iam nato quoties de eius commodo agitur » s'appliqua seulement au droit de succession; en outre, l'article 906 du Code français a été supprimé et l'on s'est borné à déterminer que si l'enfant est mort-né il sera censé n'avoir jamais existé.

Dans l'article 2 du Code néerlandais on a énoncé formellement que tous ceux qui se trouvent sur le territoire sont libres et capables de la jouissance des droits civils, conséquence de l'élargissement de la règle précitée de l'article 9 de la loi de 1829. On n'a pas emprunté au Code français la mort civile, qui n'en fut supprimée qu'en 1854.

Les articles relatifs au règlement de la nationalité, empruntés pour une grande partie au Code français, ont été remplacés par la loi du 12 décembre 1892 (St. 268). Le Code néerlandais accentuait la règle du ius soli par l'ancien article 5, 1° qui reconnaissait comme néerlandais tous ceux qui sont nés dans le territoire de parents y domiciliés. Par contre la loi de 1892, en opposition à la loi française

du 26 juin 1889 qui agrandit la sphère du ius soli, a élargi la transmission de la nationalité par le sang.

Les formalités requises par le Code civil pour les actes de l'état civil, empruntées presqu'exclusivement au Code civil français, ont été simplifiées plusieurs fois. D'abord par la loi du 24 juin 1879 (St. 132) et puis par la loi du 20 juin 1913 (St. 290) on a diminué les conditions de forme de la célébration du mariage pour obtenir en même temps le repos dominical des officiers de l'état civil. Selon la dernière loi, à l'exemple de la loi française du 20 juin 1896, l'acte de consentement au mariage peut être donné également devant l'officier de l'état civil (art. 43a), les deux publications nécessaires avant la publication du mariage, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, ont été remplacées par une publication par voie d'affiche comme le prescrivait déjà la loi du 21 juin 1907 en France, la dispense de la publication et de tout délai a été rendue possible pour des causes graves (art. 130), dispense déjà prévue par la loi française précitée, et enfin on a mis hors de doute que la légalisation n'est pas une condition nécessaire d'authenticité pour les actes de l'état civil, ce qui est conforme au texte actuel de l'article 45 du Code civil français.

L'obligation de déclarer la naissance d'un enfant pèse sur toutes les personnes visées par l'article 30 du Code civil correspondant à l'article 56 du Code civil français. Pour faire ressortir que l'obligation de celui chez qui la mère, hors de son domicile, accouche, n'exclut pas l'obligation des autres personnes mentionnées dans l'article, la loi du 13 novmebre 1925 (St. 444) lui impose expressément l'obligation de déclarer la naissance même si la mère accouche hors de son domicile.

Une loi récente, celle du 31 mai 1934 (St. 276) a modernisé de nouveau certaines matières de l'état civil. Elle a aboli le registre des déclarations de mariage, inconnu dans le Code civil français, elle a rendu possible la remise d'extraits spéciaux des actes de naissance pour éviter les indiscrétions éventuelles d'un extrait complet, elle supplée à une lacune du code qui pas plus que le Code civil français ne donnait de prescriptions concernant le nom de famille des enfants légaux, naturels ou trouvés et elle donne une nouvelle réglementation de l'organisation de l'état civil quant à l'inscription dans les registres de la déclaration de nullité du mariage, la reconnaissance d'enfants naturels etc. De plus la loi abolit, comme l'a fait en France la loi du 7 avril 1924, la nécessité de deux témoins pour la déclaration de la naissance d'un enfant ainsi que pour la déclaration de décès qui a été également modifiée en France par la même loi. Remarquons encore que la loi du 10 avril 1869 (St. 65) a aboli les articles 53 et 55 du Code néerlandais, analogues aux articles 77 et 81 du Code français, qui étaient devenus superflus par suite du règlement uniforme par cette loi de tout ce qui concerne l'inhumation. Quant aux articles sur le domicile le Code néerlandais n'a formulé que d'une façon plus générale

les articles du Code français les appliquant tant aux indigènes qu'aux étrangers.

VII

En ce qui concerne le mariage, institution considérée uniquement dans ses rapports civils selon le Code néerlandais (article 83), et qui, en opposition au Code français, rend majeurs les mariés mineurs, il ne peut être conclu sans le consentement des parents à moins que les enfants n'aient atteint l'âge de trente ans. S'ils sont majeurs et jusqu'à l'âge de trente ans révolus, ce consentement peut être remplacé par l'intervention du juge de paix qui après une courte procédure, remplace les actes respectueux prescrits par le Code français jusqu'à leur abolition par la loi du 21 juin 1907.

Si les parents sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou ont été déchargés ou déchus de la puissance paternelle (termes qui seront expliqués dans la suite) le consentement peut être donné soit par l'intervention de quatre parents ou alliés par mariage soit par le tuteur ou le subrogé tuteur, le conseil de famille n'existant pas en droit néerlandais.

Enfin il est peut-être intéressant de remarquer que le Roi peut permettre la célébration d'un mariage par un mandataire spécial en vertu d'un acte authentique, procédure aussi usitée quand le futur mari se trouve déjà dans les colonies et que la fiancée réside encore dans la métropole.

Le principe du statut personnel, exprimé par l'article 6 de la loi de 1829 (l'article 3, alinéa 3 du titre préliminaire du Code civil français) étant la base du traité pour régler les conflits de lois en matière de mariage du 12 juin 1902 qui a été adopté par les Pays-Bas, rendait nécessaire d'ajouter un deuxième alinéa à l'article 138 du code (art. 170 du Code civil français) par la loi du 7 juillet 1906 (St. 162) contenant la disposition que les parties néerlandaises, dont le mariage a été célébré à l'étranger (le Code civil n'a pas emprunté à l'article 48 du Code civil français les mariages par les agents diplomatiques) et qui ont leur domicile dans la patrie ou bien qui l'avaient dans les six derniers mois. doivent publier leur mariage dans leur dernier domicile néerlandais. Cette même loi a résolu un ancien point de controverse : le mariage conclu sans les publications prescrites par l'article 138 était-il valable ou annulable par les parties contractantes ou bien absolument nul ? Tandis que la jurisprudence française acceptait la deuxième opinion, la première, déjà propagée par la jurisprudence néerlandaise, qui argumentait que le défaut de publication des mariages célébrés dans l'intérieur n'était pas une cause de nullité, fut confirmée par un changement de rédaction de l'article 154 selon lequel il est stipulé expressément que l'omission des prescriptions de l'article 138 ne rend pas nul le mariage.

Quoique nous ne puissions pas relever ici d'une façon détaillée le système actuel du droit des biens des époux ni ses réformes futures (1) nous nous bornerons à en énoncer les principes les plus généraux. C'est que le Code néerlandais a, après de longues discussions, restauré l'ancienne institution de la communauté universelle du moment de la célébration du mariage à moins que le contrat de mariage ne contienne des clauses contraires. D'autre part les conventions matrimoniales peuvent déroger à toute communauté, le Code néerlandais ayant aboli la plupart des articles sur le régime dotal du Code français.

A côté de la communauté totale le code connaît la communauté réduite aux acquêts et la communauté réduite aux gains et revenus. Quel que soit le régime choisi par les époux, le mari retient toujours l'administration. Quant à la séparation de biens le Code néerlandais a mis hors de doute qu'elle peut être demandée même si la communauté a été exclue. La demande doit être rendue publique afin de rendre possible que les créanciers du mari s'y opposent s'ils craignent un préjudice à leurs droits de recours, procédure analogue à celle du Code de procédure civile français.

Les causes de divorce du Code français ont été augmentées d'une autre : l'abandon du domicile conjugal, cause déjà connue dans l'ancien droit néerlandais. En opposition à l'ancien article 264 du Code civil français qui faisait prononcer le divorce par l'officier de l'état civil après que le jugement avait acquis force de chose jugée ou bien avait été rendu en dernier ressort, le Code civil néerlandais remplaçait cette procédure par la dissolution du mariage par jugement et la transcription de ce dernier sur les registres de l'état civil. Cette double mesure donnait lieu de douter si la formalité décisive était le jugement ou sa transcription. Conformément à la jurisprudence et à l'exemple de la loi française du 18 avril 1886 (2), la loi du 27 mars 1915 (St. 172) dit formellement par la modification des articles 260 et 276 que c'est la transcription qui dissout le mariage. En même temps elle ordonne que cette transcription ait lieu dans les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré pour éviter la difficulté causée par l'ancien règlement ordonnant la transcription dans les registres du lieu de leur domicile. (à savoir le domicile du mari) lorsque transportant son domicile à l'étranger, le mari, n'ayant alors pas de domicile dans le pays pouvait par là rendre impossible la transcription.

Cette même tactique du mari donna lieu à la loi du 29 avril 1921 (St. 696). La règle générale que la demande en divorce doit être présentée au domicile du mari fut complétée dans ce sens, que le

---

(1) La deuxième Chambre des Etats-Généraux est saisie depuis quelques années d'un projet de loi qui a comme but d'affirmer la position de la femme envers les biens communs des époux.

(2) Baudry-Lacantinerie, IV (1907) No. 245.

moment de la présentation de la requête au président est décisif pour le domicile, qu'à défaut de domicile légal le domicile réel en tiendra lieu, et que si le mari n'a ni l'un ni l'autre le tribunal du domicile réel de la femme sera compétent (1).

La fixation de la pension alimentaire, qui en France (art. 301) ne peut excéder le tiers du revenu de l'époux obligé à la donner, dépendait originairement de l'état et de la fortune du dernier : elle a été déterminée plus amplement par la loi du 5 juin 1921 (St. 835). Selon celle-ci la pension alimentaire dépendra également des aliments que l'époux doit à d'autres personnes selon le Code civil ; en même temps elle a réglé la procédure pour obtenir une augmentation ou une réduction de la pension.

Comme le Code civil français (art. 295) l'article 90 du Code civil néerlandais défendait la réunion des époux divorcés. Tandis qu'en France successivement par les lois du 27 juillet 1884, du 26 mars 1924 et du 4 janvier 1930 toutes les limitations ont été abolies, la loi du 18 février 1922 (St. 69) a également rendu possible un deuxième mariage des époux divorcés après un an depuis la transcription de la dissolution, mais elle défend une troisième réunion.

VIII

Soucieuse des injustices causées par le rejet de la recherche de la paternité, envers les enfants mis au monde par les mères séduites, injustices qui ont été réparées par la jurisprudence française à cause de son interprétation extensive de l'article 1382 du Code civil français ainsi que par la loi du 16 novembre 1912, la loi néerlandaise du 16 novembre 1909 (St. 363) a rendu possible d'obliger le père naturel d'alimenter les enfants procréés par lui. Celui qui a cohabité avec la mère entre le 30le et le 179e jour avant la naissance est présumé être le père à moins que le défendeur ne prouve l'exceptio plurium concubentium ou que le juge ne soit convaincu en conscience que le défendeur n'est pas le père. La procédure primitive qui exigeait pour l'enfant un représentant spécial afin d'examiner d'avance s'il y avait lieu d'entamer l'action dans le but d'éviter les procès de chantage, a été très simplifiée par la loi du 16 mai 1934 (St. 253), qui pour cette action comme pour toutes les actions alimentaires en général a facilité l'obtention et l'exécution d'un jugement, en introduisant la procédure simple et effective sur requête. Transportant les articles de procédure introduits par la loi de 1909 ainsi que par les autres lois sociales du commencement de ce siècle, que nous examinerons dans la suite, au Code de procédure civile, elle a unifié la procédure de mesures sem-

---

(1) Comp. le traité du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps.

blables et nous décharge du devoir d'examiner ici des problèmes qui ne rentrent pas dans le cadre primitif du Code civil.

IX

La loi du 6 février 1901 (St. 62) fut l'origine d'un grand nombre de lois sociales (1) ayant pour but l'éducation et la protection des enfants. Son entrée en vigueur n'eut lieu que le 1 décembre 1905, de sorte que le livre du centenaire ne la mentionne que sommairement (2). C'est pour cela que nous essayerons d'énoncer ses principes en cohésion avec les lois ultérieures. D'une part l'Etat, à l'exemple de législations étrangères comme par exemple la loi française du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, avait compris que c'était sa tâche de protéger et de relever les enfants abandonnés et criminels, tandis que d'autre part le législateur voulait donner aux mères une position plus égale à celle des pères en ce qui concerne l'éducation de leurs enfants. Par conséquent la loi détermina que la puissance des parents (3) devait appartenir à la mère comme au père, que cette puissance n'existerait que pendant le mariage et que les parents manquant à leur devoir pourraient être déclarés déchus ou déchargés de leur puissance envers les enfants. Pourtant l'assimilation de la mère au père est affaiblie par le législateur quand il prescrit que durant le mariage la puissance des parents est exercée exclusivement par le père et qu'elle ne sera exercée par la mère que dans les cas de déchéance, de décharge ou d'empêchement du père.

La déchéance est déterminée par des principes généraux en opposition au règlement de la loi française précitée qui énumère strictement les cas dans lesquels elle est permise. Selon la loi néerlandaise la déchéance peut être prononcée entre autres cas, pour cause d'abus de la puissance des parents, grande négligence du devoir d'alimentation ou d'éducation des enfants, mauvaise conduite etc. Les conditions de décharge sont que les parents ne s'y opposent pas, qu'ils sont dans l'incapacité ou l'impuissance de remplir leur devoir et que l'intérêt des enfants n'est pas contraire à la décharge.

Les lois du 27 septembre 1909 (St. 322) et du 5 juillet 1910 (St. 183) opérèrent des changements techniques dans la loi de 1901 et corrigèrent des omissions qui, malheureusement, y étaient assez fréquentes.

La loi du 5 juillet 1921 (St. 834) amendée par la loi du 19 mai 1922 (St. 325) instituait la fonction de juge d'enfants, chargé spécia-

---

(1) La loi du 15 novembre 1876 (St. 195) n'eut qu'une valeur secondaire. la loi du 26 avril 1884 (St. 93) a été partiellement abrogée par la loi de 1901.

(2) Le livre du centenaire, loc. cit., p. 825.

(3) Le mot « puissance paternelle » fut remplacé partout par le mot « puissance des parents ».

lement de juger les procès où l'intérêt d'enfants est engagé, lui accordant un pouvoir arbitraire assez important. Pour éviter dans certains cas les mesures extrêmes de la déchéance ou de la décharge, un contrôle spécial sur les enfants exposés à une ruine morale ou corporelle pour une cause quelconque, fut créé : un « tuteur de famille » à nommer par le juge d'enfants doit être chargé de l'exercice de ce contrôle.

Enfin, la loi du 25 juin 1929 (St. 358) mit fin à un abus très grave : selon l'ancienne loi la légitimation d'un enfant reconnu antérieurement par l'un des mariés, avait comme suite que les parents obtenaient la puissance lors même que celui qui avait reconnu l'enfant, eût été déclaré déchu de la tutelle avant le mariage. Or, celui-ci se mariant avec quelqu'un qui, souvent, n'était pas le père (la mère), légitimait son enfant à l'occasion de la célébration du mariage et reprenait ainsi la puissance sur lui pour en abuser en livrant l'enfant à la prostitution. La nouvelle loi détermina que la puissance des parents ne serait pas une conséquence automatique de la légitimation si la mère naturelle n'avait pas la tutelle ou en était déclarée déchue ou déchargée. Egalement le principe que la puissance des parents appartient de plein droit au survivant des père et mère après la mort de celui qui à la suite de la séparation de corps ou du divorce exerçait la tutelle, fut restreint aux cas où le survivant n'a pas été déclaré déchu ou déchargé d'avance de la tutelle.

Bien que ne voulant pas introduire l'adoption, institution française inconnue dans le Code civil néerlandais ainsi que celle de la tutelle officieuse, la loi de 1929 a également donné des prescriptions dans des cas où les enfants sans être mis hors de la puissance des parents étaient confiés aux soins d'autrui, dans le but d'éviter la possibilité que les parents pussent réclamer leurs enfants à l'encontre de l'intérêt des derniers.

Bien que par suite de la loi de 1901 la femme puisse être nommée tutrice, elle peut cependant, si elle est mariée, se dispenser de toute tutelle à elle déférée, sauf dans le cas de la mère. La tutelle peut également être exercée par des fondations de bienfaisance (article 421).

Le Code civil a réglé la procédure de la décharge ou de la déchéance du tuteur ou du subrogé tuteur de façon analogue à la déchéance ou la décharge des parents, et il s'est occupé aussi de la tutelle des enfants reconnus. Notons que, vu l'absence de conseils de famille c'est le juge de paix ou le tribunal de première instance qui prend les mesures exercées par le conseil selon le Code français.

Quant à l'administration par le tuteur des biens du mineur. les différences ne sont pas assez importantes pour les citer ici. Seulement, le Code néerlandais a rendu possible la continuation de la communauté entre le survivant des parents et le mineur, institution usitée avant 1795.

X

L'émancipation telle qu'elle fut réglée dans le Code néerlandais de 1838, ressembla plus ou moins à celle du Code français excepté qu'il n'admit que deux espèces : celle accordée par le Haut Conseil et approuvée par le Roi, pour laquelle le mineur doit avoir vingt ans et par laquelle le mineur est rendu majeur pour tous les actes sauf le mariage, et en second lieu l'émancipation limitée qui peut être demandée depuis que le mineur a atteint l'âge de dix-huit ans et qui ne le rend capable que pour certains actes.

C'est surtout la dernière qui fut altérée par la loi du 4 juin 1874 (St. 91) et par là s'écarta du Code français. L'intervention du juge de paix fut rendue plus efficace et le nombre des actes permis fut restreint. En même temps il fut déclaré formellement que le mineur pouvait ester en justice à raisons des actes pour lesquels il avait été déclaré capable.

La loi du 12 décembre 1929 (St. 528) étendit l'application de l'interdiction, admise primitivement pour cause de démence, de fureur ou d'imbécillité, pour cause de prodigalité et pour cause d'une faiblesse d'esprit telle qu'elle ne permettait pas de gérer convenablement ses affaires, au cas d'alcoolisme. L'interdit pour telle cause est assimilé à celui pour cause de prodigalité, pour lequel contrairement à la loi française, le Code civil néerlandais ne connaît pas le conseil judiciaire. Les cas dans lesquels l'interdiction pour cause d'alcoolisme peut être prononcée sont : 1° si la personne dont l'interdiction est demandée ne peut pas gérer convenablement ses affaires, 2° si elle ne peut entretenir sa famille, 3° si elle est une cause de scandale public, 4° si elle met en danger sa propre sûreté ou celle d'autrui. Chacun peut demander sa propre interdiction pour une telle cause et son tuteur peut le placer, même contre sa volonté, dans un établissement pour alcooliques.

Le placement dans une maison de correction (inconnu dans le Code français) des interdits pour cause de prodigalité a été aboli par la même loi.

Les amendements opérés dans les dispositions du titre sur les absents du Code civil français à l'occasion de la rédaction primitive du Code civil néerlandais avaient pourtant laissé des lacunes qui n'apparurent que pendant la Grande Guerre ; selon l'article 549 l'épouse dont le mari est absent, ne peut se remarier qu'après l'expiration d'un délai de dix ans à partir du jour où l'on n'aura plus eu de ses nouvelles. Or, les pêcheurs qui pêchaient sur la mer du Nord et qui après un an n'étaient pas de retour, pouvaient être considérés comme ayant certainement péri, leur bateaux ayant été torpillés ou coulés par des mines, mais, malgré la certitude de leur mort, leurs veuves ne pouvaient se remarier qu'après trois ans, comme le déterminait la loi du 19 juillet 1855 (St. 57) dans des cas de naufrages.

C'est pour cela que la loi précitée détermina que dans de pareils cas le délai nécessaire pour un nouveau mariage serait réduit à un an.

XI

Le deuxième livre (1) commence par une définition des biens qui a son équivalent dans l'adage : in iure pro re ea designari debent quæ sunt talis naturæ, ut in bonis esse possint.

Quelques articles qui dans le Code français (articles 547-550) sont placés dans le titre sur la propriété ont été placés, avec de légères altérations, dans le titre sur les biens en général. A la distinction des biens entre meubles et immeubles le code a ajouté celle entre biens corporels et biens incorporels, entre biens fongibles et biens non fongibles.

L'énumération de l'article 526 du Code français déterminant les biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (le Code néerlandais dit : Sont immeubles les droits suivants) a été remplacé par le droit de superficie, le droit d'emphytéose, les redevances foncières, les dîmes et un droit réel inconnu en France dit « beklemming », de sorte que, comme nous avons déjà fait remarquer, ces droits ont trouvé également une place dans le deuxième livre du code. Les deux premiers ont été empruntés au droit romain et étaient déjà en vigueur sous l'ancien régime, les derniers d'origine germanique sont trop spéciaux pour que nous puissions les traiter ici (2).

A la possession, sujet qui, dans le Code français, a une place peu systématique dans le titre sur la prescription, le législateur néerlandais a réservé un titre spécial dans lequel elle est réglée d'une façon détaillée. Tout détaillés que soient ces articles le Code néerlandais, quoique reconnaissant la distinction, a confondu parfois la possession de fait et le droit de possession. Pour la possession le code exige tant le *corpus* que *l'animum possidendi* soit de bonne ou de mauvaise foi. Après avoir déterminé de quelles façons la possession s'acquiert, est gardée, et se perd, le code énumère les droits du possesseur. Quant aux actions données au possesseur elles ont été empruntées pour la plus grande partie à Pothier : la complainte (l'action en maintenue de la possession) et la réintégrande. Pour la première la possession d'une année et un acte de trouble de la possession, sont les éléments nécessaires, pour la deuxième la détention suffit tandis que l'acte de violence doit être exercé envers celui qui détient la chose directement ou indirectement par celui qui a fait l'acte.

---

(1) Sans tenir compte du droit de succession et de la possession, des 371 articles du Code français concernant le droit des biens 210 ont été réproduits dans le Code néerlandais.

(2) D'ailleurs par la loi du 6 juillet 1907 (St. 222) les dîmes ont été abolies.

Comme dans le Code français, l'article qui détermine qu'en fait de meubles possession vaut titre a retenu sa place dans le titre de la prescription du Code néerlandais. Nous ne pouvons ici essayer d'expliquer cette règle, bornons nous à dire que son interprétation la plus reçue est que la possession justifie comme ayant droit et que le possesseur est réputé être le propriétaire.

L'article 637 (l'article 2280 du Code civil) oblige le propriétaire originaire d'un objet volé ou perdu voulant se le faire rendre de rembourser au possesseur actuel le prix qu'il lui a coûté, si le dernier l'a acheté dans une foire, dans un marché, dans une vente publique ou bien d'un marchand de choses pareilles.

C'est ce dernier cas que la loi du 7 juin 1919 (St. 311) a aboli vu qu'il entravait la répression du vol et du recel. En effet le recel était favorisé par l'ancien article parce que ceux qui achetaient d'un « marchand vendant des choses pareilles » (le réceleur) des objets volés ne risquaient rien ayant toujours le droit de demander le remboursement du prix dépensé. Dans les conflits des exigences du commerce et de ceux du propriétaire volé le législateur a pris le parti du dernier en rendant désormais impossible les pratiques des réceleurs.

Par la loi sur la chasse du 2 juillet 1923 (St. 332) le droit d'usage d'un fonds renfermait dorénavant également le droit de chasser, qui, auparavant, en était exclu.

L'altération du système du Code français dans ce sens que dans le troisième livre, au lieu d'être réservé aux différentes manières dont on acquiert la propriété, ne trouve que le droit des obligations, a rendu nécessaire d'ajouter au titre sur la propriété du deuxième livre les articles concernant les manières de l'acquérir

Laissant de côté les différences moins importantes quant aux autres manières d'acquisition telles que l'occupation ou l'accession et la prescription (1) il nous faut dire quelques mots de la tradition. En opposition au principe de droit français selon lequel l'obligation de livrer une chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, le législateur néerlandais est quant aux immeubles, retourné au droit romain, qui était en vigueur sous l'ancien régime, selon lequel la transmission s'opère exclusivement par la transcription de l'acte par laquelle la propriété a été transmise dans les registres publics institués pour ce but. Cette règle, peut-être la plus considérable de toutes les différences du Code néerlandais, qui est si importante pour la sécurité des tiers et pour le crédit public, n'a trouve une application partielle en France qu'en ce qui concerne la transcription en matière hypothécaire par la loi du 23 mars 1855.

---

(1) Dans le par. suivant nous ferons quelques remarques sur la succession légale et testamentaire.

XII

Selon le Code néerlandais la règle, « le mort saisit le vif » s'applique non seulement aux héritiers comme en France, mais aussi aux légataires universels et à titre universel (1), de sorte que, contrairement à l'article 1006 du Code français ces derniers sont saisis de plein droit par la mort du testateur sans être tenus de demander la délivrance, même dans le cas où il y a des héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi. Néanmoins, le juge peut ordonner le séquestre de l'héritage s'il se produit une dispute au sujet de déterminer quels sont les héritiers.

Tandis qu'en France l'application du principe de l'article 11 du Code civil au droit de succession fut abolie par la loi du 14 juillet 1819 qui abrogea l'article 726, le Code néerlandais déjà plus favorable pour les étrangers par l'article 9 de la loi de 1929 précitée assimila, par la loi du 7 avril 1889 (St. 56), les héritiers étrangers aux héritiers indigènes quant à la capacité de succéder dans une succession ouverte dans le territoire néerlandais excepté que les étrangers ne peuvent être avantagés par le fait qu'ils sont assimilés aux néerlandais. Par conséquent, si à l'étranger, les néerlandais sont exclus de la succession, ils peuvent prendre d'avance la valeur des biens de l'acquisition desquels ils sont exclus, sur les biens néerlandais.

En 1923, par la loi du 17 février (St. 40), le droit de succession subit une modification importante. A l'exemple des législations étrangères telle que la loi française du 9 mars 1891 (complétée par celle du 3 décembre 1930), l'époux survivant fut assimilé à un enfant légitime du décédé sans qu'il perdît son droit de succession s'il y avait eu séparation de corps comme c'est le cas en France. S'il y a eu un deuxième mariage le conjoint n'obtient qu'une part d'enfant légitime le moins prenant sans qu'elle puisse excéder le quart, si le défunt a des enfants nés d'un précédent mariage. Néanmoins si le législateur a assimilé l'époux survivant à un enfant, il ne lui a pas accordé un droit de réserve.

La loi a également restauré une ancienne coutume néerlandaise en donnant à l'époux survivant le droit de prendre le mobilier ou une part de celui-ci, s'il hérite avec d'autres que des enfants ou leurs descendants d'un mariage précédent.

La troisième modification de la loi est la suivante : Comme contrairement au Code civil français, qui divise l'héritage en deux parties : une partie disponible et une partie réservée aux héritiers, le Code civil néerlandais fixe séparément la réserve de chaque héritier à qui ce droit appartient, l'existence de successibles au profit desquels la loi

---

(1) Le Code néerlandais désigne ces deux catégories par héritiers testamentaires.

fait une réserve à côté d'héritiers qui n'ont pas ce droit, influence la réserve de la première catégorie, de sorte que l'exhérédation d'héritiers n'ayant pas ce droit, diminuerait la réserve. Pour éviter cette injustice la nouvelle loi détermine que la quotité disponible pour des tiers ne sera pas plus grande dans le cas où il y a seulement des héritiers qui ont droit à une réserve que dans celui ou il y a à côté de ceux-ci des successibles n'ayant pas ce droit.

Le Code néerlandais connaît trois formes de testaments : ceux faits par acte public, ceux faits dans la forme mystique et les testaments olographes.

Les derniers, soumis à la formalité inconnue en France, celle du dépôt par le testateur chez un notaire, sont censés être faits le jour du dépôt. Le texte de 1838 mettait en doute qu'un tel testament fût un acte authentique même s'il n'était pas conforme aux prescriptions de l'article 1905 du Code néerlandais(l'article 1317 du Code français). A l'occasion d'un arrêt du Haut Conseil, le tribunal suprême des Pays Bas, à la suite duquel on craignait, du reste à tort, qu'on dût dorénavant prouver que le testateur eut écrit le testament réellement de sa propre main, on ajouta aux articles concernant ce sujet que les testaments olographes, déposés chez le notaire comme tels, seraient censés être écrits par la main du testateur jusqu'à preuve du contraire. L'aversion du législateur néerlandais pour les testaments olographes a été même si grande que, dérogeant à la règle du locus regit actum, énoncée dans l'article 10 de la loi de 1829, les néerlandais ne peuvent faire qu'un testament par acte authentique s'ils se trouvent à l'étranger.

Le doute que laissa la règle de l'article 1035 du Code français (article 1039 du Code néerlandais) a été résolu par le législateur néerlandais, qui a prescrit que si le testament postérieur n'est pas valable comme tel mais suffit aux formalités d'un acte devant notaires les dispositions antérieures répétées dans le testament non valable ne seront pas considérées comme révoquées.

A côté des substitutions fidéicommissaires admises par le Code français, le Code néerlandais permet également celles relatives à ce que l'héritier ou le légataire n'aura pas aliéné ou consommé. Conformément au droit sous l'ancien régime le testateur peut nommer des administrateurs des biens légués.

Afin d'obtenir une division égale de l'actif de l'héritage accepté sous bénéfice d'inventaire, le Code néerlandais a prescrit que les légataires et les créanciers ne peuvent prélever sur les biens de la succession chacun pour soi mais que la liquidation ait lieu soit par l'héritier bénéficiaire soit par un administrateur nommé par le tribunal soit par les créanciers et les légataires de commun accord. L'omission de cette procédure dans le Code français peut parfois causer un privilège de fait pour ceux des créanciers qui se présentent les premiers.

Alors que déjà avant l'introduction de la codification de 1838 le Code français alors en vigueur aux Pays-Bas avait été modifié par la loi du 12 juin 1816 (St. 26) quant au partage s'il y avait des cohéritiers mineurs, le code de 1883 suivit de nouveau le Code français. A cause de cela les difficultés résolues par la loi de 1816, surgirent de nouveau, de sorte que déjà par la loi du 31 mai 1843 (St. 22) les anciens articles furent remplacées par une nouvelle réglementation qui veillait mieux aux intérêts des cohéritiers mineurs ou interdits.

Voulant éviter le système compliqué des allotissements du Code français le législateur est revenu aux principes du droit romain quant à la fixation des rapports.

XIII

Non seulement pour des causes de continuité avec l'ancien droit mais aussi tenant compte de la réalité économique qui exige que le gage et l'hypothèque soient aussi sûrs que possible, le Code néerlandais s'est écarté du Code français en déterminant que les privilèges viennent après le gage et l'hypothèque.

Pour la même raison économique qui rend indésirable que le débiteur ne puisse opposer au créancier de bonne foi toutes sortes d'exceptions qui entravent le commerce et qui rendent son droit de recours sans valeur, les privilèges sur les immeubles ont été abolis à l'exception de celui des charpentiers. Le bailleur seulement est protégé spécialement, car son privilège s'étend à tout le mobilier sans distinguer si les objets appartiennent au locataire ou non.

Quant au gage, là aussi, le code a été altéré après 1838 pour substituer aux articles du Code français des textes conformes au droit sous l'ancien régime. Par la loi du 8 juillet 1844 (St. 95) la constitution du gage est devenue indépendante de la somme due et le contrat de nantissement peut être prouvé par les mêmes preuves que l'obligation principale. En second lieu le créancier peut dorénavant faire vendre le gage sans l'intervention du tribunal à condition qu'il soit dûment constaté que le débiteur ne remplit pas ses obligations. Enfin l'extinction du gage a été éclaircie par la prescription que le gage se perd seulement si le créancier gagiste en est dessaisi de plein gré.

Il est compréhensible que le principe énoncé plus haut à savoir que, selon le Code néerlandais, la livraison n'est pas parfaite par le consentement des parties, ait eu des conséquences importantes pour les hypothèques. Là aussi on a voulu protéger les tiers, de sorte que la publicité est la première condition nécessaire pour les hypothèques, les hypothèques légales et judiciaires étant abolies. De plus, le système des registres d'inscription permet aux tiers de s'assurer facilement de l'existence d'une hypothèque sur l'immeuble qu'ils veulent acheter.

Pas plus que pour le gage, il n'est nécessaire ici d'invoquer l'intervention du tribunal pour exercer ses droits de recours sur l'im-

meuble grevé, bien qu'il faille que les parties aient fait dans l'acte la stipulation expresse, dûment transcrite sur les registres, qu'à défaut de paiement le créancier est irrévocablement autorisé à procéder à la vente publique de l'immeuble pour se faire payer sur le prix.

Selon la loi du 5 juin 1878 (St. 89) l'acte authentique nécessaire pour la radiation d'une hypothèque ne peut contenir la désignation d'un mandataire à moins qu'il ne soit muni d'une procuration écrite.

XIV

La division du troisième livre du Code néerlandais montre que le législateur a compris, en opposition au Code français, que les contrats ne sont pas la seule source des obligations. Malheureusement il n'a pas été conséquent, empruntant sans discrimination les articles du Code français seulement relatifs aux obligations conventionnelles (1). On ne pourra pas étayer ici cette thèse, mais nous ne citons qu'à titre d'exemple les articles sur les donations ou cette confusion est particulièrement évidente.

La modification opérée par la loi du 29 décembre 1932 (St. 676) quoiqu'elle ne figurât pas dans le Code civil lui-même, est si importante pour l'article 1275 (l'article 1142 du Code civil français) qu'elle mérite d'être mentionnée ici. Cet article servit au Haut Conseil d'argument pour défendre l'astreinte et pourtant la jurisprudence néerlandaise comme la jurisprudence française, a souvent réussi à l'imposer par la condamnation à des dommages-intérêts fixés à tant par jour de retard. La nouvelle loi qui restreignait beaucoup les cas où la contrainte par corps était admise à voulu renforcer le droit du créancier par la permission expresse, dans le titre sur l'exécution par contrainte par corps (l'article 780 s. s. du Code de procédure civile français) au juge de déterminer une amende comme astreinte si le jugement contient autre chose que la condamnation à une certaine somme d'argent ; pour exécuter cette amende le jugement tient lieu de titre exécutoire.

Il serait également séduisant d'analyser ici la jurisprudence sur l'article 1401 du Code néerlandais pour la comparer à celle de l'article 1382 du Code français, mais ce serait dépasser le cadre de cet article de droit positif.

Tandis qu'en France la responsabilité de ceux qui sont chargés de l'émission des actions est déduite de l'article 1182 du Code civil

---

(1) Des 633 articles du Code français concernant les obligations 564 ont été reproduits sans altération dans le Code néerlandais.

français (1), la loi néerlandaise du 2 juillet 1928 (St. 216) voulant atteindre le même but a ajouté les articles 1416a-d qui définissent les différents cas où les émetteurs, la société, leurs gérants et les membres de leur conseil d'administration sont responsables.

L'action en nullité ou en rescision des conventions contractées par des mineurs n'est pas basée, comme en France, sur l'idée de la lésion, mais la loi frappe de nullité toutes les obligations qu'elles aient été désavantageuses ou non. La lésion ne peut pas davantage entrer en ligne de compte pour rescinder le contrat de vente.

Conformément au principe « res perit domino » le bailleur et non le preneur, comme dans le Code français, répond de l'incendie à moins que le contraire soit prouvé.

Par la loi du 13 juillet 1907 (St. 193) sur le contrat de travail les articles sur le contrat de louage de travail ont été grandement modernisés. La loi protège l'ouvrier contre l'arbitraire du patron donnant entre autres des prescriptions détaillées pour la fixation du salaire, les règlements de travail, les amendes, l'expiration et la résiliation des contrats. Il faut remarquer que le maintien de la plupart des articles est assuré par la prescription que toutes conventions contraires sont nulles et non avenues.

La loi du 20 juin 1908 (St. 207) détermine, contrairement à l'article 1780 dernier alinéa du Code civil français que le juge de paix sera exclusivement compétent pour les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application de la loi précédente.

Jusqu'à la loi du 24 décembre 1927 (St. 415) le contrat de travail collectif était réglé par un seul article du Code civil qui le définissait et qui prohibait chaque convention lui étant contraire. La loi de 1927 donnant une réglementation détaillée des contrats de travail collectif abolit cet article.

La loi du 14 juin 1930 (St. 240) a rendu applicables les prescriptions sur le contrat de travail aux contrats des membres de l'équipage de navires pour autant que le Code de commerce ne contient pas de règlements contraires.

Les personnes morales sont le sujet d'un titre spécial du Code néerlandais. Elles sont définies comme des associations de personnes (en opposition aux sociétés civiles et commerciales) instituées ou reconnues par le pouvoir public comme telles, ou bien admises comme licites ou constituées pour un but spécial non contraire aux lois ou aux bonnes mœurs.

Selon le titre primitif du code chaque association fondée conformément à l'article précité avait la personnalité morale. Mais il en fut

---

(1) Houpin, *Traité général théorique et pratique des sociétés* (Paris 1919) I No. 516.

autrement par suite de la loi du 22 avril 1855 (St. 22) au moyen de laquelle le Gouvernement voulut exercer plus de contrôle sur les associations. Cette loi, aujourd'hui encore en vigueur, prescrit que la personnalité morale ne peut être attribuée aux associations que par la permission de la loi si elles sont fondées pour plus de trente années et par celle du roi si leurs statuts ne visent qu'une existence de moins de trente années. L'attribution ne peut être refusée que pour des causes d'ordre public. La loi n'a pas de force rétroactive, de sorte que les associations fondées avant 1855 ont la personnalité morale que leurs statuts aient été approuvés ou non.

Le nombre des contrats aléatoires a été diminué d'un par la loi du 10 juin 1926 (St. 171) qui abolit le prêt à la grosse aventure.

XV

Comme nous l'avons déjà dit dans le par. IV les articles concernant la preuve, placés dans le quatrième livre du code, ne sont plus restreints aux obligations et aux paiements, mais ont obtenu une signification générale.

Le droit des preuves a subi une importante modification par la loi du 22 juin 1923 (St. 289).

La preuve testimoniale que le code n'admettait que dans les cas où elle n'était pas exclue, une rédaction plus large que le Code civil français, est devenue en fait la règle. De plus, tandis que la méfiance à son égard ne s'est pas montrée tellement justifiée dans le cours des temps, d'autre part on a jugé que le juge lui-même aurait assez de connaissance du cœur humain pour pouvoir apprécier si les déclarations des témoins sont dignes de foi. C'est pour cela que l'article 1933 du Code civil (l'article 1341 du Code civil français) fut rayé, de sorte qu'il est dorénavant admis de montrer l'existence d'un acte ou d'une convention qui contient un contrat ou une décharge de dette en admettant même qu'il s'agisse d'une somme ou valeur de plus de 300 florins.

L'impossibilité de déterminer contre quels actes la preuve par témoins serait ou ne serait pas admise, a empêché le législateur d'abolir également l'article 1934 (1) ; seulement il a supprimé la distinction entre actes dans lesquels il s'agissait d'une valeur de plus ou de moins de 300 florins.

La récusation des témoins et des experts qui rendait parfois si difficile la continuation des procès fut également condamnée par la même loi dans l'opinion que le devoir du juge, selon l'article 1945, d'observer toutes les circonstances concernant la crédibilité des témoins, était une garantie suffisante pour éviter les fraudes dans la preuve.

---

(1) On vient de proposer une loi qui abolira également cet article.

Remarquons enfin que la loi du 23 juillet 1927 (St. 270) déclarait les femmes compétentes dans tous les cas où des témoins solennels étaient nécessaires dans le droit civil, assimilation aux hommes que la loi française du 7 décembre 1897 avait déjà introduite.

Puisse cet aperçu succinct suffire à montrer que le Code civil néerlandais n'est pas resté en retard dans l'évolution générale du droit des derniers temps (1) et que, s'il a résolu les difficultés naissantes d'une façon indépendante, il a d'autre part profité des expériences étrangères, parmi lesquels la législation française tient une des premières places.

---

(1) Nous n'avons pas examiné dans cet article les projets de révisions générales du Code civil commencées il y a environ 50 années, reprises maintes fois après, comme ils n'ont jamais abouti à un résultat positif.

INFLUENCE DU CODE CIVIL FRANÇAIS DANS LA REPUBLIQUE ARGENTINE (1)

Rapport présenté par

M. ALFREDO COLMO

(voir note à la fin).

I

Sources générales du Code civil argentin.

Il se peut qu'une partie de nos juristes se fasse une idée exacte de l'influence du Code civil français sur le nôtre. Je doute cependant que l'on puisse préciser cette influence quantitativement, même d'une manière approximative. On peut dire d'avance que cette influence fut d'une grande importance.

Numériquement parlant, cette influence est révélée par l'examen de chiffres qui ne sont pas tout à fait exacts, mais assez approchants de la réalité et dont je vais parler maintenant.

La source principale des 4051 articles de notre Code civil entré en vigueur le 1er janvier 1871 se trouve dans le projet de Code civil pour l'Empire qu'était alors le Brésil, que rédigea peu après la moitié du siècle passé l'excellent jurisconsulte Teixeira de Freitas. Notre codificateur a emprunté non seulement la méthode, mais aussi un grand nombre d'articles évalués à 1 300 (comme il l'admet lui-même). Il y a deux raisons pour lesquelles notre codificateur n'en a pas pris un nombre plus grand encore : d'abord le projet de Freitas était trop doctrinaire et trop diffus, — il comptait déjà 4900 articles sans que les dispositions relatives aux droits réels fussent complètes ; le droit des successions n'était même pas encore abordé — d'ailleurs notre codificateur, homme d'Etat, était doué d'un tempérament plus législatif que scientifique et d'une tendance plus pratique que constructive ou systématique.

Le deuxième rang est occupé par le Code français (Code Napoléon). Bien que le nombre des articles intégralement copiés ne dépasse pas 150, la moitié des dispositions du Code Napoléon, quelques 1100 articles ont passé dans le nôtre avec de légères modifications. Aubry et Rau représentent la source importante de notre code. Le codificateur a pu apprécier dans l'œuvre des professeurs de Strasbourg de grandes qualités qui ont fait de ceux-ci les plus représentatifs du droit civil français au cours du siècle dernier et souvent il s'est servi du

---

(1) Traduction d'un collaborateur français.

fameux cours alors dans sa troisième édition. A ce propos, il convient de dire aussi que parmi ses attraits on ne doit pas oublier les qualités de forme : la clarté absolue de la pensée et l'exactitude et la concision de l'expression qui, dans plus d'un cas, font du texte un précepte positif de loi, ont présenté des solutions qui, par elles seules, appelaient leur adoption. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que l'œuvre de l'admirable équipe alsacienne ait pu inspirer et déterminer quelques 700 articles du code civil argentin.

Enfin, restent encore deux sources d'importance. D'abord c'est le projet de Code civil qu'a préparé pour l'Espagne Florencio Garcia Goyena au milieu du siècle passé peu avant l'œuvre de Freitas. Ce projet est modelé sur le Code civil français et à apporté 300 articles. Goyena a le mérite d'avoir fourni à notre codificateur presque tout le matériel de ses citations de droit romain et de droit espagnol. Ensuite vient le Code du Chili d'un modèle aussi très français, mais qui présente un double avantage : l'un d'être le code d'un pays voisin de l'Argentine et l'autre d'être rédigé dans un style correct et clair. On sait qu'il était l'œuvre du Vénézuélien Andrès Belto quelqu'un des plus remarquables esprits du continent méridional. Notre code doit quelque 170 articles au Code chilien.

Zachariae et ses annotateurs Massé et Vergé qui ont été sans aucun doute des modèles d'Aubry et Rau est le père d'environ 70 articles, ainsi que le grand Demolombe de 60 et Troplong de 50. Le Code de la Louisiane a contribué pour cette même quantité. Le projet de Code civil pour l'Uruguay dont le rédacteur, Docteur E. Acevedo quelques années avant, a été collaborateur de notre propre codificateur pour le Code de commerce de la République argentine a fourni à notre code deux douzaines de dispositions. Une vingtaine de préceptes ont été inspirés par chacun des jurisconsultes français : Pothier, Chabot, Duranton, Marcadé (et Pont). Environ une douzaine d'autres sont dus à chacune de ces autres autorités qui s'appellent : Maynz, Molitor, Savigny. Les 80 qui restent ont des sources multiples et occasionnelles, ce sont des codes comme ceux de Hollande, Autriche, Bade, Bavière, Suisse (canton de Vaud) ou le projet de Code pour l'Etat de New-York (que notre codificateur et presque tous nos juristes ont considéré comme un code parfait). Citons encore quelques lois romaines et espagnoles, certaines lois de notre époque coloniale et d'autres de notre indépendance. Divers auteurs, presque tous français, entre autres : Story, Kent, Foelix, Chardon, Merlin, Toullier (et Duvergier) Demante (et Colmet de Santerre), Pardessus, Proudhon, Coin-Delisle, Persil, Grenier, Malpel, Vazeille, Martou, Ortolan, Mourlon, Massé etc. etc., dans des œuvres que je ne cite pas parce qu'elles sont connues et que je ne veux pas m'étendre, ont contribué à différentes parties de notre code selon leur contenu (usufruit, servitudes, privilèges, prescription, successions etc.) par des dispositions isolées que dans la majorité des cas on peut compter avec les doigts d'une seule main.

II

Le Code civil comme source de notre code .

En résumé, notre code doit au Code français 1100 articles, aux codes (ou projets) inspirés par le Code français (Garcia Goyena, Code chilien, Code de la Louisiane, Codes italien et suisse etc.) quelques 550, aux jurisconsultes français (sans compter Zachariae) quelques 950, soit un total de 2600 articles, c'est à dire presque 2/3 des 4051 articles de notre code.

Au point de vue quantitatif soit directement, soit indirectement, c'est de valeur incontestable. Mais au nombre, il convient d'ajouter la qualité, l'orientation, l'esprit dominant. A ce point de vue également, se manifeste la « gravitation » autour du Code Napoléon, comme on pourra le voir dans quelques aspects fondamentaux.

On rencontre d'abord une tendance démocratique analogue : la prohibition des substitutions fidéi-commissaires, le dogme de la propriété perpétuelle dans une famille, la prohibition des indivisions successorales, la condamnation des majorats, le caractère impératif du partage héréditaire, etc.

Ensuite, l'individualisme presque à son apogée, la volonté des parties est loi, l'individu n'existe qu'en face d'autres individus, l'état ou la société n'ont pas de droits ou un peu moins que l'individu, la tutelle est tout au plus l'affaire de la famille, etc.

Enfin, pour être bref, le code est essentiellement le code de la propriété. Le travail ne compte pratiquement pour rien parce qu'on ne tient pas pour travail *stricto sensu,* les louages de services et d'ouvrage que renferment les deux codes. Il est certain que dans notre code, la conception est très corrigée. Deux choses principales ne s'y trouvent pas : d'une part le caractère « absolu » du droit réel de propriété qui en principe est caractéristique dans le Code français ; d'autre part, dans le Code français il y a ceci de remarquable que beaucoup plus des deux tiers des articles sont consacrés à la propriété et aux modes de l'acquérir ; il s'ensuit que la succession par exemple, est moins une institution de droit civil qu'un simple mode d'acquisition de la propriété. Dans notre code, l'aspect d'institution est beaucoup plus prononcé : les obligations et les contrats d'une part et les successions de l'autre constituent des livres indépendants à côté de ceux qui s'occupent des droits réels et des droits de la famille. Je laisse à part les détails et les dispositions accessoires sans aucune subordination au droit de la propriété. Ces matières ont été traitées avec la dignité et la hauteur des choses qui ont leur signification en elles-mêmes et réclament l'autonomie. Cependant la tendance indiquée se fait sentir plus d'une fois. Il suffit d'attirer l'attention sur la tutelle : pour notre codificateur, il n'existe que la tutelle des pupilles propriétaires et riches car il parle de leurs établissements et de leurs troupeaux et rien n'est

établi relativement aux pupilles pauvres ou abandonnés. De telle sorte que les deux codes se présentent comme des codes de liberté et, partiellement, d'égalité, — c'est à dire d'individualisme qui est l'antithèse de toute paternité.

III

Principes et institutions du droit civil français écartés en Argentine

Néanmoins, il ne faut pas exagérer. L'influence du Code civil français sur le nôtre, pour être prononcée, n'est jamais plus qu'une simple influence et pas du tout une suggestion et encore moins une aveugle infatuation. La preuve en résulte de diverses circonstances dont je retiendrai celles qui me paraissent les plus typiques. D'abord, la distribution méthodique de notre code n'est pas celle du Code français, mais plutôt celle de Freitas : Son livre I a pour objet — à part deux titres préliminaires — les lois et le droit dans le temps, les personnes et la famille ; dans le livre II se placent les obligations, les faits et actes juridiques ainsi que les contrats ; le livre III concerne exclusivement les droits réels et le dernier (IV) à part un «titre» et deux « sections » qui traitent respectivement du transfert des droits en général et des privilèges et de la prescription, traite du droit des successions.

Ensuite, le Code français seul n'a contribué par lui-même qu'au quart des 4501 préceptes de notre code. Et bien que les auteurs français aient prêté leur concours pour quelque 950 articles et que 550 autres articles soient dus à des codes foncièrement inspirés du Code français, cela ne change pas ce qui vient d'être dit, ni encore moins le fait que le code a beaucoup d'autres sources, que celles indiquées ci-dessus : une série de précédents historiques et locaux, le droit des pays voisins, le droit emprunté aux Codes germaniques et latins, etc. Cela est notoire en plus d'une hypothèse, par exemple l'influence de Savigny — soit directe, soit par l'intermédiaire de Freitas — est évidente dans notre droit des obligations et en ce qui concerne l'institution du principe de droit international privé d'après lequel les relations personnelles sont régies par la loi du domicile et non par celle de la nationalité. Du reste, ainsi seulement peut s'expliquer le fait que notre code contient presque le double d'articles du Code français (4051 contre 2281). Voilà pourquoi notre code est relativement original, appréciablement individuel et modérément argentin.

En outre plus d'une institution du Code français n'a pas trouvé place dans le nôtre. La citoyenneté n'est pas chez nous matière du droit civil. Les dispositions y relatives sont contenues dans une loi spéciale et antérieure au code. Le registre de l'Etat civil (naissances, mariages, décès, etc.), n'a pas été adopté par notre codificateur (dans ce cas il n'a pas réussi car il n'y a pas de sujet plus propre au code

civil que l'état civil de personnes et leur justification) : cette matière a dû être promptement l'objet d'une loi spéciale. Dans le droit de famille, notre code ne consacre ni le divorce ni l'adoption ni le conseil de famille ni le subrogé-tuteur, etc. En ce qui concerne les droits réels, notre codificateur n'a pas eu les hypocrisies du législateur français en matière de servitudes « personnelles ». Il n'a pas légiféré non plus sur l'expropriation (il existait déjà à ce sujet une loi particulière). En matière d'obligations, — à part la proscription de la contrainte personnelle et sans compter une division méthodique plus claire et plus pratique, (comme on sait, le Code français fait des synonymes, des obligations et des contrats), — on a balayé la métaphysique des obligations indivisibles se confondant avec les solidaires. Nous ne connaissons pas le bail à cheptel etc., de même que les longs chapitres sur la preuve des obligations et leur payement parce qu'entre nous il a été entendu — par erreur je crois, mais sans pouvoir le prouver ici — que toute institution touchant à la procédure ou à la forme ou accessoire du droit n'est pas de ressort civil et reste soumise aux législations locales des Etats qui forment notre République fédérale. Quant au droit successoral, notre code dispose que l'homme peut faire des héritiers testamentaires, à condition qu'il n'ait pas lésé par cette institution ses héritiers légitimes, dans le sens où ce terme est compris par le Code français. Il n'a pas fait de parallèle entre les donations et l'acte entre vifs et contractuel et le testament qui est un acte « mortis causa » et de volonté unilatérale comme on le fait dans le Code français.

IV

Améliorations et institutions nouvelles de notre code

Bien plus notre code a adopté des améliorations qui l'ont placé comme valeur législative — abstraction faite des valeurs historiques de circonstance — bien au dessus du Code français. Profitant des critiques et des enseignements des grands commentateurs français, des codes postérieurs au Code Napoléon, des doctrines d'éminents juristes comme Savigny, ou des différents projets législatifs dignes de la plus haute considération comme celui de l'Etat de New-York ou le projet de Freitas, en tenant compte des précédents du pays et des pays voisins il a incorporé des institutions nouvelles ; il a complété celles qui étaient insuffisantes, il a modifié le sens de certaines autres, il a apporté des solutions plus en rapport avec son époque et l'ambiance. Pour préciser ce qui, dans ce sens, a sa place maintenant, je peux signaler d'abord une chose que j'ai déjà indiquée ailleurs pour un autre motif : l'application du principe que les relations de personnes doivent être régies en droit international privé, par la loi nationale, aurait présenté dans notre pays — pays de grande immigration — de grandes complications et aurait même été dangereux pour notre souveraineté ; voilà

pourquoi il était nécessaire de recourir à une loi plus adéquate qui ne peut être autre que la loi de la « soumission volontaire » c'est à dire celle du domicile. La majorité a été portée à 22 ans ; notre méridionalisme relatif a été largement compensé par notre qualité de peuple en formation et sans expérience. La paternité naturelle a reçu aussi sa sanction législative, chose qui, au surplus est aujourd'hui de droit commun sans excepter le droit français. Les droits des incapables jouissent de la surveillance et de la protection d'un Ministère des Mineurs, spécialement consacré à ses questions ; bien que celui-ci attende encore une organisation qui, par son développement et sa réalité, lui permettra de rendre les services que le législateur a eus en vue.

Sans parler d'un grand nombre de dispositions particulières qui représentent des succès en face des préceptes analogues du Code français ni mentionner spécialement que la prescription ordinaire des actions dites « personnelles » a été ramenée de 30 à 10 ans, je désire m'attacher particulièrement aux principales institutions nouvelles de notre code par rapport au Code français. On y trouve d'abord les obligations naturelles qui ont été réglées dans un titre spécial (le deuxième du droit des obligations) et qui sont arrivées à une apogée si marquée dans le droit contemporain. Les « titres » importants sur les faits et actes juridiques dans lesquels on généralise comme il convient l'un des trois grands éléments qui avec les personnes et les choses forment toute la trame de la vie juridique, ont reçu dans notre code la consécration qu'ils méritaient. J'en dirai autant, bien que dans une moindre proportion, d'autres institutions ; la possession commune (condominium), qui est une forme si fréquente de la propriété a influencé le romaniste de son caractère dans notre code : la cession de créances et la transmission générale des droits sont à notre époque d'un usage courant.

V

Influence française ultérieure dans notre législation civile

Je ne prétendrai pas que le Code civil argentin soit un modèle par rapport à son époque. Il est trop « casuiste », ce qui ressort clairement de ses 4051 articles ; il est imprégné de romanisme et d'un individualisme caractéristique. Ses fautes techniques et de forme sont nombreuses et de poids. Sa terminologie principalement en matière d'absence et de prescription, est assez diluée. La personnalité juridique des sociétés. les fondations, le bien de famille, le droit au nom et à la personnalité, etc., y sont chose inconnue. Il ne connaît pas l'émancipation. J'en dirai autant du divorce, et d'une protection publique et appropriée de la tutelle. Les registres fonciers pour les droits immobiliers, la responsabilité objective, la cession de dettes, le droit du travail, le bail rural, l'abus de droit, etc. etc., ne comptent pas pour notre code. On ne dit rien non plus de la division par étage des immeubles et des édi-

fices, de la « Gesammte Hand » du droit allemand, du gage sans déplacement, l'hypothèque non personnelle, objective, quasi-autonome, comme dans le droit germanique, etc. Nous nous trouvons en présence de quelque chose de semblable en matière successorale : notre possession héréditaire, investiture de l'héritier sans déclaration judiciaire manque de bon sens. La succession aux biens plutôt qu'une subrogation des droits en la personne de l'héritier devrait être une réalité. Notre succession ne se fonde pas sur le principe des (1) et renferme trop de degrés dans la ligne collatérale alors qu'elle ne devrait aller qu'au quatrième ; l'indivision successorale peut être plus d'une fois une nécessité (cas d'un établissement industriel en pleine activité). La proscription de l'institution contractuelle et des substitutions se ressent de préjugés qui manquent aujourd'hui de fondement comme on peut le voir dans les Codes civils contemporains.

Voilà pourquoi on a dû compléter progressivement non pas certes complètement notre code par des lois spéciales parmi lesquelles il faut citer : la loi du foyer rural, la loi sur le patronage des mineurs, la loi sur les droits civils de la femme, la loi sur le mariage civil substitué au mariage religieux qui était celui adopté par le code, la loi sur la propriété intellectuelle sur le registre des droits réels, sur le gage agraire sur les baux ruraux, sur le travail (elles sont nombreuses) etc.

C'est pourquoi on a commencé depuis huit ans une réforme de notre code dont l'avant-projet sera soumis au gouvernement prochainement.

Mais à tous ces points de vue, l'influence du Code civil français et aussi, en général, du droit français, est moins visible en raison de deux circonstances qui se complètent l'une l'autre : le Code français qui est resté si en arrière, a perdu sa qualité unique particulièrement en face des codes contemporains de grande valeur comme le Code allemand ou le Code suisse et pour ne citer que nos voisins le Code du Brésil et le Code du Mexique. Voilà qui explique la relativement forte dose de germanisme que contient l'avant projet dont nous avons parlé.

VI

Raisons de l'influence de la culture française en Argentine

En somme, l'influence française dans notre législation et dans notre droit, particulièrement le droit privé (civil, commercial, intellectuel) continue et continuera d'exercer une influence importante.

Ici intervient, à mon avis, une question intellectuelle ; sans vouloir la justifier et me bornant à la prouver par les faits, je dirai que notre inclination ou sympathie pour la culture parisienne a de vieilles racines chez nous, y est profondément entrée. En dehors de quelques exceptions comme la science où la savante Allemagne a l'habitude de s'imposer, l'assimilation et même la transplantation de la pensée, l'art et

(1) Ici un mot omis par le traducteur, et que nous n'osons suppléer de peur de trahir la pensée de l'auteur.

les lettres de France, sont chez nous de virtualité générale et immédiate pour les classes cultivées. Il est rare que dans ces classes on ne sache pas le français. Dès l'instruction primaire, plus d'un texte français d'étude a été le véhicule de notre formation. Le théâtre français nous délecte comme nous charme la littérature française que nous connaissons bien à fond. La poésie française nous suggestionne et elle demeure avec les arts et la philosophie du pays de Pascal et de Bergson notre constant modèle. En principe, la France est le pays que nous visitons le plus, c'est que nous nous sentons très rapprochés d'elle intellectuellement, nous sommes pour une large part des fils de la France.

Ainsi s'explique pourquoi et comment le droit français continue par ses lois et surtout par ses jurisconsultes et sa jurisprudence que nous possédons et connaissons au jour le jour, à règner dans notre enseignement juridique, dans nos tribunaux et ici plus partiellement, dans notre œuvre législative.

La France a été pour nous, comme presque tous les pays de cette partie du continent une grande lumière. Nous nous déclarons ses débiteurs reconnaissants. Et publiquement, avec plaisir, nous l'appelons « Mère » et nous lui présentons notre très cordial et très respectueux hommage. Elle a dans les mains, si j'ose dire, l'esprit de travail, de pénétration, de grâce, d'harmonie et de clarté de ses enfants, la tâche de rechercher et de créer dans les diverses disciplines de la pensée et de l'émotion, elle a dans ses mains, disais-je, le sceptre qu'elle doit maintenir, qui implique pour nous un accroissement de notre culture et pour elle accumule honneur et gloire.

Au moment où allaient s'ouvrir les journées juridiques de Montréal, nous apprenions la mort de M. Alfredo Colmo. Nous tenons à saluer respectueusement la mémoire de ce grand jurisconsulte et de ce noble citoyen. Longtemps professeur de droit civil à la Faculté de Buenos Aires, membre de la première chambre de la cour d'appel de la capitale fédérale, membre de l'Académie nationale du droit et des sciences sociales, Alfredo Colmo avait su trouver le temps de publier des œuvres importantes. Son volume sur « Les Obligations » réédité au bout de peu de temps attestait combien le public avait apprécié ce travail considérable qui plaçait si bien l'exposé du droit argentin à côté de celui des autres grands pays latins. Son autre ouvrage capital : « La Technique législative du Code civil argentin » ouvrait d'intéressantes perspectives sur un domaine peu exploré. Aussi non seulement il fut réédité, mais il inspira dans d'autres pays des études du même genre. Mais Colmo n'était pas moins bon citoyen que jurisconsulte reputé. D'autres ouvrages : « Amérique latine », « Politique culturale dans les pays latins américains » et l'an dernier « La Révélation dans l'Amérique latine » montraient l'homme préoccupé des destinées de son pays et s'intéressant aux problèmes les plus élevés de la politique qu'il envisageait d'une façon scientifique et indépendante. Ceux qui ont eu l'honneur et la satisfaction de le connaître n'étaient pas étonnés de sa hauteur de vues, car ils connaissaient la droiture de son caractère. Ils ont perdu en lui un homme qu'ils estimaient et qui faisait honneur à son pays.

Henri CAPITANT

DE L'INFLUENCE DU CODE NAPOLÉON À HAÏTI
ET
DES DIFFÉRENCES DE LÉGISLATION CIVILE
ENTRE LA FRANCE ET HAITI

Communication au Congrès des Avocats et des Magistrats de Montréal

---

Rapport présenté par

M. ABEL-NICOLAS LÉGER

Président du Comité France-Amérique d'Haïti
Membre de la Cour permanente d'Arbitrage de la Haye
Ancien professeur de droit Civil à la Faculté de Droit
Ancien Président des Commissions Mixtes d'Arbitrage
Ancien Délégué plénipotentiaire à la 2ème Conférence des Juristes américains
Ancien Secrétaire d'Etat des Relations Extérieures d'Haïti.

AVANT-PROPOS

Jacques Cartier, le 24 juillet 1534, prenait possession de la Nouvelle France, au nom de François Ier. Quatre siècles plus tard, le Canada, par l'entremise de son premier Ministre, dans un émouvant Message à la France, rappelait que les caravelles du pilote malouin « étaient en quelque sorte chargées mystérieusement des lourdes et glorieuses destinées de la race française sur le Continent américain » et clamait, avec son admiration, sa reconnaissance pour les bienfaits reçus !

Le Comité France-Amérique, présidé avec tant d'autorité par M. Gabriel Hanotaux, eut l'idée de synthétiser ces « glorieuses destinées », en associant la France et toutes les nations américaines à la célébration chrétienne et européenne : d'où les merveilleuses solennités qui, du 27 août au 5 septembre, se dérouleront à Québec, à Trois-Rivières, à Montréal, à Ottawa et à Toronto. Chaque Etat de cet hémisphère, aux Journées de la Langue, de la Littérature, du Droit et de la Médecine, qui symboliseront la pensée française en Amérique, dira la part de l'influence morale et spirituelle de la France sur sa formation ou sur son développement.

La filiale de Port-au-Prince ne pouvait rester indifférente à l'appel du Comité de Paris. Les premières caravelles qui abordèrent ce continent avaient apporté à Haïti la domination espagnole, la première suprématie européenne implantée de ce côté de l'Atlantique. Et si nous n'avons pas gardé la langue d'Isabelle-la-Catholique, ne

le devons-nous pas aux hardis flibustiers français qui, dès 1630, vinrent défier et combattre les Espagnols ? La Colonie de St-Domingue, création du traité de Ryswick, l'une des plus belles et des plus prospères possessions de la France, se révoltera contre les abus des colons et proclamera son indépendance. Mais comme le Canada, et comme deuxième territoire touché par l'influence française, l'Etat émancipé a gardé un fidèle souvenir à la Nation qui lui a laissé le riche héritage de sa religion, de son parler et de sa culture.

Et notre groupement a délégué M. Dantès Bellegarde, l'un de ses vice-présidents, pour assister aux fêtes commémoratives de cette grande date de l'histoire et pour rappeler le soin avec lequel Haïti, depuis plus d'un siècle, cultive la langue de Voltaire, les conquêtes de Laennec et les lois de Portalis.

Port-au-Prince, 8 août 1934

Abel-N. LÉGER.

DE L'INFLUENCE DE CODE NAPOLÉON À HAÏTI

Le Code civil d'Haïti, calqué sur le Code Napoléon, fut voté par la Chambre des Communes, le 4 mars, par le Sénat le 26 mars et promulgué par l'exécutif le 27 mars 1825. Il a fait l'objet d'une première édition annotée par Auguste Linstant Pradine en 1865, d'une deuxième par M. Louis Borno en 1892 et d'une troisième par l'auteur du présent mémoire, en 1934.

La date de la promulgation est à retenir pour montrer dès le début l'influence du Code Napoléon. Au moment où Haïti adoptait ce code, elle était encore en butte à l'hostilité de son ancienne Métropole, qui n'avait pas reconnu le fait de la séparation, datant cependant du 1er janvier 1804. Différentes missions avaient cherché dans l'intervalle à rétablir pour le moins la suzeraineté ou le protectorat de la France, et l'ancienne colonie vivait sur un véritable pied de guerre. Au surplus les Haïtiens n'avaient aucune sympathie pour le nom de Napoléon. Ils ne pouvaient oublier de sitôt que Bonaparte, dès son avènement au Consulat, était l'auteur de la formidable expédition militaire et maritime, qui devait anéantir la révolte de St-Domingue, et de l'agonie de Toussaint-Louverture dans les froides montagnes du Jura.

En se donnant en 1825, dans le domaine du droit privé, une structure légale, ils auraient pu à juste titre réagir contre tout ce qui pouvait leur rappeler les institutions françaises. D'ailleurs, si Napoléon avait réussi l'entreprise d'unifier et de codifier le droit, — problème qui était à l'étude depuis Louis XI — il n'était pas précisément un précurseur en Europe. D'autres Etats avaient déjà mis fin à la diversité des lois et coutumes. Une Haïti réactionnaire aurait pu s'inspirer ailleurs. D'autant plus que le Code Napoléon, après avoir connu une expansion considérable, était rentré, avec les revers militaires de son auteur, dans une période de véritable discrédit. L'Allemagne

attaquait avec passion la « compilation napoléonienne » ; l'Italie avec violence. Les pays qui ne la répudiaient pas, la retouchaient ... Savigny, le célèbre chef de l'Ecole Historique, s'en prenait au nom de la science au principe même de la Codification comme constituant une œuvre fausse et arbitraire, consacrant des idées systématiques et nuisibles à l'évolution du droit !

Mais chose curieuse, le premier pays de la terre qui allait calmer ce mouvement de réaction, provoquer un retour de faveur, remonter le courant de dénigrement, volontairement adopter une codification systématique condamnée par la propagande allemande, et initier de ce fait le Continent américain au Code Napoléon, ce fut HAÏTI.

Nous avions mis, en 1825, tout esprit de rancune de côté pour appliquer le « Code civil des Français » aux besoins de notre unité législative. Pourquoi ?

D'abord, en hommage aux hommes de la Convention, du Directoire et du Consulat qui, pendant plus de dix années, s'étaient penchés sur le problème de la codification, aux philosophes et aux jurisconsultes qui y avaient concouru par la profondeur de leurs vues, aux Tribunaux, au Conseil d'Etat, au Corps Législatif, au Tribunal qui, par leurs savantes appréciations et leurs judicieuses observations, y avaient semé encore plus de clarté.

Ensuite à Napoléon lui-même, notre adversaire, qui n'avait pas laissé réaliser une œuvre de passion, qui avait su écarter tout esprit révolutionnaire ou réactionnaire, qui avait su garder une note de sagesse et de modération, de calme et d'apaisement, malgré les tourmentes politiques.

Puis à la conception libérale qui présida à la rédaction du code, à l'esprit de discipline, d'unité, de conciliation et de transaction qui inspira ses auteurs, à la conscience avec laquelle ces derniers s'efforcèrent de réunir les éléments d'une grande œuvre de réforme, susceptible de traverser les âges, par des emprunts aux idées romaines, au droit canonique, aux traditions coutumières, aux ordonnances de la Monarchie absolue, aux conquêtes juridiques de la Révolution et à la jurisprudence des anciens parlements.

Enfin, aux rares qualités techniques de fond et de forme, de méthode, de précision et de clarté qui caractérisaient le travail du Consulat.

Et puis, il faut se rappeler les conditions mêmes de la formation historique du pays d'Haïti. Il avait connu le régime de l'esclavage, après l'extermination des aborigènes. Il avait été travaillé par les idées de la Révolution de 89. Il devait forcément s'enthousiasmer à l'étude d'une législation qui, hardiment, proclamait les principes de liberté et d'égalité dont on lui avait refusé l'application et pour lesquelles il dut lutter les armes à la main ; législation qui anéantissait les privilèges, abolissait la hiérarchie féodale des personnes et des terres, jetait à bas les droits de masculinité et d'aînesse ; législation qui, au surplus, lui donnait l'exemple, du moins en ses textes primitifs, de l'hostilité aux

étrangers, idée qui lui était agréable en raison des souffrances endurées, et qui allait lui suggérer le refus du droit de propriété immobilière aux exotiques et l'interdiction de succéder et de recevoir par donation ou legs, etc.

L'idée est excellente de faire signaler au Congrès des Avocats et des Magistrats de Montréal la part d'influence du Code Napoléon sur l'élaboration de la législation civile de l'Amérique Latine, les modifications faites et les différences qui séparent nos pays de la France à cet égard. J'y trouve une manière de réplique au vœu dernièrement émis par la Septième Conférence pan-américaine de Montevideo, et d'après lequel l'Amérique a été conviée à entreprendre une étude comparée du CODE CIVIL DU BRÉSIL avec ses codes respectifs. En effet, le Code du Brésil n'est autre que le Code civil allemand. Serait-ce, comme au temps de Savigny, une nouvelle offensive technique contre le code Napoléon ? Loin de nous de contester le soin mis à l'élaboration du Code allemand, produit de l'esprit scientifique des Universités. Mais la situation de la grande république de l'Amérique du Sud n'est pas précisément celle des autres nations de cet hémisphère. Le Brésil est resté près de trois quarts de siècle à rédiger projet sur projet, appert les efforts successifs de Freitas, Nabuco de Aranjo, Félicio dos Santos, Coelho Rodrigues. S'il s'est décidé à appliquer à son droit privé la législation germanique, c'est demi-mal, la tâche d'assimilation et d'adaptation étant moins grande pour lui.

Que l'on demande, cependant, à tout un continent de reviser ses lois civiles, après un siècle ou des décades d'exécution, en prenant pour base un code très différent, dans sa conception, dans sa méthode et dans sa rédaction, qui a écarté pour de pures raisons théoriques tout un ensemble de matières déjà traitées dans nos législations nationales respectives et d'une manière pratique, c'est mettre en antagonisme sans nécessité deux concepts différents, peut-être deux courants de civilisation et c'est solliciter un bouleversement général de l'organisation juridique de cet hémisphère.

Depuis 134 ans le Code Napoléon régit la France. Son influence s'est étendue sur de nombreuses nations européennes. Il a été adopté par le Japon. Vingt Etats américains, y compris le Canada l'ont calqué ou partiellement approprié à leurs besoins. Aucun Etat n'envisage une révision générale, mais seulement des retouches, suivant les circonstances. La preuve est administrée de la solidité de la structure et de la qualité exceptionnelle de l'armature. Réparons la maison, mais ne la démolissons pas, alors que les fondations sont intactes.

Haïti, la première Nation américaine à copier les lois de Napoléon, n'a jamais considéré le code comme un code-fétiche, immuable, fermé à toute idée de progrès et de solidarité. Dès le début, nous y avons fait des modifications, des innovations mêmes et nous continuons à l'améliorer au gré des exigences de toutes sortes. La France elle-même, qui devrait être plus attachée qu'aucun autre Etat à un code

qui a fait rayonner au loin le prestige de sa science, n'y a-t-elle pas introduit un esprit de socialisation qui a pénétré les lois et les usages relatifs aux contrats, à la propriété, aux successions ?

L'ouvrage est bon et fait de main de maître. Gardons-le, comme base de nos études comparatives dans l'effort qui se dessine pour l'unification des lois civiles de l'Amérique Latine.

DES DIFFÉRENCES ENTRE LE CODE FRANÇAIS ET LE CODE HAÏTIEN

Le Code Napoléon comprend, suivant la vieille division romaine, un titre préliminaire et trois livres, lesquels sont répartis en titres, chapitres et sections, formant un total de 2281 articles.

Le Code civil d'Haïti se compose de 35 lois numérotées, distribuées en chapitres et sections, couvrant à peu de choses près et dans le même ordre les mêmes matières ; il renferme 2047 articles.

Nous négligerons les concordances entre les deux codes, nous bornant à signaler soit les différences originaires, soit les modifications qui y ont été faites en France, ou en Haïti, soit les lois qui ont complété la législation civile des deux pays.

I

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL

(Code Napoléon, *art. 1-6 ;* Code haïtien, *art. 1-10*)

1. Haïti est restée sous le régime de la loi exécutoire, dès présomption de connaissance dans chaque commune, 24 heures après la République, un mois au plus tard après la promulgation faite par le pouvoir Exécutif (*art. 1*). Le texte correspondant français (*art. 1*) à l'origine avait le même système de présomption, mais des délais de distance différents avec le Département comme unité territoriale pour la mise en vigueur de la Loi. A remarquer que le Code haïtien, dès 1825, avait adopté la Commune comme unité territoriale et que ce n'est qu'en 1870 que la France adopta le même système sur la base de l'Arrondissement.

2. Les *articles 3, 4 et 6 du Code haïtien* n'ont pas été reproduits du Code Napoléon. Ils prescrivent respectivement 1°. qu'aucune loi ne peut être abrogée ni suspendue que par une autre loi, 2°. que lorsqu'il y a contradiction entre plusieurs lois transitoires, la loi postérieure abroge ce qui lui est contraire dans la loi antérieure, quand même le législateur aurait omis de faire mention de cette abrogation et 3°. que les agents étrangers accrédités en Haïti sont régis par le droit des gens, les usages des nations ou les traités politiques.

3. Le 2e alinéa de *l'article 3 français* stipulant que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française, a été supprimé dans la rédaction de notre *article 5,* pour la raison que plus loin, en son *article 450* notre code prescrit que nul ne peut être propriétaire de biens fonciers, s'il n'est Haïtien. Nous sommes fina-

lement devenus plus libéraux et depuis notre Constitution de 1918 Haïti a accordé sous certaines restrictions le droit de propriété aux étrangers. La récente Constitution de 1932 a consacré le même principe. La réglementation à ce sujet est l'œuvre de la loi du 13 février 1925.

Avec les changements ci-dessus signalés, nous aurions intérêt à intercaler dans notre article la disposition du 2ème alinéa de l'*article 3 français* pour bien faire comprendre que le régime économique et civil du territoire haïtien est applicable, sans aucune considération de personnes, à toutes les lois classant et définissant les biens immobiliers, déterminant le nombre, la nature et les effets des différents droits que peuvent avoir les particuliers sur les choses, aux lois relatives aux voies d'exécution ou saisies, à celles réglant les différents modes de transmission des immeubles ou visant l'expropriation pour cause d'utilité publique, la transcription des aliénations immobilières et la dévolution héréditaire des immeubles après décès par succession ab intestat.

II

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

(Code Napoléon, *art. 7-33 ;* Code haïtien, *art. 11-34*)

4. Les dispositions originaires de notre code au sujet de la jouissance des Droits civils se rapprochaient très sensiblement de celles du Code Napoléon. Mais cette matière a été depuis bouleversée en France par les lois du 26 juin 1889, du 22 juillet 1893 et du 5 mars 1895. Un décret du 13 août 1889 porte règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 26 juin 1889. De même chez nous, les lois du 5 septembre 1860, du 10 août 1903 et du 22 août 1907 ont fixé les conditions d'acquisition de la nationalité haïtienne par la naissance, la faveur spéciale de la loi ou la naturalisation et réglementé la perte de la qualité d'Haïtien.

5. A signaler, cependant, au chapitre de la privation des droits civils ou de la perte de la qualité de citoyen, que nous avons conservé les textes consacrant la mort civile, supprimés et remplacés dans le Code Napoléon par la loi du 31 mai 1854 réglementant autrement le sort des condamnés à une peine afflictive et infâmante.

III

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

(Code Napoléon, *art. 34-101 ;* Code haïtien, *art. 35-90*)

6. L'*art. 38 du Code haïtien,* comme l'art. 37 du code de 1804, n'admettait pas les femmes à jouer le rôle de témoins dans les actes de l'état civil. La loi française du 7 décembre 1897 a introduit cette nouveauté, et la loi haïtienne du 20 juillet 1929 en a fait autant.

7. L'*art. 47 haïtien,* s'accordait avec l'*art. 45 français,* pour autoriser toute personne à se faire délivrer, par le dépositaire des registres de l'état civil, les extraits de ces registres. La loi française du 30 novembre 1906 a restreint cette autorisation, en ce qui a trait aux actes de naissance, dont les *copies conformes* ne peuvent être délivrées à des tiers que sur leur demande écrite et sur autorisation délivrée par le juge de paix et éventuellement, en cas de refus de ce dernier, par la juridiction des Référés du tribunal civil de 1ère instance.

8. L'*art. 48 haïtien* était primitivement la reproduction de l'*art. 46 français* visant les causes rendant nécessaires des preuves exceptionnelles, lorsqu'il n'aura pas existé de registres de l'état civil ou qu'ils seront perdus. La loi haïtienne a modifié l'*art. 48,* en prévoyant non seulement la simple perte de registres, mais également leur destruction totale ou partielle ou leur détérioration de façon à en rendre l'usage impossible. Elle permet également aux tribunaux d'accorder force probante des actes authentiques aux énonciations relatives aux décès et naissances contenues aux registres régulièrement tenus par les Ministres des différents cultes, quand ces décès ou naissances n'auraient pas été inscrits sur les registres de l'état civil de la Commune où le fait allégué aurait eu lieu. Les décès et naissances prouvés en partie par tous moyens légaux, même par papiers domestiques émanés des père et mère décédés de la personne dont l'état civil est en question, en vertu de jugements passés en force de chose jugée, doivent être mentionnés dans le registre de l'état civil de l'année à laquelle remonte le fait d'état civil non inscrit, à la suite du répertoire, sur autorisation donnée par le Secrétaire d'Etat de la Justice au dépositaire public.

9. L'*art. 49 haïtien,* visant la validité des actes de l'état civil des Haïtiens ou des étrangers dressés en pays étranger conformément à la Règle LOCUS REGIT ACTUM et des actes dressés à l'étranger pour un Haïtien par les agents du service extérieur Haïtien, est une combinaison des *articles 47 et 48 français* auxquels la loi française du 8 juin 1893 a ajouté des dispositions, d'après lesquelles 1°. les actes de l'état civil dressés pour un Français à l'étranger suivant la *lex loci* et transmis au Ministère des affaires Etrangères doivent y rester déposés pour en être délivré expédition et 2° les agents français à l'extérieur doivent faire parvenir à la fin de chaque année, au susdit Ministère, un double des registres des actes tenus par eux, à charge d'en assurer la garde et d'en délivrer des extraits.

10. Les lois haïtiennes du 17 août 1912 sur l'organisation du service consulaire ont autorisé les consuls, de nationalité haïtienne, et tous les actes de la compétence des notaires, et à défaut des consuls susparlés, les chefs de Légation ou les membres de leur personnel dûment autorisés, à recevoir les dits actes. Mais à la différence des modifications françaises, les expéditions des actes dressés doivent *dans le mois de leur date* être transmises au Département des Relations Exté-

rieures d'Haïti, et c'est aux parties intéressées à provoquer leur inscription sur les registres de l'état civil de la Commune où elles sont domiciliées. S'il s'agit d'actes notariés, les parties intéressées doivent également requérir leur dépôt pour minute chez notaire. Et les actes ne produisent aucun effet en Haïti avant l'inscription ou le dépôt.

11. L'*art. 50 haïtien,* comme l'*art. 49 français,* prévoyait, entre autres, que dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devait avoir lieu en marge d'un autre acte déjà inscrit elle serait faite *à la requête des parties intéressées,* par les autorités désignées, etc. La loi française du 17 août 1897 a rectifié le texte en stipulant que toute mention serait faite *d'office* soit par l'officier de l'état civil, soit sur l'ordre du procureur de la République.

12. *Actes de Naissance.* L'*art. 55 haïtien* est une combinaison des *art. 55 et 56 français,* mais le délai pour la déclaration de naissance, alors qu'il est *d'un mois* chez nous est de *3 jours* en France. La loi française du 21 juin 1903 a ajouté un alinéa à l'article 55 par lequel il prévoit un délai spécial de 10 jours pour les déclarations faites, à l'étranger, aux agents diplomatiques et consulaires, avec faculté de prolongation par Décret du Président de la République, suivant les circonstances. Le Décret français du 17 mai 1909 porte ce délai à 30 jours en Russie et dans tous les pays hors d'Europe. Nos lois n'ont pas stipulé de délais spéciaux, quand l'accouchement a lieu à l'étranger et quand il est déclaré à nos agents du service extérieur.

13. L'*article 58 haïtien* sur la manière de dresser un acte de naissance survenue pendant un voyage maritime est calqué sur l'article *59 français,* avec cette différence que la loi française du 8 juin 1893 a intercalé un alinéa prévoyant le cas d'une naissance ayant lieu pendant un arrêt dans un port : l'acte est dressé avec les formalités prévues pour la haute mer, s'il y a impossibilité de communiquer avec la terre ou lorsqu'il n'existera pas dans le port, si l'on est à l'étranger, d'agent diplomatique ou consulaire investi des pouvoirs d'officier de l'état civil.

14. L'*article 59 haïtien* et l'*article 60 français,* sur les formalités à remplir pour le dépôt des expéditions authentiques des actes de naissance au premier port où le navire abordera pour toute autre cause que celle de son désarmement, sont presque identiques, sauf que le texte haïtien ajouta un alinéa aux termes duquel, si l'acte n'a pu être rédigé par écrit, la déclaration doit être faite aux autorités désignées, dès l'arrivée du navire dans un port. Le texte français a été modifié dans la suite par la loi du 8 juin 1893 qui a précisé, pour plus de garantie, que si le dernier domicile du père ou de la mère — si le père est inconnu — ne peut être retrouvé ou se trouve hors de France, la transcription sera faite à Paris.

15. Les *articles 61* des deux codes traitent des formalités au port de désarmement, obligation étant faite simplement de déposer le rôle d'équipage au Bureau d'Administration indiqué, lequel avait pour mission de faire parvenir à qui de droit l'expédition de l'acte

dressé en mer. La loi française du 8 juin 1893 stipule avec plus de précision que l'officier instrumentaire est tenu de déposer, en même temps que le rôle de l'équipage, une double expédition des actes de naissance dressés à bord, dont copie n'aurait point été déjà déposée. Une des expéditions est envoyée au Ministre de la Marine pour la transmission à qui de droit.

16. Les *articles 62* des deux codes sur l'acte de reconnaissance des enfants naturels, étaient à l'origine identiques. La loi française du 8 juin 1893 a ajouté deux alinéas visant les personnes qui auront trouvé un enfant nouveau-né et l'applicabilité des dispositions des articles relatifs au dépôt et aux transmissions.

Actes de mariage. Les articles 63 des deux codes consacraient les mêmes formalités pour les deux publications précédant le mariage et pour les énonciations qu'elles devaient comporter. La loi française du 21 juin 1907 ne prescrit plus qu'une seule publication.

17. Les *articles 64* des deux codes, au sujet de l'extrait de l'acte de publication à afficher et du délai qui doit s'écouler entre les publications et la célébration, comportaient la même rédaction, sauf que le texte haïtien autorisait la célébration le second jour après et non compris celui de la deuxième publication, tandis que le texte français parlait du troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication. La loi française du 21 juin 1907 a prescrit que la seule publication par voie d'affiche resterait apposée pendant dix jours devant comprendre deux dimanches et que le mariage ne pourrait être célébré avant le deuxième jour depuis et non compris celui de la publication.

18. Les *articles 65* des deux textes s'accordaient pour fixer à une année la péremption des publications, en cas de non célébration, à compter de l'expiration du délai des publications. La loi française du 21 juin 1907 maintient les mêmes dispositions, sauf la rectification imposée par le fait d'une seule publication déjà prescrite.

19. Les *articles 70* des deux textes se ressemblaient à l'origine quant aux papiers à remettre à l'officier de l'état civil par le futur époux ; mais la loi française du 17 août 1897 prescrit, en outre, que l'acte de naissance ne devra pas avoir été délivré depuis plus de trois mois, s'il a été délivré en France, et depuis plus de six mois, s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat.

20. Les *articles 71* des deux textes, précisant les énonciations de l'acte de notoriété à rapporter, à défaut d'acte de naissance, stipulaient tout d'abord une déclaration à faire par sept témoins ; mais la loi haïtienne du 4 août 1924, article 5 a ramené le chiffre des témoins à trois.

21. L'*article 72 du Code français*, qui fait obligation de présenter l'acte de notoriété au tribunal de première instance où doit se célébrer le mariage, aux fins d'homologation, si le tribunal estime suffisantes les déclarations des témoins et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance, le procureur de la République enten-

du, n'a pas été reproduit dans le Code haïtien.

22. L'*article 72 haïtien* correspond à l'*article 73 français* qu'il a copié et visant les énonciations à insérer dans l'acte authentique du consentement des père et mère, etc. La loi française du 20 juin 1896 a ajouté un alinéa. Sauf le cas spécial prévu à l'article 160 du code, elle accepte que l'acte de consentement soit donné, soit devant un notaire, soit devant l'officier de l'état civil du domicile de l'ascendant, et à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consulaires français.

23. L'*article 73 haïtien* est la reproduction de l'article 74 français qui veut que le mariage soit célébré dans la commune du domicile de l'un des époux, le domicile étant établi par six mois au moins d'habitation continue dans la même commune ; mais la loi française du 21 juin 1907 a modifié le texte : elle permet la célébration dans la commune du domicile, ou de la résidence de l'un des époux, la résidence étant établie par un mois au moins d'habitation à la date de la publication prévue par la loi.

24. L'*article 74 haïtien* sur les formes du mariage est la reproduction de l'*article 75 français*, à l'exception de l'alinéa intercalé par la loi française du 10 juillet 1850, faisant obligation à l'officier de l'état civil d'interpeller les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu.

25. L'*article 75 haïtien* répète les énonciations de l'*article 76 français*, visant les énonciations à insérer dans l'acte de mariage. Cependant le texte français comprenait, en outre, la déclaration faite sur l'interpellation relative au contrat de mariage, la possibilité de la rectification de l'acte de mariage dans le cas où la dite déclaration aurait été omise ou serait erronée, et l'obligation pour l'officier de l'état civil de faire mention de la célébration, en marge de l'acte de naissance des époux. La loi française du 21 juin 1907 a retouché le texte en supprimant les actes respectueux et en ordonnant qu'on énoncera, dans l'acte, la notification présentée par l'article 151 du code, dont nous parlerons en temps et lieu. Deux autres lois françaises, celles du 10 décembre 1850, et du 20 juin 1896, édictent toute une série de dispositions pour faciliter le mariage des indigents, la légitimation de leurs enfants naturels, etc.

26. *Actes de décès.* — L'*article 76 haïtien*, correspondant à l'*article 77 français* traite du certificat de décès, avec cette différence que le texte haïtien ne mentionne pas l'obligation pour l'officier de l'état civil de vérifier lui-même et préalablement le décès. A l'occasion de l'*article 79 français*, reproduit par l'*article 78 haïtien* sur les énonciations que doit contenir l'acte de décès, un décret du 4 juillet 1896 concerne les enfants présentés sans vie à l'officier de l'état civil et la façon de dresser l'acte de décès en pareil cas.

27. A peu de chose près, l'*article 79 haïtien*, pour les décès dans les hôpitaux militaires, etc, était calqué sur l'*article 80 français*, avec

cette différence qu'il ne parlait pas d'hôpitaux civils, qu'il faisait injonction aux Directeurs de faire de suite la déclaration à l'officier de l'état civil, alors que le texte français donnait au delà de 24 heures, et qu'il ne prescrivait pas la vérification préalable par l'officier de l'état civil. La loi française du 8 juin 1893 a élargi le texte en prévoyant le cas de décès dans « les hôpitaux ou les formations sanitaires, les hôpitaux maritimes, coloniaux, civils ou autres établissements publics, de la France, des Colonies, ou des pays de protectorat ».

28. Les *articles haïtiens 85, 86, 87* correspondaient à peu près aux *articles français 86 et 87,* relativement aux décès survenus en mer ; mais ces deux derniers textes ont été modifiés par la loi française du 8 juin 1893 qui y apporte plus de précision, en ce qui a trait aux dépôts et transmissions des originaux et des expéditions des actes dressés et leur transcription.

29. Le Code haïtien ignore les nouvelles dispositions de l'*article 87 français,* ainsi que les stipulations des *articles 88 à 92,* toutes d'ailleurs modifiées par la loi du 8 juin 1893, relatives aux disparitions en mer, aux présomptions de perte totale d'un navire ou d'une partie de l'équipage ou des passagers, aux enquêtes administratives à ce sujet, aux constatations judiciaires des décès, et aux jugements collectifs et déclaratifs de décès.

30. Il ignore également les dispositions des *articles 88 à 98 français* sur les actes de l'état civil des militaires et marins dans certains cas spéciaux, modifiés par la loi française du 8 juin 1893, et qui font en ce moment l'objet des *articles 93 à 98 du Code français.*

Rectification des actes de l'état civil

31. L'*article 88 haïtien* sur les demandes de rectification judiciaire des actes de l'état civil était conforme à l'*article 99 français.* Les deux textes disaient qu'il serait statué par le « Tribunal compétent ». La loi française du 8 juin 1893 a précisé que le tribunal serait celui du lieu où l'acte a été reçu et au greffe duquel le registre est ou doit être déposé, celui dans le ressort duquel l'acte a été transcrit, s'il s'agit de rectification d'actes dressés pendant un voyage maritime, aux armées ou à l'étranger, celui qui aura déclaré le décès, s'il s'agit de jugements déclaratifs, etc.

32. L'*article 90 haïtien* était la reproduction de l'*article 101 français* sur la manière d'opérer la rectification. La loi française du 8 juin 1893 a confié au procureur de la République le soin de transmettre les jugements de rectification à l'officier de l'état civil, pour être transcrits sur des registres, avec mention en marge de l'acte réformé, en précisant que l'officier de l'état civil compétent pour la transcription est celui du lieu où se trouve inscrit l'acte réformé.

IV

DU DOMICILE

(Code Napoléon, *articles 102-111* ; Code haïtien, *articles 91-98*)

Il existe très peu de différences en cette matière entre les deux codes.

33. A signaler cependant que l'*article 92 haïtien* prescrit simplement, en cas de changement de domicile, que l'intéressé doit faire une déclaration tant à la justice de Paix du lieu que l'on quitte qu'à celle du lieu ou l'on transfère son domicile. Les *articles français 103 et 104* exigent une habitation réelle dans un autre lieu, avec l'intention d'y fixer son principal établissement, la preuve de l'intention résultant d'une déclaration expresse à la municipalité du lieu que l'on quitte et à celle du lieu où le domicile a été transféré. La loi française du 21 mars 1905 traite d'une manière particulière du changement de domicile des hommes appartenant à l'armée.

34. Nous ignorons la disposition de l'*article 105 français* qui stipule qu'à défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances.

35. L'*article 95 haïtien* sur la détermination légale du domicile de la femme mariée, du mineur non émancipé et du majeur interdit est la reproduction de l'*article 108 français,* auquel la loi française du 6 février 1893 a ajouté deux alinéas d'après lesquels, a) la femme séparée de corps n'a plus pour domicile légal le domicile de son mari, b) toute signification à la femme séparée, dans les questions d'état, doit être notifiée également au mari, à peine de nullité. La loi française du 25 mars 1873 règle la condition des déportés et le décret du 31 août 1878, la condition des transportés concessionnaires de terrains dans les colonies pénitentiaires.

DES ABSENTS

(Code Napoléon, *articles 112-143 ;* Code haïtien, *articles 99-132*)

36. Les deux codes diffèrent en cette matière principalement dans les délais que les textes haïtiens ont réduits. L'*article 102 haïtien* correspondant à l'*article 115 français,* fixe la période de l'absence déclarée à *une année* depuis les dernières nouvelles, alors que le texte français la fixe à *quatre années.* Il en est de même de l'*article 107 haïtien* (*article 121 français*) qui retarde la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire à *cinq années* révolues quand l'absent a laissé un procureur fondé, alors que le texte français fixe le même délai à *dix années* révolues.

37. L'*article 105 haïtien* (*article 119 français*), quand le tribunal est d'avis de déclarer l'absence, prescrit que le jugement de déclaration ne sera rendu que *six mois* après le jugement qui aura ordonné l'enquête ; le texte français fixe le même délai à *un an.*

38. L'*article 116 haïtien* (*article 127 français*), sur la jouissance des biens de l'absent par suite de l'envoi provisoire, fixe au 5ème la restitution du revenu, en cas de retour avant *dix ans* révolus, au 10e s'il ne reparaît qu'après dix ans, et n'assujettit le bénéficiaire à aucune restitution, après 20 ans révolus. Le texte français met respectivement les délais à quinze et à trente années.

39. L'*article 118 haïtien* (*article 129 français*) fait partir l'en-

voi en possession définitif, après 20 ans d'absence depuis l'envoi possessoire. Le texte français dit 30 ans d'absence. L'*article 122 haïtien* (*article 133 français*) permet aux enfants et descendants directs de l'absent de demander, dans les 20 ans (à compter de l'envoi définitif), la restitution de ses biens. Le texte français dit « 30 ans ».

40. L'*article 130 haïtien* (*article 141 français*) concernant les effets de la disparition du père, relativement à ses enfants mineurs, diffère du texte français par un deuxième alinéa ajouté par Haïti : « Mais si, à l'expiration de la *première année* de la disparition, le père n'a pas paru ni donné de ses nouvelles, la mère sera tenue de prendre qualité de tutrice de ses enfants ».

41. A consulter, sur l'absence des militaires, la loi française du 11 ventôse an 11, la loi du 13 janvier 1817, celle du 9 août 1871 et celle du 8 juin 1893.

V

DU MARIAGE

(Code Napoléon, *articles 144-228* ; Code haïtien, *articles 133-214*)

42. L'*article 136 haïtien*, comme l'*article 148 français* (texte de 1804) fixe la majorité matrimoniale à 25 ans pour les fils et à 21 ans pour les filles ; mais la loi modificative française du 21 juin 1907 a supprimé la majorité spéciale en matière de mariage, en abaissant à 21 ans l'âge de la majorité pour les hommes, de sorte que les deux sexes sont sur le même pied d'égalité.

43. L'*article 139 haïtien* sur l'acte respectueux, correspondait à l'*article français 151* (texte de 1804). Le texte de 1804 fut modifié par la loi française du 20 juin 1896 qui disposait qu'à défaut de consentement sur l'acte respectueux il pourrait être passé outre, un mois après, à la célébration. Il fut ensuite modifié par la loi du 21 juin 1907 qui dispose que a) de 21 à 30 ans révolus les enfants doivent justifier du consentement de leurs père et mère et b) à défaut de consentement, faire notifier l'union projetée à leurs père et mère ou à celui des deux dont le consentement n'est pas obtenu, c) faire passer outre à la célébration trente jours francs après justification de cette notification.

A son tour l'*article 139 haïtien* fut modifié par la loi du 20 juillet 1929 qui, se rapprochant du droit canonique, autorise purement et simplement les fils âgés de 25 ans et les filles âgées de 21 ans à contracter mariage, sans requérir le consentement de leurs ascendants. Après la majorité matrimoniale, plus d'acte respectueux. Nous ignorons au surplus le système des « notifications » introduit dans le code français.

44. Les *articles haïtiens 140, 141, 142, 143, 145* fixant le nombre des actes respectueux (correspondant aux *articles français 151, 153, 154, 155 et 157*) ces derniers modifiés soit par la loi du 20 juin 1906, soit par la loi du 21 juin 1907), ont été complètement abrogés par notre loi du 20 juillet 1929.

45. L'*article 144 haïtien* est identique à l'*article 156 français* (texte de 1804), prescrivant des sanctions contre les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration, avant la majorité matrimoniale fixée (fils, 25 ans ; fille 21 ans), sans énonciation dans l'acte de mariage des consentements des ascendants exigé par la loi. Mais la loi française du 21 juin 1907 a dû modifier le texte, aucune distinction n'étant faite, quant à la majorité matrimoniale entre les deux sexes.

46. L'*article 148 haïtien* prescrit que l'enfant naturel qui n'a point été reconnu ne pourra, avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement du *Conseil de famille.* L'*article 159 français* (texte de 1804) parlait du consentement « d'un tuteur ad hoc », pour les enfants non reconnus et, ajoutait-il, pour ceux qui, après avoir été reconnus, ont perdu leurs père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté. Mais il a été modifié dans le sens haïtien par le loi du 21 juin 1907 remplaçant le tuteur ad hoc par le conseil de famille.

47. L'*article 150 haïtien* (texte de 1825) était une combinaison des *articles 162, 163* et *164* du Code Napoléon, visant les prohibitions de mariage en ligne collatérale et, entre les personnes parentes au 3e degré avec cette différence, cependant, que le texte haïtien ne permettait au Président de la République de lever, pour motifs graves, que les prohibitions visant les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, en cas seulement de mariage dissous par le décès de l'un des époux, et que le texte français n'accordait de dispenses éventuelles que pour le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. La loi française du 16 avril 1832 a compris depuis, dans la faculté de dispenses, et la ligne collatérale et la parenté au 3e degré ; et *la loi haïtienne* du 16 décembre 1929, modifiant à son tour l'*article 150*, autorise la levée des prohibitions, en dehors des cas déjà admis, également pour l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, comme en France.

Formalités relatives à la célébration du mariage

48. L'*article 151 haïtien* correspond à l'*article 165 français* (texte de 1804) ; mais la modification française du 21 juin 1907 permet la célébration non seulement devant l'officier de l'état civil du domicile de l'un des deux mais encore de la résidence, à la date de la publication par voie d'affiche ou en cas de dispense de la publication, à la date de la dispense.

Sans déroger au mariage par l'officier de l'état civil, la loi haïtienne du 7 février 1923 autorise le Ministre des différents cultes à procéder, dans le cas de maladie grave de l'une des parties, selon les règles propres de leur culte, au mariage purement religieux ne produisant aucun effet civil et une nouvelle loi du 16 décembre 1929 permet aux conjoints de se marier soit devant l'officier de l'état civil conformément aux lois en vigueur, soit devant le Ministre de leur religion conformément aux rites de celle-ci et dans ce dernier cas elle

donne effet légal au mariage religieux. Toutefois, elle exige que le consentement des parents soit apporté au Ministre du Culte, que les oppositions au mariage lui soient notifiées et que les actes de naissance lui soient remis, sauf les exceptions qu'elle établit. Elle oblige en outre le Ministre du Culte à dresser après la cérémonie religieuse, un acte de mariage et indique les énonciations que le dit acte doit contenir. La transcription de la copie de cet acte est faite sur les registres publics par l'officier de l'état civil du lieu de la célébration, et c'est lui qui, moyennant taxe, délivre expédition. Un arrêté exécutif du 10 janvier 1930 complète ces dispositions légales.

49. L'*article 152 haïtien* correspond aux *articles 166 et 167 français* (1804), mais les textes français modifiés par la loi du 21 juin 1907 prévoient une seule publication, au lieu de deux comme dans le droit haïtien, et donnent en outre compétence, pour la faire, à l'officier de l'état civil soit du domicile, soit de la résidence des parties contractantes. Ils ajoutent que le domicile ou la résidence doivent avoir une durée continue de six mois, et qu'à défaut de cette durée continue la publication serait faite au lieu du dernier domicile, et à défaut de domicile, au lieu de la dernière résidence, et si cette dernière résidence n'a pas une durée continue de six mois, la publication sera faite également au lieu de la naissance.

50. L'*article 155 haïtien,* sur la validité du mariage contracté en pays étrangers suivant la lex loci par un haïtien, est calqué, avec de légères différences de détails sur l'*article 170 français* (texte de 1804), modifié depuis par la loi du 29 novembre 1901 et par celle du 21 juin 1907. La modification de 1907 exige qu'un tel mariage soit précédé de la publication prescrite par l'*article 63,* et celle de 1901 reconnaît la validité du mariage célébré à l'étranger par les agents diplomatiques ou consulaires de France conformément aux lois françaises, entre un français et une étrangère, et dans les pays autorisés par décrets du Président de la République. Rappelons ici que les consuls de nationalité haïtienne exercent, en vertu de notre loi du 27 août 1912 sur le service Consulaire, les fonctions d'officiers d'état civil, et à défaut de consuls, les chefs de légation ; qu'ils peuvent marier à l'étranger, conformément aux lois haïtiennes, mais seulement des haïtiens.

51. L'article *156 haïtien* relatif à la transcription sur les registres publics du mariage contracté à l'étranger dans *l'année du retour,* est la reproduction de l'*article 171 français* (texte de 1804), sauf qu'ici le délai est réduit à *trois mois*. La loi française du 29 novembre 1901 a modifié le texte, a gardé le délai de *trois mois,* mais pose, en outre, comme condition de la transcription, que la célébration à l'étranger ait été précédée de la publication et que le français n'ait point contrevenu au chapitre consacré aux qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage. V. également le décret français du 29 décembre 1901 sur les mariages entre français et étrangers en pays de Juridiction, la loi du 16 avril 1904, et le Décret du 17 juin 1904 visant la convention de la Haye du 12 juin 1902 relative au mariage.

54. L'*article 157 haïtien* n'a pas sa contrepartie dans le Code Napoléon. Il prévoit que si la transcription n'a pas eu lieu dans l'année du retour de l'intéressé, la validité de l'acte de mariage est suspendue jusqu'à l'acquittement d'une amende à prononcer par le juge de paix et jusqu'à l'enregistrement de l'acte au bureau de l'état civil.

Oppositions au mariage

55. L'*article 159 haïtien,* sur les oppositions, habilitait le père et à défaut du père, la mère et à défaut du père et de la mère les ascendants à entraver l'union de leurs enfants ou descendants, encore que les fils aient atteint vingt-cinq ans et les filles vingt et un ans. L'*article 73 français* correspondant (texte de 1804) contenait les mêmes dispositions, mais sans la distinction d'âge suivant les sexes, fixant un âge uniforme de 25 ans que la loi modificative du 21 juin 1907 a réduit à 21 ans accomplis.

56. L'*article 178 français* comporte un droit d'appel des jugements statuant sur la demande en main levée, non reproduit dans le Code haïtien.

L'*article 164 haïtien* sur les dommages-intérêts éventuels à prononcer contre les opposants, à l'exception des ascendants, qui ont échoué dans leurs oppositions, est la répétition du 1er alinéa de l'*article 179 français*. Le 2e alinéa est constitué par une addition de la loi du 20 juin 1896 interdisant la voie de l'opposition aux jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage.

Demandes en nullité de mariage

57. L'*article 167 haïtien* prescrit par *trois mois,* en cas de cohabitation continue, l'action en nullité de mariage ; l'*article 181 français* fixe la durée de la même prescription à *six mois.*

58. L'*article 178 haïtien,* sur l'amende à prononcer en cas de contravention aux publications requises, aux dispenses permises ou aux intervalles prescrits dans les publications et célébration, est la reproduction de l'*article 192 français* (texte de 1804) avec, toutefois, une différence quant au maximum de l'amende à prononcer contre l'officier de l'état civil. Quant à l'amende frappant les parties contractantes ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, le texte haïtien fixe le maximum de l'amende de 400 gourdes, tandis que le texte français prévoit une amende proportionnée à leur fortune. Le texte français a été modifié par la loi du 21 juin 1907 qui rappelle qu'il ne peut s'agir de contravention qu'à la seule publication qu'elle prescrit.

Obligations naissant du Mariage

59. L'*article 191 haïtien,* sur le devoir de secours des enfants à leur père et autres ascendants, est une combinaison des *articles 205, 206 et 207 français*. L'*article 205 français* a, depuis, été modifié par la loi du 9 mars 1891 qui a mis ce même devoir de secours à la charge

des héritiers du prémourant.

Droits et devoirs respectifs des époux

60. V. la loi française du 20 juillet 1895 permettant à la femme quelque soit le régime de son contrat de mariage, de prendre un livret de caisse d'épargne à son nom, sans l'assistance de son mari et d'en retirer le montant sans cette assistance.

61. L'*article 212 haïtien* sur les faits qui opèrent la dissolution du mariage est pareil à l'*article 227 français*, sauf que nous avons gardé la mort civile comme l'un de ces faits, alors que cette cause a disparu du Code français depuis la loi du 31 mai 1854.

Des seconds mariages

62. L'*article 213 haïtien* fixe le délai de viduité à *une année* révolue depuis la dissolution du mariage, alors que l'*article 228 français* limite le même délai à *10 mois*.

VI

DU DIVORCE

(Code Napoléon, *articles 229-305* ; Code haïtien *215-292*)

Causes du divorce

63. L'*article 216 haïtien*, reproduction de l'*article 230 français* (texte de 1804), consacre la différence entre l'adultère du mari et l'adultère de la femme. Celui du mari n'est une cause de divorce que s'il est accompagné de la circonstance aggravante de l'entretien de sa concubine dans la maison conjugale. La loi française du 27 juillet 1884 a supprimé cette différence et rétabli l'égalité de faute et l'égalité dans le divorce pour les conjoints.

64. L'*article 217 haïtien* consacre les mêmes causes de divorce que l'*article 231 français*. Cependant il exige que les injures graves soient publiques.

65. L'*article 218 haïtien* retient, comme l'*article 232 français* (texte de 1804), la flétrissure résultant d'une condamnation grave ; mais dès l'origine il s'est séparé du texte français en précisant qu'il ne pourrait s'agir que d'une peine à la fois « afflictive et infamante ».

Le texte français ne parlait que de « peine infamante », ce qui paraissait injuste et donna lieu à différentes critiques qui en provoquèrent la modification par la loi du 27 juillet 1884 dans le sens du Code haïtien.

66. L'*article 219 haïtien* consacre comme cause de divorce, le jugement de condamnation par contumace emportant la suspension des droits civils, non anéanti après cinq années de sa date, particularité qu'ignore le code français.

67. L'*article 220 haïtien* sur le divorce par consentement mutuel était le pendant exact de l'*article 233 français* (texte de 1804) ; mais

la réforme du 27 juillet 1884 a supprimé, en France, le texte de l'*article 233* comme consacrant un divorce sans cause.

V. la loi française du 16 avril 1904 et le Décret du 17 juin 1904 relatifs à la convention de la Haye du 12 juin 1902 sur les conflits en matière de divorce.

Divorce pour cause déterminée

68. L'*article 221 haïtien* est la reproduction de l'*article 234 français* (texte de 1804), stipulant que la demande en divorce, quelle que soit la nature des faits ou des délits qui la justifient, doit être portée devant le tribunal civil ou d'arrondissement dans le ressort duquel les époux auront leur domicile. Le divorce fut aboli en France de 1816 à 1884 et rétabli par la loi du 19 juillet 1884, mais le texte de 1884 maintint les dispositions de l'ancien *article 234* sans faire cependant allusion « à la nature des faits ou des délits ». Enfin la loi du 18 avril 1886 est venue simplifier la procédure de divorce en France. L'*article 234*, modifié par cette nouvelle loi, fait précéder la demande en divorce d'une *autorisation* accordée par le président du Tribunal à l'époux demandeur en personne. Il fait obligation au président du Tribunal de se transporter au domicile du demandeur en divorce pour recevoir la requête en cas de maladie ou d'empêchement de ce dernier, et prescrit qu'au cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, le tuteur ne peut présenter une requête à fin de divorce, que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit.

69. L'*article 222 haïtien* est la reproduction de l'*article 235 français* (texte de 1804) qui ordonnait de surseoir à l'action en divorce, au cas où des faits allégués par l'époux demandeur donneraient lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public. Le texte haïtien disait que l'action resterait suspendue jusqu'après le jugement criminel ; le texte français « jusqu'après l'arrêt de la Cour d'assises ». La modification française du 27 juillet 1884 « jusqu'après la décision de la juridiction répressive ». Avec la réforme française de 1886, l'*article 235* organise la tentative de conciliation.

70. L'*article 223 haïtien* correspond à l'*article 236 français* (texte de 1804) sur les faits détaillés que doit comporter la demande en divorce, la présentation, avec pièces à l'appui, au président du Tribunal, et sur les formalités du transport, que le texte haïtien n'a pas reproduites, du magistrat auprès de l'époux demandeur empêché. Avec la loi française du 18 avril 1886, l'*article 236* s'occupe simplement de l'ordonnance permettant de citer, aux fins de conciliation, et autorisant éventuellement l'époux demandeur à résider séparément et en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire.

71. Les *articles 224 et 225 haïtiens* (*article 237 français*, texte de 1804) visent le procès verbal dressé à la suite de la comparution de l'époux demandeur et des observations produites par le président du Tribunal. L'*article 237 français*, depuis la réforme de 1886, prescrit la signification à l'époux défendeur, de la requête, de l'ordonnance et

de la citation en conciliation, trois jours au moins avant le jour fixé pour la comparution.

72. L'*article 226 haïtien* (*article 238 français*, texte de 1804) est relatif à l'ordonnance que le juge met au bas de son procès-verbal pour ordonner aux parties de comparaître en personne devant lui, et à l'injonction, une copie de son ordonnance sera adressée à l'époux défendeur. Avec la réforme de 1886, l'*article 238* vise l'entrevue des époux, la possibilité de renouveler l'essai de conciliation, le permis de citer devant le tribunal, le délai pour l'assignation, etc.

73. L'*article 227 haïtien* (*article 239 français*, texte de 1804) parle des représentations du juge en vue d'un rapprochement entre les époux et en cas de non-conciliation du procès-verbal à dresser et de la communication du dossier au Ministère public et le référé du tout au tribunal. Avec la réforme de 1886, l'*article 239* prescrit que la cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire, autorise le demandeur, en tout état de cause, à transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps, à introduire toute demande reconventionnelle par un simple acte de conclusion. Il donne en outre, au tribunal la faculté d'ordonner le huis clos et il interdit, sous peine d'amende, de reproduire, dans les instances en divorce, la reproduction des débats par la voie de la presse.

V. la loi française du 29 juillet 1881 sur la liberté de la Presse.

74. L'*article 228 haïtien* (*article 240 français*, texte de 1804) est relatif au droit du tribunal d'accorder dans les trois jours qui suivront les représentations du Président du tribunal, la permission à l'époux demandeur d'assigner son conjoint. Avec la réforme de 1886, l'*article 240* s'occupe des mesures provisoires que le tribunal peut ordonner, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle d'un des membres de la famille, soit sur la réquisition du Ministère public, soit même d'office.

75. L'*article 229 haïtien* (*article français 241*, texte de 1804) permet au demandeur de faire citer le défendeur, conformément à la permission du tribunal, à comparaître à huis clos, dans le délai de la loi, de donner copie en tête de la citation de la demande en divorce et des pièces produites à l'appui. Avec la réforme de 1886, l'*article 241* oblige la femme à justifier à toute réquisition de sa résidence dans la maison indiquée, et à défaut de cette justification le mari peut refuser la provision alimentaire, et si la femme est demanderesse, la faire déclarer irrecevable à continuer ses poursuites.

76. L'*article 230 haïtien* (*article 242 français*, texte de 1804) fait obligation au demandeur en personne, avec faculté de se faire assister d'un Conseil, que le défendeur comparaisse ou non, de faire l'exposé des motifs de sa demande, de représenter les pièces à l'appui et de nommer les témoins qu'il se propose de faire entendre. Avec la réforme de 1886, l'*article 242* organise les mesures conservatoires que l'une ou l'autre partie peut, dès la première ordonnance du juge et sur l'autorisation de celui-ci, prendre pour la garantie des biens de la

communauté ou de ceux dont le mari a l'administration ou la simple jouissance. En cas de scellés, les objets et valeur doivent être inventoriés et prisés. L'époux détenteur est constitué gardien judiciaire, à moins de décision contraire.

77. L'*article 231 haïtien* (*article 243 français*, texte de 1804) a trait aux observations du défendeur comparant en personne ou par un fondé de pouvoir, tant sur les motifs de la demande que sur les pièces et les témoins présentés et à son droit, en cette phase de la procédure, de proposer ses propres témoins. Avec la réforme de 1886, l'*article 243* prononce la nullité de toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, de toute aliénation d'immeubles dépendant de cette communauté, postérieurement à l'ordonnance mentionnée à l'*article 235*, faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

78. L'*article 232 haïtien* (*article 244 français*, texte de 1804) ordonne qu'il soit dressé procès-verbal des comparutions et observations et aveux des parties, à l'audience à huis-clos. Avec la réforme de 1886, l'*article 244* prévoit comme fin de non-recevoir la réconciliation des époux qui fait tomber la procédure commencée. Le demandeur, cependant, peut tenter une nouvelle action en divorce pour cause nouvelle survenue ou découverte depuis la réconciliation et il peut alors se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande. Le nouveau texte prescrit également l'extinction de l'action en divorce par décès de l'un des époux survenu avant l'irrévocabilité du jugement de divorce par la transcription sur les registres de l'état civil.

79. L'*article 233 haïtien* (*article 246 français*, texte de 1804) vise le renvoi des parties à l'audience publique, à jour fixé, et la communication de la procédure au ministère public. Avec la réforme de 1886, l'*article 245* dit qu'en cas d'enquête, celle-ci se fera conformément aux *articles 252* et *253* du Code de Procédure Civile et que les parents et domestiques des époux peuvent être entendus à titre de témoins. Les descendants ne peuvent pas être témoins.

80. L'*article 234 haïtien* (*article 246 français*, texte de 1804) prescrit qu'au jour de l'audience publique, il sera statué sur les fins de non-recevoir, s'il en a été proposé. La fin de non-recevoir trouvée concluante entraîne le rejet de la demande en divorce. Au cas contraire ou si aucune fin de non-recevoir n'a été proposée, la demande en divorce est admise. Avec la réforme de 1886, l'*article 246* veut que le divorce soit immédiatement admis, si la demande est basée sur la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infâmante. Si la demande est formée pour toute autre cause, encore qu'elle soit bien établie, le tribunal n'est pas obligé de prononcer immédiatement le divorce : il peut maintenir pendant six mois au maximum, l'habitation séparée et les mesures provisoires, et pendant ce délai les époux peuvent encore se réconcilier. Le délai fixé par le tribunal étant expiré, sans réconciliation, chacun des époux peut faire citer l'autre pour entendre le tribunal prononcer le divorce.

81. L'*article 235 haïtien* (*article 247 français*, texte de 1804) vise l'admission du divorce, ou si la demande ne paraît pas en état d'être jugée, l'admission du demandeur et du défendeur à la preuve des faits positivement allégués et à la preuve contraire. Avec la réforme de 1886, l'*article 247* donne la faculté au tribunal, en cas de défaut de la partie défenderesse non touchée en personne par l'assignation, avant de statuer sur le fond de la demande en divorce, d'ordonner les insertions dans les journaux d'un avis aux fins de prévenir la partie défenderesse défaillante.

82. L'*article 236 haïtien* (*article 248 français*, texte de 1804) permet aux parties à chaque acte de la procédure, avant l'intervention du Ministère public, de proposer leurs moyens respectifs tant sur les fins de non-recevoir que sur le fond. Cependant le Conseil du demandeur n'est pas admis, si celui-ci ne comparaît pas en personne. Avec la réforme de 1886, l'*article 248* traite des délais d'appel et déclaration pour les jugements contradictoires ou par défaut et prévoit qu'une demande reconventionnelle produite en appel ne peut être considérée comme demande nouvelle. Une autre loi, celle du 6 février 1893, a ajouté au texte de l'*article 248* un alinéa d'après lequel le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps.

83. L'*article 237 haïtien* (*article 249 français*, texte de 1804) permet aux parties, dès la prononciation du jugement ordonnant l'enquête, de désigner immédiatement de nouveaux témoins. Avec la réforme de 1886, l'*article 249* stipule simplement que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement.

84. L'*article 238 haïtien* (*article 250 français*, texte de 1804) vise les reproches respectifs concernant les témoins que les parties veulent écarter et la décision du Tribunal à cet égard. Avec la réforme de 1886, l'*article 250* organise simplement la publicité autour du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé le divorce.

85. L'*article 239 haïtien* (*article 251 français*, texte de 1804) donne au tribunal le droit d'avoir tel égard que de raison aux dépositions des parents ou domestiques, qui ne sont cependant pas reprochables pour cause de parenté ou de domesticité. Avec la réforme de 1886, l'*article 251* fait obligation de transcrire le dispositif du jugement ou de l'arrêt de divorce sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré ou l'acte a été transcrit avec mention en marge de l'acte de mariage, ou du dernier domicile des époux, si le mariage a été célébré à l'étranger.

86. L'*article 240* (*article français 252*, texte de 1804) prescrit que le jugement ordonnant une enquête dénommera les témoins qui seront entendus. Avec la réforme de 1886, l'*article 252* ne s'occupe que de la réglementation de la transcription de la décision de divorce, laquelle est nulle et non avenue, à défaut des parties d'avoir requis la transcription dans les deux mois à dater du jour où la décision est devenue définitive.

87. Les *articles haïtiens 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248,*

249, ancien *251, 252, 253, 254* correspondent respectivement aux *articles français 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 264, 265, 266,* visant en matière de divorce, les dépositions des témoins, les observations des parties sur l'enquête faite, la publicité du jugement définitif, la faculté pour les juges de ne pas admettre, dans certains cas, immédiatement le divorce, les délais d'appel, le délai pour faire prononcer le divorce par l'officier de l'état civil, la déchéance du bénéfice du jugement de divorce, et abrogés par la loi du 18 avril 1886. A signaler l'*article 250 haïtien* qui prescrit que les seules formalités à observer, quand le divorce est demandé pour cause de condamnation définitive par contumace emportant suspension des droits civils, consisteront à fournir au tribunal une expédition du jugement, non réformé par aucune voie légale, de la condamnation par contumace. A signaler encore que notre *article 249* correspondait à l'*article 261,* texte de 1804, avant la modification de la loi du 27 juillet 1884, que notre ancien *article 251* correspondait à l'*article 263* (texte de 1804) depuis modifié par la loi du 27 juillet 1884.

Le nouvel *article haïtien 251,* création de la loi du 10 mai 1920, décidait qu'en cas d'appel du jugement d'admission ou du jugement définitif du divorce rendu par le tribunal de 1ère instance, la cause serait instruite et jugée par le tribunal d'appel comme affaire urgente. Il ajoute que le pourvoi est suspensif tant en matière de divorce que de séparation de corps et qu'on ne peut acquiescer au jugement ou arrêt admettant le divorce. Mais les tribunaux d'appel ont été supprimés chez nous par la loi du 16 mars 1928, de sorte que les parties du nouvel *article 251* qui subsistent sont celles qui ne sont pas en contradiction avec les dispositions de l'ancien texte correspondant à l'ancien *article 263 français* avant sa modification par la loi du 27 juillet 1884.

88. *Mesures provisoires que peut provoquer la demande en divorce pour cause déterminée.*

Toute cette section du Code haïtien (*articles 255-259*) est la reproduction des *articles 267-271 du Code français,* abrogés par la loi du 18 avril 1886.

Fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée

89. Les *articles haïtiens 260-262* concernant cette matière sont en vigueur, alors que les *articles français* correspondants (*272-274*) ont été abrogés par la loi du 18 avril 1886.

Divorce par consentement mutuel

90. Le Divorce par consentement mutuel est organisé par les *articles 263 à 282 du Code civil haïtien.* Ils avaient pour pendant, les *articles 275 à 294 du Code Napoléon* de 1804 qui n'avaient pas été rétablis par la loi du 27 juillet 1884, et qui ont été expressément abrogés par la dite loi.

Effets du Divorce

91. L'*article 283 haïtien* (texte de 1825) comme l'*article 295 du*

Code Napoléon (texte de 1804) ne permettait pas aux époux séparés par le divorce de se remarier. La loi française du 27 juillet 1884 autorise la reconstitution du ménage divorcé, sauf si pendant la durée du divorce l'un des conjoints avait contracté avec une tierce personne un second mariage terminé également par un divorce, auquel cas il ne pourrait pas à nouveau épouser son premier conjoint. Au cas de réunion, les époux sont tenus d'adopter le régime matrimonial qui réglait originairement leur mariage. Au surplus les époux remariés ne peuvent plus divorcer pour quelque cause que ce soit, sauf si la demande du divorce basée sur une condamnation afflictive et infâmante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion.

A son tour la loi haïtienne du 10 mai 1920, à l'instar de la loi française du 27 juillet 1884, a autorisé la réunion des époux divorcés. Les deux textes sont sensiblement les mêmes; cependant notre Code civil applique d'office aux conjoints remariés le régime qui réglait leur union dissoute, et quant à l'indissolubilité du nouveau mariage, il n'en autorise la rupture par un nouveau divorce que pour cause d'adultère, excepté si le premier divorce avait été admis pour ce motif, et pour cause de condamnation à une peine soit afflictive et infâmante ou soit simplement infâmante.

92. L'*article 284 haïtien* n'autorise la femme divorcée à contracter un autre mariage qu'un an après le divorce prononcé. L'*article 296 français* (texte de 1804) fixait à 10 mois le délai ; et la loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce avait maintenu le même délai. La loi française du 13 juillet 1907 a modifié le texte en autorisant la femme divorcée à se remarier aussitôt après la transcription du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce, si toutefois il s'est écoulé 300 jours après le premier jugement préparatoire, interlocutoire, ou au fond, rendu dans la cause.

93. L'*article 285 haïtien* en cas de divorce par consentement mutuel, n'autorisait aucun époux à contracter un autre mariage que 3 ans après la prononciation du divorce. L'*article français 297* correspondant (texte de 1804) fut, nous l'avons déjà vu, abrogé par la loi du 27 juillet 1884. La loi française du 13 juillet 1907 fait dire au nouvel *article 297* que la femme divorcée pourra contracter un nouveau mariage aussitôt après la transcription de la décision de conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce, conformant l'*article 310 du Code civil.*

94. L'*article 286 haïtien,* dans le cas de divorce admis pour cause d'adultère, interdit le mariage de l'époux coupable avec son complice. L'*article 298 français* (texte de 1916) posait le même principe, rétabli par la loi du 27 juillet 1884, mais abrogé par la loi du 15 décembre 1904.

95. L'*article 287 haïtien* correspondait à l'*article 299 français* (texte de 1804) sur les déchéances résultant du divorce, portait sur la perte des avantages matrimoniaux convenus soit dans le contrat du mariage, soit depuis le mariage contracté. Cette règle ne souffrait

qu'une exception dans les textes : c'est lorsque le divorce a été prononcé par consentement mutuel. Avec la suppression en France du divorce par consentement mutuel, le nouvel *article 299 français* modifié par la loi du 27 juillet 1884 ne consacre plus aucune restriction, l'époux en faute perdant tous les avantages matrimoniaux ; une nouvelle modification faite à l'*article 299* par la loi française du 6 février 1893, autorise chacun des époux, par l'effet du divorce, à reprendre l'usage de son nom. La loi haïtienne du 10 mai 1920 est venue également prescrire que par le fait du divorce, la femme perd l'usage du nom de son mari.

96. Le Code Napoléon contient l'*article 301* — que nous ignorons — qui autorise le tribunal, au cas où il n'y aurait pas d'avantages stipulés ou si les avantages stipulés sont insuffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, à condamner l'autre époux à lui servir une pension alimentaire.

97. L'*article 292 haïtien* est l'équivalent de l'*article 305 français* (texte de 1804) abrogé depuis par la loi du 27 juillet 1884 et qui réglait les intérêts des enfants nés du mariage des époux divorcés par consentement mutuel.

Séparation de corps.

98. Le Code haïtien n'avait pas adopté en 1825 les *articles français 306 à 311* du Code Napoléon réglementant la séparation de corps. Depuis, l'*article 306* a été modifié par la loi du 27 juillet 1884, l'*article 307* par la loi du 18 avril 1886, l'*article 308* par la loi du 14 juillet 1909, l'*article 310* par les lois du 27 juillet 1884, 18 avril 1886 et 6 juin 1908, l'*article 311* par la loi du 6 février 1893, et l'*article 309* a été abrogé par la loi du 14 juillet 1909.

Les *articles 7 à 11 de la loi haïtienne* du 10 mai 1920 ont introduit dans le Code civil haïtien la séparation de corps en tenant compte des améliorations apportées à ce chapitre du Code civil français par les lois modificatives du 27 juillet 1884, 18 avril 1886, 6 février 1893 et 6 juin 1908. Chez nous le demandeur peut en tout état de cause, comme en France (*article 239,* 2e alinéa) transformer sa demande en divorce en demande de séparation de corps mais il n'existe pour le tribunal haïtien qu'une *faculté* de conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce au bout de 3 ans de séparation, alors que l'*article 310 français* ordonne après ce délai une conversion *de droit.*

VII

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION
(Code Napoléon, *articles 212-213;* Code haïtien, *293-313*)

Enfants légitimes

99. L'*article 249 haïtien* est conforme au 1er alinéa de l'*arti-*

cle 313 français qui ne reconnaît pas l'impuissance naturelle comme cause de désaveu. Mais la loi française du 18 avril 1886 a ajouté un 2e alinéa à l'*article 313* mettant à point des modifications qui avaient été successivement faites par la loi du 6 décembre 1850 et par celle du 27 juillet 1884. Elle permet au mari, en cas de jugement ou même de demande de divorce ou de séparation de corps, de désavouer l'enfant né 300 jours après la décision autorisant la femme à avoir un domicile séparé et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. Elle n'admet pas l'action en désaveu s'il y a eu réunion de fait entre les époux.

Preuves de la filiation des enfants légitimes

100. L'*article 301 haïtien* sur la possession d'état des enfants légitimes indique les faits qui l'établissent alors que l'*article 321 français* pose le principe que la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits indiquant le rapport de filiation de parenté entre l'individu et la famille à laquelle il prétend appartenir et y cite, comme les principaux de ces faits, ceux reproduit par le Code haïtien.

101. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles 322 à 330* du Code français.

Enfant naturels

102. L'*article 302 haïtien* sur la légitimation d'enfants naturels autres que les incestueux et les adultérins est la reproduction de l'*article 331 français* (texte de 1804) auquel la loi française du 17 août 1897 avait ajouté qu'il serait fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitime. La nouvelle loi française du 7 novembre 1907 a modifié l'*article 331* en permettant a) la légitimation par mariage subséquent de leurs père et mère et dans l'acte même de célébration des enfants adultérins nés plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal prévue par l'*article 878* du Code de procédure civile intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint, quand cette procédure a abouti à la séparation de corps ou au divorce, ou a été interrompue par le décès de l'autre conjoint; b) la légitimation de l'enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari, en cas de mariage subséquent de la mère avec son complice.

Reconnaissance des enfants naturels

103. L'*article 305 haïtien* (*334 français*) prescrit que la reconnaissance sera faite par un *acte spécial devant l'officier de l'état civil,* lorsqu'elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance, tandis que, dans la même hypothèse, le texte français n'admet comme reconnaissance valable que celle faite *par un acte authentique.* Il n'exclut pas l'officier de l'état civil, mais comprend le notaire.

VIII

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE
(Code Napoléon, *articles 343-370*)

104. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles 343 à 370 français* concernant l'adoption et la tutelle officieuse.

IX

DE LA PUISSANCE PATERNELLE
(Code Napoléon, *articles 371-387 ;* Code haïtien, *314-328*)

105. L'*article 315 haïtien* ne permet en aucun cas à l'enfant de quitter la maison paternelle sans la permission de son père. L'*article* correspondant *français 374* déroge à ce principe lorsqu'il s'agit d'enrôlement volontaire après 18 ans révolus.

106. L'*article 316 haïtien* sur le droit du père de faire détenir l'enfant est quelque peu différent de l'*article 376 français*. Le texte haïtien vise l'enfant âgé de moins de quinze ans commencés et le texte français celui de l'enfant âgé de moins de 16 ans commencés, la durée de la détention chez nous ne peut aller au delà de 50 jours et en France au delà d'un mois ; c'est notre juge de paix qui délivre l'ordre d'arrestation, alors que dans le Code Napoléon, c'est le président du Tribunal d'arrondissement.

107. L'*article 322 haïtien* comme l'*article français 318* permet à la mère survivante et non remariée de faire détenir son enfant avec le concours des 2 plus proches parents paternels, mais le code haïtien ajoute qu'à défaut des 2 plus proches parents paternels la mère pourra requérir le concours de deux amis.

108. L'*article 323 haïtien* sur la détention de l'enfant possédant les biens personnels ou exerçant un état, reproduit simplement le 1er alinéa de l'*article 382 français* et n'accorde pas en conséquence à l'enfant détenu, comme dans le texte français, le droit d'adresser des mémoires au procureur général en vue de la révocation ou de la modification de l'ordre d'arrestation.

109. L'*article 342 haïtien* comme l'*article français 383* du Code Napoléon (texte de 1804) prescrivait que les *articles 317 à 323*, correspondant aux *articles français 377 à 382*, étaient communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus. Le texte de l'*article 383* a été modifié par la loi du 2 juillet 1907 d'après laquelle a) la puissance paternelle en pareil cas est exercée par celui des père et mère qui aura le premier reconnu, b) en cas de reconnaissance simultanée le père seul exerce la puissance paternelle, c) en cas de prédécès de celui des parents exerçant la puissance paternelle le survivant en est investi de plein droit, d) la puissance paternelle peut toujours être confiée par le tribunal, si l'intérêt de l'enfant l'exige, à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi.

110. L'*article 325 haïtien* attribuant aux père et mère la jouissance légale des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de 21 ans ou jusqu'à l'émancipation avant cet âge, correspond à l'*article 384 français* (texte de 1804), sauf que le texte français parle des biens des enfants mineurs de 18 ans. Un 2e alinéa a été ajouté à l'*article 384* par la loi française du 2 juillet 1907 d'après lequel celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle aura la jouissance légale des biens de son enfant légalement reconnu, dans les mêmes conditions des père et mère légitimes.

111. L'*article 327 haïtien* interdisant la jouissance légale au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce a été prononcé et la faisant cesser à l'égard de la mère, dans le cas de mariage subséquent, est l'équivalent de l'*article 386 français* (texte de 1804) modifié par la loi française du 21 février 1906, qui n'interdit plus à la mère qui a convolé en secondes noces d'avoir la jouissance légale des revenus.

112. V. La loi française du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, celle du 19 avril 1898 sur la repression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants, celle du 11 avril 1908 concernant la prostitution des mineurs, celle du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée.

X

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION
(Code Napoléon, *articles 338-487 ;* Code haïtien, *articles 329-397*)

Tutelle des père et mère

113. L'*article 330 haïtien,* confie au père légitime l'administration légale des biens de ses enfants mineurs et le rend comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance ; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. Cet article correspondait à l'*article 389* français, qui avait donné lieu à de vives critiques, et qui fut complètement remanié par la loi du 2 juillet 1907 et par celle du 6 avril 1910. Le nouveau texte français attribue également l'administration légale aux parents naturels. La mère légitime devient de plein droit administratrice, en cas de déchéance du père ; sauf disposition contraire, l'épouse qui a obtenu la garde de l'enfant, en cas de divorce ou de séparation de corps, a droit à l'administration. Le mineur est assisté d'un administrateur ad hoc, nommé par la justice, en cas de conflit d'intérêts avec son père ou sa mère. L'administrateur a, en principe, les pouvoirs du tuteur. L'administration légale cesse de droit d'appartenir à toute personne interdite, en état d'absence ou déchue de la puissance paternelle, etc.

114. L'*article 331 haïtien* ouvre la tutelle non seulement par le prédécès de l'un des parents, comme dans l'*article 390 français*, mais aussi par la condamnation de l'un des époux à une peine perpétuelle à la fois afflictive et infâmante. Il permet également à la mère de se dispenser d'accepter la tutelle, sauf à faire nommer un tuteur (*article 394 français*).

115. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles français 391, 392, 393* (conseil spécial nommé par le père à la mère survivante, curatelle au ventre)

Tutelle déférée par le père ou la mère

116. L'*article 334 haïtien* a combiné les *articles 397 et 398 français* concernant la tutelle dite testamentaire ; mais le texte haïtien ne réserve le droit au dernier mourant des père et mère de désigner un tuteur pour le remplacer après son décès, qu'à la condition que la tutelle lui ait été conservée.

Tutelle des ascendants

117. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles 403 et 404 français* sur les conflits entre bisaïeuls.

Tutelle déférée par le Conseil de famille

118. L'*article 336 haïtien* prescrit simplement que « tout mineur sans tuteur en sera pourvu par le Conseil de famille ». L'*article* correspondant *français 405* est plus détaillé.

119. L'*article 237 haïtien* sur l'organisation du Conseil de famille correspond aux *articles français 407, 408, 409*, beaucoup plus précis en leur rédaction, obligeant à préférer le parent à l'allié du même degré, et parmi les parents du même degré, le plus âgé. Le texte haïtien permet aux seuls frères germains, s'ils sont six ou au delà, de composer le conseil de famille, alors que le texte français parle, en outre, des maris des sœurs germaines, ascendants, des ascendantes veuves auxquels ne s'applique pas la limitation du nombre.

120. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles 417 et 418.*

Subrogé-tuteur

121. Peu de différence entre les deux législations. A signaler, cependant qu'aux termes de l'*article 347 haïtien* il n'existe aucune restriction à là liberté du Conseil de famille de désigner qui bon lui semble comme subrogé-tuteur, tandis que l'*article 423 français* prescrit que le subrogé-tuteur, hors le cas de frères germains, sera dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra pas.

Causes dispensant de la tutelle

122. L'*article 354 haïtien* combine, avec des différences de détails, les *articles français 427, 428, 433, 434, 435, 436.*

Incapacité, exclusion et destitution de la tutelle

123. L'*article 354 haïtien,* désignant ceux qui ne peuvent être ni tuteurs, ni membres des Conseils de famille est le pendant de l'*article 442 français,* modifié par la loi du 2 juillet 1907. Le texte haïtien, alinéa 3, dit « les femmes autres que la mère et les ascendantes », le texte français alinéa 3 modifié « les femmes, autres que la mère, et les ascendantes sauf en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels ».

124. L'*article 357 haïtien* ne prévoit pas le 2e alinéa de l'*article 446 français* d'après lequel le juge de paix ne peut se dispenser de convoquer le Conseil, quand il y a lieu à destitution de tuteur, si la convocation est formellement requise par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur, au degré de cousins germains ou à des degrés plus proches.

Administration du tuteur

V. loi française du 7 décembre 1874 relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes.

125. L'*article 364 haïtien* est l'équivalent de l'*article 453 français* sauf qu'il n'a pas reproduit l'alinéa d'après lequel les père et mère, s'ils veulent garder les meubles pour les remettre en valeur, au terme de leur jouissance légale, ne sont pas tenus de faire faire, à leurs frais, une estimation à juste valeur, par un expert qui sera nommé par le subrogé-tuteur et prêtera serment devant le juge de paix.

126. Le Code haïtien n'a pas reproduit l'*article français 462,* sur la reprise de la succession répudiée au nom du mineur.

127 L'*article 377 haïtien* sur la possibilité pour le tuteur de transiger au nom du mineur, s'il y a été autorisé par le conseil de famille, diffère de l'*article* correspondant *français 467,* en ce que ce dernier texte exige en outre, l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République.

Comptes de tutelle

128. L'*article 385 haïtien* prescrit que l'action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par cinq ans, à compter de la clôture du compte définitif de tutelle, alors que l'*article 475 français* fixe la prescription à dix années, à compter de la majorité.

129. V. loi française du 16 avril 1904 concernant la convention de la Haye du 12 juin 1902 sur les conflits relatifs à la tutelle.

130. *Emancipation* V. loi française du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés, modifiée par celle du 18 décembre 1906, le Décret du 19 mai 1909 déterminant les règles à suivre pour le recouvrement, la manutention et la gestion des deniers pupillaires, la loi du 27 février 1880 relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits. et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur.

XI

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE
(Code Napoléon, *articles 488-515* ; Code haïtien, *articles 398-424*)

Interdiction

131. Le Code haïtien n'a pas reproduit l'article *500 français* relatif à l'appel du jugement statuant en première instance sur la demande en interdiction.

132. L'*article 410 haïtien,* relatif à la signification et à la publication des jugements portant interdiction, est la reproduction du 1er alinéa de l'*article 501 français,* lequel a été complété par la loi française du 16 mars 1893, établissant de nouvelles formalités de publicité.

V. la loi française du 30 juin 1838 sur les aliénés.

XII

DES BIENS
(Code Napoléon, *articles 516-577*; Code haïtien, *articles 425-477*)

Immeubles

133. L'*article 427 haïtien* reproduit avec certaines modifications, les *articles français 518, 519, 520, 521 et 523.*

Ainsi, chez nous, (*article 518,* 2e alinéa) sont immeubles par leur nature les moulins à sucre, ceux à piler et à vanner le café, les moulins à maïs, à coton, à indigo, à tabac, et toutes les autres machines servant à l'exportation des denrées, faisant partie, soit de l'habitation, soit du bâtiment, alors que le texte français (*article 519*) ne vise que les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment. Les *articles français 520 et 521* sont résumés par le 3e alinéa de l'*article haïtien 427* s'exprimant ainsi : « Toutes productions de la terre, non encore recueillies, sont immeubles. Dès qu'elles sont coupées, détachées ou enlevées, elles deviennent meubles ».

134. Le Code haïtien n'a pas reproduit l'*article 522 français,* sur le caractère immobilier des animaux attachés au fond.

135. L'*article 428 haïtien* sur l'énumération des immeubles par destination est moins complet que l'*article 524* correspondant *français* qui mentionne en outre les semences données aux fermiers ou colons partiaires, les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les poissons des étangs, les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines, les pailles et les engrais.

Meubles

136. Les textes de l'*article 432 haïtien* et de l'*article 599 français* diffèrent. Le texte français précise que sont meubles par déter-

mination de la loi « à l'égard des associés, tant que dure la société » les actions ou intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, « encore que les immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies ». En visant les rentes perpétuelles ou viagères, le texte français précise encore qu'elles sont sur « l'Etat ou sur des particuliers ».

137. L'*article 433 haïtien,* en cas de stipulation du remboursement de la rente établie pour prix de vente d'immeuble, fixe un délai de vingt ans ; l'*article 530 français,* un délai de 30 ans.

138. L'*article 434 haïtien* considère comme meubles les bateaux, bacs, navires ; l'*article 531 français* est plus complet et ajoute : les moulins et bains sur bateaux et généralement toutes usines non fixées par des piliers ... et assujettit à des formes particulières la saisie de quelques-uns de ces objets, en raison de leur importance.

139. Légère différence entre l'*article 437 haïtien* et l'*article 534 français*. Le texte haïtien est muet sur les collections de porcelaines. Le texte français ne les considère pas meubles meublants.

Droit d'accession sur ce qui s'unit à la chose.

140. L'*article 462 haïtien* stipule simplement que l'alluvion profite au propriétaire riverain, sauf les exceptions prévues par la loi ; alors que l'*article 556 français* fait profiter le propriétaire riverain de l'alluvion, « soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non, à la charge, dans le premier cas, de laisser le marchepied ou chemin de halage, conformément aux règlements ». De nouvelles dispositions à ce sujet font l'objet de la loi française du 8 avril 1898.

141. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles 560, 561, 562 et 564 français* (sur les atterrissements). V. la loi française du 4 avril 1889 sur le code rural, titre VI.

142. L'*article 465 haïtien,* visant le cas du lit abandonné par un fleuve ou une rivière, est la reproduction de l'*article 563,* texte de 1804, modifié depuis par la loi française du 8 avril 1898. L'ancien texte français permettait aux propriétaires des fonds nouvellement occupés par la rivière d'occuper, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné ; mais d'après la nouvelle législation, ces propriétaires n'ont qu'un droit d'acquisition de l'ancien lit, sur prix fixé par des experts judiciaires, etc.

XIII

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION
(Code Napoléon, *articles 578-636* ; Code haïtien, *articles 478-516*)

Droits de l'usufruitier

143. Le Code haïtien possède un *article 478* étranger au Code Napoléon et faisant obligation à l'usufruitier d'une propriété rurale

d'y faire les plantations de denrées d'exportation que le terrain sera susceptible de produire, et lui laissant la faculté de faire des bois neufs, sauf conventions contraires. Par ailleurs il n'a pas reproduit l'*article 590 français* sur l'usufruit des bois taillis, etc.

144. L'*article 488 haïtien* est quelque peu différent de l'*article 591 français* en ce qui a trait aux parties de bois dont peut bénéficier l'usufruitier.

145. Le Code haïtien n'a pas reproduit le 1er alinéa de l'*article 598 français* autorisant l'usufruitier à jouir, de la même manière que le propriétaire des mines et carrières et exploitation à l'ouverture de l'usufruit, etc.

Comment prend fin l'usufruit

146. L'*article 508 haïtien* limite à 20 ans l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ; l'*article 619 français*, à 30 ans.

XIV

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS
(Code Napoléon, *articles 637-717 ;* Code haïtien, *articles 517-577*)

Servitudes dérivant de la situation des lieux

147. L'*article 519 haïtien* sur la propriété des eaux de source est identique à l'*article 641 français*, (texte de 1804) modifié par la loi française du 8 avril 1898 dans le sens de l'affirmation du droit pour le propriétaire du fonds d'user et de disposer des eaux pluviales qui y tombent, sous certaines restrictions.

148. L'*article 520 haïtien*, sur la prescription des eaux de source par le propriétaire du fond inférieur, est pareil à l'*article 646 français*, (texte de 1804) avec cette différence qu'en droit haïtien la prescription est de vingt ans, au lieu de trente. La réforme française du 8 avril 1898 a modifié l'*article 642*, en attribuant la propriété des sources de peu d'abondance au propriétaire du fonds sur lequel elles jaillissent, qui ne peut cependant user des eaux que dans les limites et pour les besoins de son héritage.

149. L'*article 521 haïtien*, correspondant à l'*article 643 français*, (texte de 1804) ne permet pas au propriétaire de la source d'en changer le cours, quand il dessert la localité, mais peut réclamer une indemnité réglable par experts, si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage. La réforme française de 1898 ne reconnaît plus la propriété des eaux de la source au propriétaire du terrain sur lequel elles jaillissent, dès que le cours d'eau offre le caractère d'eaux publiques et courantes. Ces eaux ne peuvent plus être détournées de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs. Le propriétaire du fonds originaire est réduit lui-même à la condition d'usager.

Servitudes établies par la loi

V. les lois françaises du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847 sur les irrigations, du 21 juin 1865 et du 22 décembre 1888 sur les associations syndicales, du 10 juin 1845 sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage, du 9 juillet 1889 sur le droit de vaine pâture.

150. Les servitudes légales, aux termes de l'*article 526 haïtien,* ont pour objet l'utilité publique ou l'utilité des particuliers. L'*article 649 français* ajoute *l'utilité communale.* L'utilité publique, chez nous, comprend la construction ou la réparation des chemins et autres ouvrages publics ; en France (*article 650*), elle embrasse, en outre, accompagnée de l'utilité communale, le marchepied le long des rivières navigables ou flottables.

Mur et fossé mitoyens

151. Le Code haïtien n'a pas reproduit l'*article 654 français* sur les marques de non-mitoyenneté.

152. L'*article 537 haïtien* fixe la hauteur uniforme de la clôture mitoyenne à 8 pieds ; l'*article 663 français* prescrit que la hauteur sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus, et à défaut d'usages et de règlements, sera de 10 pieds dans les villes de 50 000 âmes et au-dessus et de 8 pieds dans les autres.

152. L'*article 540 haïtien,* 1er alinéa, comme l'*article 666 français,* (texte de 1804) présume mitoyens, à défaut de titres ou de preuves contraires, tous fossés entre deux héritages. La loi française du 20 août 1881 a modifié l'*article 666* : elle stipule, pour les fossés, qu'il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé, auquel cas le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve. La loi a réputé encore mitoyenne toute clôture séparant des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre, prescription ou marque contraire.

153. L'*article 540 haïtien,* 2e alinéa, ainsi que l'*article français 669,* (texte de 1804) prescrit que le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs. La loi française du 20 août 1881 a modifié l'*article 669* dont la rédaction est ainsi faite : « Tant que dure la mitoyenneté de la haie, les produits en appartiennent aux propriétaires par moitié ».

154. L'*article 541 haïtien* est la reproduction de l'*article 670 français,* (texte de 1804) sur la présomption de mitoyenneté de la haie séparant des héritages. L'*article français* a été modifié par la loi du 20 août 1881 qui déclare mitoyens les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne ou sur la ligne séparative de deux héritages. Les fruits sont partagés par moitié, ainsi que les arbres morts, ou coupés ou arrachés. Les propriétaires ne sont pas tenus de conserver des arbres mitoyens.

155. L'*article 542 haïtien* est une combinaison des *articles 671,*

672 et 673 français (texte de 1804) modifiés par la loi du 20 août 1881, et relatifs à la distance de la ligne séparative, à laquelle on peut planter des arbres, à la hauteur que ces arbres ne doivent pas dépasser, au droit de voisin d'exiger qu'en cas de contravention ils soient arrachés ou réduits à la hauteur légale, etc.

Distance et ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions

156. L'*article 543 haïtien,* calqué sur l'*article 674 français* prévoit une distance de trois pieds entre certaines constructions et le mur mitoyen ou non, alors que le texte français laisse cette fixation aux règlements et usages particuliers. Il n'a prévu comme ouvrages, que les puits, fosses d'aisances, cheminées, fours ou forges, alors que le Code français a ajouté à la liste les fourneaux et permet d'adosser au mur des étables ou d'établir au mur des magasins de sel ou amas de matières corrosives.

Vues sur la propriété du voisin

157. L'*article 545 haïtien* permet au propriétaire d'un mur non-mitoyen joignant la propriété d'autrui de pratiquer dans ce mur des ouvertures grillées garnies de barreaux de fer croisés dont les jours ne doivent pas dépasser quatre pouces carrés et être établis à six pieds au moins au-dessus du plancher ; l'*article 676 français* parle de jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant ; les fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles ne doivent pas avoir plus d'un décimètre d'ouverture, et d'un châssis à verre dormant, et l'*article 677* français fixe la hauteur des jours à 8 pieds, quand il s'agit de rez-de-chaussée, et à six pieds s'il s'agit d'étages supérieurs.

Droits de passage

158. L'*article 549 haïtien,* sur le droit de passage en cas d'enclave, est la reproduction de l'*article 682 français,* (texte de 1804) depuis modifié par la loi française du 20 août 1881 qui autorise la réclamation d'un passage sur le fonds du voisin, au cas seulement où la propriété enclavée ne possède aucune issue sur la voie publique ou une issue insuffisante pour son *exploitation agricole ou industrielle.*

159. L'*article 550 haïtien* combine les *articles 683 et 684,* (textes de 1804) tous deux modifiés par la loi du 20 août 1881 d'après laquelle le passage ne peut être demandé, en cas d'enclave résultant de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange d'un partage ou de tout autre contrat, que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes. On ne peut recourir à l'*article 682 français,* qu'au cas ou un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés.

160. L'*article 551 haïtien* contient les stipulations, sur la prescriptibilité de l'action en indemnité pour le droit de passage, de l'*article 685 français,* (texte de 1804) modifié par la loi française du 20 août 1881, qui, tout en répétant l'ancienne formule, ajoute que « l'as-

siette et le mode de servitude de passage pour cause d'enclave sont déterminés par trente ans d'usage continu ».

Comment s'établissent les servitudes

161. L'*article 555 haïtien* règlemente l'acquisition des servitudes continues et apparentes par titre, ou par la possession de 20 ans. La possession de l'*article 690 français* est de trente ans.

Comment s'éteignent les servitudes

162. La servitude est éteinte, en droit haïtien (*article 568*) par le non-usage pendant vingt ans ; en droit français (*article 706*) par trente ans.

XV

Des différentes manières dont on acquiert la propriété (disposition générale)

(Code Napoléon, *articles 711-717* ; Code haïtien *572-577*)

163. Le Code haïtien n'a pas reproduit l'*article 715 français* disposant « que la faculté de chasser ou de pêcher est également réglée par des lois particulières (V. lois françaises du 15 avril 1829, 6 juin 1840, 18 novembre 1898, 20 janvier 1902 sur la pêche ; et celles du 3 mai 1844, 22 janvier 1874, du 16 février 1898 et du 3 avril 1911 sur la chasse).

XVI

Des successions

(Code Napoléon, *articles 718-892* ; Code haïtien, *578-722*)

Ouverture des successions

164. L'*article 579 haïtien* fait ouvrir la succession par la mort civile, comme le faisait l'*article 719 français*, avant son abrogation par la loi française du 31 mai 1854.

165. L'*article 583 haïtien*, dès l'adoption du code, fut conçu sur une autre base que l'*article 723 français*, (texte de 1804). Il prévoit deux séries d'héritiers, les légitimes et les naturels et chaque série roule exclusivement sur elle-même ; il détermine, en outre, suivant les cas spécialement exprimés, le concours des deux séries à une succession ou la dévolution d'une série à l'autre. D'après l'ancien *article 723 français*, les biens ne passaient successivement soit aux enfants naturels, soit à l'époux survivant, ou soit à l'Etat qu'à défaut d'héritiers légitimes. La réforme française du 25 mars 1896 stipule que la loi règle l'ordre de succéder entre héritiers légitimes et héritiers naturels, et qu'à leur défaut les biens passent à l'époux survivant, et à défaut de celui-ci à l'Etat.

166. La même remarque s'impose pour l'*article 584 haïtien* qui accorde la saisine de plein droit aux héritiers, soit légitimes, soit naturels, en réservant l'envoi en possession pour l'époux survivant et l'Etat, alors que l'*article 724 français,* (texte de 1804) n'accordait la saisine de plein droit qu'aux enfants légitimes. La réforme française du 25 mars 1896 a modifié l'*article 724* dans le sens des dispositions haïtiennes.

Qualités requises pour succéder

167. Les articles *585 et 586 haïtiens,* au sujet des qualités requises pour succéder, sont la répétition de l'*article français 725,* avec cette différence qu'en droit haïtien est incapable de succéder l'individu qui a encouru la perte des droits civils.

168. L'*article 587 haïtien* n'admettait l'étranger à succéder qu'aux biens meubles que son parent étranger ou haïtien a laissés dans le territoire ; les restrictions apportées au même sujet par l'*article 726 français,* (texte de 1804) furent abolies par la loi du 14 juillet 1819, et à notre tour notre *article 587* fut abrogé par la loi haïtienne du 13 février 1925.

Successions déférées aux descendants

169. L'*artcile 606 haïtien* permet aux enfants naturels, lorsqu'ils ont été légalement reconnus, d'hériter de leur père ou mère, ou de leurs ascendants naturels, mais jamais des ascendants légitimes de leur père ou de leur mère. L'*article 756 français,* (texte de 1804) ne reconnaissait pas la qualité d'héritiers aux enfants naturels ; ceux-ci avaient seulement des droits quand ils étaient légalement reconnus, sur les biens de leur père ou mère décédés ; ils n'avaient aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère. La réforme française du 25 mars 1896 modifiant l'*article 756,* a appelé les enfants naturels légalement reconnus, à titre d'héritiers, à la succession de leur père ou mère décédés.

170. L'*article 608 haïtien,* en cas de concours de descendants légitimes et de descendants naturels, fixait la part de l'enfant naturel *au tiers* de la part de l'enfant légitime ; l'*article 757 français,* (texte de 1804), fixait en pareil cas, la même proportion. La réforme française du 25 mars 1896 exclut les enfants naturels de tout droit sur les biens des parents de leur père ou de leur mère, reproduisant presque littéralement la dernière disposition de l'ancien *article 756.*

171. L'*article 609 haïtien,* à défaut de descendants légitimes, laisse la totalité de la succession aux enfants naturels. L'*article 758 français,* (texte de 1804) donnait les mêmes droits à l'enfant naturel, quand ses père ou mère ne laissaient pas de parents au degré successible ; mais le texte a été modifié par la loi du 25 mars 1896 qui donne à l'enfant naturel, en cas de concours des descendants légitimes, la *moitié* de la part de l'enfant légitime (reproduction avec majoration des dispositions de l'ancien *article 757 français*).

172. L'*article 601 haïtien* permet aux enfants ou descendants d'un enfant prédécédé, soit légitime, soit naturel, de venir, par représentation, dans tous ses droits. L'*article 759 français,* (texte de 1804), ne parlait que des enfants ou descendants de l'enfant naturel. La réforme française du 25 mars 1896, modifiant l'*article 759,* élève le droit héréditaire de l'enfant naturel dans la succession de ses père ou mère, aux trois quarts, quand les père ou mère ne laissent pas de descendants légitimes de frères ou sœurs.

173. Le Code haïtien n'a pas reproduit les dispositions de l'*article 761 français,* (texte de 1804), sur le cas d'interdiction de toute réclamation de la part de l'enfant naturel, depuis modifié par la loi du 25 mars 1896, qui reproduit l'ancien *article 759 français.*

174. L'*article 611 haïtien* n'accorde que des aliments à l'enfant adultérin ou incestueux, et ces aliments ne peuvent être imputés que sur la portion dont la loi sur les donations et testaments permet aux père et mère de disposer. L'*article 762 français,* amendé par la loi du 20 mars 1896 se contente de dire que les dispositions des *articles 756, 758, 759 et 760* ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux, qui n'ont droit qu'à des aliments.

175. Le Code haïtien n'a pas reproduit les dispositions de l'*article 764 français,* interdisant toute réclamation de la part de l'enfant adultérin ou incestueux à qui ses père ou mère auraient fait apprendre un art mécanique, ou qui aurait eu des aliments du vivant de l'un deux.

Successions déférées aux ascendants

176. L'*article 616 haïtien* diffère quelque peu de l'*article 765 français.* Le texte haïtien assure la dévolution de la succession de l'enfant naturel, décédé sans postérité légitime ou naturelle, et sans frère ni sœur naturels ni descendants d'eux, au père ou à la mère qui l'a reconnu, ou par moitié à tous les deux, s'il l'a été par l'un et par l'autre. Le texte français se contente de parler de l'enfant naturel sans postérité.

177. Le Code haïtien (*article 617*) ne reconnaît aucun droit aux ascendants légitimes de l'enfant naturel de prétendre à la succession de celui-ci.

Succession collatérale

178. L'*article 624 haïtien* n'ouvre aucun droit à l'enfant naturel même reconnu, à la succession des collatéraux légitimes de ses père et mère, et réciproquement ces collatéraux n'ont aucun droit à sa succession, sauf ce qui est stipulé à l'*article 625.*

179. L'*article 625 haïtien,* est à peu de chose près l'*article 766 français,* (texte de 1804) corrigé par la loi du 25 mars 1896. Il stipule, entre autres, qu'en cas de prédécès des père et mère d'un enfant naturel, décédé sans postérité, mais laissant des frères ou sœurs, les biens qu'il avait reçus de ses père ou mère, passent à ses frère et sœur légi-

times, s'ils se retrouvent en nature dans la succession.

180. L'*article 626 haïtien* rend les *articles 618 à 623 haïtiens* (*750-755 français*) applicables aux frères, sœurs ou autres collatéraux naturels, venant, soit entre eux, soit avec des ascendants naturels, à la succession d'un frère, sœur ou autre collatéral naturel.

Droits du conjoint survivant

181. L'*article 627 haïtien* sur les droits du conjoint survivant non divorcé est la reproduction à peu de choses près de l'*article 767 francais*, (texte de 1804), depuis modifié par la loi française du 9 mars 1891, qui donne au conjoint survivant non divorcé et non séparé, en concours avec des parents légitimes ou naturels, un droit d'usufruit dont l'étendue varie selon la qualité des héritiers qui concourent avec lui, etc... Mais, l'usufruit ne porte pas sur les biens des héritiers réservataires ; il ne porte pas davantage sur les biens sujets au rapport, ni sur ceux laissés à des légataires ou soumis à un droit de retour, etc.

Acceptation et répudiation des successions

182. L'*article 648 haïtien* dit que la faculté d'accepter ou de répudier se prescrit par 20 ans, alors que l'*article 789 français* emploie l'expression « par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers » pour faire allusion à la prescription trentenaire.

Du Partage

183. L'*article 676 haïtien* donne au Ministère public agissant d'office le droit non prévu par l'*article 817 français*, d'exercer l'action en partage, à l'égard des cohéritiers mineurs ou interdits.

184. L'*article 668 haïtien*, 1er alinéa, fait l'obligation à chaque cohéritier de rapporter à la masse, des sommes dont il est débiteur. L'*article 829 français* parle en outre, des dons reçus par le cohéritier et dont celui-ci doit également faire rapport. Le 2e alinéa de l'*article haïtien*, sur le cas où le rapport n'aurait pas été fait en nature et sur la façon de procéder, est l'équivalent du 1er alinéa de l'*article 830 français*, nous n'avons pas reproduit le 2e alinéa de ce dernier article.

185. L'*article 691 haïtien* prescrit que l'inégalité des lots se compense par un retour, soit en rentes hypothéquées sur les immeubles, soit en argent. L'*article 833 français* parle des rentes également, mais sans mentionner l'hypothèque.

Des rapports

186. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles français 843-869*, en partie modifiés par la loi française du 24 mars 1898 sur les rapports par les héritiers, même bénéficiaires des libéralités.

187. *Rescision en matière de partage* (V. loi française du 25 février 1901, modifiée par celle du 8 avril 1910, sur le régime fiscal des successions et les droits de mutation entre vifs, celle du 31 mars 1903 sur les droits de mutation par décès et différentes lois portant fixation du budget général des dépenses et des recettes (30 décembre 1903, 17 avril 1906, 30 janvier 1907, 26 décembre 1908, 8 avril 1910, 13 juillet 1911).

XVII

DES DONATIONS

(Code Napoléon, *articles 893-1100*; Code haïtien, *articles 723-896*)

188. *Dispositions générales* (V. loi française du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles).

Capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament

189. Le Code haïtien n'a pas reproduit l'*article 908 français* modifié par la loi du 25 mars 1896, sur la capacité de recevoir des enfants naturels, adultérins ou incestueux ; ni l'*article 910 français* sur les dispositions entre vifs ou testamentaires au profit des hospices, des établissements d'utilité publique ou des pauvres d'une commune. V. loi française du 14 février 1901, sur la tutelle administrative en matière de dons et legs et du 1er juillet 1903, modifiée par celles du 4 décembre 1902 et du 17 juillet 1903 relative au contrat d'association.

190. L'*article 740 haïtien* permettait à l'haïtien de disposer seulement de ses biens meubles au profit d'un étranger. De même, l'*article 912 français* comportait certaines restrictions basées sur la réciprocité. La loi française du 14 juillet 1819 a aboli l'*article 912* ; et la loi haïtienne du 13 février 1925 a abrogé l'*article 740*.

Portion de biens disponible

191. L'*article 741 haïtien* (texte de 1825) permettait aux libéralités entre vifs d'épuiser la totalité des biens présents du donateur ; mais le texte fut modifié par le Décret du 22 mai 1843, aux termes duquel les libéralités par acte entre vifs ne pouvaient excéder la quotité disponible pour les libéralités par testament.

192. L'*article 742 haïtien* a adopté la quotité de la réserve déterminée par l'*article 913 français* 1er alinéa, selon le nombre des enfants légitimes ; mais il avait organisé, dès 1825, la réserve des enfants naturels légalement reconnus, amélioration apportée au texte français seulement par la réforme du 25 mars 1896 (2e alinéa de l'*article 913*). Le Code haïtien décide qu'en cas de concours d'enfants légitimes et d'enfants naturels, la réserve des enfants naturels ne doit di-

minuer en rien la portion disponible et qu'à défaut d'enfants légitimes, la réserve sera du 1/3 s'il n'y a qu'un enfant naturel, de la moitié, s'il y a deux enfants naturels ; et des 2/3 s'il y en a trois ou un plus grand nombre. Le Code français attribue comme réserve à l'enfant naturel une quotité de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime, calculée en observant la proportion qui existe entre la portion donnée à l'enfant naturel au cas de succession ab intestat et celle qu'il aurait eue dans le même cas s'il eût été légitime. Le 3e alinéa de l'*article 913*, sur la réserve des petits enfants, correspond à l'*article 743 haïtien.*

193. Le Code haïtien n'a pas reproduit les dispositions de l'*article 915 français* modifié par la loi du 25 mars 1896 sur le concours des ascendants avec les enfants naturels, à défaut d'enfants légitimes, ni celles de l'*article 918* sur l'assimilation aux donations de certaines aliénations faites à titre onéreux par le défunt, et de l'*article 919*, modifié par la loi du 24 mars 1898 sur les dispositions à titre de préciput.

Réduction des donations et legs

194. L'*article 747 haïtien*, texte de 1825, n'assujétissait à réduction, en aucun cas, les libéralités entre vifs, mais le décret haïtien du 22 mai 1843 a adopté purement et simplement, comme nouveau texte, l'*article 920 français* sur l'action en réduction.

195. Notre article 748, 1er alinéa, admettait déjà la réduction à la quotité disponible des dispositions à cause de mort excédant la dite quotité, principe déjà contenu dans la rédaction de l'*article 920*. Le 2ème alinéa correspond à l'*article 926 français*, sur la réduction au marc le franc.

196. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles 921, 922, 923, 924 et 925 français* (ceux qui peuvent intenter l'action en réduction, formation de la masse, réduction des libéralités testamentaires, libéralités préciputaires, réduction proportionnelle des legs). Il n'a pas reproduit les *articles 928, 929 et 930 français* (action contre le donataire en matière de fruits, caractère résolutoire de la réduction, action subsidiaire contre les tiers acquéreurs).

Forme des donations entre vifs

197. Le Code haïtien n'a pas reproduit l'*article 937 français* sur les libéralités faites aux hospices et aux pauvres.

Exception à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs

198. Le Code haïtien n'admet la révocation des donations entre vifs que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elles auront été faites et pour cause d'attentat par le donataire à la vie du donateur (*articles 771, 774, 775*). Il n'a pas reproduit la révocation pour cause d'ingratitude (*article 955 français*).Il n'a pas reproduit non plus les autres dispositions des *articles français 959 à 966* visant la révocation pour cause de survenance d'enfants, des donations entre

époux, les effets de la révocation, les résolutions de plein droit, les nullités de renonciation à l'action en révocation, la durée de l'action en restitution.

Règles générales sur la forme des testaments

199. L'*article 789 haïtien* est la reproduction de l'*article 980 français*, (texte de 1804) d'après lequel les témoins appelés pour être présents à un testament authentique, devaient être « mâles, majeurs, français, jouissant des droits civils ». Mais la loi française du 7 décembre 1907 a fait disparaître la condition exclusive du sexe masculin. Les femmes peuvent également être appelées. Cependant mari et femme ne peuvent être témoins ensemble dans le même testament.

Règles particulières sur la forme de certains testaments.

200. Le Code haïtien (*article 790-804*) pareillement au Code français (texte de 1804) (*article 981-998*) contient toute une série de dispositions à peu près identiques sur les testaments privilégiés, faits par les militaires ou au cours d'un voyage maritime. Mais tous les articles français originaires — que nous avons maintenus tels quels — ont été modifiés les uns par la loi du 8 juin 1893 (*articles 983 à 998*), les autres par la loi du 17 mai 1900 (*981, 982*). Le Code haïtien n'a pas répété les stipulations du Code français relatives au testament fait en temps de peste (*articles 985-987*).

Du legs universel

201. L'*article 813 haïtien*, sur l'ouverture des testaments olographes et mystiques, renferme les mêmes énonciations que l'*article 1007 français*, sauf l'addition faite par la loi française du 25 mars 1899, au sujet des français décédés dans les colonies et ayant conservé leur domicile en France.

De la révocation des testaments et de leur caducité.

202. L'*article 852 haïtien* autorise la demande en révocation des dispositions testamentaires pour les mêmes causes autorisant la demande en révocation de la donation entre vifs (inexécution des conditions ou attentat par le donataire à la vie du donateur). L'*article 1046 français* permet d'agir, en pareil cas, également pour inexécution des conditions et attentat, mais aussi si le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits ou injures graves.

Dispositions permises en faveur des petits enfants du donateur ou testateur, etc.

203. L'*article 854 haïtien*, sur la validité des substitutions par les frères et sœurs du grevé, ne contient pas la restriction de l'*article 1049 français* qui parle de la validité de la disposition du défunt seulement « en cas de mort sans enfants ».

Des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage

204. L'*article 809 haïtien* stipule que l'institution contractuelle, prévue à l'*article 889*, est irrévocable comme les donations de biens présents, mais réductible à la portion disponible comme les dispositions testamentaires. L'*article 1083 français* permet cependant à l'instituant de disposer à titre onéreux, l'irrévocabilité ne visant que les dispositions gratuites.

205. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles français 1084, 1085, 1086* (donation cumulative de biens présents et à venir, dérogation au principe d'irrévocabilité).

Dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage

206. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles français 1092, 1093 et 1094* (modifié par la loi du 14 février 1900) *et 1096* sur la caducité des donations de biens présents par prédécès du donataire, sauf condition contraire, l'intransmissibilité des donations aux enfants à naître du mariage et la quotité disponible entre époux et la révocabilité des donations entre époux.

207. Il n'a fait non plus aucune mention des dispositions des *articles 1098, 1099, 1100 français* concernant la quotité disponible entre époux en présence d'enfants d'un précédent mariage, la prohibition des donations déguisées, et sur la présomption légale d'interposition de personnes.

XVIII

DES CONTRATS OU OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL

(Code Napoléon, *articles 1101-1369* ; Code haïtien, *art. 897-1155*)

Du consentement

208. V. la loi française du 8 décembre 1904 interdisant l'assurance en cas de décès des enfants de moins de 12 ans, celle du 17 mars 1905 relative à la surveillance et au contrôle des sociétés d'assurances sur la vie et de toutes les entreprises dans lesquelles intervient la durée de la vie humaine.

Dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation

209. L'*article 943 haïtien* est en tous points semblable à l'*article 1153 français*, (texte de 1804) sur les dommages-intérêts moratoires fixés à un chiffre invariable en matière d'argent. Mais la jurisprudence française prit l'habitude d'accorder, en dehors de l'intérêt légal, un supplément d'indemnité pour tout préjudice subi par le créancier par le fait de son débiteur et étranger au retard. Cette jurisprudence a été régularisée par la loi du 7 avril 1900, qui a ajouté à *l'article 1153*

l'alinéa final ! « Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ». La jurisprudence du tribunal de Cassation d'Haïti est constante dans le même sens.

Du paiement

210. L'*article 1030 haïtien* correspond à l'*article 1244 français* sur le délai de grâce; mais la loi haïtienne du 18 juillet 1922 stipule qu'en matière hypothécaire les tribunaux n'accorderont aucun délai au débiteur lorsque le montant du prêt est versé à la vue du notaire et qu'il est stipulé au contrat un taux d'intérêt mensuel n'excédant pas 1%. Le juge des référés statue définitivement, sans recours possible, sur toutes difficultés relatives à l'exécution d'une obligation hypothécaire comportant clause de voie parée et consentie sous l'empire de la nouvelle loi.

De la preuve littérale

211. V. la loi française du 25 ventôse, an XI, modifiée par la loi du 12 août 1912 sur le Notariat, la loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés, celle du 2 mai 1861 sur la légalisation des signatures des notaires et des officiers de l'état civil, le Décret du 29 décembre 1885 relatif à la légalisation de la signature des notaires sur les certificats de vie, les lois de finances du 30 janvier 1907, et du 13 juillet 1901, la loi du 29 mars 1907 sur la compétence territoriale des notaires.

Des copies de titres

212. L'*article 1120 haïtien* considère comme anciennes, les copies de titres, quand elles ont plus de vingt ans ; l'*article 1335 français*, quand elles ont plus de trente ans.

Actes récognitifs

213. L'article *1122 haïtien* peut dispenser le créancier de représenter le titre primordial, au cas où les actes récognitifs contiendraient plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût *vingt ans* de date. L'*article 1337 français* mentionne, dans la même hypothèse, *trente ans* de date.

De la Preuve testimoniale

214. L'*article 1126 haïtien* fait l'obligation, comme l'*article 1341 français*, de passer acte devant notaire de toutes choses excédant un chiffre minimum, fixé en droit haïtien à seize gourdes et en droit français à cent cinquante francs.

XIX

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION
(Code Napoléon, *art. 1370-1386* ; Code haïtien, *art. 1156-1172*)

Délits et quasi-délits

215. L'*article 1170 haïtien* organise la responsabilité civile des père et mère, sauf preuve contraire, à l'occasion des dommages causés par leurs enfants mineurs habitant avec eux, et celle des commettants qui doivent répondre du préjudice causé par leurs préposés, dans l'exercice de leurs fonctions, l'*article 1384 français* parle en outre de la responsabilité des instituteurs et des artisans, pour les fautes préjudicielles causées par les élèves et les apprentis et la loi française du 20 juillet 1889 substitue la responsabilité civile de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public.

216. V. la loi française du 9 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, modifiée par la loi du 31 mars 1905 et du 22 mars 1902 et du 17 avril 1906 (modifiée par la loi du 26 mars 1908). V. les lois françaises du 30 juin 1889 concernant les accidents causés dans les exploitations agricoles par l'emploi de machines mues par des moteurs inanimés, du 18 juillet 1907 ayant pour objet la faculté d'adhésion à la législation des accidents de travail, du 4 avril 1882, et du 21 juin 1898 sur le code rural, du 19 avril 1901 sur les dommages causés aux récoltes par le gibier.

XX

DU CONTRAT DE MARIAGE ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX
(Code Napoléon, *art. 1387-1581* ; Code haïtien, *art. 1173-1366*)

Dispositions générales

217. L'*article 1177 haïtien,* comme l'*article 1391 français* primitif n'organisait aucune sanction par défaut de publicité des contrats de mariage. Il est vrai que notre code n'a prévu aucune publicité pour les contrats de mariage et n'a pas suivi la réforme française du 10 juillet 1850 qui a associé le contrat de mariage à la publicité du mariage constaté par les registres de l'état civil. L'alinéa ajouté à l'*article 1391* stipule, en conséquence, au cas où le contrat n'a pas été rendu public conformément à la loi que « la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage ».

218. D'après l'*article 1180 haïtien,* pareil au 1er alinéa de l'*article 1394 français,* (texte de 1804) la convention matrimoniale doit être rédigée avant le mariage. La loi française du 10 juillet 1850 a

ajouté au texte français des dispositions qui obligent le notaire à donner lecture aux parties de l'alinéa de l'*article 1391* reproduit ci-dessus et à leur délivrer un certificat à remettre à l'officier de l'état civil avant le mariage.

Composition de la communauté active et passive

219. Le Code haïtien n'a pas reproduit l'*article 1403 français*, appliquant les règles de l'usufruit aux produits des carrières et mines et aux coupes de bois dans les futaies.

Administration de la communauté et effet des actes de l'un ou l'autre des époux relativement à la société conjugale

220. L'*article 1210 haïtien* maintient la dérogation au principe que les obligations contractées par le mari pendant le mariage tombent dans la communauté, tirée de ce que les condamnations prononcées contre l'un des époux pour crime emportant perte des droits civils ne frappent que la part de communauté et les biens personnels de l'époux condamné. L'*article 1425 français* qui contenait la même restriction, a été abrogé par la loi du 31 mars 1854.

Dissolution de la Communauté

221. L'*article 1449 français* permet à la femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, de reprendre la libre administration de ses biens. Elle peut disposer de son mobilier, mais elle ne peut aliéner ses immeubles, sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus. Mais la loi française du 6 février 1893 modifiant l'*article 311* du Code Napoléon donne à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile.

222. L'*article 1234 haïtien* est l'équivalent de l'*article 1449 français* sauf qu'il ne prévoit pas la séparation de corps.

La Loi haïtienne du 10 mai 1920 prescrit, comme la réforme française, que la séparation de biens a pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, avec dispense de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice.

223. L'*article 1236 haïtien* sur la faculté de rétablir la communauté dissoute par la séparation de biens correspond à l'*article 1451 français*, qui mentionne en outre, la même faculté *en cas de séparation de corps*. La séparation de corps entraînant la séparation de biens depuis la loi haïtienne du 10 mai 1920, il faut signaler qu'en somme la différence n'est qu'apparente entre les textes.

224. La même remarque s'impose pour l'*article 1237 haïtien* correspondant à l'*article 1452 français*, sur la non délivrance du préciput, en cas de dissolution de la communauté du vivant des deux époux. La séparation de corps n'est pas mentionnée dans le texte haïtien, mais doit être sous-entendue.

Acceptation de la communauté et renonciation, etc.

225. L'*article 1247* fait l'obligation à la femme de l'individu mort civilement de dresser inventaire, comme la femme survivante, si elle entend se réserver la faculté de renoncer à la communauté. Le texte de l'*article 1462 français* correspondant a été abrogé par la loi du 31 mai 1854.

Des droits du mari sur les biens

226. V. la loi française du 16 septembre 1871 portant fixation du budget général et celle du 11 juin 1878, qui crée la dette amortissable par annuités.

227. *Dispositions particulières.* V. la loi française du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage et la circulaire à ce sujet du Garde des sceaux en date du 20 octobre 1909.

XXI

DE LA VENTE

(Code Napoléon, *art. 1582-1701* ; Code haïtien, *art. 1367-1474*)

De la nature et de la forme de la vente

228. V. la loi française du 23 août 1871 sur la dissimulation du prix de vente et les lois budgétaires des 22 avril 1905, 8 avril 1910 et 27 février 1912 sur la même matière.

Qui peut acheter ou vendre

229. L'*article 1381 haïtien,* au sujet de ceux qui ne peuvent se rendre adjudicataires, comprend simplement les tuteurs et les mandataires, alors que l'*article 1596 français* ajoute les administrateurs et les officiers publics.

Des choses qui peuvent être vendues

230. V. la loi française de finances du 28 avril 1816 et du 27 février 1912, la loi du 17 mars 1909, sur la vente des fonds de commerce et la loi du 30 décembre 1903 (modifiée le 7 mars 1905) sur la vente des objets mobiliers confiés à un ouvrier, etc.

Obligations de l'acheteur

231. L'*article 1439* haïtien sur l'action résolutoire en cas de non-paiement du prix par l'acheteur est identique à l'*article 1654.* Cependant, une loi haïtienne du 27 août 1913 interdit d'exercer l'action résolutoire après l'extinction du privilège du vendeur au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver.

De la garantie des défauts de la chose vendue

232. V. les lois françaises du 21 juillet 1881 sur la police sani-

laire des animaux, du 2 août 1884 sur le code rural (vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques) modifiée par la loi du 31 juillet 1895 et par celle du 23 février 1905, du 21 juin 1898 sur la police rurale.

233. Le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat (*article 1443 haïtien*), l'*article français 1658* ajoute « et par la vileté du prix » (218). Le Code français, en ses *articles 1674 à 1685,* accorde une action en rescision à ce sujet, en matière de vente immobilière, que le Code haïtien ignore.

XXII

L'ÉCHANGE

V. les lois françaises du 23 août 1871 et du 3 novembre 1884 et les lois budgétaires du 22 avril 1905, du 26 décembre 1908 et du 27 février 1912 sur les droits fiscaux.

XXIII

DU CONTRAT DE LOUAGE
(Code Napoléon, *art. 1708-1831* ; Code haïtien, *art. 1480-1600*)

Dispositions générales

234. Le Code haïtien n'a pas répété l'*article 1712 français* soumettant à des règlements particuliers les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics.

V. les lois françaises du 8 février 1897, du 8 mars 1898 et du 25 juin 1902 sur les questions de louage ; les lois du 5 avril 1884, du 10 août 1871, du 25 mai 1835 et du 6 décembre 1897 sur les biens des communes, des départements, de l'Etat et des hospices.

Règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux

235. L'*article 1505 haïtien,* sur la solidarité des locataires en cas d'incendie, répète les énonciations de l'*article 1734 français,* (texte de 1804) modifié par la loi française du 5 janvier 1883, qui a supprimé la solidarité, en prescrivant « tous sont responsables de l'incendie, proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent ».

Règles particulières aux baux à loyer

236. L'*article 1525 haïtien* sur les réparations locatives ne vise pas les vitres, sauf accident de force majeure comme l'*article 1754 français*. Les maisons haïtiennes ne comportaient pas à l'époque ce genre de fermeture, mais l'énumération de la loi n'étant pas limitative, le preneur négligent serait tenu de replacer les vitres brisées.

237. L'*article 1527 haïtien* met seulement à la charge du bailleur, sauf clause contraire, le curement des puits ; l'*article 1756 français* ajoute celui des fosses d'aisance.

238. Le Code haïtien ignore l'*article 1757 français* sur la détermination de la durée des baux pour les locations de mobiliers ou d'appartements meublés.

Règles particulières aux baux à ferme

239. L'*article 1544 haïtien* sur les baux sans écrit est quelque peu différent de l'*article 1774 français*. Celui-ci fixe une durée d'un an au bail à ferme d'un pré, d'une vigne ou de tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours de l'année, et pour les terres labourables, se divisant par soles ou saisons, le bail est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles. Le Code haïtien subordonne la présomption de durée aux premiers établissements faits par le preneur et en ce cas le bail sans écrit est de cinq ans pour les caféiers, de trois ans pour les sucreries, les cacaoyères et les hattes et de deux ans pour les cotonneries, champs de fourrage, places à vivre, potagers et vergers.

240. V. la loi française du 18 juillet 1889 sur le code rural (titre relatif au bail à colonat partiaire).

Louage des domestiques ou ouvriers

241. L'*article 1550 haïtien* est la reproduction de l'*article 1780 français*, (texte de 1804) sur le mode de fixation du louage, soit à temps, soit pour une entreprise déterminée. La loi française du 27 décembre 1890 a ajouté que le louage de services, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes ; que, néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts.

242. L'*article 1551 haïtien* se borne à affirmer que le maître est cru sur son affirmation, en cas de contestation sur la quotité des gages, etc. L'*article français 1781* sur le même sujet a été abrogé par la loi du 2 août 1868, de sorte que le droit commun sur les preuves est applicable à la matière.

243. V. les lois françaises du 15 mars 1910 et 13 juillet 1911 (budget) sur le congé spécial aux institutrices et au personnel féminin des postes, télégraphiques et téléphones, en couches.

Voituriers par terre et par eau

244. Le Code haïtien ignore l'*article 1785 français* qui oblige les entrepreneurs de voitures publiques par terre et par eau et des roulages publics, à tenir registre de l'argent, des effets et des paquets dont ils se chargent.

Devis et marchés

245. L'*article 1561 haïtien* ne décharge l'entrepreneur qu'après cinq ans; l'*article 1792 français* qu'après dix ans.

Bail à cheptel

246. Le Code haïtien n'a pas répété l'*article 1814 français* interdisant au preneur de tondre sans en prévenir le bailleur.

XXIV

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

247. V. les lois françaises du 1er juillet 1901 et du 17 juillet 1903 relatives au contrat d'association et les Décrets du 16 août 1901 et du 28 novembre 1902 sur le même sujet.

XXV

DU PRÊT

(Code Napoléon, *art. 1874-1914*; Code haïtien, *art. 1643-1672*)

Engagements de l'emprunteur

248. Aux termes de l'*article 1672 haïtien,* l'emprunteur, en cas de non restitution des choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, en doit l'intérêt du jour de la demande en justice. La loi française du 7 avril 1900 modifiant l'*article 1904 français* autrefois semblable, fait partir l'intérêt non seulement du jour de la demande, mais encore de celui de la sommation.

Du prêt à l'intérêt.

249. V. les lois françaises, les lois du 3 septembre 1807 (modifiées par la loi du 19 décembre 1850) du 24 juin 1851, du 27 août 1881, du 12 janvier 1886, 13 avril 1893 (budgétaire), du 7 avril 1900 et des Décrets ou ordonnances du 7 décembre 1835 et du 29 janvier 1898 sur le taux de l'intérêt.

XXVI

DU DÉPÔT ET DU SÉQUESTRE

(Code Napoléon, *art. 1915-1936* ; Code haïtien, *art. 1682-1730*)

Dépôt nécessaire

250. L'*article 1720 haïtien* sur la responsabilité des aubergistes et des hôteliers ne rendait pas ceux-ci responsables du vol ou du dommage causé chez eux purement et simplement comme dans l'*article 1935 français,* (texte de 1804). Le Code haïtien posait comme condition à cette responsabilité la déclaration préalable et le dépôt entre leurs mains par les voyageurs des effets. La loi française du 8 avril 1911 a ajouté un alinéa à l'*article 1953,* d'après lequel la responsabilité est fixée à 1000 francs pour les espèces monnayées, valeurs, titres, bijoux et objets précieux non réellement déposés entre les mains des aubergistes ou hôteliers.

XXVII

DES CONTRATS ALÉATOIRES
(Code Napoléon, *art. 1964-1936* ; Code haïtien, *art. 1731*)

251. Le Code haïtien ne consacre à cette matière que l'*article 1731* qui interdit entre autres toute action pour une dette de jeu ou pour paiement d'un pari, conforme en cela aux *articles 1964 et 1965 français*.

252. Le Code haïtien n'a pas reproduit les *articles 1966 et 1967 français* (exception pour les jeux tenant à l'adresse et à l'exercice du corps et ne s'accompagnant pas d'un esprit de lucre, refus de l'action en répétition).

253. V. les lois françaises du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, du 12 mars 1900 ayant pour objet de réprimer les abus commis en matière de vente à crédit des valeurs de bourse, du 2 juin 1891, règlementant l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux, modifiée par la loi du 1er avril 1900 et celle du 4 juin 1909.

Du contrat de rente viagère

254. L'*article 1746 haïtien* veut que le paiement de la rente viagère soit continué jusqu'au décès du propriétaire, malgré la perte par celui-ci de ses droits civils. L'*article français 1982* correspondant a été abrogé par la loi du 31 mai 1854.

XXVIII

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE
(Code Napoléon, *art. 2059-2070* ; Code haïtien, *art. 1825-1837*)

255. Les *articles haïtiens 1825-1837* sur ce sujet sont la reproduction des *articles français 2059-2070,* (texte de 1804) depuis abrogés par la loi française du 22 juillet 1867.

256. A l'*article 1836 haïtien*, correspondant à l'ancien *article 2068 français*, la loi haïtienne du 27 juillet 1898, a fait une addition ; il laisse au créancier le choix entre la contrainte par corps et les autres moyens d'exécution, de sorte que l'exercice de la contrainte empêche l'exécution sur les biens. La contrainte par corps, en droit haïtien, est de 3 mois à 6 mois. Pour plus de détails, consulter les *articles 7 et 8* du Décret du 22 mai 1843 respectivement modifiés par la loi du 22 juin 1915 et par celle du 21 août 1907.

XXIX

DU NANTISSEMENT
(Code Napoléon, *art. 2070-2091*; Code haïtien, *art. 1833-1858*)

257. V. les lois françaises du 1er mars 1898, du 17 mars 1909 et

du 1er avril 1909 relatives à la vente et au nantissement des fonds de commerce, du 30 avril 1906 sur les warrants agricoles, du 31 mars 1896 concernant la vente des objets abandonnés ou laissés en gage aux hôteliers, du 31 décembre 1903 relative aux objets abandonnés chez les ouvriers industriels.

XXX

DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

(Code Napoléon, *art. 2092-2203* ; Code haïtien, *art. 1859-1970*)

Dispositions générales

258. V. les lois françaises du 12 juillet 1909 sur la constitution des biens de famille insaisissables et du 8 avril 1910 (budget) sur le même sujet, le Décret du 26 mars 1910 portant règlement d'administration publique, et la circulaire du Ministre de l'Agriculture du 15 juin 1910 sur la même question. V. la loi haïtienne du 12 janvier 1934 créant à son tour le bien de famille.

259. L'*article 1868 haïtien* sur les créances privilégiées portant sur les meubles renferme la même liste que l'*article français 2101*, (texte de 1804), depuis modifié par la loi française du 30 novembre 1892 et par celle du 9 avril 1898. La première de ces lois modifia l'alinéa 3 de l'*article 2101* sur les frais quelconques de la dernière maladie, *quelle qu'en ait été la terminaison*. La loi de 1898 a ajouté un 6e alinéa, visant la créance de la victime de l'accident ou de ses ayants-droit relative aux frais médicaux, pharmaceutiques et funéraires, ainsi qu'aux indemnités allouées à la suite de l'incapacité temporaire de travail.

260. V. les lois françaises du 23 décembre 1874 sur la protection des enfants de premier âge, du 27 décembre 1895 sur les caisses de retraite de secours et de prévoyance au profit des employés ou ouvriers, du 17 mars 1905 sur le contrôle des sociétés d'assurances.

Des privilèges sur certains meubles

261. V. la loi du 26 pluviôse an II, interdisant provisoirement la faculté de faire des saisies-arrêts sur les fonds destinés aux entrepreneurs de travaux nationaux, celle du 19 février 1889 relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances, celle du 18 juillet 1889 (bail à colonat partiaire), celle du 8 février 1897 sur les domaines congéables, celle du 12 février 1872 (faillite du locataire).

Comment se conservent les privilèges

262. L'*article 1875 haïtien* correspond en tous points à l'*article 2108 français*. Malgré la forme exceptionnelle de publicité organisée par la transcription par ce texte dont l'effet était de ne pas astreindre le vendeur à publier lui-même son privilège par voie d'inscription, la loi

haïtienne du 27 août 1913 a ajouté que « le vendeur peut utilement inscrire son privilège dans le mois de l'acte de vente, nonobstant toute transcription d'actes passés dans ce délai ».

Hypothèques

263. Par dérogation à l'*article 2119 français*, (*article 1886 haïtien*) la loi française du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne, déclare susceptible d'hypothèque l'aéroplane, malgré son caractère mobilier.

Hypothèques légales

264. L'*article 1888 haïtien* est conforme à l'*article français 2121* pour l'énumération des hypothèques légales. Mais la loi haïtienne du 27 août 1913, pour garantir les tiers contre les surprises des hypothèques non inscrites, ne fait dater l'hypothèque de la veuve, du mineur devenu majeur de l'interdit relevé de l'interdiction, de leurs héritiers ou ayants-cause, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement, si elles n'ont pas été effectuées dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle. La même loi ajoute : « Dans le cas où la femme peut céder son hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent des droits hypothécaires de la femme »

Hypothèques judiciaires

265. L'*article 1890 haïtien* est également conforme à l'*article 2123 français* sur les hypothèques judiciaires. Mais la loi haïtienne du 27 août 1913 y a ajouté ce qui suit : « A partir de la transcription, les créanciers ayant privilège ou hypothèque, aux termes des *articles 1890, 1894* du Code civil, ne peuvent utilement prendre inscription sur le précédent propriétaire. « Néanmoins, le vendeur ou le copartageant peuvent utilement inscrire les privilèges à eux conférés par les *articles 1875 et 1876* du Code civil (*2108 et 2109 français*) dans le mois de l'acte de vente ou de partage nonobstant toute transcription d'actes passés dans ce délai ».

266. V. la loi française du 3 septembre 1807 relative aux inscriptions hypothécaires en vertu de jugements rendus sur des demandes en reconnaissance d'obligation sous seing privé et celle du 22 juillet 1889 sur la procédure à suivre devant les conseils de préfecture.

Hypothèques conventionnelles

267. L'*article 1892 haïtien* sur les hypothèques établies sur des

droits résolubles est conforme à l'*article 2125 français* (texte de 1804) La loi française du 31 décembre 1910 a ajouté au texte une exception d'après laquelle l'hypothèque conserve exceptionnellement son effet quelque soit ultérieurement le résultat de la licitation du partage, quand elle a été consentie par tous les co-propriétaires d'un immeuble indivis.

Rang que les hypothèques ont entre elles

268. L'*article 1903 haïtien,* sur l'obligation pour les maris et tuteurs de faire inscrire l'hypothèque de l'incapable est conforme à l'*article 2136 français* (texte de 1804). Mais le Code français, par la loi du 22 juillet 1867 a supprimé le deuxième alinéa de l'article consacrant une sanction pour défaut des formalités prescrites, sanction qui consistait à déclarer stellionataires et contraignables par corps les maris et tuteurs négligents.

Mode d'inscription des privilèges et hypothèques

269. L'*article 1918 haïtien* sur la conservation des intérêts est identique à l'*article 2151 français* (texte de 1804). La loi française du 17 juin 1893 a remanié le texte en ce sens qu'un créancier inscrit a le droit de se faire colloquer, au même rang que pour le capital, pour trois années d'intérêt, et par ailleurs il a fait cesser la controverse qui existait sur le point de savoir si le dit texte comprenait également les privilèges.

Radiation et réduction des inscriptions

270. L'*article 1932 haïtien* expose, comme l'*article 2165 français* les règles à suivre pour réduire les inscriptions excessives ; cependant le Code français, en dehors de la méthode arrêtée, permet en outre aux juges, pour estimer le revenu des immeubles, de s'aider de pièces diverses telles que des baux non suspects ou des procès-verbaux d'évaluation.

Publicité des registres et responsabilité des conservateurs

271. L'*article 1967 haïtien* fait l'obligation aux conservateurs, comme l'*article 2200 français* (texte de 1804), d'avoir un registre d'inscription sur lequel ils doivent inscrire la remise à eux faite d'actes de mutation pour être transcrits ou de bordereaux pour être inscrits. La loi française du 5 janvier 1875 a prescrit de tenir en double le registre des formalités et, à côté des actes de mutation, elle parle en outre des actes de saisie immobilière.

272. L'*article 1968 haïtien* prescrit que les registres des conservateurs seront cotés et paraphés à chaque feuillet, etc., l'*article 2209 français* correspondant prévoyait que les registres seraient en papier timbré, cotés et paraphés, etc. Mais la loi française du 27 juillet 1900 a affranchi du timbre ces registres.

273. En France, des lois ou règlements spéciaux établissent des

privilèges : V. lois du 26 pluviôse an II, 16 septembre 1807, 21 avril 1810, 17 juillet 1856, 28 mai 1858, 30 juin 1838, Décrets 12 décembre 1806, 27 février 1811, 17 mars 1812, lois 30 mars 1802, 5 août 1911, loi du 28 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire, modifiée par la loi du 13 février 1889, et la loi du 27 juillet 1900 relative à la transformation en une taxe proportionnelle des droits perçus sur les formalités hypothécaires.

XXXI

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE ET DES ORDRES ENTRE LES CRÉANCIERS
(Code Napoléon, *art. 2204-2218*; Code haïtien, *art. 1971-1986*)

274. L'*article 1978 haïtien* sur la vente forcée des biens situés dans différents ressorts oblige les créanciers à suivre exclusivement cette vente devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve la partie de biens qui présente le plus grand revenu, tandis que l'*article 2210 français,* (texte de 1804) obligeait le créancier à suivre d'abord devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve le chef-lieu de l'exploitation. Le texte français depuis a été modifié et complété par la loi du 14 novembre 1808, d'après laquelle la saisie immobilière peut être faite simultanément et dans divers arrondissements, toutes les fois que la valeur totale des dits biens sera inférieure au montant réuni des sommes dues tant aux saisissants qu'aux autres créanciers inscrits, etc.

XXXII
(Code Napoléon, *art. 2219-2281*; Code haïtien, *art. 1987-2046*)

Temps requis pour prescrire

275. Aux termes de l'*article 2030 haïtien,* toutes les actions tant réelles que personnelles, sont prescrites par *vingt ans*. Les mêmes actions en France sont prescrites par *trente ans* (*article 2262*).

276. L'*article 2031 haïtien,* contraint le débiteur d'une rente à fournir à ses frais un titre nouveau à ses créanciers ou à ses ayants cause, après *dix-huit ans* de la date du dernier titre. L'*article 2263 français* dit « *après vingt-huit ans* ».

277. Aux termes de l'*article 2033 haïtien,* l'acquéreur de bonne foi, d'un immeuble et par juste titre si le véritable propriétaire habite dans le territoire de la République en prescrit la propriété par *dix ans,* et par *quinze ans,* s'il est domicilié hors du territoire et qu'il se trouve hors du territoire. L'*article 2265 français* permet la prescription par *dix ans,* si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la Cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé et par *vingt ans* s'il est domicilié hors du dit ressort.

278. Le Code haïtien n'a pas reproduit l'*article 2266 français* qui prévoit le cas où le véritable propriétaire aurait eu son domicile en

différents temps dans le ressort et hors du ressort.

279. L'*article 2034 haïtien* n'admet pas comme l'*article 2267 français* le titre nul par défaut de forme à servir de base à la prescription de *dix et quinze ans* ; mais le texte français dit :« *dix et vingt ans* ».

Le Code haïtien n'a pas reproduit l'*article 2270 français* déchargeant les entrepreneurs, après *dix ans,* de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés.

Prescriptions particulières

280. L'*article 2037 haïtien,* comme l'*article 2272 français,* (texte de 1804) prévoyait une prescription annale pour les différentes catégories de créanciers énumérées (médecins, huissiers, marchands, maîtres de pension, autres maîtres, etc.) ; mais les lois françaises du 30 novembre 1892, et du 26 février 1911, ont fait des distinctions d'*un an* et de *deux ans*. La prescription de *deux ans* vise l'action des médecins, chirurgiens, sages-femmes et pharmaciens, ainsi que l'action des marchands.

V. les lois françaises du 29 décembre 1892, du 9 avril 1898, du 13 avril 1900 (responsabilités des accidents et dommages) du 24 décembre 1897 sur les recouvrements des frais dûs aux notaires, et complétée par la loi de finance du 30 janvier 1907.

281. L'*article 2045 haïtien* qui permet aux propriétaires originaires de se faire rendre, en en remboursant le prix, la chose volée ou perdue, par le possesseur actuel qui l'a achetée dans un marché ou dans une vente publique, est conforme à l'*article 2280 français,* auquel cependant la loi du 11 juillet 1892 a ajouté l'alinéa suivant « le bailleur qui revendique, en vertu de l'article 2102, (*article 1869 haïtien*) les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans les mêmes conditions, doit également rembourser à l'acheteur le prix qu'ils lui ont coûté ».

CONCLUSION

Nous avons essayé de révéler, en termes succincts, les conditions dans lesquelles le Code Napoléon fut adopté en 1825 par l'Etat d'Haïti et de marquer l'intérêt de ce continent à ne pas se détourner de ses traditions, en prenant pour base de changement dans sa législation civile et de toutes études comparatives à ce sujet, d'autre code que celui qu'il applique depuis de longues années. Personne ne pense à fixer le droit dans des formules rigides, et chaque Nation d'Amérique recherche, avec raison, l'adaptation qui convient plus particulièrement à ses mœurs, à ses habitudes, à ses conceptions sociales.

Haïti a procédé ainsi dès l'origine, en supprimant du Code Napoléon plus d'une centaine d'articles, en y insérant de nouveaux textes, en y apportant des modifications que nous retrouverons, à la longue, dans le Code français, comme l'adoption d'une unité territoriale res-

treinte pour la mise en vigueur des lois, le « Conseil de famille » pour autoriser le mineur naturel non reconnu à se marier, la levée des dispenses pour mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, la peine à la fois « afflictive et infâmante » comme motif de divorce, le droit d'héritage et de saisine légale aux enfants naturels légalement reconnus.

Notre pays a conservé, par ailleurs, après plus d'un siècle d'application, des différences souvent assez sensibles portant sur plus du quart des textes du Code Napoléon, ainsi que le révèle le tableau des articles discordants annexé à ce mémoire.

Nous avons gardé la mort civile, qui est une cause d'ouverture de tutelle, de succession et de déchéance de toute succession. Nous ignorons les jugements collectifs ou déclaratifs de décès, la publicité du contrat de mariage. Nous avons de beaucoup réduit les délais de la procédure d'absence. Nous n'avons pas unifié la majorité matrimoniale, et cette majorité atteinte, il n'existe plus de prescription visant les actes respectueux, les notifications et le consentement des ascendants. Nous avons élevé le mariage religieux à la hauteur d'une institution, en lui donnant effet légal. Dans les obligations qui naissent du mariage, nous n'avons pas introduit le devoir de secours mis à la charge des héritiers du prémourant et au profit de l'époux survivant. Nous maintenons la distinction entre l'adultère du mari et celui de la femme... Nous exigeons que les injures graves, comme fondement d'une demande en divorce, soient publiques. Nous n'avons pas simplifié la procédure de divorce, selon la réforme française de 1886, et le divorce par consentement mutuel est toujours en vigueur chez nous. Nous n'avons pas encore permis d'introduire les demandes reconventionnelles par simple acte de conclusion. Nous interdisons toujours à l'époux coupable d'adultère de se marier avec son complice. Nous n'autorisons pas l'époux qui a obtenu le divorce, à réclamer une pension alimentaire de l'autre conjoint, en l'absence ou en cas d'insuffisance des avantages stipulés. Nous avons laissé un caractère facultatif à la conversion, après un certain délai, du jugement de séparation de corps en jugement de divorce. Nous n'admettons pas la légitimation, par mariage subséquent des père et mère, des enfants adultérins, sous certaines conditions. Nous avons répudié l'adoption et la tutelle officieuse, et conditionné la tutelle testamentaire. Nous ne connaissons pas le système : a) du conseil spécial nommé à la mère survivante par dernière volonté du père, b) de la curatelle au ventre, c) de la dévolution aux ascendants, d) des conflits entre bisaïeuls, e) de la reprise de la succession répudiée au nom du mineur, f) de l'avis des experts-juristes en matière de transaction pour compte du mineur. Nous habilitons le ministère public à agir d'office pour exercer l'action en partage, à l'égard des cohéritiers mineurs ou interdits. Nous n'avons pas les présomptions de non mitoyenneté. Nous n'avons pas compris dans les servitudes légales l'utilité communale. Nous n'avons pas le droit de vaine pâture. Nous n'avons pas organisé l'institution des rapports de libéralités directes ou indirectes faites par le défunt à son héritier avec dispenses

pour cas de donation préciputaire, ni celui du droit d'usufruit en faveur du conjoint divorcé et non séparé, en concours avec des enfants légitimes ou naturels.

Nous n'avons pas organisé la réserve pour l'enfant naturel en concours avec des ascendants, à défaut seulement d'enfants légitimes, suivant les stipulations de l'*article 915 français,* ni reproduit l'*article 918* sur l'assimilation aux donations de certaines aliénations faites à titre onéreux par le défunt et l'*article 919,* modifié par la loi de 1898, sur les dispositions à titre de préciput, avec dispense de rapport, aux enfants ou autres successibles du donateur.

Nous avons également laissé de côté les dispositions françaises relatives à ceux qui peuvent intenter l'action en réduction, à la formation de la masse, à la réduction des libéralités testamentaires et des libéralités préciputaires, à la réduction proportionnelle des legs (*921-925*). Egalement celles visant l'action contre le donataire en matière de fruits, le caractère résolutoire de la réduction, l'action subsidiaire contre les tiers acquéreurs.

Nous n'avons pas jugé utile de prévoir la révocation des donations entre vifs pour cause d'ingratitude et pour survenance d'enfants et nous n'avons pas reproduit les textes concernant les donations entre époux, pendant le mariage, les effets de la révocation, les résolutions de plein droit, les nullités de renonciation à l'action en révocation, la durée de l'action en restitution.

Nous n'avons pas encore admis les femmes à être témoins à un testament authentique. Nous ne concevons pas la demande en révocation des dispositions testamentaires, lorsque le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de simples sévices, délits ou injures graves.

Nous n'avons pas reproduit la distinction entre dispositions gratuites et à titre onéreux, quand il s'agit de l'irrévocabilité de l'institution contractuelle, ni la dérogation au principe d'irrévocabilité par le système de donation cumulative des biens présents et à venir, ni la caducité des biens présents par prédécès du donataire, sauf condition contraire, ni l'intransmissibilité des donations aux enfants à naître du mariage, ni la quotité disponible entre époux, ni la révocabilité des donations entre époux.

Sont également étrangères à notre code : a) la quotité disponible entre époux en présence d'enfant d'un précédent mariage et b) : la prohibition des donations déguisées et la présomption légale d'interposition de personne.

Nous avons réduit les pouvoirs du juge, en matière de délai de grâce, en lui interdisant d'user de cette faculté quand il s'agit d'obligations hypothécaires ne stipulant pas un intérêt supérieur à 1% par mois.

Nous n'avons pas accepté l'action résolutoire « pour vileté de prix ». Nous avons maintenu la solidarité des locataires en matière d'incendie. Nous avons conservé le système de déclaration et de dépôt préalable pour la responsabilité des hôteliers et aubergistes.

Notre Chapitre des Contrats aléatoires ne comporte pas les exceptions pour les actions pour dettes résultant de certains jeux d'adresse, etc.

Nous avons conservé la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Nos privilèges généraux sur les meubles ne portent pas sur la créance de la victime de l'accident ou de ses ayant-droits, relative aux frais judiciaires, ni sur les indemnités allouées à la suite de l'incapacité temporaire de travail.

Nous n'avons pas aboli les sanctions, au cas où les maris et les tuteurs négligent de faire inscrire l'hypothèque de l'incapacité. Nos juges n'ont pas la liberté de s'aider d'autres pièces, quand il s'agit de radiation ou de réduction des inscriptions hypothécaires.

Nous protégeons par une courte prescription l'acquéreur de l'immeuble, de bonne foi et à juste titre et nous avons fixé à vingt ans seulement la grande usucapion pour les actions tant réelles que personnelles.

Tel est le résumé des principales différences qui séparent le Code haïtien du Code français, sans préjudice de toutes les nouvelles lois que nous avons citées et qui ont complété l'œuvre de 1804.

Si, grâce à la belle initiative du Comité France-Amérique, les Républiques de l'Amérique latine révèlent à Montréal les modifications qu'elles ont elles-mêmes fait subir à la législation-mère, le terrain international sera admirablement préparé pour une discussion d'ensemble en vue de l'unification, dans la mesure du possible, des lois civiles américaines.

A Sainte-Hélène, le grand captif, résigné, acceptait que Waterloo abolît le souvenir des quarante batailles gagnées par son génie militaire. Il n'a demandé grâce que pour son code! Avec juste motif, car c'est une grande œuvre de justice, de liberté et d'égalité, c'est un triomphe de la raison sur les préjugés, les privilèges et les passions, c'est une victoire de la science, de la méthode et de la clarté.

TABLEAU DES ARTICLES DISCORDANTS

Code civil français		Code civil haïtien	
Fr.	Ha.	Fr.	Ha.
1	1	7	11
10	13	17	18
45	47	46	48
50	50	55	55
59	58	60	59
61	61	62	62
64	64	65	65
71	71	73	72
75	74	76	75
		8	12
		37	38
		47 et 48	49
		57	56
		60	60
		63	63
		70	70
		74	73
		77	76

80	79	86	85	87	86
87	87	88	98	99	88
101	90	103-104	92	105	
108	95	115	102	118-119	105
121	107	125	116	129	118
133	122	141	130	148	136
151	139	152	140	153	141
154	142	155	143	156	144
157	145	159	148	162-163-164	150
165	151	166-167	152	166-167	152
168	153	169	154	170	155
171	156		157	173	159
179	164	181	167	192	178
205	191	227	212	228	213
230	216	232	218	233	219
234	221	235	222	236	223
237	225	238	226	239	227
240	228	241	229	242	230
243	231	244	232	245	233
246	234	247	235	248	236
249	237	250	238	251	239
252	240	253	241	254	242
255	243	256	244	257	245
258	246	259	247	260	248
261	249		250	263	251
264	252	265	253	266	254
267	255	268	256	269	257
270	258	271	259	272	260
273	261	274	262	275 abr.	263
276 abr.	264	277 abr.	265	279 "	266
280 "	267	281 "	268	282 "	269
283 "	270	284 "	271	285 "	272
286 "	273	287 "	274	288 "	275
289 "	276	290 "	277	291 "	278
292 "	279	293 "	280	294 "	281
	282	295	283	296	284
297	285	298	286	299	287
301		305 abr.	292	306	311
313	294	321	301	322	330
331	302	334-370		374-375	315
376	316	377	317	381	322
382	323	383	324	384	325
386	327	389	330	390	331
391	393	397-398	334	403-404	
405	336	407-408-409	337	410	
411	338	413	340	417-418	

421	346	423	347	424	348
425-426	349	427-428	350	430	351
		433-436	350		
439	353	442	354	443-444	355
446	357	453	364	458	369
459	370	460	371	462	
467	377	475	385	500	
501	410	519-520-521	427	522	
524-525	428	529	432	530	433
531	434	534	437	556	462
560-561-562		563	465	564	
590		591	488	598 (2e alinéa	490
598 1er al.		619	508	635	516
641	519	642	520	643	521
646	524	649-650	526	654	
663	537	666-669	540	670	541
671-672-673	542	674	543	676	545
682	549	683-684	550	685	551
690	555	706	568	715	
719 abr.	579	723	583	724	584
726 "	587 abr.	756	606	757	608
758	609	759	610	761	
762	611	764		765	616
	617	765 2e al.	624	766	625
	626	767	627	789	648
817	676	829	688	833	691
843-869		896 3e al. abr.	726	908	
912 abr.	740 abr.	913	741	913	742
914	743	915	744	921-925	
928-930		937		955	
956	772	957	774	958	775
959-966		980	789	981	790
982	791	983	792	984	793
985-987		988	794	989	795
990	796	991	797	992	798
993	799	994	800	995	801
996	802	997	803	998	804
1007	813	1049	854	1083-1084	890
1085-1086		1091	894	1092-1094	
1098-1099		1100		1153	943
1135	1120	1337	1122	1341	1126
1384	1170	1391	1177	1394	1180
1403		1424	1209	1425	1210
1441	1226	1449	1234	1451	1236
1452	1237	1462 abr.	1247	1463	1248
1658	1443	1712		1754	1525
1756	1527	1757		1774	1544

1777	1547	1780	1550	1781 abr.	1551
1785		1792	1561	1814	
1904	1672	1953	1672	1953	1720
1964	1731	1965-1967		1982 abr.	1746
2059 abr.	1825	2060 abr.	1826	2061 "	1827
2062 "	1828	2063 "	1829	2064 "	1830
2065 "	1831	2066 "	1832	2066	1833
2067 "	1834	2068 "	1835	2069 "	1836
2070	1837	2075	1842	2101	1868
2119	1886	2125	1892	2136	1903
2151	1918	2165	1932	2200	1967
2201	1968	2210	1978	2262	2030
2263	2031	2265-2266	2033	2267	2034
2270		2272	2037	2280	2045
2281	2046				

L'INFLUENCE DU CODE CIVIL FRANÇAIS AU MEXIQUE

Rapport présenté par

M. MANUEL BORJA SORIANO,

Professeur à la Faculté de Droit
et de Sciences Sociales, de
l'Université Nationale Autonome
du Mexique.

I — SOURCES DES CODES CIVILS MEXICAINS

Le Mexique (les Etats-Unis Mexicains), après avoir été une colonie espagnole dénommée la Nouvelle Espagne, se constitua en 1821 en nation indépendante. Dès lors et jusqu'à la fin de février 1871, le Mexique continua d'être régi, en matière de droit civil, par l'ancienne législature espagnole et quelques lois spéciales décrétées par les gouvernements du Mexique indépendant. Parmi ces dernières, je ne ferai mention que de celles relatives à la propriété littéraire, au prêt de consommation usuraire, au bureau des hypothèques, aux successions testamentaires et aux intestats, aux enfants naturels et aux registres de l'état civil : naissance, mariage, tutelle, etc.

Le 1er mars 1871 est la date de l'entrée en vigueur du Code civil décrété par le Congrès pour le District Fédéral de la République Mexicaine et qui avait été promulgué le 13 décembre 1870 par le Président Benito Juarez. La grande influence du Code civil français, ou Code Napoléon, sur le Code civil mexicain de 1870, est évidente. C'est sous cette même influence qu'avait été élaboré le projet de Code civil espagnol de 1851, publié, avec sa concordance, son exposé des motifs et ses commentaires, par Florencio Garcia Goyena, en 1852. C'est ce projet qui servit de base à celui que prépara, pour le Mexique, le Dr Justo Sierra, qui en avait été chargé par le Président Juarez. Le projet du Dr Sierra fut revisé par une commission composée de MM. les Avocats Jesus Teran, José-Maria Lacunza, Pedro Escudero Echanove, Fernando Ramirez et Luis Méndez, et qui commença à fonctionner en 1861. Cette commission continua ses travaux sous le gouvernement illégitime de l'Empereur Maximilien. Il n'a été publié, de son code, que les livres I et II. Les livres III et IV sont restés inédits.

Les matériaux de cette première commission furent mis à profit, en grande partie, par une seconde commission formée par MM. les Avocats Mariano Yanez, José Maria Lafrangua, Isidore Montiel y Duarte et Joaquin Eguia-Lis, qui rédigèrent le Code civil promulgué en 1870. Dans l'exposé des motifs de ce code, il est déclaré que ses

auteurs se sont inspirés des principes du Droit Romain, de l'ancienne législation espagnole, des Codes de France, de Sardaigne, d'Autriche, de Hollande, de Portugal et d'autres pays et des projets de code formés au Mexique et en Espagne. Il est donc fait allusion au projet de Code mexicain, formé par la première commission qu'avait présidée l'Avocat Teran, et au projet de Code espagnol de 1851, inspiré en majeure partie par le Code civil français, comme le fait ressortir Garcia Goyena, dans ses concordances. Le Code de Sardaigne, dit Code Albertino, fut modelé sur le Code français, à part quelques innovations radicales (Ferrara, *Traité de Droit Civil Italien*, tome I, page 168). Le Code de Hollande est fondé en grande partie sur les principes adoptés par le Code civil français et l'on y trouve des articles qui ne sont que la traduction d'articles du Code français (Asser, *Le Code civil dans les Pays-Bas*, Livre du Centenaire, tome II, page 817). Quant au Code civil portugais, Dias Ferreira dit que « le Code français et le projet du Code civil espagnol sont les sources les plus abondantes de notre Code civil » (Code civil portugais, annoté, 2e éd., Introduction, p. XVII). Ainsi donc, d'après ces antécédents, nous trouvons souvent la source des préceptes de notre premier Code civil dans le Code français, dont procèdent, d'autre part, directement, quelques articles de notre nouveau code.

Le premier juin 1884, entra en vigueur un nouveau Code civil pour le District Fédéral. Il avait été promulgué le 31 mars de la même année par le Président Manuel Gonzalez en vertu d'une autorisation que lui avait accordée le Congrès. Ce code est une reproduction de celui de 1870, avec seulement quelques variantes dont la principale fut d'établir la liberté de tester. Parmi les autres modifications, il faut citer l'augmentation des causes de divorce (pour mieux dire, de séparation de corps). Ce code de 1884 a été partiellement réformé par la Loi des Relations Familiales, du 9 avril 1917. Les réformes portent sur le livre I et sur les régimes matrimoniaux. De nombreux préceptes de cette loi ont été adoptés pour l'élaboration du nouveau code dont nous allons maintenant nous occuper.

Le Ministère de l'Intérieur chargea MM. les Avocats Francisco H. Ruiz, Ignacio Garcia Téllez, Angel Garcia Pena et Fernando Moreno de préparer un projet de nouveau Code civil. La commission ainsi formée formula un projet qui, sous forme de code, fut publié sous la date du 25 avril 1928. Ce projet, réformé par ses auteurs après avoir tenu compte d'observations qui leur avaient été faites, devint le Code civil actuellement en vigueur dans le District Fédéral depuis le 1er octobre 1932, après avoir été promulgué le 30 août 1928, par le Président Plutarco Elias Calles, en vertu des facultés que le Congrès lui avait accordées.

Ce nouveau code est, en grande partie, la reproduction de celui de 1884. Les innovations qu'il comporte sont principalement inspirées par les Codes civils espagnol, argentin, allemand, suisse (dont le

livre cinq est le Code des obligations), chilien, brésilien, guatémaltèque et russe, et par certaines théories d'auteurs. Relativement au Code espagnol, Valverde dit qu'il est « calqué sur le projet de 1851 et inspiré principalement par les codes français et italien ». (« Les Codes civils Modernes et le Nouveau Droit », p. 9). Le Code italien dérive directement, en grande partie, du Code français. (Ruggiero, *Institutions de Droit Civil,* 4e édition, traduction espagnole, p. XV et 105). Le Code argentin concorde, en grande partie, avec le droit français et quelquefois avec Garcia Goyena, comme on peut le voir dans les annotations aux articles dudit code, écrites par le Dr Vélez-Sarsfield, auteur de celui-ci. Parmi les sources du Code civil chilien, on trouve le Code français et les œuvres des jurisconsultes Delvincourt, Pothier, Merlin et Goyena (Errazuris, *Cours de Droit Civil,* 4e édition, tome 1, p. 9). Les sources du Code civil brésilien sont : en premier lieu la tradition nationale, avec, comme base, le droit romain et le droit portugais ; viennent ensuite, l'influence du Code civil français et de la doctrine française, qui ont toujours eu un grand prestige auprès des juristes sud-américains et l'influence des Codes portugais, espagnol, italien, argentin, allemand et suisse (Bevilaqua, *Préface au Code civil des Etats-Unis du Brésil,* traduit et annoté par Goulé, Daguin et d'Ardenne de Tizac). Il ressort donc de tout cela que, même pour des articles du nouveau Code mexicain, qui proviennent directement du Code espagnol, de l'argentin, etc., on retrouve, quelquefois, comme source médiate, le Code français.

Le Code civil de 1884, avait été adopté par tous les Etats de la République Mexicaine. Le nouveau code de 1928 a été accepté par plusieurs de ces Etats. L'on peut donc affirmer, en résumé, que l'influence du Code civil français, dans tous les Codes mexicains, a été et est encore considérable.

II — COMPARAISON DES DIVERSES INSTITUTIONS CIVILES DANS LE CODE FRANÇAIS ET DANS LES CODES MEXICAINS

Le Code Napoléon comprend un titre préliminaire et trois livres dont le premier traite des personnes, le second des biens et des différentes modifications de la propriété, et le troisième des différentes façons dont s'acquiert la propriété. Ce dernier livre comprend les successions, les donations entre vifs et les testaments, les obligations et contrats et finalement, la prescription.

Le Code mexicain de 1884 s'écarte de ce plan. Il comprend un titre préliminaire et quatre livres qui traitent : le premier, des personnes ; le second des biens, de la propriété et de ses différentes modifications, le troisième des contrats et obligations, et le quatrième des successions légitimes et testamentaires. Le Code mexicain de 1928 suit les grandes lignes du Code civil français. Après les dispositions préliminaires, il contient quatre livres dont le premier traite des personnes ; le second des biens ; le troisième des successions et le qua-

trième des obligations et de leurs sources, principalement des contrats. La dernière partie du quatrième livre est consacrée à l'ordre et au rang des créances, et au Registre Public (Registre Foncier).

TITRE PRÉLIMINAIRE

Le titre préliminaire des Codes du Mexique comprend les mêmes matières que le titre préliminaire du Code Napoléon :

A— Règles pour déterminer depuis quand les lois sont obligatoires.

B— Principe de la non-rétroactivité de la loi.

C— Règles sur les conflits entre les lois.

Le code de 1884 consacre, de même que le Code français, la théorie des statuts, et le code de 1928, la prédominance de la loi territoriale.

D— Le code de 1928 observe, de même que le Code français, que le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, n'autorisent pas les juges ou les tribunaux à refuser de décider une controverse. Ce principe n'est pas contenu dans le code de 1884.

E— Ce code, continuant de suivre le Code français, dit que « les lois qui intéressent le droit public et les bonnes mœurs, ne peuvent être altérées ou annulées, quant à leurs effets, par conventions conclues entre particuliers ». Le code de 1928 accepte le même principe, mais dans des termes différents.

Le titre préliminaire des Codes mexicains contient, en outre, les principes fondamentaux sur l'interprétation des lois. Il établit que « les controverses judiciaires de l'ordre civil devront être résolues d'après la lettre de la loi ou son interprétation juridique. A défaut de la loi, l'on décidera conformément aux principes généraux du droit ». Ainsi le prescrit le code de 1928, d'accord substantiellement avec celui de 1884.

L'équité est reconnue dans les deux Codes du Mexique, qui adoptent les règles suivantes :

Lorsqu'il y a conflit de droits, à défaut de loi expresse qui y serait applicable, la controverse se décidera en faveur de celui qui voudrait éviter d'éprouver des préjudices, et non pas en faveur de celui qui prétendrait obtenir un gain. Si le conflit existait entre des droits égaux ou de la même espèce, l'on décidera en observant la plus grande égalité possible entre les intéressés.

La coutume n'est acceptée, comme source de droit, dans aucun des deux codes. Il est établi dans l'un et dans l'autre que « contre l'observation de la loi, l'on ne peut alléguer ni la désuétude, ni la coutume, ni quelque pratique contraire à la loi ».

« La pensée capitale qui inspire le nouveau Code civil peut être brièvement exprimée dans les termes suivants : harmoniser les intérêts individuels avec les intérêts sociaux, en corrigeant l'excès d'individualisme qui domine dans le Code civil de 1884 ». (Paroles du Président Plutarco Elias Calles).

Observant ce principe, le code de 1928 contient le précepte suivant, inspiré par le Code suisse, sur la lésion : « Lorsqu'une personne, exploitant la profonde ignorance, l'inexpérience notoire ou l'extrême misère d'autrui, obtient un gain excessif évidemment hors de proportion avec ce à quoi, de son côté, elle s'engage, le lésé a le droit de demander la rescision du contrat, et, dans le cas où cette rescision serait impossible, de demander la réduction équitable de son obligation. Le droit que confère cet article durera un an ». En outre, le code de 1928 n'accepte pas le principe absolu que contenait celui de 1884, d'après lequel l'ignorance des lois n'excusait pas leur non-observation. Il atténue ce principe en ajoutant : « mais les juges, tenant compte du retard intellectuel notoire de quelques individus, de leur éloignement des voies de communication ou de leur misérable situation économique, pourront, si le Ministère Public y consent, les exempter des sanctions qu'ils auraient encourues du fait de ne pas avoir observé la loi qu'ils ignoraient, ou, si cela est possible, leur accorder un délai pour qu'ils l'observent, pourvu qu'il ne s'agisse pas de lois affectant directement l'intérêt public ».

DES PERSONNES

Le livre premier des deux Codes mexicains, de même que le livre premier du Code français, s'occupe des matières suivantes : des personnes physiques et morales ; du domicile ; des actes de l'état civil, du mariage et du divorce, de la paternité, filiation et adoption, de l'autorité paternelle, de la tutelle, de l'émancipation, de la majorité, de la minorité, des absents et du patrimoine de famille.

Etat civil : — Il est confié à des fonctionnaires ayant charge de légaliser les actes de l'état civil et de dresser ceux relatifs, non seulement aux naissances, aux mariages et aux décès, mais aussi à la reconnaissance des enfants, à l'adoption, au divorce, à la tutelle et à l'émancipation. Ils doivent également enregistrer les sentences déclarant l'absence, la présomption de décès ou la perte de la capacité légale d'administrer des biens. L'état civil des personnes ne peut être prouvé que par les déclarations portées au Registre, sauf dans les cas qu'il n'aurait pas existé de registres, qu'ils auraient été perdus, qu'ils seraient illisibles ou qu'il y manquerait les feuillets où l'on pourrait supposer que l'acte était contenu, (règle semblable à celle du Code français).

Mariage : — Le Code de 1884, s'inspirant de la définition du mariage donnée par Portalis, dit que « Le mariage est la société légitime d'un seul homme et d'une seule femme, s'unissant par un lien indissoluble pour perpétuer l'espèce et s'aider à supporter le poids de l'existence ». Le code de 1928, de même que le Code français, ne contient pas de définition du mariage, mais il considère comme nulle toute condition contraire à la perpétuation de l'espèce ou à l'aide

mutuelle que se doivent les conjoints.

Le Code français ignore les fiançailles. Le Code mexicain de 1884 déclare formellement que la loi ne les reconnaît pas. Le code de 1928 les accepte, les règlemente, et reconnaît les responsabilités encourues par quiconque se refuse à remplir une promesse de mariage.

Dans le code de 1884, de même que dans le Code français, le mari est considéré comme le chef de la famille. Dans le code de 1928, les deux conjoints sont sur un pied d'égalité.

D'après le code de 1884, à l'exemple de ce que détermine le Code français, la femme, en règle générale, a besoin du consentement du mari pour tester et pour contracter des engagements, le mari étant le représentant légitime de sa femme. Tout cela a disparu dans le code de 1928.

Dans le Code français, le divorce existe comme cause de dissolution du mariage, et, en outre, la séparation de corps. Le Code mexicain de 1884 n'avait admis que la séparation de corps en la qualifiant de divorce. Le code de 1928 admet le divorce, qui dissout le lien matrimonial, pour des motifs plus nombreux que ceux que spécifiait le Code Napoléon, notamment par consentement mutuel des conjoints. Ce motif, qui avait été admis primitivement par le Code Napoléon, fut supprimé plus tard.

Paternité et filiation : — Le Code Napoléon et le Code mexicain de 1884 sont défavorables aux enfants illégitimes, à l'encontre du code de 1928 qui leur donne des droits presque égaux à ceux des enfants légitimes. Le Code français déclare que « La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant ». Le code de 1884 prescrit la même chose, en y ajoutant le cas de viol. La code de 1928 augmente les cas dans lesquels la recherche de la paternité est permise. Dans le Code français, de même que dans celui de 1928, l'adoption est admise, chose qui ne l'était pas dans le code de 1884.

Patrimoine de famille : — Le code de 1928 a établi ce patrimoine. On le constitue en y affectant soit une habitation, soit une terre cultivable, afin que la famille habite la maison ou profite des produits du sol. Les biens affectés à ce patrimoine sont inaliénables et ne peuvent être ni saisis, ni grevés d'aucune charge.

DES BIENS

Les principes du Code français sur la distinction des biens, la possession, la propriété, l'usufruit, l'usage, l'habitation et les servitudes, régissent les mêmes matières dans le Code mexicain de 1884. Le code de 1928 se sépare du code antérieur en ce qui concerne les notions relatives à la possession et à la propriété.

Le code de 1884, d'accord avec le Code français, dit que « La

possession est la détention d'une chose ou la jouissance d'un droit par nous-mêmes ou par un autre, en notre nom ». Le code de 1928, sous l'influence des Codes suisse et allemand et des idées de Jhering (V. Garcia Tellez, Motifs, collaboration et concordances du nouveau *Code civil mexicain*), établit comme principe que le possesseur d'une chose est celui qui exerce sur elle un pouvoir de fait, et que celui qui possède un droit est celui qui en jouit. Il ajoute que, lorsque, en vertu d'un acte juridique le propriétaire d'une chose la remet à un autre, en lui accordant le droit de la retenir temporairement en qualité d'usufruitier, locataire, etc., les deux sont possesseurs de la chose.

Le code de 1884, à l'image du Code français, définit la propriété en disant qu'elle est le droit de jouir et de disposer d'une chose, sans autres limites que celles que fixent les lois. Le code de 1928 dit : « Le propriétaire d'une chose peut en jouir et en disposer dans les limites et modalités que fixent les lois ». Le changement de rédaction obéit à l'idée de considérer la propriété comme un moyen de remplir une fonction sociale (Garcia Tellez, *op. cit.*, d'accord avec Duguit).

Dans le livre des Codes mexicains, relatif aux biens, sont réglementés les droits des auteurs d'ouvrages scientifiques, littéraires et artistiques en général.

DES SUCCESSIONS

Sous ce titre, les Codes du Mexique comprennent la succession par testament (sans joindre les testaments et les donations, comme le fait le Code français), et la succession *ab intestat*.

Désireux de ne présenter qu'un tableau général des codes en vigueur dans la République du Mexique, en comparaison avec le Code francais, nous nous bornerons ici à faire observer que, tandis que dans ce dernier, le testateur n'est pas entièrement libre de disposer de la totalité de ses biens, puisqu'il doit en réserver une partie à ses descendants et ascendants, les Codes mexicains lui accordent cette liberté, avec cette seule restriction de laisser des aliments à ceux auxquels il doit en fournir.

DES OBLIGATIONS

Le code de 1884 consacre à cette matière son livre troisième, sous le titre « Des contrats », dans lequel domine l'influence du droit francais. Ce livre se compose d'une partie générale et d'une partie spéciale. Dans la première sont contenus les articles relatifs aux obligations, comme dans le Code français. Dans la seconde partie sont réglementés les contrats les plus usuels, y compris le gage et l'hypothèque, comme dans le Code français et la publicité y est prescrite comme condition requise pour que les droits réels sur les biens immeubles soient efficacement respectés par les tiers (Institution du Registre Public).

Le livre quatre du code de 1928 est intitulé « Des Obligations ».

L'influence française continue d'y être considérable, bien qu'à un degré moindre que dans le Code antérieur. Il se compose de trois parties. La première traite des obligations en général et les matières y sont exposées dans l'ordre suivant : sources des obligations, leurs modalités, leur transmission, leurs effets, leur extinction, leur inexistence et leur nullité. La seconde partie s'occupe des contrats en particulier et les présente dans cet ordre : contrats préparatoires ; contrats ayant pour objet la transmission de la propriété (vente, échange, donation et prêt de consommation) ; contrats ayant pour objet l'usage des choses (louage de choses et prêt à usage) ; contrat ayant pour objet la garde des choses (dépôt) ; contrats ayant pour objet des prestations de faits (mandat et prestation de services) ; contrats d'objets divers (associations et sociétés) ; contrats aléatoires (jeu et pari, rente viagère, achat d'espérances) ; contrats accessoires (cautionnement, gage et hypothèque) ; transaction. La troisième partie comprend deux titres dénommés, le premier : « De la concurrence du rang des créances » et le second « Du Registre Public » (inscription de la propriété et des droits réels sur des biens immeubles).

Le professeur espagnol José Castan Tobenas a dit qu'il y a beaucoup à apprendre et même à louer dans le vaste livre que le nouveau Code mexicain (de 1928) consacre à la matière des obligations. (*Revue de Droit Privé*, XVIe année, N° 89).

Nous allons maintenant passer en revue les principaux points concernant les obligations, dont s'occupe le code de 1928.

Contrats. — La formation de contrats entre absents y est réglementée, comme dans le Code suisse.

Des règles empruntées au code espagnol y sont données sur l'interprétation des contrats ; de même que le Code français, elle consacrent la théorie de l'autonomie de la volonté.

Déclaration unilatérale de volonté. — Cette source des obligations est adoptée, en s'inspirant des Codes allemand et suisse et de la doctrine des auteurs modernes francais, tels que Colin et Capitant, Demogue, etc. Cette source comprend l'offre au public, la promesse de récompense, la stipulation en faveur d'un tiers et les documents à ordre et au porteur, et réglemente les effets de tous ces actes.

Enrichissement illégitime. — Ses caractères y sont déterminés comme suit : « Quiconque s'enrichit sans cause, au détriment d'un autre, est obligé de l'indemniser de son appauvrissement dans la mesure où il s'est enrichi ». Ce précepte a pour origine le Projet Franco-Italien de code des obligations et des contrats, et le Code suisse. Le paiement par erreur de ce qui n'était pas dû, est compris dans l'enrichissement illégitime.

Gestion d'affaires. — Le code la considère comme une fonction de solidarité sociale et non comme un mandat tacite (Garcia Tellez, *op. cit.*).

Actes illicites. — Le code établit ce principe : « Celui qui, agissant d'une façon illicite ou contre les bonnes mœurs, cause un dommage à autrui, est obligé de le réparer, à moins qu'il ne démontre que le dommage a été la conséquence d'une faute ou d'une négligence inexcusable de la part de la victime ». Ce principe, inspiré par les Codes suisse et russe ne diffère pas notablement de l'article 1382 du Code français. L'idée de faute continue de dominer dans le chapitre intitulé: « Des obligations qui dérivent des actes illicites ». Sous l'inspiration de Demogue, sont exceptés les cas où l'on fait usage de mécanisme, d'instruments, d'appareils ou de produits dangereux, car alors la personne qui en fait usage est obligée de répondre du dommage qu'ils auraient causé, lors même qu'elle n'aurait pas agi illicitement, à moins qu'elle ne démontre que le dommage a été produit par la faute ou la négligence inexcusable de la victime.

Le principe de l'indemnité à titre de réparation morale est accepté, en établissant qu'elle ne pourra excéder le tiers du montant de la responsabilité civile.

D'accord avec le point de vue de Bonnecase et avec le Code allemand, la théorie de l'abus du droit est adoptée en ces termes : « Lorsque, en exerçant un droit, l'on cause un dommage à autrui, l'on est obligé de l'indemniser, s'il est démontré que le droit n'a été exercé que dans le but de causer ce dommage, sans profit pour le titulaire du droit ».

Risque professionnel. — Reproduisant les préceptes de la Constitution Générale de la République Mexicaine, le code établit la responsabilité des patrons, pour les accidents de travail et les maladies professionnelles des travailleurs, indépendamment de toute idée de faute ou de négligence de la part du patron.

Obligation de donner. — Le code conserve le principe du Code français, conçu en ces termes : « Dans les aliénations de choses certaines et déterminées, le transfert de la propriété s'exécute entre les contractants par simple effet du contrat, sans nécessité de tradition, soit naturelle ou symbolique. Les dispositions y relatives du Registre Foncier devront être observées ».

Cession de droits. — Elle est traitée en termes généraux, à l'opposé du Code français, qui traite du transport des créances et d'autres droits incorporels, à propos de la vente.

Cession des dettes. — Cette institution du droit allemand est admise. Elle est expliquée et acceptée par des auteurs modernes français, tels que Gaudemet, Planiol et Saleilles.

Subrogation. — Le code supprime la subrogation conventionnelle et ne conserve que la subrogation légale.

Effets des obligations. — Sous le titre « De l'exécution des obligations », le code s'occupe du paiement, comme le font le Code suisse

et Hémard, dans son *Précis de Droit Civil*. Il se distingue ainsi du code de 1884 et du Code français, qui incluent le paiement dans les modes d'extinction des obligations.

Sous le même titre, le Code mexicain traite de la garantie d'éviction et de la garantie des défauts cachés de la chose, se distinguant ainsi du Code français, qui traite de cette matière au chapitre de la vente. Il y traite aussi des actes frauduleux commis au préjudice des *créanciers*, (action paulienne) dans plusieurs articles ayant comme source immédiate le Code portugais et comme source médiate le Code français.

Il traite ensuite de la simulation, en s'inspirant principalement des idées de Planiol et de celles de Ferrara.

Extinction des obligations. — Dans cette matière, notre code de 1928 suit le Code français, en général.

Inexistence et nullité des actes juridiques. — Ce chapitre est inspiré par la théorie de Bonnecase.

Contrats préparatoires. — Le code les caractérise parce qu'ils sont l'origine d'obligations de faire, consistant en la conclusion d'un contrat futur, d'accord avec les Codes suisse et portugais.

Vente. — Dans la définition de ce contrat, figure l'obligation de transférer la propriété, et non pas seulement de livrer la chose comme le dit le Code français.

Le code réglemente la vente avec obligation d'en payer le prix à tempérament et contractée sous une condition suspensive ou résolutoire, en s'efforçant de protéger l'acheteur.

Louage de choses. — Le code établit des règles favorables au locataire.

Du prêt de consommation et du prêt à usage. — Le code leur donne le caractère de contrats bilatéraux, d'accord avec le Code suisse, et non pas de contrats réels, comme le fait le Code français. Il fixe des limites aux abus des usuriers.

Mandat. — Le mandataire devra agir pour le compte du mandant, mais il n'est pas nécessaire qu'il agisse au nom de celui-ci, c'est-à-dire qu'il le représente. A cet égard, le code de 1928 accepte le point de vue de Planiol.

Associations. — La notion d'association et ses règles sur l'organisation et le fonctionnement des associations ont pour origine le Code suisse. La partie relative à la dissolution est inspirée par l'article 9 de la loi française sur les associations, du 1er juillet 1901.

Sociétés. — Les préceptes du code relatifs aux sociétés sont principalement empruntés au Code de commerce mexicain traitant des sociétés en nom collectif et en commandite simple. Le code de 1928 re-

connaît les sociétés de fait, selon la théorie de Hémard.

Contrats aléatoires. — La définition de ces contrats est celle de Planiol. Le code ne réglemente pas le contrat d'assurance, parce que celui-ci étant mercantile, est régi par le Code de commerce.

Cautionnement. — Les articles y relatifs du code de 1884, subsistent dans celui de 1928. La plupart d'entre eux concordent avec le Code portugais et le Code français.

Gage. — Dans certains cas, la remise matérielle de la chose n'est pas exigée, par exemple lorsqu'il s'agit des fruits pendants, de biens immeubles, ou lorsque le gage doit rester au pouvoir d'un tiers, etc.

Hypothèque. — Les articles relatifs au contrat d'hypothèque et au droit réel du même nom, ont pour origine principale la loi hypothécaire espagnole ; mais sur beaucoup de points, ils sont d'accord avec le droit français.

Le droit réel d'hypothèque affecte ordinairement des immeubles; mais il peut quelquefois s'appliquer à des biens meubles, tels, par exemple, que les navires. Pour ce motif, la nécessité qu'il s'agisse d'un bien immeuble ne figure pas dans sa définition.

L'hypothèque affecte le bien sans priver son propriétaire de la possession de ce bien, à l'opposé de l'antichrèse (contrat qui a été supprimé dans le nouveau code, parce qu'il était tombé en désuétude).

Le créancier hypothécaire a un droit de préférence et un droit de suite sur la chose.

L'hypothèque continue d'être un droit accessoire sur une créance dont elle garantit le paiement. Cette obligation peut être future.

L'hypothèque est divisible.

Elle est spéciale quant au montant de la créance qu'elle garantit et quant aux biens qu'elle affecte. L'on ne peut constituer d'hypothèques que sur des biens certains et déterminés. Il n'y a pas d'hypothèques légales, ni judiciaires, ni tacites. Toutes doivent être expresses.

L'hypothèque peut être établie sur le droit de co-propriété, sur la nue-propriété, sur l'usufruit et sur une autre hypothèque.

Registre Public (Registre Foncier). — En cette matière, les Codes mexicains (surtout celui de 1928) se sont principalement inspirés de la loi hypothécaire espagnole qui adopte une position intermédiaire entre le droit français et le droit allemand, en inclinant davantage vers celui-ci.

Ce code renferme les principes fondamentaux suivants : I. Devront être inscrits au Registre tous les titres par lesquels s'acquièrent, se transmettent, se modifient, se grèvent ou s'éteignent la propriété, la possession ou les autres droits réels sur des immeubles, en comprenant sous ces titres les résolutions judiciaires qui produisent ces effets, certains contrats de location, certaines conditions, etc. Ceci est conforme au principe de la publicité absolue du droit allemand, différent du Code

français en ce que, dans ce dernier, l'enregistrement n'est obligatoire que pour certains actes. II. — Les documents qui doivent être enregistrés et ne le sont pas, ne produiront d'effets qu'entre les parties qui les ont conclus, mais ne pourront avoir d'effets nuisibles pour des tiers. C'est-à-dire que le Registre au Mexique est, de même qu'en France, uns institution de publicité pour la protection des titres. Le Code mexicain n'admet donc pas le principe allemand d'après lequel la propriété et les autres droits réels sur des immeubles ne peuvent se transmettre ni s'acquérir, même entre les parties, qu'en vertu de l'enregistrement. III. — L'inscription ne valide pas les actes ou les contrats qui seraient nuls, d'après les lois. Cependant, les actes ou les contrats conclus ou passés entre des personnes qui, selon le Registre seraient en droit de le faire, ne seront pas considérés comme nuls à l'égard d'un tiers de bonne foi, une fois inscrits, lors même que le droit de la partie contractante, aurait été ultérieurement annulé ou résolu, en vertu d'un titre antérieur non enregistré ou de causes qui ne se déduiraient pas clairement de l'enregistrement. Ceci veut dire qu'il est donné aux inscriptions une valeur dont elles manquent en droit français. Cette disposition n'est pas applicable aux contrats gratuits, ni aux actes ou contrats exécutés ou passés en violation d'une loi prohibitive ou qui intéresse l'ordre public. IV. — Le conservateur des hypothèques examine les titres qui lui sont présentés, et il peut dans certains cas en refuser l'inscription. Ce principe est dit de légalité. Dans les cas dont il s'agit, une inscription préventive est faite au Registre, mais elle ne produira ses effets que si le juge ordonne l'enregistrement, du titre qui avait été rejeté. V. — Les inscriptions doivent se référer à des immeubles déterminés. Ce principe est dit de spécialité. Les inscriptions devront, en outre, spécifier la valeur des biens ou des droits faisant l'objet de l'inscription. VI. — Tout le monde a le droit de prendre connaissance des inscriptions et d'en demander copie, ainsi que des attestations inscrites au Registre Foncier.

En résumé et pour conclure, je dirai que depuis 1871, le Code civil francais a exercé une influence prépondérante dans l'élaboration des Codes civils mexicains et qu'à l'heure actuelle les civilistes mexicains continuent d'attacher une importance capitale au droit français, dont la doctrine, de si haute valeur pour la substance qu'elle renferme, est admirable pour sa précision et sa clarté.

L'INFLUENCE DU DROIT FRANÇAIS AU PARAGUAY (1)

Rapport présenté par

M. CECILIO BAEZ

Recteur de l'Université de l'Assomption.

Comme j'ai accepté l'invitation du Comité France-Amérique, de Paris, de rédiger un rapport sur l'influence du Code civil français sur la législation du Paraguay, il m'est agréable de lui adresser ce bref exposé à l'occasion du quatrième centenaire de la découverte du Canada que l'on va célébrer officiellement en ce pays.

Jusqu'en 1870 ce sont les lois espagnoles qui régirent le Paraguay, à savoir : les Sept Parties, compilation de toutes les lois de l'Espagne qui forme un système légal dans lequel prédominent les droits romain et canonique, les lois de Toro, la toute nouvelle Récapitulation, les Ordonnances de Bilbao (Code de commerce) et la Curia Filipica (Code de Procédure).

A partir de 1870, le Paraguay est régi par des institutions libres, consacrées dans la Constitution politique sanctionnée à cette date, dans laquelle s'incorporent les immortels principes de la Révolution française de 1789, et qui impose la forme représentative de gouvernement. Par le changement de régime, on inaugure une nouvelle ère pour le Paraguay. En ce qui concerne la législation privée, son code est le Code français lui-même avec quelques variances de peu d'importance quant au droit de famille. La jurisprudence nationale s'inspire également de la jurisprudence française telle qu'elle se trouve dans les repertoires de Dalloz et Sirey et dans les commentaires des grands jurisconsultes Troplong et Demolombe.

A notre Université, professeurs et élèves se servent des traités et manuels de droit que l'on publie en France, tels, ceux de Mourlon, de Baudry-Lacantinerie et Barde, de Planiol, de Demogue, etc. En un mot, juges et avocats préfèrent la doctrine française à n'importe quelle autre ; car de même que le *jus gentium* des Romains élargit la sphère d'application du vieux droit quiritaire, le Code français révolutionna les anciens codes nationaux des Etats européens qui, avant lui, ne considéraient que les régnicoles de chaque nation. Aujourd'hui, il est hors de doute que le Code français est le premier en son genre comme

---

(1) Traduction de M. l'abbé Henri Jasmin, professeur de langue espagnole à l'Université de Montréal.

œuvre d'art et de science, et comme statut légal de la démocratie contemporaine.

Produit des principes humains de la Révolution de 89, il a consacré la déclaration de droit de la Convention de Philadelphie de 1776 et de la première Assemblée constituante de France, à savoir :

1) Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.

2) La loi doit être la même pour tous, soit quand elle protège, soit quand elle châtie.

La Révolution supprima d'une manière radicale la souveraineté féodale qui subsistait encore à côté de la souveraineté publique et qui, en formant un Etat dans un Etat, avait des sujets propres parmi les sujets de la nation. Les distinctions féodales et aristocratiques furent abolies ; depuis lors, il n'y eut en France que des citoyens libres : égalité de droits, tel est le dogme démocratique du monde moderne. Le Code français repose sur les bases de la liberté, de l'égalité de droits, de l'inviolabilité de la propriété privée et de l'organisation chrétienne de la famille.

Parce qu'il fut un code révolutionnaire, il fut combattu par le jurisconsulte allemand Savigny qui, entre autres choses, prétendit que ses rédacteurs ignorèrent le droit historique ; mais ce reproche, au lieu d'être une accusation, est un éloge, car son excellence consiste précisément à avoir dérogé aux institutions anciennes en les remplaçant par les principes humanitaires de la philosophie politique contenus dans les œuvres de Locke, de Montesquieu, de Rousseau et de Jefferson.

Telles sont les sources où les peuples latino-américains puisent la science de la justice. Notre éducation politique, pédagogique et juridique est essentiellement française, grâce à ce monument législatif, si bien que les codes féodaux et les soi-disant *Lois des Indes* ne furent que les codes de la servitude de la glèbe et de l'esclavage.

Pour nous, latino-américains, le droit est un concept qui se confond avec l'égalité et la liberté, ces catégories juridiques étant les éléments essentiels de la notion de justice. En tous lieux et en tous temps, il y a eu des codes et des lois pour maintenir la discipline sociale ; mais ils ne remplissaient pas les conditions du droit comme le statut général de l'humanité. Seul le Code français a tenu compte de cette circonstance, à notre époque. Pour cette raison, plusieurs nations européennes et toutes les républiques latino-américaines l'ont adopté. On peut dire aujourd'hui que l'Amérique, tout d'abord espagnole et portugaise, est régie par le Code français comme expression de la raison humaine.

Et, en notre Amérique, on cultive avec grand soin la science du droit à cause de l'exemple que nous donne la France, héritière du génie juridique de Rome ; si la France ne gouverne pas le monde par la puissance des armes, elle le domine par son droit humanitaire et démocratique, par la clarté de sa pensée et par le raffinement de sa culture, qui se manifeste avec netteté dans toutes les branches du savoir humain.

La civilisation de l'Antiquité aurait manqué de signification pour

nous sans la culture grecque. De façon analogue, la civilisation moderne aurait une bien petite signification morale sans la culture française qui est la plus noble expression de l'esprit humain.

Avec les principes qu'elle a énoncés, on a organisé et gouverné les démocraties contemporaines. Aussi bien la Révolution américaine de 1776 que la Révolution française de 89 revêtirent un caractère humanitaire par leurs motifs et leur fins. En effet, la première s'accomplit au nom des droits essentiels de l'homme et de la souveraineté populaire ; la seconde s'effectua, au nom de la justice et de l'humanité en général, déclarant en 1795 : « *dorénavant la République française renonce à entreprendre des guerres de conquête et à employer ses forces contre la liberté d'un autre pays* ».

Ainsi donc, de l'une et de l'autre révolution ont surgi le statut politique de Jefferson et le Code français respectivement ; tel est l'héritage que recueillirent et conservent religieusement les républiques américaines, de sorte que leurs institutions politiques et civiles étant analogues ou identiques, elles ont rendu possible l'organisation de l'Union panaméricaine, sous les auspices du gouvernement de Washington. Estimons-nous donc heureux de l'union spirituelle qui existe entre l'Amérique et la France.

SOME OBSERVATIONS ON THE INFLUENCE OF FRENCH LAW ON THE EARLY CIVIL CODES OF LOUISIANA

Presented by

MR. MITCHELL FRANKLIN,

Professor of Law,
Tulane University College of Law,
New Orleans.

Spain was unloved, although akin alike in
blood and creed ;
Now the agressive Yankee comes, alien in
everything.
How can a true French colonist endorse the
transfer deed,
And bare his loyal bosom to the viper's
deadly sting ?

— Bigney, *Poetical History of Louisiana* (1885).

The task of accounting for the existence of the civil code of Louisiana is not easily discharged. It is too readily assumed that a community, largely French, « naturally » adopted a version of the codified law of France. In truth, however, there were choices of four legal systems in the consciousness of Louisiana in the period of reception in the early years of the XIXth century. Each of these systems had serious claims for recognition. The United States government had just acquired political power over the area. Therefore, it was not entirely absurd to believe that the new lands would submit as elsewhere to the Anglo-American common law. On the other hand, Spanish political dominion had prevailed for a respectable period before the transfer of Louisiana to France and then to the United States, and there was reason to expect Spanish law would be attractive. Moreover, the population of Louisiana of European descent was largely French. So, it was also correct to believe that Louisiana would submit to French law. But there were two systems of French law. There were the customary French laws which had just been overthrown in the French revolution, and there was the codified French law which had been set up after the French revolution. These were the choices of French law offered to a slave-holding French society which had not participated in the *bourgeois* French revolution. Louisiana, it may thus be seen, received *bourgeois* French law rather than Anglo-American common law, Spanish law or feudal French law. What suggestions can be offered to account for this determination ?

I

The civil code of Louisiana is the first born child of the modern French law. Long before it was exported over the European continent through the arms of Napoleon, long before it won success after success in the southern half of the Americas, long before it was seized on by various nationalist movements, it won its way in Louisiana. The definitive French code was in vigor in 1804. But it was not until 1866 that it was accepted in Quebec. In 1869 it was received in Argentina ; in 1855 in Chili, and in 1870 in Mexico. The Italians embraced it in 1865, and the Spaniards only in 1889.

But in 1808, only four years after it became authoritative in France, the new French law obtained in far-away New Orleans. Indeed, the Digest of the Civil Laws in the Territory of Orleans, in a sense, was even older than the *Code civil* itself ; for the pattern for the private law of Louisiana was not the definitive French code itself, but an earlier draught, the draught of the Year VIII (1800). Davidson, it is true, may have refuted a commonly held view that the actual French code of 1804 was unavailable in Louisiana when the Louisiana code was put into effect (1). Indeed, it does not seem plausible that the sanctioned French text was not at hand in New Orleans four years after it was officially in vogue in France, even making allowance for the European political activities of France and its remoteness from the Gulf of Mexico in the early years of the last century.

In spite of Davidson's formulation that the *Code civil* of 1804 was available, the Louisianians preferred the earlier draught, and so it is through the project of the Year VIII that the influence of France on American law asserted itself concretely.

Two decades later Louisiana in preparing the code of 1825 had occasion to reconsider the matter when the issue of code revision presented itself. Here again Louisiana chose to adhere to the draught of the Year VIII, for the main outlines of the original Louisiana code of 1808 were not altered by Livingston's commission. Thus the mark of approval has been set on the project of the Year VIII by no less an authority than Edward Livingston, « the first legal genius of modern times », as Maine is said to have called him.

As the revision of 1870 affected a small part in number of the actual texts of the Louisiana civil code, chiefly the texts on slavery, it is now over a century and a quarter that French law, in a serious way, has prevailed in Louisiana, and as Louisiana has consistently adhered to the draught of the Year VIII during this period, it might be said that Louisiana has been under a régime of modern French law older that that in France itself. It might also be said that the Louisiana civil code

(1) Davidson, *Stare Decisis in Louisiana*, 7 Tul. L. Rev. 100 (1932). See Tucker, *Source Books of Louisiana Law*, 6 Tul. L. Rev. 280, 283 (1931).

is the oldest Roman law code in the world, as the Prussian *Landrecht* no longer subsists, and as the Austrian code was not definitive until 1811, three years after the Digest of the Territory of Orleans went into vigor.

In two ways Louisiana departed at the outset from the practices of the other states of the American union. First of all, it may be noted that Louisiana was not the only state of the Union that has been controlled, for a time at least, by Europeans who were not English. The Louisiana territory itself, which comprised a million square miles extending from the Gulf of Mexico to the Canadian border, became in time a large group of states, all of which except Louisiana accepted English common law almost as matter of course. Even areas originally populated to no small extent by Europeans of non-English descent, such as Texas and California, have also accepted Anglo-American law. But in receiving a system of Roman law, Louisiana thereby differentiated itself from the other American states.

In the second place, Louisiana departed from the major tradition of American law in accepting a régime of codified law ; indeed, Louisiana followed the French example so quickly that it might well be said that Louisiana was in the lead in accepting codification even in the countries of the Roman law. While the Thibaut-Savigny controversy raged in Germany Louisiana adhered to its original procode position (1).

On the divergence of Louisiana from the path taken by the other American states, Livingston's statements tell much. « The framers of our constitution had been witnesses to, and had participated in the anxiety and dismay that pervaded the whole community when an attempt was made, in the earliest stage of our political connexion with the United States », Livingston writes, « to take advantage of an ambiguous expression in the ordinance given for our government, in order to introduce a new system of jurisprudence, totally unknown to, and the knowledge of which was unattainable by the people of the territory. They dreaded the common law of England. They feared another attempt to introduce it. Their escape was too recent not to make them apprehend that in future times the struggle might be renewed. They wisely thought that to be free peoples must know the laws by which they were governed. They were aware of the difficulty, nay, the utter impossibility of this knowledge being acquired when the law was unwritten, or if written, dispersed through hundreds of volumes in a language unknown to three-fourths of their constituents. They

---

(1) Gustavus Schmidt, editor of *The Louisiana Law Journal*, in reviewing a French translation of Savigny's work on possession, discussed the Savigny-Thibaut controversy. 1 *La. L. J.* 47, 61 (1841). James Kent, in writing to Schmidt from New York afterwards said « ... of the two, I am altogether with Savigny ». Letter of July 31, 1841, 1 *La. L. J.* 158, 159 (1841).

saw the danger of permitting a particular class of men to become the sole depositories of this knowledge and the sole interpreters of the laws ; and they did everything that prudent foresight could do to prevent these evils, by inserting in the constitution the following clause: « The existing laws in this territory, when this constitution goes into effect, shall continue to be in force until altered or abolished by the legislature, provided, however, that the legislature shall never adopt any system or code of laws by a general reference to the said system or code, but in all cases shall specify the several provisions of the laws it may enact » (1).

Livingston here discloses the strength behind codification in Louisiana. The codification movement in a sense represented a sort of « national » liberation movement. It represented a demand for the maintenance of the security of existing economic and family institutions from the imagined risks to them from an unknown, encroaching « imperialistic » law. The codification movement in Louisiana also reflected some of the very best tendencies of *bourgeois* democracy, in that, as Livingston points out, the anti-democratic character of judicial law-making and of judicial supremacy was prevented through codification from gaining domination. Indeed, when Livingston points out that codification was aimed to protect Louisiana from a class of men possessed of an ideological monopoly he anticipated hostilely by a full century the principles of leadership and of *élitism* urged by contemporary fascism.

It would be incorrect to overlook the importance of *bourgeois* ideological elements such as these in the codification movement in Louisiana, despite the fact that Louisiana was then organized as a slave-holding society. Livingston, the chief figure in preparing the code of 1825, was close to Bentham, and he expresses brilliantly the strong side of Benthamism. Thus the impetus for codification in Louisiana was reinforced by the full strength of the ablest English protagonists of codification. Bentham realized himself in Louisiana through Livingston. Nevertheless it is necessary to notice that the English *bourgeois* ideological drive toward codification merely was used in aid of existing social-material conditions. Therefore when this *bourgeois* ideology tried to assert itself in itst own right, so to speak, it had no influence. Thus, the public law of Louisiana did not provide for a constitutional bill of rights, despite Livingston's reproaches, until the fifth constitution, adopted after the American civil war (2). Furthermore, Livingston's projects of codes of criminal law and the like, which he prepared for Louisiana at the request of the Legislature, never were adopted, although they expressed the very best

---

(1) 1 *The Complete Works of Edward Livingston on Criminal Jurisprudence* 125 (1873).

(2) Wright, *American Interpretations of Natural Law*, 183 (1931).

Benthamist ideas, and won the acclaim of an entire world. Finally, the project of a code of commerce never was adopted, reflecting the fact, it would seem, that the concern of Louisiana for codification was chiefly confined to codification that would protect the dominant system of agricultural production through slaves.

II

There were other reasons behind codification in Louisiana. Livingston points out, as the quotation just given shows, that codification in Louisiana was intended to consecrate the anti-English feeling. that prevailed. But it would be a mistake to regard the adoption of a code entirely in this light ; for the Louisiana code also represents to a certain extent an anti-Spanish tendency. It is not possible to say to what degree there actually was anti-Spanish feeling. Certainly New Orleans itself had had experience with Spanish law. Livingston, in his introductory report for his system of penal law, describes Spanish law in very unlovely terms. On the criminal side the penalty of the Spanish law of condemnation « to the galleys for life » was recognized in Louisiana (1). Livingston also was disturbed by the consecration of infamy on the basis of the Partidas, a consecration that was maintained even in the code of 1825 (2) as to the qualification of witnesses, because infamy « is a species of dishonour attached to persons, as well from their birth or course of life, as from having incurred the animadversion of the magistrates, without being convicted or even accused of any offence » (3). Furthermore, the Spanish criminal law as described by Livingston was full of the most amazing curiosities : the unsuccessful surgeon risked « banishment » (4), distinctions were drawn between genuine and pretender astrologers, (5) gamblers were exempt from punishment for crime, save murder, committed in a gambling house, (6) a « faithless wife could be punished with stripes and confinement for life in a convent, and her seducer put to death » (7). At one time Livingston remarks of the Spanish law : « As the legislation of which I am giving a partial review was made in the thirteenth century, it is not surprising to find that astrology, witchcraft and incantations, love powders and wax images, made a figure in it » (8). Divination by astronomy was praised as one of the seven liberal arts, but false pretenders, witches, sorcerers, fortune tellers, enchanters who raise the spirit of the dead were capitally punished,

---

(1) Livingston, op. cit., n. 3, p. 97.
(2) Louisiana Civ. C. (1825), art. 2260.
(3) Levingston, *op. cit.*, n. 3, p. 102.
(4) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 106.
(5) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 108.
(6) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 108.
(7) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 109.
(8) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 110.

unless the object of the exorcism or of the black art were to cast out a devil and the like (1). Also it may be noticed that Livingston felt doubt whether the Spanish law as to religion and religious matters had been extirpated in Louisiana (2). Thus, sexual relations between Jews and Christian women were punishable by death (3). Heresy, refined to be a departure from the Roman Catholic faith or disbelief in a future state, was punishable by death at the stake (4). Blasphemy is anything said or done in contempt of God, the Virgin Mary or the Saints, and the punishment might be loss of the hands (5). Finally, it may be noticed that « torture » « with all its horrors » was possibly a part of the Spanish law obtaining in Louisiana (6).

Against the formlessness and feudal character of both English and Spanish law, the French civil code and its predecessor draughts, which reflected the casting out of what Engels calls « common law and other rubbish » (7) and the replacement of feudal with *bourgeois* institutions through the French Revolution, were gifts from the gods to Louisiana. « In the Napoleon Code, that rich legacy which the expiring Republic gave to France and to the world, we have a system approaching nearer to perfection than any which preceded it » (8). Thus Livingston and his colleagues exclaim to the Louisiana legislature as they compare English and Spanish law with the law of the triumphant French *bourgeoisie* almost at the very beginning of the nineteenth century.

Nevertheless, it is necessary to give some warning against accepting wholly Livingston's view of the backwardness of Spanish law as the reason for the acceptance of the advanced French law. After all, in the very field where Livingston most criticized Spanish law — the criminal law — he was rejected. Livingston's projects of codes for the reform of the criminal law were not adopted. There may be some reason, then, for supposing that the Louisiana community did not share completely his view as to the unsuitability of Spanish elements. The preference for French law insofar as it is indicated by the enaction of the civil codes must, to a certain extent, rest on other grounds.

The problem that brought codification to the front in Louisiana was that of the protection of the relations of production and of family

---

(1) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 110.
(2) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 110.
(3) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 113.
(4) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 113.
(5) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 113.
(6) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 114.
(7) Engels, *Anti-Dühring* (Burns' trans.) 126.
(8) Report of the Jurists appointed for the Revision of the Civil Code of Louisiana, 5 (1823).

life as they existed in Louisiana in the first quarter of the XIXth century. The prestige of Anglo-American common law, which was the law of the American states generally, naturally was high. But this law was regarded in Louisiana with dread because it was written in a strange language and because it was inaccessible in physical form. Therefore it was a treacherous and unreliable law. This dread was exploited by Livingston in the most vigorous and most forceful way that any system of law has ever been criticized. Livingston brought the full strength of his remarkable personal abilities, armed himself with the best very anti-feudal English theory, and devastated Anglo-American common law so effectively that it might be said that all modern criticism of the common law still has to start from his critique.

The Louisiana problem, as Livingston and his committee said in a somewhat different connection, was « security to property, stability to personal rights, certainty in commercial contracts, a decrease in the number of litigated questions, dispatch in their decision when they arise » (1). The Anglo-American common law could not give this. But the existing situation of the régime of uncodified law was intolerable. There were no general, deep-rooted Romanist traditions in the state. Roman law calls for great Romanist university law schools, and these never had existed in Louisiana. There was no Louisiana doctrine. Libraries were inadequate. It was a typical colonial situation. Livingston thus describes the existing problem : « We have seen that in England this source, in cases where there were neither precedent nor authority, was the undefined and undefinable common Law ; and that there the Judge drew his own rule, sometimes with Lord Mansfield, from the pure fountain of the Civil Code, sometimes from the turbid stream of doubtful usage, often from no better source than his own caprice. That in France, because the Great Code had no provision on this subject, they were obliged to take (*sic*) out these supplementary rules of decision, from the rubbish of ancient ordinances, local customs and forgotten edicts ; and to introduce in all omitted cases, the confusion of jurisprudence from which it was the intent of the Code to relieve them. We in the Execution of our trust determined that we should not perform it in the manner required of us, unless we relieved your Courts in every instance from the necessity of examining into Spanish Statutes, ordinances and usages, Latin Commentaries, the works of French and Italian Jurists, and the heavy tomes of Dutch and Flemish annotations, before they could decide the Law ; and at last giving their opinions under the mortifying doubt, whether in some book not now to be found in the state, a direct authority might not hereafter be discovered, which would shew their decision to be illegal : unless we gave to your constituents a Code accessible and

(1) Report, n. 20, p. 11.

intelligible to all : and unless we removed the oppression, the reproach, the absurdity, of being governed by laws, of which a complete collection has never been seen in the state, written in languages which few, even of the advocates or judges, understand, and so voluminous, so obscure, so contradictory, that human intellect however enlarged, human life however prolonged would be insufficient to understand, or even to peruse them » (1). Again he says : « Taking the resolution under which they were appointed, in connexion with the report of the committee which introduced them ; they consider the principal Object the Legislature had in view, was to provide a remedy for the existing evil, of being obliged in many Cases to seek for our Laws in an indigested mass of ancient edicts and Statutes, decisions imperfectly recorded, and the contradictory opinions of Jurists ; the whole rendered more obscure, by the heavy attempts of commentators to explain them ; an evil magnified by the circumstance, that many of these Laws must be studied in Languages not generally understood by the people, who are governed by their provisions. The Legislative assembly of the Territory made one step towards the removal of this Evil by adopting the Digest of the Civil Law, which is now in force : ... » (2).

The French draughts of civil codes, expressed in the amazingly clear style characteristic of legal writing during the latter part of the period of natural law, fulfilled all the then demands of Louisiana. So, on one hand, the French texts were also used to defeat the régime of uncodified Roman law. Thus, the existing social relations were protected against the risks of an inaccessible, poorly understood Romanism. On the other hand, the French texts were used to repulse the Anglo-American front. Thus, the existing social relations were protected against the risks of a new legal system.

III

Davidson's theory that the *Code civil* in its definite form was available at the time of the enactment of the first Louisiana code in 1808 (3) presents the problem of accounting for the preference shown by Louisiana for draught of the Year VIII rather than for the *Code civil* itself. Here again reference must be made to the material conditions of Louisiana life. It was the uncertainty of the English law and the uncertainty of uncodified Roman law that drove Louisiana to the French draughts. Indeed, this uncertainty was inherent in the reprobated legal systems. But the peculiar conditions of colonial existence in Louisiana magnified this uncertainty. The system of production, it may be supposed, was relatively more developed in New Orleans than for

---

(1) Report, n. 20, p. 9.
(2) Report, n. 20, p. 3.
(3) See *supra*, n. 1.

several hundreds of miles in any other direction. Consequently the stability of social relations was an important issue. But it was not so well developed that Louisiana could create its own ideological superstructures, its own cultural devices. Louisiana had, therefore, to borrow, its ideology. It chose French ideological devices because they were most appropriate. But French legal ideology reflected historical material conditions both older and more advanced than those prevailing in Louisiana. The anti-feudal basis of the French Revolution and of the *code civil* that consecrated the French Revolution naturally brought those aspects of Roman law to the fore which were most suited to the new *bourgeois* society. Moreover, the French *civil code* had to be regarded as a system of law which leaned heavily on the universities. This is true even though it may have been hoped that the *Code civil* would be self-sufficient. Louisiana, however, could not look on the matter so confidently. Legal education throughout the whole United States was very backward, and New Orleans could not have been an exception. Livingston adverts to the poverty of existing law library facilities in Louisiana. There was no Louisiana-written doctrine and none has ever developed. Louisiana knew that there was no easy road to mastery of code articles and Louisiana knew that it lacked the resources to master a code. A Louisiana code would have to be as self-sufficient as possible.

It can be ventured that the draught of Year VIII met the colonial demands better than the *Code civil français* itself because the draught of the Year VIII is more pedagogic. The Louisiana civil code to-day has 3556 articles, as against the 2281 of the *Code civil*. The difference in the length of the two codes was a difference, in no small way, between a code that was a code, and a code that was a code, a law-school and doctrine all at once.

IV

The front that Louisiana presented against both English and Spanish law by rallying around the French code draughts in a certain way caused Louisiana to deepen the idea of codification beyond the point attained even in France itself. The *Code civil français* advanced no further than to provide for article 4 as the basis for the solution of problems not itself controlled by the code. The revolutionary movement which swept aside feudal law for the *bourgeois Code civil* was unable to formulate a point of view that would consecrate the revolution when the revolution encountered difficulties not anticipated by the very *code* itself. If was regarded as sufficient to consecrate the view that the judge who refused to adjudicate an issue unprovided for in the *code* itself was guilty of a denial of justice. Thus the door was opened in the very *code* itself for the readmission of archaic legal elements. Livingston exposed this weakness of the French legal system with the same relentlessness that he exposed the Anglo-American system. Where

there was no text, Livingston says « in France, because the Great Code had no provision on this subject, they were obliged to take (*sic*) out these supplementary rules of decision, from the rubbish of ancient ordinances, local customs and forgotten edicts ; and to introduce in all omitted cases, the confusion of jurisprudence from which it was the intent of the Code to relieve them » (1).

The factors that forced Louisiana to codification itself, forced Louisiana to put the problem of the unprovided for case on a basis different from what had been done in France. Livingston had no illusions as to the possibility of draughting a code that would be definitive once and for all. It would be unfair, furthermore, to say that he was anti-historical. But he did see that if English and Spanish law generally were unacceptable to Louisiana they were also unacceptable generally as the source of solution of unprovided for issues. Consequently instead of article 4 of the *Code civil français* Louisiana attached itself to an article of the draught of the Year VIII which, as article 21 of the Louisiana civil code, instructs the judge to decide the unprovided for problem by a resort to « equity and natural law ». This is an historic formula, it is true. But Livingston filled it with a special content. He called for the « express repeal of all former Laws and usages » (2) and « to govern the decisions of the Judge in all cases which cannot be brought within the purview of the Code, have proposed that he should determine according to the dictates of natural equity, in the manner that 'amicable compounders' are now authorized to decide, but that such decisions shall have no force as precedents unless sanctioned by the Legislative will » (3). In another connection Livingston says that « If the case be a new one, he must decide without positive law ; he must frame his judgment by analogical reasoning from the law in similar cases » (4). In this connection Livingston wages constant and relentless war against the authority of precedents, calling it « illegitimate » with authority that is « uncertain and vacillating » (5) ; saying that it has « many evils » (6). To what extent Livingston succeeded in this phase of his work need not be considered here (7).

It may be doubted whether there has been another instance in legal history, at any rate colonial legal history, in which immediate problems were grasped so well, formulated so clearly, and solved so radically and consistently.

---

(1) Report, n. 20, p. 9.
(2) Report, n. 20, p. 10.
(3) Report, n. 20, p. 10.
(4) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 171.
(5) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 171.
(6) Livingston, *op. cit.*, n. 3, p. 172.
(7) See Franklin, *Equity in Louisiana* ; The Role of Article 21, 9 Tul. L. Rev. 485 (1935).

V

Up to the present it has been assumed that the Louisiana civil code has been a mere borrowing from French law. In general the French elements do predominate so much that it would be ungracious to call attention to other elements, Byzantine, Spanish and Anglo-American, which exist in the code. At times the reception of the French texts is so thorough that the Louisiana law-maker overlooked the inapplicability of French law. Thus, the French views as to the extent of the seashore have been received, though the Louisiana seashore is a marshy seashore in which enormous areas are subjected to tidal influence (1).

It is proper, however, to call attention to the fact that there was a certain amount of originality in the Louisiana texts. In this connection, it is interesting to observe that the institution of civil death, which was admitted in the draught of the Year VIII (2), and in the *Code civil français* (3) was rejected from the very beginning in Louisiana. Furthermore, it may be noticed that the Louisiana civil codes of 1808 (4) and 1825 (5) had elaborated texts concerning slavery, which was the very heart of the productive system of the state. These texts naturally did not come from the revolutionary French texts. Nor are they entirely Spanish. The Louisiana texts on slavery might be described as a reworking of the Roman law of slavery with some differentiation between the law of Justinian and earlier law. Perhaps the most startling departure from French law was the rejection of article 2279 of the French civil code, protecting rapid transfers of movables, and establishment of an usucaptory period of three years in its place (6). This might have been expected in a system of social production based on agriculture. However, changes of this kind were not consistently carried through, perhaps because of hasty draughting or perhaps because of inability to grasp the theoretical implications of the suppression of article 2279.

VI

Naturally the last question that presents itself is that of the success of Louisiana in solving its problem. The jurists of Louisiana were presented with the fact that the Anglo-American common law was asserting itself in an attractive light. Nevertheless from the point of

---

(1) Comment, 8 Tul. L. Rev. 272 (1934).
(2) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, II, 10 (1827).
(3) Article 25.
(4) *Digest of the Civil Laws in the Territory of Orleans* 1, 6, 3, 15-27.
(5) Articles 172-196.
(6) Article 3506. See Franklin, *Security of Acquisition and of Transaction : La Possession Vaut Titre* and *Bona Fide Purchase*, 6 Tul. L. Rev. 589 (1932).

view of the existing system of production this Anglo-American common law was regarded as a menace because it was ungraspable. At the same time it was brought home to the jurists of Louisiana that the existing Spanish system was also ungraspable, and that from a competitive point of view there might be little to choose between an unknown Anglo-American common law and an unknown Spanish law. If so, the odds were in favour of the ultimate success of the Anglo-American legal system because political sovereignty had just passed to the United States. This situation was fully appreciated by the jurists of Louisiana, and they therefore embraced the newly draughted French projects. In so doing they did everything possible to avoid the reproaches they hurled at the Anglo-American and Spanish legal orders. They tried to make the Louisiana code useful to a community of limited resources. They utilized the French texts freely, and exploited their clarity. They invested the Louisiana codes with a pedagogic content, so that the code could do the work of doctrine and of the university law schools in older civil law communities. They believed they had closed the door to the use of poorly understood materials when unforeseen, uncodified problems presented themselves.

The reception of French legal ideology in Louisiana seems, therefore, to have rested on the most favourable basis, and it might well have been expected that the Louisiana code would have a flourishing history. Moreover, it is also of the first importance to notice that several other factors, supposedly making for the success of the Louisiana civil code were present. Among these was the fact that a Louisiana civil code with a French content was racially congenial for at least several decades to the inhabitants of Louisiana, who were racially French. If racial theories of law were correct, as has been and is asserted in National Socialist Germany, the Louisiana code should at least for a time have been overwhelmingly successful (1). The Germans are seeking to expel Roman law on the ground that it is Byzantine and Jewish, and so to reverse the centuries-old reception of the pandects (2). Louisiana, which actually consecrated a racially correct law, can then be regarded as a proving ground for racial theories of law. It also may be noted that the promulgation of the Louisiana civil code satisfies theories of law erected on a leadership principle (3), according to which a class of leaders or great men (whose influence in law would not cease at their death) rather than the existing social conditions are accountable for historical development. In Livingston Louisiana had « the first legal genius of modern times », to use the words attributed to Sir Henry Maine. Livingston represented the very

---

(1) Franklin, *op. cit.*, n. 31, p. 515.
(2) Loewenstein, *Law in the Third Reich*, 45 Yale L. J. 779, 782 (1936).
(3) Franklin, *op. cit.*, n. 31, p. 490.

best and the most modern element in English law. His associates were men of great ability. Louisiana also can be regarded then as a proving ground for the leadership principle, so much extolled by fascism (1). Finally, it may be noted that the adoption of the Louisiana civil code satisfied idealistic theories of law, according to which the idea precedes material conditions, and forces material conditions abreast of the ideal development. The French texts are based on a system of social production that was *bourgeois* and anti-feudal, a system that had just won in France and Europe great victories. The actually prevailing system of social production in Louisiana at the time of reception of the French texts was however not *bourgeois* but slave. It was not industrial, but agricultural. If idealist theories of law are correct, Louisiana would have developed under its legal system, and have brought its material basis abreast of its ideal superstructure, which reflected historically more developed conditions. This again would be a confirmation of fascit theories of law (2).

Against these favourable and supposedly favourable elements must be set the truth that the Louisiana civil code has not been entirely successful. In spite of the fact that it has legislative authority, it already has a long history of neglect, distortion and failure. The law of the state has been increasingly Anglicized, and it might not be entirely exaggeration to say that French influence ceased shortly after the code was enacted. This is certainly correct for the last half century. In spite of the texts of the Louisiana civil code, the prevailing law in practice of Louisiana is not civil law. Looked at from the point of view of the actually existing social relations in Louisiana, actual Louisiana law is their mirror. Between the Gallic ideology of Louisiana and the actual processes of Louisiana life, a Louisiana ideology exists.

---

(1) Harris, *Idealism Emergent in Jurisprudence*, 10 Tul. L. Rev. 169, 182 (1936).

(2) Harris, *op. cit.*, n. 41.

DES RAPPORTS DU DROIT COMMERCIAL ET DU DROIT CIVIL EN GÉNÉRAL ET EN PARTICULIER EN ITALIE

Rapport présenté par
M. MARIO ROTONDI,
du Barreau de Milan.
professeur à l'Université de Pavie

La division actuellement existante dans tous les systèmes dérivés des Codes français, des rapports obligatoires en deux codes — le Code civil et le Code de commerce — a été, comme on sait, l'effet d'une évolution séculaire.

Ce n'est pas le lieu de parler ici des causes qui, à côté du système des lois romaines, ont donné origine, dès la première renaissance des trafics au commencement de l'ère moderne, à un système de règles visant la discipline des rapports commerciaux.

Ces règles, qui ont surgi à travers la source spontanée de la coutume, ont trouvé — pour ce qui se rapporte au droit terrestre — leur première rédaction officielle dans les statuts des arts et des métiers du moyen âge.

La lente extension de l'application de ces règles, du milieu des inscrits ou immatriculés dans les arts divers d'où ces statuts émanaient à tous ceux qui pour raisons d'affaires traitaient avec les membres des corporations artisanes, la successive propagation dans l'application de ces règles à tous ceux qui, sans pourtant appartenir aux corporations, remplissaient une activité marchande (et cela souvent dans la présomption d'y appartenir nécessairement), constituent un phénomène qu'il est aisé de suivre dans toutes ses phases à travers la législation statutaire des corporations et des communes italiennes.

Cet ensemble autonome de règles a eu pourtant, dès son origine, une existence indépendante et des sources à lui, tout à côté des sources du droit romain revenu en vigueur. La doctrine, elle-même, — qui, faute d'une activité organique législative, aurait pu en opérer la fusion, — n'y put arriver ; elle fut contrariée dans cette tâche par les méthodes mêmes du travail qui prévalaient.

Cette fusion ne pouvait pas certainement être accomplie par les glossateurs occupés dans une exégèse minutieuse du texte et dans la préparation de l'œuvre de la doctrine postérieure par des sages adaptations des diverses lois romaines. Cette fusion, finalement, ne pouvait pas non plus être accomplie par les postglossateurs par lesquels — tout en ayant un commencement de traitement systématique d'instituts de droit commercial (v. Bartolo, *De insignis et armis*) ou un profond examen de cas pratiques (v. les *Consilia* de Baldo) —

le traitement systématique n'acquiert pas une extension capable d'embrasser tous ensemble les instituts disciplinés par les sources romaines et ceux qui ont surgi pour les exigences des trafics marchands.

Cette fusion n'a pas, non plus, été possible plus tard.

L'ordonnance française de Louis XIV, tout en perfectionnant la conception de « l'acte objectif de commerce » en privant définitivement le droit commercial du caractère de droit professionnel, lui assurait aussi une survivance autonome même après que la Révolution Française eût supprimé les corporations d'arts et métiers, et elle constituait le point de départ de ce Code de commerce autonome, distinct du Code civil, qui est en vigueur sous le nom de Napoléon et qui, à son tour, a été l'origine de toute une série de codifications postérieures, par laquelle la séparation de la discipline des obligations civiles et commerciales en deux codes distincts a été établie définitivement.

Si tout ce que nous avons dit précédemment représente vraiment les causes historiques qui ont porté à une discipline diverse et autonome des rapports commerciaux vis-à-vis des rapports civils, il nous faut examiner si, du point de vue théorique et pratique, cette diversité de traitement (diversité qui a son reflet extérieur dans l'existence d'un Code autonome de commerce) est encore justifiée par la persistance de ces causes historiques qui l'ont provoquée.

Un problème connexe à celui-ci sera celui de rechercher avec soin — dans l'hypothèse que ces causes n'existent plus — s'il ne serait pas opportun d'appliquer ces principes, qui sont typiques à la législation de caractère commercial, aux rapports de même nature qui sont actuellement régis par les principes de la législation civile.

Cela se vérifie surtout pour les rapports obligatoires, de façon que le problème de la discipline unitaire des rapports civils et commerciaux, ainsi que l'on verra ensuite, se présente, avec expression équivalente, comme le problème du « *code unique des obligations* ».

L'idée d'une fusion du droit civil et commercial des obligations en un code unique des obligations a été soutenue en Italie pour la première fois par Vivante dans son introduction, bien connue, au Cours de droit commercial, tenu à l'Université de Bologne en 1888 (en Archivio Giuridico, XXXIX, p. 497 et Monitore dei Tribunali 1888, p. 169).

La proposition de Vivante recueillit les adhésions de plusieurs auteurs, tels que Bolaffio, Staffa, Navarrini, Porro, Bensa et d'autres encore. Cette adhésion ne fut pas cependant accordée par Vidari, Manara, Sacerdoti, Franchi, Supino et Rocco.

Sans nous arrêter sur les polémiques très longues suscitées par cette question, nous allons examiner si le problème de l'unification après presque 50 années, par suite d'événements et circonstances de nature variée, ne se présente pas aujourd'hui sous un aspect différent.

Il nous semble avant tout que les conditions sociales et économiques de jadis sont aujourd'hui changées, dans le sens spécialement d'une plus grande homogénéité dans la constitution sociale, ce qui est peut-être le résultat du grand développement des rapports d'échan-

ge qui s'étendent désormais à toute personne, à tout pays, avec une rapide augmentation des commerces internationaux, à travers les transports terrestres et maritimes toujours plus intenses, la grande importance acquise par les banques, par les sociétés par actions, par les diverses formes de titres de crédit. Etant donné que l'on applique le droit commercial à toutes ces activités, il est aisé de comprendre que ce dernier soit toujours plus fréquemment appliqué par le fait des deux conceptions mêmes d'actes de commerce objectifs et unilatéraux et aussi parce que le contact est plus fréquent et quotidien dans les rapports marchands. On comprend de même très aisément qu'il s'agit d'un élément dont il faut tenir bon compte.

Mais en dehors de la grande augmentation des relations économiques, nous voyons que d'autres événements ont causé un différent équilibre entre les divers éléments qui peuvent avoir influence pour la solution du problème de l'unification, en Italie ou ailleurs :

a) l'abolition des tribunaux spéciaux de commerce par la loi italienne du 25 janvier 1888.

b) l'application, suivant la loi du 31 mars 1901, d'une procédure simplifiée (*rito sommario*) aux procès civils, ce qui, après l'attribution des procès civils et commerciaux aux mêmes juges indistinctement, veut dire que les différences de traitement entre les affaires civiles et les commerciales, au point de vue de la procédure, sont réduites au minimum.

c) La solution donnée par la Suisse, dans le Code unique des obligations en 1883, solution que ce pays a aussi respectée à l'occasion de la révision des codes effectuée en 1911 : ce qui nous a montré que l'on peut très bien discipliner, par des principes uniformes, modernes et techniquement parfaits tant les obligations dérivant des rapports civils que celles dérivant des rapports commerciaux.

d) Les travaux préparatoires pour le Code de commerce allemand (en 1897-1900) qui ont été effectués en même temps que la réforme du Code civil dans lequel on a réuni toute la matière se rapportant au droit des obligations, en conférant ainsi au B. G. B. le caractère fragmentaire et éminemment professionnel d'un code des commerçants ou des entreprises commerciales.

e) Le tout récent exemple, enfin, de la république turque qui a adopté, en même temps qu'un Code de commerce du type latin, le Code des obligations suisse avec d'infimes modifications. Il n'est pas nécessaire de nous arrêter à ce point pour évaluer l'opportunité de cette solution qui a occasionné, par les fréquentes antinomies contenues dans les deux lois, de nombreux inconvénients pratiques ; mais il est très utile de faire remarquer qu'elle nous a montré deux choses importantes : la possibilité, avant tout, de l'application aux rapports obligatoires civils de principes uniformes, à condition qu'ils soient modernes, agiles et simples, et qu'ils accordent une suffisante protection, sans excès de formes rigoureuses, au crédit et à la bonne foi ; deuxièmement elle a agrandi et rendu plus évidents les désavantages

et les inconvénients pratiques connexes à une discipline doubles du droit des obligations. Très singulier est enfin le fait que, dans le système turc actuel, on applique aux obligations civiles la discipline des obligations qui se présente plus agile et moins liée par des formalités ; tandis que, dans les obligations commerciales, le strict respect des principes contenus dans les Codes latins représente un système, du moins en partie, plus arriéré.

Il sera maintenant très intéressant d'examiner les termes dans lesquels vient se poser cette question dans les projets de réforme de notre Code de commerce, soit dans le Projet préliminaire rédigé par la Commission Ministérielle pour la réforme de la législation co*mmerciale* présidée par M. Cesare Vivante, soit dans le Projet définitif de la « Sous-Commission Royale pour la réforme des codes » présidée par M. Mariano D'Amelio.

La Commission Ministérielle, ainsi qu'il en résulte des « Ragioni della Riforma » rédigées par son président, s'est posé le problème de l'unification du droit des obligations ; mais elle a cru devoir le résoudre dans un sens négatif et cela parce que « *l'état de maturité des deux branches du droit est par trop différent. Si l'on avait dû attendre que l'étude de la théorie générale des obligations et de la théorie des contrats arrivât à sa maturité, on aurait dû renoncer à la réforme du Code de commerce : la différente célérité dans l'élaboration du contenu de ces deux codes sera probablement toujours un grand obstacle pour leur unification. Pour ces considérations le présent projet laisse immué le contenu respectif des deux codes.* (Progetto Preliminare, Relazione, p. 200).

Par un simple coup d'œil au texte de la loi l'on peut cependant noter que le Projet ne contient ni le droit maritime ni le droit de faillite : l'omission du premier est expliquée dans le rapport par des raisons pratiques, étant donné qu'une autre Commission avait été chargée de la réforme du droit maritime : cette dernière Commission devait premièrement examiner l'opportunité de maintenir la discipline du commerce maritime dans deux textes de lois séparés ou bien de la réunir dans un code unique spécial. Nous sommes d'avis qu'il est opportun de réunir en un texte autonome indépendant tous les principes du droit maritime, étant donné le caractère vraiment et strictement spécial de ce droit qui est appliqué à des rapports ayant une nature spéciale, et parmi des catégories et rangs de personnes bien déterminés et limités, tels que les armateurs, gens de mer, capitaines, etc. Pour ce droit une grande partie des raisons que l'on apporte pour soutenir l'autonomie du Code de commerce, ainsi que nous verrons ensuite, sont vraiment justifiées.

En ce qui concerne le droit de faillite, son exclusion du Projet a été déterminée, plutôt que par la considération scientifique du caractère processuel de l'institut, par la volonté d'appliquer la procédure concoursuelle même aux non commerçants, suivant l'exemple du droit

autrichien qui était toujours en vigueur à ce moment-là dans les provinces nouvelles. Nous notons que de ce fait un institut d'une si grande importance serait passé dans le droit commun en portant ainsi un coup sensible à l'ancien équilibre des deux codes.

En portant maintenant notre attention aux réformes et aux innovations plus spécifiques, nous pouvons noter que la longue série des actes de commerce indiqués par l'art. 3, c. comm. en vigueur, a été réduite à un tiers environ dans l'article 2 du Projet préliminaire : ce qui n'empêche pas cependant que le contenu et l'extension de ces catégories soient néanmoins très grands, car pour leur formule compréhensive elles pourront contenir des activités plus nombreuses que les vingt-quatre catégories actuelles. Cela même sans tenir compte du fait qu'elles ont été déclarées expressément susceptibles d'une extension analogue (Relazione p. 17).

Mais les conséquences de cette extension ne se limitent pas à cela. En effet, dès que les actes de commerce seront augmentés, augmentera aussi le nombre des personnes qui en exerçant ces actes dans un but de profit acquerront la qualité de commerçants : et par ce fait tous leurs contrats et leurs obligations (même celles extracontractuelles) seront soumis à la loi commerciale à moins qu'il ne s'agisse d'obligations provenant d'un contrat de nature essentiellement civile ou que le contraire soit bien spécifié dans l'acte même (Art. 4 C. co.). Il augmentera aussi la possibilité que des particuliers, se mettant en rapports d'affaires avec les dites personnes, créent des actes commerciaux, unilatéraux (Art. 6 du Proj.), ce qui arrive très souvent sous le Code de commerce actuel (art. 54) : chaque jour pour satisfaire nos besoins multiples nous créons des actes unilatéraux commerciaux lorsque moyennant toute une série d'achats de ventes, de louages d'ouvrages, nous nous assurons les biens nécessaires pour notre existence et pour notre bien-être.

En passant maintenant aux diverses innovations, nous voyons que dans le Projet on a discipliné à nouveau et réglé d'une manière large et scientifique toute la matière des titres de crédit, matière qui pour son importance très générale pourrait trouver sa place appropriée dans le Code civil tant que celui-ci restera la loi fondamentale de notre droit privé.

En passant aux contrats spéciaux nous trouvons que, faute de suffisantes modalités dans le Code civil, on a réglé à nouveau le contrat de transport, qui a été l'objet d'une discipline plus complète afin qu'il pût servir aussi, suivant le Projet, pour les rapports civils.

De même pour les contrats d'assurance et de représentation (institutions non nécessairement commerciales), ils ont également trouvé leur place dans le nouveau Code de commerce, qui a été jugé le plus approprié pour discipliner avec commodité, et même d'une manière plus opportune, les instituts nouveaux et compléter ceux existant dans le Code civil, ou pour réformer des instituts qui depuis longtemps et « ab initio » auraient dû être réglés dans la loi civile. Quoi encore ? Si

nous lisons le Rapport (p. 375) nous voyons qu'il s'en est fallu de peu que dans le Projet l'on ne donnât aussi la discipline du contrat de travail.

Mais outre une plus grande ampleur des contrats spéciaux, nous voyons que le Projet Vivante a maintenu et augmenté les dispositions générales sur les contrats : on y retrouve les art. 36 et 37 C. co. sur le perfectionnement des contrats et on y a ajouté la nouvelle discipline de l'offre au public.

Ainsi qu'on se rend compte, même par une analyse succincte et sans tenir compte de l'exclusion du droit maritime et de la faillite, il résulte que l'assertion du Rapport en ce qui concerne le maintien inaltéré du « statu quo » dans les rapports des deux codes de droit privé, est démentie par les faits mêmes.

De même il en sera, ainsi que l'on verra tout de suite, pour le Projet définitif. Là aussi on trouve la même assertion (Relazione pag. 16) qui a cessé d'être conforme à la réalité, bien qu'on ait songé à y inclure, sinon le droit maritime, le droit de faillite, dont l'application a été encore limitée « grosso modo » aux commerçants seulement. Nous notons, avant tout, la réduction, ici aussi, des 24 catégories d'actes de commerce en 10 catégories plus vastes des « opérations commerciales » avec l'inévitable agrandissement, déjà noté, de la matière commerciale. Mais ce n'est pas tout : le Projet comprend d'autres actes de commerce d'un nouveau type, qui tout en se rapprochant des actes de commerce objectifs, ont une particularité dans le sens que leur action répétée, dans un but de profit, n'a pas comme conséquence fatale, pour celui qui les crée, l'acquisition de la qualité de commerçant avec la possibilité conséquente d'être déclaré en faillite. L'art. 4 du Projet, après avoir dit que « les opérations relatives à l'agriculture ne constituent pas des actes de commerce », dit à l'alinéa, que « la vente, que le propriétaire et le cultivateur font des produits de leurs bien-fonds propres ou de ceux par eux cultivés, en l'effectuant moyennant des débits ouverts au public, est réglée par le droit commercial ».

On voit clairement le but qu'on a voulu atteindre par l'introduction de ce nouveau type d'acte de commerce : on a cherché ainsi à éviter que la faillite frappât les classes agraires. Mais il est évidemment clair qu'on a voulu conserver toute possibilité de soumettre les agriculteurs aussi au droit commercial : et cela nous prouve que la question de l'opportunité de soumettre « les milieux agraires à une loi dictée en considération des exigences du commerce et de l'industrie, pour laquelle ils ne sont pas encore mûrs », (Relazione pp. 11-12) se résout par une question de toute autre nature : celle d'appliquer à ces milieux agraires non la loi commerciale, mais la faillite.

A ce propos nous notons qu'on a soumis à la faillite — en vertu de l'art. 87 du Projet, qui a réformé l'art. 229 du code en vigueur — aussi les « sociétés civiles qui adoptent la forme de sociétés par actions » qui ne pouvant être considérées comme commerçants, « sont

néanmoins considérées commerciales et sont soumises aux dispositions du présent code » et par conséquent aussi à la faillite.

Passons maintenant à la matière des contrats. Là aussi nous voyons, tel que dans le projet Vivante, qu'on a reporté des dispositions générales sur la conclusion des contrats entre personnes éloignées, la discipline de l'offre au public. Toutes ces dispositions sont certainement valables aussi pour les contrats civils.

Nous retrouvons ici, largement disciplinés, des instituts d'intérêt général tels que la représentation, la vente en toutes ses formes, vente par échantillon, *en plusieurs termes,* vente avec factum reservati dominii, etc. (art. 346, 339, 345, 330) ; le mandat, le contrat d'assurance, le compte courant, le contrat de transport, qui ne sont pas instituts nécessairement commerciaux. On y retrouve enfin et plus abondamment toute la matière des obligations, du Code civil, dont le nouveau code représente, sous cet aspect, un duplicata.

Mais outre le droit des obligations, le nouveau Projet s'occupe aussi des droits réels : en effet il discipline, tel que le Projet préliminaire, d'une manière ample et complète les titres de crédit dont la caractéristique est représentée par la fusion de l'élément réel et de l'élément personnel.

Le Projet comprend aussi quelque rapport qui se rattache au droit de succession (art. 250).

Le Projet se présente pourtant comme un vrai et deuxième Code de droit privé avec un phénomène évident d'hypertrophie vis-à-vis du Code civil. Et encore : le Projet ne se limite pas à la fonction du Code de droit privé, mais il usurpe aussi les fonctions du Code de procédure, du Code pénal, des lois administratives ; on y retrouve, ainsi qu'on a déjà remarqué plus haut, la procédure de faillite.

On a cru bon d'introduire dans le Projet quelques dispositions de droit pénal et cela pour la raison que ces dispositions réprimaient les crimes attenant à l'exercice d'activités commerciales prévues dans le même code. Il est aisé de comprendre qu'en suivant ce système on devrait inclure dans le code civil tous les crimes contre la propriété ... car l'art. 436 C. civ. discipline justement ce droit éminent sur les choses, les crimes de simulation et de suppression de l'état et le crime contre le bon accord des familles parce qu'ils sont connexes avec le droit de famille discipliné par le Code civil, et ainsi de suite. Il ne faut pas croire d'ailleurs qu'avec le système du Projet la répression pénale d'actions illicites se rapportant à l'exercice du commerce soit entièrement contenue et complétée par le Projet même, car il ne comprend pas les dispositions déjà portées par le Code pénal, ni les sanctions pénales contenues dans des lois spéciales, telles que celles sur les brevets, et dont on discute toujours la possibilité de coexistence avec les règles postérieures du Code pénal. Il est donc bien aisé de comprendre comme cette incertitude serait de beaucoup augmentée par une triple coexistence de sanctions pénales.

Les dispositions concernant le registre de commerce sont certai-

nement des dispositions de droit administratif.

Mais nonobstant cet amas de dispositions, le Code de commerce nouveau n'est pas complet : on n'y retrouve pas le droit maritime, les lois sur les modèles et dessins de fabrique, sur les brevets, sur les contrats de bourse — (avec la seule et non justifiée exception du report), — qui forment une matière disciplinée par des lois spéciales.

Après ce que nous venons de dire, on peut justement observer que si le Code de commerce à venir devait correspondre au projet, il serait exubérant d'un côté pour la matière contenue, et d'un autre côté il serait incomplet à cause de l'exclusion de lois disciplinant les rapports typiquement commerciaux : ces deux défauts nous montrent que la séparation est stérile dans la pratique, tandis que si le critère eût été rationnel, surtout à l'occasion d'une réforme générale du droit privé, ces deux catégories de modalités auraient pu facilement être polarisées dans les deux différents codes.

Avec la publication des projets, les discussions sur le problème du Code unique des obligations reprirent, après une période d'assoupissement, un caractère de grande actualité. Il est à noter que M. Vivante (en répondant à un article par lequel j'avais développé, somme toute, les considérations ci-dessus, en rapport au projet préliminaire) a déclaré, dans un mémoire qui fut accueilli avec le plus grand intérêt, l'abandon de son côté, du moins pour quelque temps (et pour des considérations d'opportunité pratique) de l'ancienne thèse par lui jadis soutenue. La thèse que je soutenais eut l'adhésion de M. Candian, tandis que M. Mossa s'est déclaré en faveur de l'autonomie du Code de commerce pour des considérations nouvelles. (M. Mossa voit dans le droit commercial le droit des entreprises et de leur organisation) : tandis que M. Asquini, tout en ne démentant pas complètement la thèse de l'autonomie du Code de commerce — désormais consacrée dans les projets — et en faisant place aux considérations formelles et substantielles portées *pro et contra* l'unification du droit des obligations, prend une position intermédiaire sans se déclarer d'une manière explicite en faveur de l'une ou de l'autre.

Cela dit, nous entendons mettre sur la table objectivement cette question, afin que chacun puisse en tirer de sa part la solution du long différend théorique, par une évaluation détaillée des éléments.

Nous devons d'abord faire remarquer que plusieurs considérations d'ordre varié et de différente importance sont en faveur de cette unification.

Premièrement : si le droit commercial a été considéré comme droit autonome pour des raisons uniquement historiques, on devra convenir que ces dernières, pour ces raisons mêmes, sont typiquement temporaires et subordonnées à la persistance de certaines situations économiques et sociales qui justifient ou qui expliquent cette séparation. On peut reconnaître que ces circonstances et situations favorables

à la séparation sont désormais terminées, même par une voie indirecte en déduisant cette preuve des dispositions mêmes du droit positif, suivant lesquelles le droit commercial n'est plus un droit exceptionnel ou singulier d'une classe professionnelle, mais est appliqué d'une façon toujours plus vaste à tous les citoyens indistinctement.

A ce propos il est à remarquer que certains actes objectifs de commerce, — tels que la lettre de change, le chèque, — désormais généralement adoptés, sont réglés directement par le droit commercial, et cela indépendamment du fait qu'ils soient mis en circulation par des commerçants.

L'art. 54 C. co. nous montre un autre symptôme de la tendance d'expansion du droit commercial. Cet article, analogue aux dispositions correspondantes des statuts des arts de la période des communs, est le vrai pont de passage moyennant lequel la discipline des rapports marchands est imposée aussi aux autres citoyens et agrandit d'une manière sensible le champ de son application.

On trouve d'autres symptômes de cette tendance d'expansion et d'égalisation dans l'abolition (déjà citée) des tribunaux commerciaux spéciaux, qui étaient les reliquats d'une juridiction spéciale, désormais devancée, et dans l'égalisation des procès civils dans une procédure simplifiée (c. d. le « *rito sommario* ») qui était jadis réservée exclusivement aux procès commerciaux.

Nous pensons donc qu'on veut combattre une nécessité historique lorsqu'on nie et on cherche à refréner ce mouvement spontané, dont la direction et la tendance sont évidentes et dont nous avons pu avoir la manifestation la plus explicite dans les deux Projets.

Un autre motif pour la fusion nous est donné par des règles indiscutables de droit privé contenues dans le Code de commerce, c'est-à-dire les art. 36 et suiv. Ces règles ont trouvé leur siège dans le Code de commerce uniquement pour des raisons casuelles : tandis qu'elles trouveraient leur arrangement logique à l'occasion de la dite unification.

Mais au delà de ces raisons historiques et systématiques, il existe aussi des raisons pratiques qui conseillent l'unification. En effet, en ce qui concerne la discipline de certains rapports, nous relevons des interférences et des différends entre la règle contenue dans le Code civil et celle contenue dans la loi commerciale. Citons, par exemple, la vente : suivant la loi commerciale italienne, la vente de la chose d'autrui est valable et elle oblige le vendeur à son achat et à sa consignation à l'acheteur, sous peine de dédommagement (art. 59 C. co) ; tandis que suivant la loi civile la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1459 C. c.). Supposons maintenant une série de transferts par lesquels plusieurs personnes achètent et vendent successivement la chose d'autrui : l'on voit aisément combien de difficultés on pourrait trouver pour déterminer la validité ou non de ces ventes, si cette validité appartient à leur totalité ou bien à une partie d'elles, et ainsi de suite

Imaginons, d'ailleurs, (dans le système actuel suivi par la procédure d'exécution concoursuelle — faillite — appliqué aux commerçants seulement) l'hypothèse d'insolvabilité de la part d'un commerçant en gros : cette insolvabilité entraînera dans la catastrophe le commerçant au détail aussi, sans que celui-ci puisse trouver, dans les faciles et rapides sanctions de la loi marchande, une défense valide contre l'insolvabilité des consommateurs non commerçants. Et il nous semble qu'on n'exagère pas lorsqu'on affirme que le commerce au détail est presque nécessairement écrasé entre les deux dispositions civile et commerciale lorsqu'il doit nécessairement se rapprocher ou de l'une ou de l'autre. Non moins graves, bien que moins apparents, sont les inconvénients de la séparation pour l'élaboration scientifique unitaire de la matière des obligations, car sa séparation en deux codes portant des principes en partie différents, constitue un obstacle à la vision unitaire d'un système.

Les fauteurs de la séparation (parmi lesquels nous notons aujourd'hui M. Vivante) opposent aux raisons d'ordre varié, que nous venons d'exposer, les suivantes :

Que les caractéristiques de la législation commerciale (telles que la rigoureuse tutelle du crédit, l'exécution privée de la loi moyennant le droit de rétention, les garanties assurées aux tiers et aux créanciers moyennant présomption de solidarité, et la publicité des actes) sont imposées par les exigences du commerce. On peut répondre à tout cela qu'il est bien vrai que tous ces principes ont trouvé leur première application nécessairement dans le champ du droit commercial ; mais qu'il est aussi bien vrai que leur extension au droit civil serait utile et avantageuse.

On nous oppose encore que le manque de formalisme, le transfert facile des crédits, la rapidité dans la définition des rapports, la durée assez brève des prescriptions, répondent essentiellement aux exigences du commerce. Mais, est-ce que ces tendances ne correspondent pas aux exigences générales de la vie moderne ? On connaît très bien la tendance, qui a surgi dans le domaine du droit civil depuis quelque temps, visant une réduction des prescriptions.

Une autre objection qu'on relève très souvent est celle qui concerne la fonction différente de la coutume en matière civile et commerciale. Nous n'avons pas ici la possibilité de nous occuper du système des sources du droit commercial. Pour le moment il suffira d'affirmer qu'à notre avis cette différence de fonctions n'existe pas même pour le code présent : les articles du Code comm. c. 48 n'édictent pas un principe différent des « dispositione transitorie » du Code civil.

L'unification d'ailleurs ne serait pas opportune, suivant les fauteurs de la séparation, pour deux autres raisons : la muabilité plus rapide des rapports commerciaux vis-à-vis des rapports civils et la tendance à parvenir pour ceux-là à une discipline uniforme internationale.

En ce qui concerne la muabilité plus rapide des rapports com-

merciaux, elle est, — à vrai dire, — très variée ; dans le droit commercial aussi il y a des instituts qui ont atteint désormais, dans leur évolution séculaire, un caractère de stabilité qui est, peut-être, égal à celui de plusieurs instituts civils. Il suffit de nous rappeler que pour certains instituts commerciaux il y a encore en vigueur et inaltérées certaines lois spéciales contemporaines et même antérieures à notre Code civil : cela se vérifie pour les lois spéciales sur les marques, brevets et modèles de fabrique.

De même nous ne croyons pas tout à fait justifiée l'objection au sujet de la tendance marquée des rapports commerciaux à une discipline internationale uniforme : une distinction est nécessaire sur ce point : cette tendance existe en effet pour certains rapports, par exemple dans le droit maritime dont l'exclusion du droit commun nous semble justifiée.

On peut noter ici que les travaux pour la législation uniforme, du moins entre la France et l'Italie, ont donné déjà lieu à un projet très élaboré pour la théorie générale des obligations ; tandis que rien de semblable n'a été fait jusqu'aujourd'hui pour les instituts du droit commercial, — si l'on fait exception pour la lettre de change — de sorte qu'on peut vraisemblablement présumer que l'on est en train de s'approcher d'un vrai paradoxe : c'est-à-dire l'instauration de l'uniformité législative en matière de quasi-délits et de quasi-contrats, avant que l'on ait instauré une discipline uniforme des transports, de la faillite.

Si après tout ce que nous venons de dire, nous voulons fixer nos conclusions il nous semble permis, avant tout, de penser que si déjà actuellement certains instituts tels que les titres de crédit (et en général tous les actes que la loi qualifie de commerciaux) sont soumis à une discipline unique par toute personne qui les a émis, rien ne changerait pour ceux-ci, du point de vue pratique, s'ils étaient disciplinés par une loi spéciale, par le Code civil ou par le Code de commerce. Quant aux dispositions qui disciplinent l'exploitation professionnelle de l'activité commerciale, même dans une organisation basée sur l'uniformité de la discipline des rapports du droit privé, on devra toujours avoir recours à des lois spéciales, et cela surtout en vue de leur caractère administratif. Quant à la troisième catégorie de dispositions qui disciplinent la matière générale des obligations et celle des contrats spéciaux qui, étant commerciaux, se trouvent à présent dans le Code de commerce, nous avons déjà vu que les principes et les tendances, jadis accueillis dans la législation commerciale, *marquent une expansion naturelle dans l'application des règles contenues dans le Code de commerce.* Nous avons en outre relevé que des forces sociales, opérant en dehors du Code de commerce, s'efforcent d'atteindre cette « commercialisation » (ainsi qu'on a voulu l'appeler) du droit civil, qui s'annonce comme spontanée. D'ailleurs, en face des avantages et de la spontanéité de ces tendances, le législateur ne doit pas rester inactif, mais il doit au contraire intervenir lorsque cette exigence se présente,

— ainsi qu'il nous semble, — dans un état de maturité, la codifier : ce qui est réservé à la volonté souveraine du législateur même.

Il est bien, à ce point, et pour terminer de s'accorder sur les vraies raisons et sur le vrai but d'une discipline uniforme : celle-ci *ne veut pas être considérée et évaluée seulement par un point de vue extérieur, formel et presque esthétique visant une réunion mécanique des deux codes ; mais plutôt par un point de vue intrinsèque et substantiel dans le but d'effectuer une unité de principes en soumettant l'universalité des rapports obligatoires aux dispositions techniquement plus évoluées des lois commerciales, dispositions qui pourraient bien être appliquées à l'universalité des rapports du droit civil avec un grand avantage pour ceux-ci.*

MEMORANDUM ON THE CIVIL CODE AND OTHER LAWS OF ST. LUCIA

Presented by

Mr. J. E. SALMON,

Barrister-at-Law of Gray's Inn
and of the St. Lucia Bar.

St. Lucia, like Lower Canada, was once French and governed by the law of France.

In the seventies of the nineteenth century Mr., (afterwards Sir) G. W. Des Vœux was administrator, and Mr. James Armstrong was Chief Justice, of St.Lucia.

Mr. Des Vœux had studied law at Osgoode Hall, Toronto, and was called to the bar there. Mr. Armstrong was an advocate of Lower Canada, and a Q. C.

In his book, « My Colonial Service », Sir William Des Vœux says, at page 209 :

> « During my absence on a visit to England in 1872 Mr. Armstrong, a barrister of Lower (French) Canada, had been appointed Chief Justice, and had arrived in the island. His attention had at once been attracted to the unsatisfactory state of the law, the ordinary uncertainty of which was increased by vagueness of knowledge as to what law was actually in force. The *coutume de Paris* was perhaps still valid, in so far as it had not been altered. But many modifications had been made by Louis XVI., under pressure from the flowing tide of republicanism, and others were introduced after the Revolution, all of which must be supposed to have been in force at the period of the cession to England, though owing partly to hazy knowledge of them, and partly perhaps to anti-republican sentiment, they were little if at all recognized. When it is added that there had been many decisions on the part of the Court of Appeal of the Windward Islands, which was composed of English judges uninstructed in the Civil Law, and sometimes, as I was told, expressing open contempt for it as being French, it may easily be understood that, even apart from the doings of the late Chief Justice, legal matters were in a state of almost hopeless chaos. To restore some nearer approach to certainty, Mr. Armstrong proposed to me to introduce the English versions of the Civil Code and the Code of Civil Procedure of Lower Canada, with only some slight alterations ».

The arrangement seems to have been, broadly, that the Chief Justice suggested alterations in the draft St. Lucia Code to adapt it to local conditions and the Administrator suggested modifications of the phraseology of the English Version of the Canadian Code, which he did not consider as good as the French version.

Anyhow, the result of their discussions and collaboration was a draft Civil Code for St. Lucia, printed in England and submitted locally to three commissioners, namely, Chief Justice Armstrong, the Attorney General Mr. P. J. K. Ferguson and Mr. N. A. Cools a local advocate.

On February 5, 1878 the commissioners presented their report on the draft Code to the Administrator of the Government.

This report is divided into four parts, which may be referred to as follows -

Part I Articles reported on by Commissioners
Part II Alterations of articles in copy of Draft Code
Part III Suggested amendments by Commissioners
Part IV Remarks by Commissioners on Code alterations of local law
Chapter on Marriage - as to which there were differences of opinion, the Attorney General Ferguson being opposed to Civil Marriage

The St. Lucia Civil Code came into force in 1879 and is mainly based on the Civil Code of Lower Canada.

It consists of an introductory chapter corresponding to the preliminary title of the Canadian Code and four Parts corresponding to the four Books of the Canadian Code. These four Parts being subdivided into books and chapters corresponding to the titles and chapters of the Canadian Code.

These main divisions are -

Introductory Chapter
Part I Persons in eleven Books
Part II Property, its ownership and different modifications in five Books
Part III The acquisition and exercise of rights of property in twenty Books
Part IV Commercial Law in seven Books. The seventh Book Bankruptcy is not in the Canadian Code

The Chapters including their sections are similar to those of the Canadian Code, generally.

The St. Lucia Code, therefore, on the whole, closely follows its Canadian model. But in certain instances the articles are not similarly worded and the following differences at the time (1879) the St.Lucia Code came into force may be noted, the articles of the St. Lucia Code being given first, with the corresponding Canadian article in juxtaposition, if any.

How in certain instances the St. Lucia differs from the Canadian Code

ARTICLES St. L.	Can.	LAWS IN GENERAL. INTERPRETATION. PROMULGATION, etc.
1	17	St. Lucia has a larger number of definitions than Canada
13	-	Rights or liabilities attach to heirs in the absence of express provision or imprisonment
		Records of Birth
38	-	Records of Birth required of ministers only in case of baptism
41	56	Reference to Civil Status Ordinance for special provisions as to births registration
		Marriage formalities
95		Marriage may be by Governor's licence, or after publication of banns for a religious, or notice for a civil marriage
96		Formalities to obtain a Governor's licence
98		Interval between banns to be not less than one week
100		Notice of civil marriage to be posted in Magistrate's Court room in each district in which parties reside
101		Religious marriage may take place after a civil marriage notice if the minister does not object
102		Minister or Magistrate to issue without fee a certificate of publication of banns or notice and dates of publication
108)		Provide how civil marriage to be celebrated
109)		
110		Officer celebrating marriage in good faith not responsible
112		Marriage *in extremis* without code formalities has no civil effect
Note. — The Canadian Code does not provide for civil marriage		
		Separation from bed and board
157	187)	The wife as well as the husband may demand separation for adultery only
	188)	
		Appointment of tutors
223		The Court or Judge stating reasons may appoint a tutor other than the one appointed by a family council

ARTICLES St. L.	Can.	
		Administration of tutors
264	304	A tutor must register his act of tutorship in order to maintain an action
		Curatorship
298	338	A curator may be given to a person condemned to imprisonment for more than six months
		Liquidation of dissolved corporations
331	372	The colonial trustee (now called the Administrator-general) represents the corporation unless another curator is judicially appointed
		Immoveables
337	379	Cattle, carts, cranks, or other implements for working a plantation (estate) are immoveable by destination
		Property in relation to owners or possessors of it
355	400	The Crown domain includes the Queen's chain (also known as the cinquante pas du roi or King's chain)
		View on property of a neighbour
484	534	Openings for windows in a wall not common on the boundary or within three feet of the boundary can only be made so that neither view nor passage through them can be had
		Right of way
491		Adjoining proprietors or the public may obtain a right of way by a prescription of thirty years
		Vacant successions
627) 628)	694) 695)	A vacant succession is vested in the colonial trustee (now Administrator-general) as curator, but another curator may be judicially appointed instead on petition by any interested person
		Capacity to give and receive by gift inter vivos
703	762	When a donor supposed to be mortally ill after recovery leaves the donee in peaceable possession for two years there is no presumption that the gift was made in contemplation of death

ARTICLES St. L.	Can.	
		Particular legacies
816	880	The right to a legacy carries a hypothec upon the succession property from the registration of the will
		Revocation and lapse of wills and legacies
833	897	A will or legacy affects property alienated by the testator subsequent to the will but owned by him and in his possession at his death
		Lesion
941	1009	Contracts by minors for the purchase, alienation or incumbrance of immoveables (1) without intervention of tutors or curators are null (2) if with such intervention without code formalities may be avoided without proof of lesion
944	1012	Majors are only entitled to relief for lesion where such relief would be granted by law of England
		Effect of contracts
957	1025	In cases of contracts for the alienation of things certain and determinate, moveables must be delivered to affect third parties and in the case of immoveables there must be a deed of sale or memorandum in writing, stating the conditions of the sale
		Quasi-contract negotiorum gestio
975	1043	Negotiorum Gestio may be undertaken *with* or without the knowledge of the other person
		Tender and deposit
1095	1164	If the creditor is absent and the debtor has no notice of an attorney, notification may be made in the gazette
		Authentic writing
1139	1208	Where a party cannot sign, a notarial instrument other than a will may be executed in the actual presence of another subscribing notary or of a subscribing witness. Witnesses must be males. By Art. 781 a notarial will is received before two notaries or before a notary and two witnesses
1146		The judge has a discretion as to proof of laws other than those of the Imperial Parliament and of St. Lucia

ARTICLES St. L.	Can.	
		Administration of the community, etc.
1214	1296	Husband's consent to wife's contracts as a public trader presumed unless he has given public notice of his irresponsibility
		Dower
1341	1428	Conventional dower only affects the property of the husband acquired before marriage
		Sale
1382	1472	This article refers to article 957 also
		Right of redemption
1459	1549	The right subsists until extinguished by judgment of the Court
1460	1550	The jugment grants a delay of eight days to the seller to repay the purchase money, in default of which the buyer remains absolute owner
1560	1690	*Work by estimate and contract*
		An additional sum claimed by an architect or builder not fixed by agreement is to be determined by proof of value
		Judicial sequestration
1723	1823	The article includes property of a perishable nature sale of which is desirable pending litigation
		Extinction of suretyship
1854	1958	The surety may set up exceptions purely personal to the debtor if known to the creditor and not renounced
		Privileges upon moveable property
1892	1998	The right to revendicate or of preference upon the price must be exercised by action within eight days after delivery to the purchaser
		Privileges upon immoveables
1093	2009	Salaries and wages of managers, overseers and servants are restricted to a period not exceeding three months and wages of labourers to a period not exceeding one month

ARTICLES St. L.	Can.	
		Legal hypothec
1917	2025	Affects generally present and future immoveables of debtor
		Registration of real rights
1969	2084	This article exempts from registration hypothecs in favour of the Crown
1974	2090	Registration on property of person notoriously insolvent at the time also of no effect
		Rules particular to titles by which real rights are acquired
1981	2100	Delay of registration to preserve rights under a sale, gift, or exchange is fifteen days
1982	2101	Judgments declaring dissolution,nullity, or rescision of conveyance of immoveables or permitting exercise of right of redemption is also fifteen days
1985	2104	Privileged rights resulting from partition to be registered within fifteen days
1991	2110	Ownership from, or special hypothecs declared in, wills take effect by registration of the will within two years from testator's death abroad
		Order of preference of real rights
2011	2130	Hypothecs under titles registered on the same day rank together. If a purchase deed and one creating a hypothec affecting same immoveable registered on the same day they rank according to date of execution
		Cancelling of registration of real rights
2028	2148	A notary failing to register a total or partial discharge made by him liable for damage caused by his default
		Registry office and registers
2041	2161	Two registers to be kept for transcribing, one for sales, the other for other deeds
		Prescription
2077	2213	No prescription of the Cinquante Pas du Roi which is Crown domain
2121	2260	The actions listed in this article are prescribed by six years and not five
		Commercial law
2142		All commercial cases for which no provision to be governed by law of England

2143 Cases relating to sales of moveables when one of the parties is a trader, or to bills, cheques, promissory notes, insurance, passengers, shipping, affreightment, bottomry, or respondentia, are considered always as of a commercial nature.

AMENDMENTS OF THE CIVIL CODE OF ST. LUCIA (1879) AFTER ITS COMING INTO FORCE

These are contained principally in appendix A to the revised Ordinances 1916. These amendments are as follows

Articles St. L. Can.	page	*Interpretation*
1	1038	« Administrator General » substituted for « Colonial Trustee »
1.15	do	« The Court » includes the Judge of the Royal Court.
1.38	do	« Victoria Day » (24th May) and every Wednesday after hour of noon to be a Bank Holiday
1.75	do	« Registrar » substituted for « Prothonotary »
1.86	do	« Status Officer » defined
1.100	do	« Will » includes any testamentary instrument
		Promulgation etc. of the laws in general
2, 3, 4, 8, 12	do	Repealed. Art. 10, has also been repealed
		Records of civil status
(26-28, 32, 40)	1039	
26	do	Depositaries for records of civil status
27	do	Depositaries to keep duplicate registers
28	do	Registers supplied at Colony's expense and to be numbered signed and initialled as prescribed
32	do	In January each year duplicate register to be deposited with the registrar of civil status
		Records of birth
40	do	These records (baptisms) to be signed by Status Officer officiating and other persons as prescribed
		Marriage
91	1040	Marriage with a deceased wife's sister is provided for by ordinance (No. 3 of 1912) page 1048 app. A
94	do	All status officers authorised by law can celebrate marriage. But no minister of religion

St. L. Can.	page	
		compelled to do so if impediment exists according to doctrine of his religion or discipline of his church or community.
		Past marriages by Anglican, Roman Catholic, Wesleyan, or Presbyterian ministers deemed validly celebrated.
		The foreign marriages ordinance (8 of 1904) page 1049 appendix A provides the formalities in cases of marriage between residents in the colony intending marriage in any foreign country under the Imperial Foreign Marriages Act 1892 and the Foreign Marriages Orders in Council 1892 and 1903.
		The marriage of British Subjects (Facilities) Ordinance 1916 (15 of 1916) page 1053 appendix A regulates marriages between British Subjects residing in the colony and British Subjects residing in the United Kingdom
95		The Colonial Secretary may also issue a licence (as amended by Ordinance No. 13 of 1928 — Governor's Statutory Duties Relief)
96		This article has been replaced by Ordinances No. 15 and 33 of 1933 (Civil Code (Marriage) Amendment), which provide and regulate the conditions for the issue of a marriage licence
		Judicial authorisation of married women
146-154	1040	Magistrate of District Court empowered to authorise married women to appear in judicial proceedings in the District Court
		Minority, tutorship, curatorship, interdiction, etc.
216-311	do	It is no longer necessary to convene family councils, but the Court or Judge may summon one
		Interdiction
285-311	do	Provisions of the Lunatics Ordinance (No. 75 — 1916 Rev.) to prevail over provisions of Civil Code or Civil Procedure Code
290	1041	On a demand for interdiction for imbecility, insanity, or madness of person confined in an asylum in St. Lucia or elsewhere, in lieu of interrogation, a certificate of his mental condition by the medical superintendent of the asylum may be produced

St. L. Can.	Page	*Succession. — Judicial administration*
626A-E	1041	These are new articles providing for — administration under supervision of the Court, where no competent heir accepts unconditionally. In such case heirs not to be answerable for debts unless liable otherwise (626 A) court may order precautionary measures to safeguard interests of persons interested in succession (626 B) court may appoint a curator if no known heir or person entitled to administer, or in case of absence, minority, or disability of unrepresented heir. Court may also displace anyone administering a succession and may give with or without request directions in regard to a succession or its administration (626C) court may grant letters of administration for the administration of property abroad (626D) court may decide questions arising in the administration of a succession on application of interested parties including making a declaration of the shares or rights of heirs, legatees, or others (626E)
		Probate of wills
794-797	1042	All wills to be presented for probate to the Royal Court (794) proof of wills (795) grant of probate. On registration of probate and will in the deeds registry effect is given to the will subject to right to contest it (796) formalities of probate of will lost or accidentally destroyed (797)
		Authentic writings
1138	1043	These include notarial documents before British Diplomatic or consular officers and official copies of extracts of and from such documents
		Certain writings executed out of the colony
1152.2	1043	These include — Certified copy by Registrar Royal Court of will, probate, letters, or like instrument executed abroad and recorded in his office certified copy by public officer abroad who is the custodian of the original

Articles St. L. Can.	*App. A.* page	
1152.7	do	Notarial copies of powers of attorney executed abroad before a public officer the original of which is deposited with the notary in St. Lucia granting the copy. « Officer or public officer » abroad includes a Judge, Registrar of a Court of record, Magistrate, Notary Public, British Diplomatic or Consular officer, or other officer abroad whose authentication the Judge or the Registrar in St. Lucia considers sufficient. But where the document is executed abroad in a place outside of British Dominions if the authenticating officer is not British Diplomatic or Consular agent in such place the officer's signature must be authenticated by the seal of a Court of the country of execution or by the certificate of a British Diplomatic or Consular officer. The above provisions are intended to facilitate proof of documents executed abroad and to save expense to persons in the colony as to these
1152A	1044	Is new and provides for the probate in St. Lucia of probate or letters of administration or like instrument granted in British Dominions or by a foreign Court
1152B	1045	Also provides that want of a seal is not to invalidate any instrument mentioned in Arts. 1152 and 1152A if the authenticating authority certifies that he has no seal, or the Judge or Registrar of St. Lucia is satisfied as to the authentication otherwise
		Loan on interest
1685	1045	The money lending ordinance 1911 (17 of 1911) page 1053 appendix A empowers local Courts to review money lending transactions and to afford relief as prescribed by the ordinance.
		Partnership
1730-1797		Replaced by Commercial Code 1916 (Arts. 20-72)
		Privileges upon immoveables
1903.4 2009.4	do	The article as amended now includes advances or supplies for tilling, sewing, planting, culti-

Articles St. L. Can.	*App. A* page	
		vating, reaping, curing, milling, ginning and manufacturing or claim of Metayers for tilling, sewing, planting and cultivating
1904 2010	do	Crop privileges for advances and supplies for cultivation require an order of the Judge authorising the amount of advances or supplies. This order is to be registered within five days of making the order (Art. 2002 app. A page 1046). Metayers secure a privilege for the value of their crops on registering their contracts. It is to be noted that the crop privilege (penalties) Ordinance 1918 No. 24 makes provision for safeguarding the rights of the creditor secured by a crop privilege to enable him to get the proceeds of the crop intended to repay him
		JUDICIAL HYPOTHECS
1923 2034		This article has been added to by Ordinance No. 20 of 1918 Civil Code (Judicial Hypothecs) Amendment to the effect that Judicial Hypothec affects generally the immoveables of the debtor but that the order of the Judge authorising crop advances under article 1904 confers judicial hypothec from its registration only on immoveables respecting which the order was made and so far only as they are the property of the debtor who applied for, or of any person who consented to, the order
		Rules particular to titles by which real rights are acquired
1980 2098	1045	This article includes *nuda proprietas* and usufruct also. The proviso enacts that acts inter vivos conveying ownership, *nuda proprietas* or usufruct of immoveables are null and void unless prior to their execution the title of the person making the conveyance has been registered, the rights of the Crown to convey being, however, unaffected
2002 2121	1046	The order of the Judge authorising the amount of crop advances or supplies must be registered within five days of date of order
		Made and formalities of registration
2012 2131	do	Documents for registration to be in English unless otherwise provided

Articles St. L.	Can.	App. A page	
			Registration at length
2015	2134	do	An addition to this article permits registration of- 1. Documents mentioned in art. 1152 (as amended) or notarial copies thereof and the copies of powers of attorney mentioned in paras. 5, 6, 7 of the article 2. Notarial documents in French executed in St. Lucia before January 1, 1905 3. Notarial copies of certified translations in English of documents executed in a language other than English deposited with a notary in the colony granting the copy
2016	2135	do	The certificate of registration need not include the page of the register in which entered
			Registration by memorial
2025	2145	1047	The endorsation on a registered memorial need not include the page of the register
			Registry office and register:
2040	2160	1047	Hours to be opened to the public are 10 a.m. to 3 p.m. on days not holidays
			Powers of registry officials
2046A		do	Registrar empowered to register any document substantially complying with legal requirements, but an invalid document is not rendered valid by registration of it
2046B		do	Registration may be refused if a document is incomplete, has blanks or is not legible or apparently in compliance with legal requirements, or which the registrar is of opinion should not be registered
			Commerce and shipping — Bills of Exchange
2144-2202		do	Replaced by Bills of Exchange Ordinances (No. 11 of 1893 and No. 8 of 1907), and which have been superseded and incorporated in the Commercial Code 1916
			Merchant shipping
2209-2302		1048	Except otherwise provided the law in matters

Articles St. L.	*Can.*	*App. A* page	
			commercial and maritime to be the law in force in England
2428-2446		do	Same
			Insurance
2303-2427			Replaced by provision of Commercial Code 1916

CODE OF CIVIL PROCEDURE

A Code of Civil Procedure prepared by James Armstrong Chief Justice of St. Lucia (1881) became Law in 1882. This is based on the Code of Civil Procedure of Lower Canada then in force.

Amendments of this Code which may be mentioned are —

		Tutorship and curatorship
999A	1060	The Royal Court may appoint a tutor for a special purpose only.
999B	do	Similarly in the case of curatorship
999C	1060	The Court may with or without request give directions to a tutor or curator or appoint another in his place
999D	do	
999E	do	Proceedings for removal of tutors and curators may be commenced by application in chambers instead of by action

This Ordinance provides for the sole control and disposal of her separate property by a married woman and for her to sue and be sued alone, also as to the separate property of husband and wife and their liability therefor and for the registration of marriage contracts, also for disposal of community property and for determination of questions affecting a married woman's property and for the minority or other incapacity of a husband or wife. The provisions of the Ordinance are to apply as the case may be to a married woman whether married before or after the coming into force of the Ordinance even if married in community as to her property notwithstanding anything to the contrary in the Civil Code, the Civil Procedure Code, the Commercial Code, the Summary Jurisdiction (Married Women) Ordinance 1916 Revision (No. 9), or in any other law or enactment. The law as to the property of husband and wife in the Colony is based on community of property in the absence of a marriage contract. As the husband is head of the

community which practically gives him the sole control and disposal of the community property during his lifetime, it was considered that some change in the law was necessary to protect a wife's separate property and earnings. The Ordinance is an attempt to make the law as to married women's separate property as well as to married persons' property more satisfactory. The Ordinance came into force on January 1, 1931.

The Ordinance replaces Art. 1211, Canada 1292, by providing that :

A husband alone administers property of the community. But neither consort can alone encumber or dispose of community property by gift unless it is goods of trifling value.

No lease encumbrance or disposal of an immoveable, land, or a building can be effected by husband or wife alone. Both must join in and sign conveyance or instrument.

The Judge may, however, in his discretion for good cause authorize a spouse in any such case giving any directions he may consider just or necessary in the circumstances. The section applies to all community property whenever acquired and to all consorts married in community whether before or after coming into force of the Ordinance.

The Ordinance also makes the separate property of a spouse liable for the obligations of such spouse only.

ST. LUCIA LAW PAST AND PRESENT

Ancient French Law

ARRÊT EN RÈGLEMENT

La Coutume de Paris et les Ordonnances du Roi seront suivies en cette Ile.

This is to be found in appendix B to the 1916 Revised Ordinances of St. Lucia page 1063

CINQUANTE PAS DU ROI (The King's Chain)

Ordre du Roi au sujet des Cinquante Pas du Bord de Mer. is to be found in appendix B (No. 2) page 1064

Arrêt du Conseil Souverain concernant les Cinquante Pas du Roi. This is No. 3 in said appendix B page 1064

When St. Lucia was finally ceded to the English in 1803 by proclamation of June 23, 1803, the inhabitants were assured subject to the final determination of His Majesty of their properties under laws existing immediately before the last cession. This proclamation is No. 4 of the said appendix B page 1068

LEGISLATION UNDER ENGLISH RULE

After the colony remained English legislation was effected by Royal Orders in Council, Proclamations and Ordinances, generally

COLLECTIONS OF LAWS

The first collection of the laws of St. Lucia now extant is a volume « Laws of St. Lucia 1853 » containing the laws in force at the end of 1852.

The next collection was the 1889 edition containing the laws other than the Civil and Civil Procedure Codes as at the date of the latest Ordinance therein contained (15th February, 1889).

In 1917 what is known as the Revised Ordinances to the end of 1916 came into force and in 1918 there was published the Revised Rules and Orders 1916 containing the subordinate legislation of the Colony to 1916.

THE CODES

The Civil Code became law in 1879.
The Civil Procedure Code came into force in 1882.
The Commercial Code 1916 came into force in 1917 and
The Criminal Code 1920 — a Code of Criminal Law and Procedure — came into force in 1921.

PRESENT LAW

The laws of St. Lucia are therefore today -

The Ordinances and subordinate legislation commencing with the 1916 Revision and the laws passed since then.

The Civil Code based on the Civil Code of Lower Canada and derived from French Law mainly.

The Civil Procedure Code based on that of Lower Canada then in force.

The Commercial Code 1916 based on English Legislation and comprising the following topics — TRADERS, PARTNERSHIP, LIMITED PARTNERSHIP, COMPANIES, MERCANTILE AGENTS, SALE OF GOODS, BILLS OF EXCHANGE, Cheques and Promissory Notes, INSURANCE, BANKRUPTCY, PATENTS, DESIGNS, AND TRADE MARKS.

The Criminal Code 1920 with four main divisions -

BOOK ONE - GENERAL, BOOK TWO - OFFENCES, BOOK THREE - PROCEDURE, BOOK FOUR - PUNISHMENT based on English Law.

Generally it may be said that the Civil Law is of French origin while the Commercial and Criminal Law are now of English origin (1).

Two of the late Chief Justice Armstrong's grand sons were called to the Montreal Bar, namely the late M. Edgar N. Armstrong, K.C. and M. J. Edouard Labelle, K.C.

---

(1) A number of St. Lucia decisions, undoubtedly, communicated bye the late Chief Justice Armstrong, are found in 3 *Revue Critique*, pages 36 *et seq.* (1871).

In August 1914, Chief Justice Cullum, of St. Lucia, came to Canada, with a view to consult Quebec jurists with regard to amendments to the Civil Code.

L'INFLUENCE DU CODE CIVIL FRANÇAIS AU VÉNÉZUÉLA

Rapport présenté par

M. J. B. BANCE,

Avocat au Barreau du Vénézuéla.

La République du Vénézuéla occupe l'extrémité nord-est du continent sud-américain. Son nom « Vénézuéla » signifie en espagnol « Petite Venise ». Il lui fut donné par les découvreurs du pays qui trouvèrent aux environs du lac « Coquivacoa », appelé actuellement Maracaibo, un groupement d'Indiens dont les habitations, construites dans l'eau, reposaient sur des pilotis.

Son territoire fut le seul du continent où descendit Colomb en août 1498. Il aborda dans une petite baie nommé « Macuro » par les Indiens, aujourd'hui le port de Cristobal Colon.

La fin du XVème siècle et le commencement du XVIème siècle amenèrent l'expansion coloniale de l'Espagne qui légua au pays sa langue, sa religion catholique romaine et tenta de convertir les indigènes à ses mœurs et à ses lois.

C'était une tâche ardue que celle de civiliser un peuple dépourvu de toute notion de culture, uniquement guidé par des habitudes instinctives et des idées primitives quoique séculaires et même millénaires. Les lois d'un pays aussi avancé que l'Espagne ne convenaient guère à une contrée si différente du reste du monde alors connu qu'on la dénomma le Nouveau-Monde. D'ailleurs, aucun autre corps de lois ne pouvait non plus répondre aux besoins des « zapadores » de l'ère nouvelle. Cependant, la force des événements ne tarda pas à leur démontrer la nécessité de certaines règles pouvant s'adapter au milieu créé par des facteurs qu'ils avaient jusqu'alors ignorés.

Les rois et les ministres, s'étant rendu compte de cette situation, se hâtèrent de se renseigner sur le nouveau pays et sur ses habitants et commencèrent la promulgation de Lettres Royales, de Pragmatiques, de Cédules, d'Ordres, pourvoyant à l'organisation administrative du Nouveau-Monde, qu'ils appelèrent « Indias Occidentales ».

La première institution, connue sous le nom de « Casa de Contratacion », fut établie à Séville en 1503. C'était une « Junta » poursuivant un but fiscal. Elle avait le droit de réglementer et de surveiller la navigation et le commerce qui se faisaient avec les Indias Occidentales. Elle exercait en même temps des fonctions judiciaires : elle entendait et jugeait des litiges relatifs au négoce maritime colonial.

En 1524, fut constitué le « Consejo de Indias », petite assemblée

délibérante, revêtu de pouvoirs législatifs et judiciaires, chargée du gouvernement des Indes Occidentales. On lui subordonna la « Casa de Contratacion » qui centralisait les informations, les renseignements, les plaintes et les requêtes provenant du Nouveau-Monde. Le tout était ensuite transmis au roi qui s'en servait pour la rédaction de ses Ordonnances.

Mais, toutes ces décisions royales, réglant des cas particuliers et traitant de matières très variées, destinées à des régions très différentes dans un territoire très vaste s'étendant du Mexique à l'Argentine, pouvaient difficilement se généraliser. Il fallait alors qu'elles fussent modifiées par le Vice-roi, les Audiencias, les Gouverneurs, les Capitanes Pobladores et d'autres fonctionnaires subalternes qui n'étaient pas toujours animés du même esprit de justice, d'équité et de protection envers les indigènes que les souverains espagnols.

Bientôt se forma une masse imposante de règles, d'interprétations, le plus souvent obscures, parfois contradictoires. Les juges, en présence de cette législation informe, durent en combler les lacunes en appliquant les lois espagnoles qui leur étaient plus familières.

Afin de remédier à cette situation, le Mexique résolut, en 1552, d'effectuer une codification de ses lois et, en 1563, paraissait le « Libro de Cedulas », œuvre du licencié Vasco de Puga, Auditeur de la Real Audiencia.

En 1570, Philippe II ordonna une nouvelle compilation des lois applicables à toutes les Indes. Une petite partie seulement en fut publiée : un titre sur le Conseil des Indes, sanctionné par un décret royal du 24 septembre 1571.

Quelque temps plus tard, on publia quatre volumes contenant des dispositions édictées jusqu'en 1596. Cet ouvrage ne fut pas sanctionné par le roi. En 1660, le Consejo de Indias forma une Junta composée partie de ses propres membres et partie de ceux de la Casa de Contratacion pour entreprendre efficacement le travail de codification. Cette Junta, dont les membres disparus étaient remplacés par le Conseil, réussit, après cent cinquante ans de travail, à publier, sous le titre de « Recopilacion de Indias », un ouvrage en quatre volumes, sanctionné et mis en vigueur par une Cédule de Charles II donné à Madrid le 18 mai 1680 et publié pour la première fois en 1681

Outre ce code particulier et pour régler des cas obscurs ou imprévus, on appliquait ensuite la « Recopilacion de Castilla », la Nouvelle « Recopilacion de Castilla » et enfin la compilation appelée « La siete Partidas » due à l'activité d'Alphonse X de Castille, qui réalisa ainsi les ambitions de ses prédécesseurs. Ce fut ce droit espagnol, fortement inspiré par le droit canonique et le droit romain, qui régit le Vénézuéla pendant trois siècles et demi.

L'indépendance fut proclamée en 1810 et la guerre qui suivit dura plus de dix ans. Avant même la fin de la lutte, en 1821, une Constitution, rendue par un Congrès Général réuni à El Rosario de Cucuta, établis-

sait la République de la Gran Colombia, formée des contrées connues aujourd'hui sous les noms de Vénézuéla, de Colombie et d'Equateur. Le nouveau gouvernement s'occupa aussitôt de donner au pays des lois propres. Mais, ces lois, dictées par les besoins impérieux d'un pays encore en formation, se limitaient forcément à certaines matières spéciales et urgentes. Ordinairement, l'on recourait encore aux lois espagnoles en atendant que le nouveau régime fût en état d'unifier la législation en l'adaptant aux aspirations du peuple nouveau.

Il en fut de même dans les trois républiques du Vénézuéla, de la Colombie et de l'Equateur après leur séparation survenue en 1830.

Le Vénézuéla préférait aux lois espagnoles ses lois particulières sanctionnées par ses Congrès. En pratique, cependant, faute d'une législation plus complète et d'une jurisprudence indépendante, l'application des lois espagnoles était plus fréquente.

Il en fut ainsi jusqu'au milieu du dix-neuvième siècle. En 1862, fut promulgué le premier Code civil du Vénézuéla, en vigueur en 1863. Le Docteur Julian Viso, juriste remarquable, en fut l'auteur. Il s'inspira du Code civil du Chili, préparé par l'éminent humaniste Andres Bello, un vénézuélien, qui résidait alors au Chili.

Bello s'inspira des lois espagnoles, qui étaient, pour ainsi dire, enracinées dans le pays depuis plus de trois siècles, autant que du Code Napoléon, déjà accueilli et consulté à cette époque par nos juristes, enclins aux doctrines juridiques les plus avancées et attirés par l'appât des idées révolutionnaires qui, vers la fin du dix-huitième siècle, changèrent la face de la France et eurent leur répercussion de l'autre côté de l'Atlantique en contribuant au mouvement d'émancipation de l'Amérique méridionale.

On peut donc, en toute vérité, affirmer que Bello et Viso eurent, dans le droit vénézuélien, une influence semblable à celle qu'exercèrent Domat et Pothier dans l'élaboration du Code Napoléon.

Au Code français nous empruntâmes le statut personnel et le statut réel auxquels s'ajoutèrent plus tard les biens meubles ; le développement des règles de l'absence, que le droit espagnol traitait très sommairement ; le conseil de famille, création du droit français, bien qu'on ait opposé à son introduction quelques arguments d'ailleurs peu convaincants ; les conventions matrimoniales auparavant inconnues dans notre droit ; la classification méthodique des biens meubles et immeubles ; la définition de la propriété et les règles applicables à ses modifications ; le contrat d'antichrèse d'abord injustement rejeté. La ressemblance frappante entre le plan des deux codes démontre aussi leur parenté.

Le Code Napoléon se divise en trois livres : 1) Des personnes ; 2) Des biens et des différentes modifications de la propriété ; 3) Des différentes manières dont on acquiert la propriété. Chacun de ces livres se partage en titres et les titres en chapitres.

Le Président du Chili, en présentant aux Chambres Législatives

le projet de Code civil rédigé par Bello, qui nous guida dans notre propre codification, s'exprimait ainsi : « La discussion d'un ouvrage comme celui-ci par les Chambres Législatives retarderait pendant des années sa promulgation, qui est d'une urgente nécessité, et n'arriverait pas, après tout, à lui donner l'unité et l'harmonie, qualités indispensables d'un travail de ce genre. Je ne crains pas de me tromper en affirmant que l'adoption du présent projet aplanira les difficultés qui gènent actuellement l'administration civile. Plusieurs litiges disparaîtront et la justice acquerra d'autant plus de prestige et de respect qu'il paraîtra mieux que ces décisions sont conformes aux préceptes légaux. La pratique dévoilera sans doute certains défauts d'exécution dans ce vaste travail, mais il sera facile de les corriger en étudiant les circonstances, comme on le fit dans plusieurs pays, et même en France, dont le code, célèbre entre tous, a servi de modèle à plusieurs autres ».

La commission nommée par le gouvernement vénézuélien pour réviser le projet Viso, au cours du rapport approuvant le projet, énonça les même idées et fit plusieurs fois allusion au Code Napoléon et aux auteurs francais.

Par suite de l'instabilité politique d'un pays encore tout jeune, ce premier code ne fut pas longtemps appliqué. On en resta cependant convaincu du grand avantage d'avoir une législation ordonnée et uniforme, et en 1867, l'on présentait au Congrès un nouveau Code civil, sanctionné et mis en vigueur le 28 octobre de la même année.

Ce nouveau code fut rédigé par une commission composée du même Dr Viso, du Dr Angel Fermin Ramirez et du Dr Diego Bautista Barrios. Cette commission prit comme modèle le projet de Code civil préparé pour l'Espagne vers 1850 ou 1851 par le Licenciado Florencio Garcia Goyena. Ce projet, fort estimé des juristes, s'inspirait en bonne partie du Code Napoléon. Ainsi nous parvinrent de nouveau les rayons de cette œuvre lumineuse qui, depuis le début du dix-neuvième siècle, domine le droit universel.

L'interprétation toujours plus approfondie des règles de droit incitait nos juristes à recourir aux sources pour expliquer les préceptes et dégager leur véritable portée. De là naquirent l'estime et l'admiration pour les auteurs français qui, grâce à un demi-siècle de méditation et d'efforts, avaient réussi à élaborer une doctrine si considérable. L'on connaissait et l'on citait fréquemment les noms de Portalis, Tronchet, Bigot, Preameneu, Maleville, Merlin, Demolombe, Troplong, Toullier, Aubry et Rau, etc. L'étude de ces auteurs finit par créer un courant d'idées favorables à l'adoption presqu'intégrale du Code Napoléon. C'est alors que le Président Guzman Blanco nomma cette remarquable commission chargée de rédiger notre troisième Code civil, adopté en 1873, et qui régit encore aujourd'hui, après avoir subi quelques légers amendements.

Cette Commission, dont l'œuvre écrira le nom en lettres ineffaçables dans l'histoire de notre droit, adopta pour guide le Code civil

italien, publié en 1865 sur le modèle du Code Napoléon, en y apportant quelques modifications jugées utiles.

L'expérience a démontré la nécessité d'adapter les lois à l'évolution progressive de la nation et, dans ce but, furent créées, de temps à autre, des commissions qui s'appliquèrent à cette tâche avec une grande prudence cependant, vu le risque inséparable de toute innovation en matière juridique. La première révision se fit en 1880 ; la seconde en 1896 ; la troisième en 1904 ; la quatrième ne s'acheva qu'en 1916, à cause de quelques erreurs importantes corrigées en 1922. C'est de cette époque que date le Code actuellement en vigueur, car les travaux d'une autre commission nommée en 1928 furent laissés en suspens.

INFLUENCE DU CODE CIVIL FRANÇAIS À L'ÉQUATEUR DEPUIS SA PROMULGATION JUSQU'À L'HEURE ACTUELLE

Rapport présenté par

M. L. F. BORJA,
Quito, Equateur. A. S.

Le Comité France-Amérique de Paris, en m'annonçant que par son initiative on a organisé une manifestation à laquelle participeront en même temps la France et les pays d'Amérique, m'a fait savoir qu'il s'agit de célébrer le quatrième centenaire de la découverte du Canada par Jacques Cartier, fait qui a non seulement donné naissance au Canada, mais encore a permis d'introduire en Amérique la civilisation chrétienne et européenne.

Le Comité France-Amérique m'a aussi fait savoir qu'à l'occasion des fêtes du centenaire aura lieu, à Montréal, un congrès d'avocats et de magistrats et qu'une séance sera consacrée à l'étude comparative des législations américaines qui ont été calquées sur le Code civil français.

Le Comité a bien voulu me dire également qu'il avait demandé aux organisateurs de ces conférences sur le droit civil français de lui indiquer, pour chacun des pays respectifs, quels seraient les jurisconsultes les plus représentatifs et les plus qualifiés pour préparer un rapport sur la législation de leur pays et pour prendre part, s'ils le pouvaient, à ce congrès ; et c'est pour cela que les organisateurs ont bien voulu donner mon nom pour un travail de si haute importance.

Enfin le Comité m'a fait savoir que s'il ne m'était pas possible d'assister au congrès, il serait heureux de recevoir un mémoire dont le titre pourrait être : INFLUENCE DU CODE CIVIL FRANÇAIS AU PAYS DE L'EQUATEUR DEPUIS SA PROMULGATION JUSQU'À L'HEURE ACTUELLE.

Comme grand admirateur de la France et de sa splendide législation en ce qui regarde le Code civil, j'ai accepté avec plaisir l'invitation du Comité France-Amérique, et tout en regrettant de ne pouvoir assister personnellement au congrès d'avocats et de magistrats, j'ai rédigé le présent mémoire relativement à la question suggérée par le dit comité.

Comme le dit un jurisconsulte et légiste équatorien, Louis-Philippe Borja, « le droit protège l'homme dès le sein maternel et accomplit avec respect la dernière volonté du moribond ; il organise la famille,

détermine les devoirs entre les époux, les parents et les enfants, les tuteurs et les pupilles, garantit la propriété, transmet les biens d'une génération à l'autre, formule les contrats, est la sauvegarde de la liberté, de l'honneur et de la vie ».

Lorsque Locré parle de l'histoire du Code civil français, il soutient que la France entiere réclamait, depuis des siècles, une législation civile uniforme. Régie par les mêmes lois politiques, elle ne formait sous ce rapport qu'un seul Etat ; mais divisée en provinces, dont chacune avait ses lois civiles, elle se divisait en autant d'Etats particuliers.

Locré ajoute que les plus prudents rois de France, ses plus grands magistrats avaient tenté vainement de faire cesser la confusion qu'engendrent (selon l'expression de Portalis qui empruntait la pensée de Rousseau) des lois différentes parmi des populations qui, vivant en relations constantes sous un même gouvernement, ne savent jamais si leur patriotisme leur est propre. Le provincialisme avait toujours fait échouer de tels projets ; chaque fraction de la nation considérait ses lois particulières comme un patrimoine garanti par le pacte qui l'avait incorporée à la France.

La Révolution mit un terme à cet état de choses ; car ses diverses assemblées se préoccupèrent de mettre de l'uniformité dans la législation civile, mais l'agitation, d'après Locré, paralysa les tentatives ; et ce fut heureux, car une bonne législation civile ne pourrait naître au milieu des passions, des tempêtes, des exagérations, des systèmes faux et extravagants qui prédominaient alors.

Le 24 thermidor, an VIII, (12 octobre 1800), on résolut par l'entremise des consuls de convoquer au Ministère de la Justice Tronchet, président du tribunal de cassation, Bigot Préameneu, commissaire du gouvernement auprès du tribunal, et Portalis, commissaire au conseil des prises, pour y conférer au sujet de la rédaction du Code civil. On invita à ces conférences Malleville, membre du tribunal de cassation, qui devait remplir les fonctions de secrétaire-rapporteur.

Une fois qu'on eût rédigé le projet du Code civil, on l'envoya, selon l'usage d'alors au Conseil composé de Boulay, président, Berlier, Emery, Portalis, Réal et Thibaudeau.

Le premier Consul, qui présida la première séance, demanda qu'on l'informât de l'état du travail relatif au Code civil ; et après des séances prolongées, interrompues pour divers motifs, on réussit à rédiger le Code civil.

Le premier Consul, Napoléon le Grand, prit part à toutes les discussions avec la clarté, le précision, la perspicacité propres à un génie extraordinaire.

Voilà pourquoi, Bigot Préameneu, en présentant le code au Corps législatif, à la session du 2 août 1807, s'exprima en ces termes : « Le titre de *Code civil des Français* suffisait quand son application se réduisait aux limites de l'empire ; mais quand on l'a adopté en beaucoup

d'autres pays, il était nécessaire qu'il portât un nom convenant à la loi de chaque pays. Or on l'a publié bien des fois avec un titre, avec un nom dont le choix aurait été inspiré seulement par la reconnaissance, si ce n'eût été d'autre part un hommage rendu en vérité à celui qui a donné naissance à cette grande œuvre, à celui qui, dans le plan général comme dans ses principales dispositions, a imprimé les traits impérissables de son génie prévoyant et créateur. A cause de ces motifs et des sentiments qui animent plus particulièrement les Français, le Code civil sera pour eux, plus que pour tout autre peuple, le Code Napoléon, et on ne saurait douter que ce ne serait contre leur volonté que de le laisser plus longtemps sous un autre nom ».

Selon l'opinion de Laurent, le Code civil français porte le titre de Code Napoléon. La postérité reconnaissante, ajoute-t-il, a gardé ce titre que lui donnèrent les contemporains quand l'empereur était au comble de la gloire. Nous pouvons reconnaître maintenant, sans flatterie, que nous devons au premier Consul le bienfait d'une législation qui, par la clarté et la précision de la forme, était un vrai chef-d'œuvre. Le travail de la codification avait été tenté avant lui et avait échoué. Dès son avènement au pouvoir, le premier Consul souhaita d'accomplir le vœu manifesté par toutes les assemblées nationales, et il triompha ...

Après avoir examiné, parce que cela était nécessaire, l'œuvre de Napoléon le Grand, afin de m'astreindre au sujet que le Comité France-Amérique m'a indiqué, je traiterai de l'influence que le Code civil français a eu à l'Equateur depuis sa promulgation jusqu'à nos jours.

Napoléon s'enorgueillissait du titre de législateur et il disait à Sainte-Hélène : « Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles. Waterloo dissipe le souvenir de tant de victoires. Ce que personne n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est le Code civil ».

Louis-Philippe Borja, jurisconsulte équatorien, dans ses « Etudes sur le Code civil chilien », œuvre qui n'a pas été surpassée en Amérique du Sud, dit que le premier Consul exerce une domination universelle qu'il ne put atteindre par les armes ; que presque toutes les nations civilisées ont plus ou moins consulté le Code Napoléon en rédigeant les codes qui les régissent.

Et pour nous en tenir à l'Equateur, après la proclamation de l'indépendance, les pragmatiques, les cédules, les décrets et les ordonnances du gouvernement espagnol, sanctionnés jusqu'au 18 mars 1818, restèrent en vigueur ; il en fut de même du recueil des Indes, du recueil de Castille, des Sept Répertoires d'Alphonse le Sage.

Jusqu'au 1er janvier 1861 où le Code civil entra en vigueur, à l'Equateur, on adopta les lois suivantes en rapport avec cette matière :

a) la loi du 17 avril 1837 concernant les enfants naturels ;

b) celle du 28 mars 1843 qui autorise de nouveau la libre stipulation des intérêts ;

c) celle du 17 juin 1843 et du 6 février sur la construction

des immeubles ;

d) celle du 21 juin 1851 abolissant la libre stipulation des intérêts;

e) celle du 13 septembre 1852 qui fixe la majorité à 21 ans ;

f) la loi du 7 octobre 1852 amendant celle du 6 février 1846, relatif à la construction des immeubles.

Le Congrès équatorien de 1837 confia à José-Fernandez Salvador la tâche d'examiner le Code civil de Bolivie dans le but de savoir s'il était adaptable à l'Equateur ; et le distingué jurisconsulte de Quito présenta le rapport requis en ajoutant des considérations favorables à l'adoption de ce code avec quelques modifications et suppressoins, mais en ne dépassant pas le livre premier qui traite du titre préliminaire et des personnes.

Dans son rapport, Fernandez Salvador déclare qu'en examinant le Code civil de Bolivie, approuvé par la Souveraine Assemblée Constituante de cette nation, par décret du 15 juillet 1831 « il avait à peine réussi à le parcourir par la lecture et à le comparer rapidement avec le Code civil Napoléon dont on a copié littéralement les articles avec quelques modifications et suppressions ».

Comme on le voit, dès le premier projet du Code civil de l'Equateur, en 1837, l'influence du Code Napoléon se faisait déjà sentir d'une manière efficace.

Dans son rapport, Fernandez Salvador cite Portalis, Domat et Daguesseau et même si il ne mentionne pas l'œuvre de Locré, il n'y pas de doute que Fernandez Salvador ne l'ait connue puisqu'il cite les discussions sur le Code Napoléon fidèlement insérées dans l'œuvre de l'auteur susdit.

Dans le projet non terminé de Fernandez Salvador on a adopté le système même du Code civil français qui comprend le titre préliminaire et trois livres traitant des personnes, des biens et des différentes modalités de la propriété et des différentes manières d'acquérir la propriété.

Comme le dit l'auteur de ce rapport en publiant l'œuvre inédite de Fernandez Salvador, « en vue de très grandes difficultés provenant d'une législation civile si complexe, émanant des anciens recueils et de toutes les lois votées par les Congrès de l'Equateur, en 1851 et en 1852 on nomma des commissions codificatrices, mais sans aucun résultat. Le 26 octobre 1855, on émit un décret législatif qui ordonna à la Cour Suprême de Justice de présenter un projet de Code civil ».

La cour suprême, pour exécuter l'ordre qu'on lui avait signifié formula le projet qui comprend le titre préliminaire et les livres se rapportant aux biens, à la propriété et à ses différentes modalités et il l'envoya au ministère de l'Intérieur.

Ce projet, qu'on n'a pas publié, est, dans sa majeure partie, une adaptation du Code Napoléon, avec certaines modifications importantes découlant presque toutes des idées religieuses qui prédominent chez le peuple équatorien, car il confie les registres de l'état civil aux curés ;

il n'admet pas d'autre mariage que le mariage catholique régi par le droit canonique.

Quand on eut envoyé le projet à qui de droit, le président de la cour suprême adressa au ministère de l'Intérieur une communication dans laquelle il déclarait que, depuis qu'on avait terminé et qu'on avait remis au gouvernement une grande partie du projet du Code civil, il avait vu le code que l'on avait adopté sur la même matière dans la république du Chili et qui se trouvait alors en vigueur.

La cour suprême, avec une modestie propre aux illustres jurisconsultes qui la composaient, dit au ministre de l'Intérieur, en se rapportant à la convenance d'adopter le Code civil de la république du Chili: « La cour qui n'entretient pas de sentiments d'orgueil ni de vanité et qui croit qu'il n'y a aucun discrédit à employer ce qui a été bien fait n'a pas hésité à revenir sur ses pas en remettant la main à ses travaux antérieurs, et elle s'est attachée à examiner longuement ledit code. De cet examen, elle est arrivé à la conviction que le plan dudit code est préférable à celui que la cour s'était tracé et que ses doctrines et même son style pouvait être adopté par nous en y introduisant que quelques variantes que la différence des circonstances et l'avantage de la clarté rendraient nécessaires. C'est précisément ce que la cour est en train de faire, et aujourd'hui elle a la satisfaction de remettre, par mon intermédiaire, le titre préliminaire dudit code qu'elle a révisé jusqu'ici, afin que le conseil du gouvernement lui réserve ses observations plutôt qu'à celui qu'on a soumis auparavant ».

Après qu'on eut présenté le projet du Code civil du Chili au Congrès équatorien de 1857, on l'approuva le 25 novembre de la même année, et le vice-président de la république le sanctionna le 6 mars 1858 ; mais il ne fut pas promulgué, comme l'exigeait la Constitution en vigueur, et conséquemment il resta sans effets.

Le 4 décembre 1860, la junte du gouvernement émit un décret par lequel elle ordonnait que le Code civil commencerait à prendre force dans toute la république le 1er janvier 1861, et par conséquent c'est à cette date que l'Equateur eut le premier Code civil qu'on désirait depuis 1837.

Comme on l'a indiqué, le Code civil du Chili fut adopté par l'Equateur avec des modifications qui ne sont pas substantielles ; aussi, d'après la nature de ce travail, convient-il d'examiner l'influence que le Code civil français eut sur le Code civil du Chili.

L'auteur du Code civil chilien fut le savant vénézuélien Andrés Bello qui s'établit au Chili, fut l'initiateur de la culture de cette nation, écrivit une grammaire espagnole si philosophique et si savante qu'elle a difficilement de rivale en d'autres langues.

Bello ne copia pas littéralement le Code civil français, mais il s'en inspira d'une manière particulière ainsi que des anciens recueils ou Partidas de la Nouvelle Compilation du Code de la Louisiane, de l'Autriche, du projet de l'Espagnol Garcia Goyena ; il consulta les

grands commentateurs du Code français tels que Pothier, Domat, Merlin, Delvincourt ; il étudia Savigny et alla jusqu'à adopter la même division des matières comprises dans les quatre livres du Code civil, comme l'observe Borja dans le prologue sur les Etudes relatives au Code civil chilien.

Dans quelques titres, comme l'observe Borja, tels que ceux de la servitude et des contrats, on trouve à peine quelques différences entre le Code français et le Code chilien ; mais, pour comprendre (le commentateur déjà cité le dit) combien est différent le système des deux codes, il suffit de faire attention à la circonstance très remarquable et très caractéristique que le Code Napoléon n'accepte pas la tradition parmi les modes d'acquérir la propriété ; mais Andrés Bello, en suivant et les lois romaines et les lois espagnoles déclare (et avec raison nous semble-t-il) que du contrat ne naissent que des actions personnelles et que la tradition est bien ce qui confère la propriété.

Hyacinthe Chacon, commentateur du Code civil du Chili, sa patrie, dit à ce propos ce qui suit : « Notre code s'est écarté du plan du droit romain qui divisait la législation en trois objets : personnes, choses et actions, parce que cette division, comme elle ne s'appuie pas sur un élément fondamental de la société, est arbitraire et de ce fait introduit de la confusion entre les différentes matières du droit. C'est pour cela que les rédacteurs de notre code, sous l'inspiration du conseil du premier Consul « d'éviter l'arbitraire dans les divisions et de les prendre dans l'essence des choses », adoptèrent le plan plus naturel et plus logique du Code français qui part aussi du principe de la propriété ».

Andrés Bello consacra vingt ans à la rédaction d'un projet du Code civil pour la république du Chili, que révisa une commission de jurisconsultes et qui fut approuvé en 1855 par le Congrès de cette nation et entra en vigueur le 1er janvier 1857.

Le président du Chili, Manuel Monnt, dans le message qu'il adressa au Congrès de 1855, en proposant l'adoption du Code civil, déclara que « en matière de contrats ou de quasi-contrats, vous trouverez bien peu de choses qui n'aient leur source dans la législation actuelle la plupart, ou dans l'autorité d'un code moderne, spécialement le Code français, ou dans l'autorité de quelqu'un des plus éminents jurisconsultes ».

Avec raison, dans le Traité de droit civil colombien par Edmond Champeau, docteur de la Faculté de droit de Paris, recteur et professeur de droit civil et de droit romain de la Faculté de Bogota (Colombie), et par Antonio-José Uribe, professeur à la même faculté, on affirme que « le Code Napoléon, adopté par différentes nations européennes, a servi de base aux jurisconsultes qui, dans l'Amérique espagnole, se proposèrent plus tard de doter leur patrie de son propre droit civil.

Le Code civil chilien, sur lequel le Code Napoléon exerça une

si grande influence, exerça aussi une influence sur le Code argentin, œuvre de Damacio Vélez-Sarsfield, et sur le projet de Code civil que le célèbre jurisconsulte A.-J. Freitas élabora pour le Brésil.

Avec raison, Borja affirme, Borja (je le répète) que le premier Consul exerce une domination universelle que l'empereur ne put exercer par le moyen des armes.

Lorsqu'on étudie le Code civil du Chili, on étudie par le fait même le Code civil de l'Equateur, adopté quand on le sanctionna le 1er janvier 1861.

Dans le Code civil du Chili, son auteur, Andrés Bello indiqua les sources où il avait puisé, et il cite fréquemment le Code civil français avec le commentaire de Rogron, ainsi que Delvincourt et les divers traités de Pothier.

Le Code civil du Chili, qui est, avec quelques différences accidentelles, celui de l'Equateur, se divise en quatre livres : personnes, biens, testaments et obligations.

Le Code civil français ne consiste qu'en trois livres en plus du titre préliminaire qui précède, dans l'un et l'autre les livres susdits.

Dans le Code civil de l'Equateur, à la différence du Code civil français, le titre des successions est considéré comme un livre distinct, parce qu'on a donné une importance spéciale à la succession à cause de mort comme une des différentes manières d'acquérir la propriété.

Une des modifications substantielles du Code civil équatorien consiste en ce que le Code Napoléon, comme l'observe Borja, n'accepte pas la tradition parmi les modes d'acquérir la propriété. Mais Bello, en suivant les lois romaines et les lois espagnoles, déclare que du contrat ne naissent que des actions personnelles et que c'est la tradition qui confère la propriété.

Quant au titre préliminaire, le Code Napoléon et le Code de l'Equateur coïncident dans l'essentiel même quand, en ce dernier, les dispositions sont plus prolixes ; car le titre préliminaire du Code civil français consiste seulement en cinq articles, bien que diverses dispositions soient disséminées dans le reste du code.

Le Code équatorien contient quarante-neuf articles dans le titre préliminaire, en incluant ceux qui, en vertu d'une loi spéciale, établirent des règles au sujet de l'effet rétroactif des lois qui ne se trouvaient pas dans le projet de Bello.

Au livre premier, il y a une innovation d'une suprême importance que note Borja en ces termes : « Une fois qu'on eut promulgué le Code civil équatorien, M. Garcia Moreno fit ensuite la très importante innovation d'accorder à la veuve un pouvoir paternel sur ses enfants légitimes. En obéissant aux réminiscences romaines, Andrés Bello avait commis l'injustice de nier à la mère veuve un pouvoir paternel ; et il était nécessaire de réparer cette injustice. Nous ne pouvons méconnaître que M. Garcia Moreno en agissant ainsi, s'est laissé guider par son remarquable talent, lequel, soit dit en passant, le poussait à

l'éclectisme quand il était inspiré par la théocratie et la tyrannie ».

Le mariage resta absolument soumis au droit canonique quant à la solennisation, à la validité, aux empêchements de le contracter ; en 1912 seulement on édicta la loi du mariage civil qui sécularisa le mariage, et le soumit, comme contrat, à la législation commune.

La loi du mariage civil établit la simple séparation de la vie conjugale et en plus le divorce qui dissout le mariage. Pour ce dernier, elle ne reconnaît pas, comme cause de divorce, l'adultère du mari, mais bien son concubinage public et scandaleux, de même quand il appert d'une sentence judiciaire, que l'un des conjoints est l'auteur ou complice d'un crime contre la vie de l'autre conjoint, et finalement le mutuel consentement des deux conjoints, met fin au mariage, déclaration juridique étant faite au préalable avec un jugement exécutoire.

Le mariage civil ainsi que les formalités de l'inscription dans les registres de l'état civil ne sont pas mentionnés dans le code, mais dans des lois spéciales, à la différence de ce qui arrive dans le droit français.

Comme je l'ai déjà énoncé, le Code civil équatorien consiste en quatre livres ; car on a consacré l'un de ces livres exclusivement à la succession à cause de mort qui, dans le Code civil français, forme partie du livre troisième, lequel traite des différentes manières d'acquérir la propriété.

En général, en traitant des successions, le Code civil de l'Equateur suit le système du Code civil français.

Le Code équatorien n'admet pas le testament holographe, mais il admet le testament par acte public et le testament mystique ou secret qui, avec des variantes accidentelles, est soumis dans les deux codes, à des formalités semblables.

Quant aux biens et au livre sur les contrats, c'est là que se laisse sentir davantage l'influence du Code civil français sur le Code civil de l'Equateur, c'est pour cela que les doctrines et les commentaires des auteurs de traités français sont étudiés avec grand soin par les jurisconsultes et les juges quand il s'agit d'appliquer ou d'interpréter la loi dans ces matières.

Dans le titre préliminaire, il importe de bien tenir compte que le Code du Chili et celui de l'Equateur, avant ceux de l'Europe, reconnurent l'égalité des droits des nationaux et des étrangers.

L'auteur de ce rapport, en commentant un opuscule de Borja, s'exprime ainsi : « Il est nécessaire d'insister, comme le fait le Dr Borja, sur le fait que le Chili, et ensuite l'Equateur, eurent l'honneur d'adopter dans leur législation civile, avant les nations les plus avancées de l'Europe, le principe humain et libéral selon lequel il n'y a aucune différence entre les nationaux et les étrangers en ce qui concerne les droits civils ».

Comme le rappelle le Dr Borja. « Laurent et Weiss, illustres jurisconsultes, louèrent l'Italie avec enthousiasme, en supposant qu'elle

fut la première nation qui établit dans son Code civil le principe de l'égalité entre les nationaux et les étrangers, en s'éloignant des mesquines limitations qui, relativement à ce point, se trouvaient dans le Code Napoléon ainsi que dans les lois des principales nations européennes.

« On doit revendiquer partant, pour l'Amérique, l'honneur d'une si noble innovation qui fut synthétisée, des années plus tard, par l'illustre président argentin, Saenz Pena, en ces termes : « L'Amérique pour l'humanité » en contraste avec la doctrine dite de Monroe, qui se prête à tant d'interprétations et qui dans la pratique a été la cause parfois de graves difficultés. ».

En ces dernières années, on a édicté des lois en plus de celles déjà mentionnées qui réforment substantiellement le droit civil. En France, d'éminents auteurs de traités soutiennent qu'il faut que l'école historique subsiste, considérant que le droit, en ce qu'il a d'abstrait et d'universellement applicable, est arrivé à la perfection avec les jurisconsultes romains et avec les savants commentateurs qui les précédèrent.

A propos de cette question, Théophile Huc, célèbre commentateur, fait les très remarquables observations suivantes : « Un code n'est pas le produit arbitraire et spontané de la pensée du législateur dans le travail de réglementation. Un code résume, dans son texte, les résultats obtenus par le labeur de la raison dans les siècles passés. Il est nécessairement, au moment de sa promulgation, l'expression presque exacte des nécessités de l'époque et des conquêtes réalisées sur la période précédente. Nos codes ont d'autre part, un avantage pratique incontestable, c'est-à-dire, de diminuer les litiges par le seul fait de leur puissante unité ».

Le seul inconvénient, comme on le dit, c'est d'enfermer la science pour longtemps dans un moule qui peut être défectueux. Mais cela n'est pas exact : un code n'empêche pas l'élaboration scientifique sans cesse continuée par les travaux des jurisconsultes et des publicistes, par l'étude et l'appréciation des faits économiques et sociologiques nouveaux ou considérés sous de nouveaux aspects jusqu'à ce que ces travaux aient démontré la nécessité de procéder à une révision de l'œuvre législative ».

En vertu des raisons apportées par le célèbre commentateur français, à l'Equateur on a cru nécessaire d'édicter des lois comme celles du mariage et du registre civil et celle qui permet à la femme d'exclure de la société conjugale ses biens propres.

Le Code civil équatorien a accepté uniquement le régime de la communauté sous une forme presque identique à celle du Code civil français ; mais plus tard, dans le Code de procédure, en 1911, on s'écarta de ce système en permettant à la femme d'exclure de la société conjugale les biens de sa propriété personnelle et de les administrer indépendemment du mari.

Ce qu'il y a de plus important encore se rapporte aux enfants illégitimes ; le Code civil de l'Equateur prohibait la recherche de la paternité et excluait les enfants illégitimes de toute participation aux biens laissés par les parents. Dans la dernière Constitution de l'Equateur, sanctionnée le 26 mars 1929, parmi les garanties constitutionnelles, on établit les suivantes : « Les enfants illégitimes ont aussi droit à être élevés et éduqués par leur parents et à hériter d'eux dans la proportion que détermine la loi ». « On établit le droit de recherche de la paternité, sous la forme et dans les cas que la loi déterminera ». « L'Etat à défaut des parents, prendra soin de créer pour les enfants illégitimes des conditions suffisantes pour leur meilleur développement physique. intellectuel et social ».

Le Code civil français prohibait la recherche de la paternité ; mais pour la première fois, on tâcha de l'admettre au Parlement de 1878 ; et après une série de travaux, prolixes et scrupuleux, on vota la loi du 19 novembre 1912 relative à la reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle.

Jusqu'ici on n'a pas édicté à l'Equateur la loi relative à la recherche de la paternité et aux droits des enfants illégitimes à la succession des parents ; mais le barreau, des avocats, à la demande du ministère de la Justice, a formulé un projet qui est presque identique à la loi française de 1912, ou pour le moins on doit reconnaître que les auteurs du projet eurent cette loi sous les yeux et tâchèrent de l'adapter à l'Equateur.

De ce que l'on a exposé dans ce rapport on voit que le Code civil français, plus correctement le Code Napoléon, a exercé une influence décisive sur le Code civil de l'Equateur et sur les lois qui se rapportent au droit civil qu'on a édictées postérieurement.

La France a éclairé le monde des reflets de la science, de l'art et de la culture ; et ses reflets, en arrivant aux derniers confins du monde, ne pouvaient manquer de briller à l'Equateur, nation qui adopta les institutions françaises, qui s'enthousiasme pour les gloires de la grande nation, qui admire ses hommes illustres et qui suit avec intérêt sa vie politique, scientifique, sociale et économique.

BIBLIOGRAPHIE

BELLO. — Œuvres complètes.
BORJA (Louis-Philippe). — Etudes sur le Code civil chilien.
BORJA (Louis-Philippe). — Les Enfants naturels.
BORJA (Louis-Philippe). — La Législation équatorienne en 1901.
BORJA (L. F.). — Le premier Projet de Code civil équatorien.
BORJA (L. F.). — Un Opuscule inédit du docteur Luis-F. Borja.
BRUN. — La Recherche de la paternité.
CHACÓN. — Etudes du Code civil comparé.
CHAMPEAU et URIBE. — Traité de Droit civil colombien.

HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil.
LAURENT. — Principes de Droit civil.
LOCRÉ. — Esprit du Code Napoléon.
LOCRÉ. — La Législation civile, commerciale et criminelle de la France.
MONTHOLON. — Récit de la Captivité.
POUZOL. — La Recherche de la paternité.
Code civil français, édition de Henry BORDEAUX. — 1930.
Code civil de la république du Chili. — 1858.
Code civil Esquisse par A. T: de Freitas.
Code civil de la république de l'Equateur. — 1871-1889.
Code des Mises en accusation civiles de l'Equateur.
Loi du registre de l'état civil de l'Equateur.
Loi du Mariage civil de l'Equateur.
Constitution politique de la république de l'Equateur. — 1929.
« Revista Forense », Organe du Barreau de Quito.

LA LÉGISLATION ET LE DROIT PUBLIC DANS LA PRINCIPAUTÉ DE MONACO

Rapport présenté par

LE BARON MARCELLUS D. A. R. VON REDLICH,
LL.D., Ph.D., Litt.D.

La législation civile et la législation commerciale de la Principauté de Monaco sont directement inspirées de la législation française en semblable matière et en reproduisent presque littéralement les termes et les dispositions. Il faut ici indiquer qu'en 1793, un décret de la Convention Nationale de France réunit la Principauté de Monaco au territoire de la République Française. Le Traité de Paris en 1814 rétablit la Principauté dans son indépendance sous la souveraineté de ses Princes. Le Prince Héréditaire, fils d'Honoré IV, qui régna depuis sous le nom d'Honoré V, chargé par son père de la délégation du pouvoir Souverain, établit l'organisation judiciaire et administrative sur le modèle des institutions françaises. Il ordonna, en conséquence, l'établissement d'un corps de lois. Les lois françaises civiles et commerciales servirent de base. Elles furent adoptées presque intégralement avec quelques légers amendements conformes aux anciennes coutumes locales. L'une de ces différences mérite d'être signalée. Elle a trait au régime légal des époux mariés sans contrat de mariage. D'après le Code Napoléon, le régime légal de ces époux est la communauté de biens. Aux termes de la loi monégasque d'alors, mais non aujourd'hui, ce régime était celui de la séparation de biens.

Enfin, en 1818, le Code civil et le Code de Procédure furent promulgués. Ces lois et codes régirent la Principauté jusqu'en 1859. A cette date, le Prince Souverain Charles III, monté sur le trône en 1856, ordonna la refonte de l'ensemble des lois qui régissaient la Principauté. La rédaction d'un nouveau Code de commerce et d'un nouveau Code civil furent le fruit d'une étude longue et approfondie, mais toujours directement inspirée par les lois et la jurisprudence françaises. Cette même inspiration directe dont nous préciserons ci-dessous les lignes directives se retrouve dans les modifications successives apportées depuis aux lois monégasques existantes au fur et à mesure que les lois françaises subissaient elles-mêmes une évolution ou une modification.

C'est ainsi que successivement la législation sur les enfants naturels a été progressivement élargie (Ordonnance du 25 octobre 1884 et Ordonnance du 3 juillet 1907). De la même année et du 11 juin, modifiée (et complétée par une Ordonnance du 11 juin 1909 relative au droit d'appel, visé ci-dessous) le divorce a été introduit

dans les lois de la Principauté. A signaler l'article 5, qui ne se trouve pas dans la loi française, relatif au motif de divorce pour cause d'aliénation mentale, épilepsie, délire alcoolique, siphylis.

La même année, la recherche de la paternité est introduite dans la législation, etc. etc. A noter, ici, une importante différence de la législation monégasque d'avec la loi française en ce qui concerne la vente. Celle-ci portant sur un immeuble de la Principauté d'une valeur de plus de 150 frs doit, pour produire ses effets, être constatée par acte authentique passé devant un notaire monégasque. La promesse synallagmatique de vente d'un immeuble d'une valeur supérieure à 150 frs ne vaut vente qu'à partir du moment où elle est constatée ou réalisée par acte authentique devant un notaire monégasque.

Autre différence, la législation française de 1919 sur la légitimation des enfants adultérins n'a pas été adoptée dans la Principauté. Cette légitimation demeure interdite. De plus la nouvelle loi française (1920) facilitant l'adoption par déclaration devant notaire a été repoussée des lois monégasques. L'ancienne loi avec les deux degrés de juridiction pour l'homologation de l'adoption reçue par le juge de paix est la loi actuelle de ce pays.

La plus récente édition du Code civil monégasque est de 1913 (Monaco, Imprimerie de Monaco, avec préface de M. le Baron de Rolland).

Enfin, les lois sont exécutoires dans la Principauté en vertu de la promulgation qui en est faite par ordre du Prince, et dès le lendemain de cette promulgation. La promulgation résulte de l'enregistrement fait par le Tribunal de l'Instance à la Ière audience qui suit la réception au Greffe (Code civil, ed. proc. art. Ier).

Les mêmes observations sur les sources françaises du droit commercial et sur celles de la Procédure civile, doivent ici être faites. A signaler ici la différence de la législation commerciale monégasque qui ne comprend pas pour le commerçant gêné dans ses affaires la procédure de la liquidation judiciaire, mais uniquement celle de la faillite. Toutefois, la législation française d'après-guerre sur le règlement transactionnel a été adoptée (Loi du 20 février 1920).

La plus récente édition du Code de Commerce est celle de 1922.

Autre différence importante pour la procédure civile. Aux termes du Code monégasque, les parties peuvent se présenter en personne devant le tribunal de Ière Instance quelle que soit l'importance du littige. L'obligation de l'avocat n'apparait que devant la Cour d'Appel. Les avocats dits défenseurs sont en même temps avoués, au sens français de la procédure.

Le second degré de juridiction, dit Cour d'Appel, est récent dans l'organisation judiciaire de la Principauté. Elle a été organisée par une Ordonnance souveraine du Prince Albert Ier du 18 mai 1909.

L'édition du Code de Procédure civile est de 1896. Elle est en cours de réimpression.

Il importe enfin de donner une rapide analyse du Droit Public monégasque.

Jusqu'à la date du 5 janvier 1911, le Prince de Monaco était Souverain absolu. Il statuait sur toutes les matières de droit interne ou de droit international par des Ordonnances souveraines qui avaient force de loi. Le 5 janvier 1911, le Prince Albert Ier a volontairement et par le libre exercice de son autorité souveraine accordé une Constitution à ses sujets. Cette constitution fut suspendue le 8 octobre 1914, par suite de l'état de guerre déclaré en Europe et de la situation anormale qui en était la conséquence. Elle fut remise en vigueur par Ordonnance du 18 novembre avec quelque modifications.

Aux termes de cette constitution, la Principauté de Monaco forme un Etat indépendant, avec à sa tête le Prince. dont la liberté et la souveraineté sont celles reconnues par les Traités internationaux, notamment les traités conclus entre la France et la Principauté le 14 septembre 1461 et le 2 février 1861.

Sont assurés la séparation de l'autorité administrative et judiciaire, le fonctionnement d'un Conseil de Gouvernement délibératif et la participation du Conseil National à la confection de la loi.

Le Gouvernement de la Principauté est exercé, sous l'autorité du Prince, par :

1° un Ministre d'Etat, assisté de trois Conseillers du Gouvernement : intérieur, finances, travaux publics. Il a la direction supérieure des services administratifs et il a la direction des Relations extérieures ;

2° Un Secrétaire d'Etat, Président du Conseil d'Etat. Directeur des Services judiciaires ;

3° Un Conseil d'Etat chargé de la préparation des lois, ordonnances et du budget annuel.

Le pouvoir législatif est exercé par le Prince et le Conseil National. Le Conseil National comprend 12 membres élus au scrutin de liste par un collège électoral de 30 membres, formé de neuf délégués du Conseil communal pris dans son sein, et de 21 électeurs désignés par le suffrage universel. Ce Conseil est élu pour quatre ans. Il a à sa tête un Président nommé par le Prince.

L'initiative et la sanction des lois appartiennent au Prince. Toutefois, le Conseil National a la faculté de demander au Prince de proposer une loi sur un sujet déterminé.

Aucune contribution directe ne peut être établie que sur le vœu du Conseil National.

Le Prince pourvoit aux besoins de la Principauté à l'aide de recettes, revenus et produits du domaine privé et du domaine public. Ce dernier comprend les rues, places, chemins de la Principauté, (exception de ceux qui sont le prolongement des routes françaises). et un certain nombre d'immeubles, terrains ou bâtiments.

Tous les Monégasques sont égaux devant la loi.

La Principauté forme une Commune avec, à sa tête, un Maire et trois adjoints, élus par le Conseil. Le Conseil communal (15 membres) est élu au suffrage universel pour trois ans. Son budget est alimenté par le produit des propriétés communales et par les sommes mises chaque année à sa disposition par le Conseil National.

Un tribunal suprême est institué pour statuer sur les recours ayant pour objet une atteinte aux droits et libertés, consacrés par la Constitution, à savoir : la liberté individuelle, la liberté de conscience, celle des cultes, l'inviolabilité du domicile, de la propriété. Ce tribunal suprême est composé de 5 membres nommés par le Prince, savoir : un membre présenté par le Conseil d'Etat, un par le Conseil National, deux par la Cour d'Appel, un par le tribunal civil de 1ère instance.

Bibliographie :

Lois Usuelles de la Principauté 1828-1907
1908-1912
1913-1919
1919-1922

Code civil Monégasque
éd. 1913. Imprimerie de Monaco.

Code de Procédure civile
éd. 1896 id.

Code de Commerce
éd. 1922 id.

Saige. — Histoire de la Principauté. Imp. de Monaco et Hachette.

von Redlich, (Baron Marcellus), — World Problems. Imp. de Société Générale d'imprimerie (1932).

von Redlich, (Baron Marcellus), — The Queen of the Azure Coast. Imp. de International Courier Publ. Co.

PROHIBITION OF FIDEICOMMISSUM IN FRENCH AND ITALIAN LAW

Presented by

MR. SALVATORE GALGANO,

Professor Royal University
of Naples
Secretary-General of the
Institute of Legislative Studies,
Rome.

I have chosen as the theme for my contribution to the work of the Journées du Droit Civil Français, the question, under French and Italian law, whether testamentary provisions obligating the beneficiary to turn over the property to a third person upon the happening of a specified condition constitute a trust or « fideicommissum ». As is well known such provisions are usually dependent on the condition that the beneficiary dies without children (si sine decessirit) or on the conditions, less frequent but not at all rare, that the beneficiary dies prior to contracting a marriage or attaining majority of the like.

The subject appears to me of special interest for several reasons.

In the first place there is a striking similarity, a startling coincidence, in the jurisprudence of the two countries as to this problem, notwithstanding the diversity of the fundamental rules embodied in the two Civil Codes, Art. 896 of the French Code, and Articles 899 and 900 of the Italian Code. This similarity has persisted in the varying and at times contradictory jurisprudence respecting the problem in the course of time. By jurisprudence it is hardly necessary to tell this audience I mean the decisions of the courts. The stages of the evolution of this jurisprudence and the initial causes of the general tendency from which it took its origin and of the siccessive changes have been alike in both countries.

Then there has been one characteristic in common in these court decisions of the two countries, more particularly accentuated recently in Italy, namely, on the one hand, a vigorous dissent from the most authoritative and prevalent doctrine of the commentators, and on the other, as it seems to me, a failure to follow the statutory enactments.

Again, a thorough examination of the problem induces one to abandon a rather dry and difficult technical consideration of the limited field, for the far broader aspects of the extent to which the courts should limit their action if they are not to invade the field of the Legislature, and of the still larger problem of reforming the code provisions in the two countries as ti trust or « fideicommissum ».

And finally, the question is one which shows clearly the importance of research in comparative law for the study of questions of the

internal law of the various countries, by reason of the contribution, sometimes decisive, which comparative law can render in the solution of the identical questions both « de jure conditio » and in legislative reforms.

In view of the limitations of time on this occasion, I shall confine myself to a statement in summary form of the results of my research, making a rapid survey of the essence of the problem, then of its principal critical aspects, and finally of hte orientation for an eventful reform of the two bodies of legislation. The full text of my article I shall be glad to present in the event the proceedings of this meeting are to be published.

As is well known and as I have already remarked, while the prohibition of a trust (fideicommissum) is common to the statutory law of both countries, nevertheless there is a divergence between them as to the sanctions imposed upon a breach of the prohibition. Under the French Code such a breach produces an absolute nullity of the testamentary disposition (Art. 896), but under the Italian Code (Art. 900), the testamentary disposition is only void as to the institution of the residuary beneficiary. There is a difference also in the treatment accorded by the two codes as to provisions in favour of unconceived children. Such provisions are absolutely void by the French Code (Art. 906) ; Code (Art. 764).

These differences naturally are of importance in the discipline of the « fideicommissum » in the two legislations. But they do not prevent a statement in identical terms of our problem in both. In both, in fact, the question to be determined is whether the testamentary dispositions under consideration are or are not of a trust or fideicommissary character, whether therefore they are subject to the prohibition of a trust and to the corresponding sanctions.

As I have said, the tendency of the jurisprudence, in facing this problem, has been identical in both countries. It was earlier and more decisive in France, because of the greater severity of the French Code, but in both countries the courts have had the same objective. They have sought for and put into action all appropriate means to save the testamentary provisions in question from nullity and to withdraw them from the sphere of application of the rules prohibiting trusts.

The longer the time that elapsed after the promulgation of the two codes, the more evident became the hardships of such rules in so far as these particular testamentary provisions were concerned. The rules themselves seemed to fit only cases of a long sereis of substitutions, one following the other, protracted over a lengthy period. Their very rigour seemed entirely out of proportion and deprived of any reasonable basis applied to the dispositions we are examining, which are absolutely free from the dangers which it was the intention of the codes to prevent.

Accordingly the methods adopted by the courts to attain the ends

they sought, were almost the same in both countries.

So in France, at first, the possibility was suggested that these provisions constituted merely an ordinary substitution — which as is well known, is valid — or the will was interpreted as being a mere recommendation or prayer on the part of the testator, or as giving merely a residuary legacy (de residuo).

Successively, resort was had to the expedient of interpreting the will to the effect that it was the intention of the testator to give to the first beneficiary only the usufruct of the hereditary property, and the naked property thereof under a condition to one or the other of the beneficiaries, according to whether the condition did or did not happen.

In the course of time a further step was taken and the will was construed as vesting the full estate, but subject to a resolutory condition as to the first beneficiary and a suspensory condition as to the second beneficiary. This interpretation not only was approved by the Court of Cassation in its judgment of June 18, 1873, but became the general ruling principle on the subject and was extended to all testamentary provisions of the kind we are dealing with, and these provisions were declared « a priori » to be valid.

But this advanced position, representing the climax of the jurisprudential evolution in France, was in turn abandoned. The concept was then adopted that the determination of the legal validiity of these dispositions was a question merely of interpretation of the intent of the testator and hence merely a question of fact and not of law ; on the solution on which depended whether the dispositions were of fideicommissary character and void, or whether they were valid. This new orientation naturally caused great diversities of opinion among the judges and created a situation of legal uncertainty which was very serious for the interested parties.

The courts receded from this position at the beginning of the present century and turned in the following new direction, which is practically a reversion to the state of affairs previously affirmed which culminated in the 1873 judgment.

While still staying the field of a mere interpretation of the will of a testator, the courts admitted that in cases where the disposition is not subject to the happening of any particular condition and it is only required for the second institution that the beneficiary thereof survive the first beneficiary, such a disposition is fideicommissary and therefore prohibited. But on the other hand when the second institution is subject to a similar condition, including among others the conditions we are examining, it must be held to be valid. In such case, we have the constitution of two alternative conditional institutions, only one of which will finally take effect (according to whether or not the condition happens. In this fashion, there is lacking the double or multiple institution and the successive order (ordo successivus) which is the main characteristic of the « fideicommissum », and accordingly

there is no possibility of applying the prohibition and the sanctions which penelize it.

As I pointed out before, the Italian jurisprudence evolved along the same lines. After a great deal of uncertainty which arose almost immediately after our Code became effective, the theory was adopted toward the end of the last century and during the early years of the present century, that the dispositions under examination were « fideicommissa » The Court of Cassation of Rome in its decision of September 23, 1902, citing the uniformity of the jurisprudence of the other Courts of Cassation of the Kingdom to the same effect, followed this theory.

But later, more uncertainty arose and this theory was completely abandoned by the same Court of Rome in its judgment of July 12, 1923, which decision was supported later by the United Court of Cassation of the Kingdom. Under this trend the same conception prevailed upon which is based the distinction commonly found in the French jurisprudence to the effect that there can be no « fideicommissum » where the testamentary provision is subject to a condition. The decisions of the Italian Court of Cassation on the other hand regard this conception as a general principle of law so that, from a formal point of View, they approach more closely the decision of the French Court of Cassation of 1873.

But even this new trend was not to remain unchanged for even though it may still, to some extent, be deemed to prevail, yet during the past few years it has been severely shaken by two very recent decisions of the same Court of Cassation which reverted to the theory that the main issue in solving the questions under examination is to ascertain the testamentary intent — a question of fact which must be decuded in each individual case.

This evolution of the jurisprudence both in Italy and in France brings to mind, as I see it, a number of important questions of a general character.

In the first place this evolution illustrates the irresistible tendency of the courts, as is probably true of those of every country, to attenuate or to eliminate entirely the harshness of rules of statutory law, when such harshness seems excessive or to be entirely devoid of any reason for existing. In such cases the jurisprudence is ready to use any expedient even when such expedient results, in fact, in an open violation of the statute ; and, in my modest opinion, the jurisprudence referred to above is contrary to the provisions of both the French Civil Code and the Italian Civil Code. Briefly, the following are the principal reasons for my conclusion :

(1) In the first place there is no basis for the conception that a « fideicommissum » cannot result solely from the testamentary provisions which place the obligation on the first beneficiary to turn the property over to others upon the happening of a specified condition.

Under that conception there would be no possibility for « fedeicommissa » which as a matter of fact do exist. A conditional « fedeicommissum » is not only possible, but is both expressly and generally recognized by the laws in effect in several countries, and after careful consideration it seems to me to be the only possible form of « fideicommissum ». The conditional « fideicommissum » is recognized in the following Codes :

The Maximilian Civil Code of Bavaria, the Code of Frederic and the Prussian, Austrian, Saxon and German Codes ; in the Codes of the Cantons of Ticino, Solothurn, Valais and Freiburg ; the Swiss Code and in the Codes of Chile, Colombia and Brazel, in the Codes and Laws of the former Italian States and expressly in the « constitutions » of Modena ; in the Civil laws for the Island of Sardinia and in the Codes of the Duchies of Parma and Este, and in the Kingdom of Sardinia.

Moreover, the conditional « fideicommissum » was continually employed during the intermediate period up to the time of the modern European codifications. This is conclusively proven by De Luca in « Dottot Volgare » and by the writers cited by him.

(2) Moreover, both history and the study of comparative law demonstrate that the testamentary provisions dependent upon the clause « si sine liberis decesserit » were « fideicommissa ». It appears further that this clause was presumed to be included in all such testamentary provisions even though, in fact, the will did not so provide.

(3) History and the study of comparative law show, further, that every « fideicommissum » is conditional, because every « fideicommissum » presupposes the condition that the second beneficiary will survive the first one. This man already stated by De Luca, who added that the most common and general type of « fideicommissum » is the so called « fideicommissum » of restitution, i. e., the « fideicommissum »whereby the first beneficiary was obliged merely to turn over the property to the remainderman. The Code of Chile follows this in Article 738, which reads : « A « feicommissum » always presupposes the express or implied condition that the remainderman be in being at the time when the property is to be turned over to him. To this condition of the remainderman being in existence there may be added other conditions, joint or several ».

Now in the testamentary provisions under consideration the condition « if the first beneficiary shall die (meaning before the death of the remainderman) without children » is simply the usual condition « if the first beneficiary shall die before the remainderman » to which is added the further condition of his so predeceasing without leaving children.

(4) The French and Italian legislation is limited to forbidding « fideicommissa » and to setting forth the consequences arising from the violation of the prohibition. The legislators never considered that

there might be a different theory in regard to « fideicommissa ». It is clear that they retained unchanged the traditional theory. Now, as I see it, the old theory which prevailed immediately preceding the two codifications shows that the testamentary dispositions under examination were all regarded as of a fideicommissary nature. They fall therefore, under the general prohibition provided for by the two Codes.

For the reasons set forth above and for other reasons that I am compelled to omit for the sake of brevity, it appears that the French and Italian decisions on this point lack any basis and are therefore contrary to the written law of both countries.

In another work of mine written in connection with Italian law I stated what I consider the better view in this matter. I also believe that this view of mine is in accord with the French law.

My theory may be briefly expressed as follows :

Generally speaking it is simply a question of interpretation to determine as the condition arises what was the testator's intent in using the testamentary provisions under consideration. If his intent as set forth in the will was simply to appoint an heir or a legatee subject to an alternative condition, the provisoin is valid ; if it be for some other purpose it is a « fideicommissum ».

But one need not fear any legal uncertainty because of this. We must not forget, however, that the testamentary dispositions under consideration are usually of a fideicommissary nature. Both legal history and the analysis of the will of the testator show that in most cases — I would say in 99% — this conclusion is sound. Consequently only in extremely rare cases can any doubt arise as to the nature of similar testamentary dispositions.

I know that this theory of mine is contrary to the jurisprudence of the two countries and especially opposed to the goal of equity which their decisions pursue. If I am not mistaken, this is the only theory that harmonizes the laws of both countries ; but the interpreter of the law — whether judge or student — must ascertain and observe the law as to is and not as he would wish it.

Now I must consider a second general problem. In my opinion, jurisprudence must never modify or violate the written law merely in order to adapt it to the exigencies of equity or of different social conditions. I have little sympathy for the so-called progressive interpretation of law. I believe, that at least in the countries where a written law governs, the principal source of legal certainty is the law itself as it was intended at the time of its enactment. In case of discrepancy between the law and the necessities of life, juristically speaking, there is but one remedy : to enact the needed legislative reforms.

There is another consideration, closely connected with those set forth above. The long and laborious evolution of the jurisprudence in Italy and France with respect to our problem is the most certain sign of the necessity for reform of the two sets of laws in the matter of

« fideicommissum». The doubts and disagreements which appear in Italy are, if I am not wrong, the result of too little thought given to the teachings of history and comparative law, and, I dare say, of the panic which affected the Italian and French legislators in matters of « fideicommissum ».

This ill-treated institution (fideicommissum), together with the damages it certainly caused, rendered some service of importance to the economic life of many countries.

It is necessary to free it from its real defects and not from its imaginary ones and to hold it within limits to enable it to give effect to expressed testamentary intent on the same hand, and on the other to safeguard public policy. But even with respect to this point if anything useful is to be learned — and, I would say, if any basic principles are to be followed — they must be derived from legal history and from comparative law.

THE LAWS OF ALBANIA WITH SPECIAL REFERENCE TO THE LAW OF NATIONALITY

Presented by

BARON MARCELLUS D. A. R. VON REDLICH,
LL.D., PH.D., LITT.D.
Consul General of the Kingdom of Albania.

In the Kingdom of Albania the laws are administered on the basis of the Civil Code, which was prepared on the identical plans and outlines of the Italian, French and Swiss Codes in an amalgamated form.

A Criminal Code, based entirely on the Italian Code Penale, was promulgated on January 1, 1928.

The Civil Procedure Code, on the exact outlines of the Italian and Austrian Civil Procedure, was adopted in Albania on April 1, 1929.

Albania promulgated a Notarial Law in 1929, based on the Italian example.

A Barrister and Solicitor Law, covering the study of law and admission to the practice of law in Albania has been in existence for numerous years, with a revision thereof made in 1931 modelled after the Austrian example.

The Albanian Commercial Code, covering all subjects, including the laws of bankruptcy and negotiable instruments, came into effect on March 10, 1932.

The Criminal Procedure Code is under consideration for revision and a new Code is in preparation.

The Law of Nationality, as contained in the Civil Code and in effect since 1929, provides that the child whose father is a national (shtetas) becomes an Albanian citizen by birth, however, if the paternity is not known or in dispute, or when the father does not have Albanian nationality (shtetesi), nor that of any other State, or when the child does not take the foreign nationality of the father according to the laws of the State of which the father is a national, then the child takes the nationality of his Albanian mother.

Whoever is born in Albania when both parents are unknown or do not have Albanian nationality, nor that of any other State, or when the child does not receive the nationality of the parents according to the laws of the State to which the parents owe allegiance, is considered an Albanian citizen.

A child found in Albania whose parents are not known is presumed to have been born within the kingdom until the contrary is proved.

According to Article 5 of the Law of Nationality, recognition by

a judicial declaration of affiliation, made while the children are minors and unemancipated, determines nationality in accordance with the nationality of the declarant or the court decree.

In cases of this nature the nationality of the father takes precedence even though paternity is legally declared or recognized upon the declaration made by the mother.

In the event that the children legally recognized by acknowledgment or court decree are of age or emancipated, they preserve their own nationality but within one year from the date of the legal recognition by acknowledgment or court decree they may declare that they elect the nationality of the parents who have legally recognized them.

An alien who was born in Albania or whose parents at the time of his birth have resided in Albania for at least ten years, takes Albanian nationality in the event that he serves in the Albanian army or accepts an official position in the service of the State, or in case he is a resident in the kingdom at the time he reached the age of 20 and upon reaching the age of 21 he declares that he elects Albanian nationality, or if he resides in Albania at least ten years and he does not make a formal declaration to the effect that he is desirous of maintaining his foreign nationality. The provisions of this law apply also to an alien whose father, or mother, or grandfather on the father's side, was an Albanian national by birth.

The laws of Naturalization are under the administration of the Ministerial Council of the State (Cabinet of Ministers), who have charge of all matters concerning the naturalization of aliens.

An alien may be admitted to citizenship upon proof that he has served the Albanian State for three years even if such service was rendered in a foreign country, or that he has resided continuously within the kingdom for at least five years. Naturalization will also be granted to an alien if he has resided in Albania for at least three years and he has performed important services for Albania or has married an Albanian woman. Aliens who are Albanians by race and language and who have the intention of permanently residing in Albania and not return to the foreign country of previous residence can become Albanian citizens by naturalization upon one year's residence in Albania.

Good moral character, belief in and obedience to law, order and organized government are prerequisites.

Before the grant of citizenship by naturalization becomes effective, the alien is required to take the oath before the Prefect of the place of his residence or before such other Albanian authority as may be named in the Ministerial Council's decision to the effect that he will be loyal to the King and that he will respect and support the Constitution and the laws of the State and bear true faith and allegiance to the same, absolutely and entirely renouncing all allegiance and fidelity to any foreign prince, potentate, State or sovereignty, and particularly by name to the prince, potentate, State or sovereignty of which he was

before a citizen or a subject.

By special provisions, under Article 9 of the Law of Nationality, Albanian nationality may be granted by the King by Royal Decree to any person who has performed important services to the State.

A child of Albanian parents, who is born and resides in a foreign State which considers him as its national by birth, is an Albanian national and preserves such Albanian nationality, but when he becomes of legal age or is emancipated he may renounce Albanian nationality.

This law is not applicable when contrary provisions are made in treaties with other nations.

A foreign nationality acquired by an Albanian without he having previously obtained the assent of the Albanian Government or in the case such nationality is forced upon an Albanian by a foreign government without his consent, has no effect on his Albanian nationaltiy. He remains an Albanian citizen insofar as the laws of Albania are concerned.

In previous years the Albanian Government only granted permission to Albanians for a change of nationality if it was proved that the applicant intended to reside the rest of his life outside of Albania. A more liberal attitude in this connection has been assumed by the Albanian Government in recent years, permission to change nationality being now granted to Albanians who are in business or who reside with their families in foreign countries and show reasonable proof of their intentions to so remain in such foreign country. Furthermore, the Treaty of Naturalization of 1935 (signed in 1932 and ratified by both nations in 1935) between the United States of America and the Kingdom of Albania provides that all Albanians who acquire citizenship by naturalization in the United States of America will be unconditionally recognized in Albania as American citizens, there being no mention made in such treaty for the obtaining of permission by an Albanian from the Albanian Government before or after such naturalization.

A person loses his Albanian nationality and has no right, without permission obtained from the Albanian Government, to enter the territory of the kingdom, if he accepted an official position in a foreign State without previous consent from the Albanian Government, or if he has voluntarily entered the military service of a foreign nation and does not withdraw from such service although given notice by the Albanian Government that he should do so within a specified time.

In cases where a child, of Albanian parents, born in a foreign State, upon reaching legal age or emancipation has renounced Albanian nationality, or when an Albanian national lost his Albanian nationality by reason of his having accepted an official position or entered the military service of a foreign State, and where an Albanian lost his Albanian nationality with the assent of the Albanian Government, the Albanian nationality may be restored to such person, upon petition by such individual, by a decision of the Ministerial Council : (a) if he

serves in the Albanian army or accepts an official position in Albanian service ; (b) if he declares that he renounces the foreign nationality or proves that he has resigned the official position or withdrawn from the service in the foreign army, and in both cases he resumes permanent residence in Albania within one year ; (c) after a residence of two years in Albania in the event that nationality has been lost by having acquired a foreign nationality.

A married woman may not acquire a nationality separate from that of her husband even though they are living apart from each other.

An alien woman who marries an Albanian national acquires by such marriage Albanian nationality and retains this even though a dissolution of the marriage takes place, except when, by continuing or resuming her residence in the country of which she was before marriage a national, she reacquires her original nationality.

An Albanian woman national who marries an alien loses her Albanian nationality if she acquires the nationality of her husband according to the laws of the State to which her husband owes allegiance, unless she specifically reserves in the marriage contract or by declaration her Albanian nationality. If she acquired the nationality of her husband, in the event of a dissolution of the marriage she regains Albanian nationality provided that she resides in Albania or returns to Albania, declaring in both instances her desire to regain Albanian nationality. Upon such declaration and after residence in Albania for more than two years subsequent to the dissolution of the marriage she regains Albanian nationality provided there is no issue from the marriage.

When an Albanian husband takes a foreign nationality his wife who continues to live with him loses her Albanian nationality if she takes that of her husband, but she may regain Albanian nationality in accordance with the provisions above set forth.

When an alien husband becomes an Albanian national his wife and minor children take his new nationality if she is living with him. However, in the event that the parties have been legally separated and have no children from the marriage the wife may declare her desire to retain her original nationality.

The minor and unemancipated children of a father who acquires or regains Albanian nationality become Albanian subjects unless, if they are residing in a foreign State, they reserve in accordance with the law of that State, their original nationality. However, the children of an alien who has become an Albanian subject may, within a year after they become of age or after they become emancipated, declare their election of their original nationality.

The minor and unemancipated children of a person who has lost his Albanian nationality become aliens when they live with their parents or guardian who acquired the nationality of another State. However, they may regain Albanian nationality under the provisions

heretofore mentioned. The provisions of this article apply even in the event that the mother who succeeds to the paternal authority or legal tutelage has a nationality different from that of the deceased father. But these provisions do not apply when the mother acquires a new nationality by remarriage, in which event the nationality of the minor and unemancipated children is not changed by the subsequent marriages of the mother.

The declarations and petitions for the recovery or acquisition of Albanian nationality are exempt from the payment of any tax or fees whatsoever.

The declarations and petitions mentioned may be made before the official in charge of the civil status in the district wherein the declarant resides or has decided to reside or if outside of the State before any Albanian diplomatic or consular official. The right to receive declarations and petitions in this connection may be granted by the Albanian Government to other officials of the State.

Whoever resides in Albania and has not Albanian nationality or that of any other State must submit to the laws of Albania in so far as they pertain to his civil rights and obligations and service in the army.

The provisions of these laws do not apply when there exist treaties which regulate in another way questions pertaining to nationality.

Aliens residing in Albania enjoy all the civil rights of citizens insofar as concerns the carrying on of an industry, engaging in commerce, owning real estate, buying and selling real estate, exercising their religion freely, making wills, marrying, all in conformity with the laws.

Aliens are not subject to nor required to pay any extraordinary compulsory taxes.

Aliens are triable in Albanian courts in the same manner as Albanian citizens.

Real and personal property of every description may be taken, acquired, held and disposed of by an alien in the same manner as by an Albanian subject ; and a title to real and personal property may be derived through, from or in succession to an alien in the same manner as through, from or in succession to a natural-born Albanian subject.

The Albanian Kingdom is divided, for administrative purposes, into 193 communes, administered by ten Prefectures, these are located in Berat, Dibra, Durazzo, Elbasan, Gjinokastra, Korça, Kossova, Scutari, Tirana and Valona (Vlona). These ten Prefectures are assisted by thirty-one sub-Prefectures located in the various smaller towns of Albania.

Villages with more than 2,500 inhabitants are designated as communes. Villages with less than 2,500 population are attached to

communes for administrative purposes.

The centrum for all interior affairs is the Royal Albanian Ministry for Interior Affairs.

At the seat of every sub-Prefecture exists a Magistrate's Court with jurisdiction in all civil and commercial cases up to the sum of 2,500.00 Gold Francs.

At the seat of every Prefecture exists a Superior Court, with appellate jurisdiction, which is a court of original jurisdiction in cases where amounts over 2,500.00 Gold Francs are involved.

Appellate and Supreme Courts are located in Tirana, the capital of Albania.

All courts in Albania have also jurisdiction in criminal cases.

DES LIBÉRALITÉS EN FRANCE ET EN ROUMANIE

Le particularisme du droit roumain des libéralités

Rapport présenté par

M. Trajan R. Tonasco, *

Professeur de droit civil à la Faculté de Droit de l'Université de Jassy ;
Membre temporaire du Conseil législatif de Roumanie ;
Membre de la Société de législation comparée de Paris ;
Membre correspondant de l'American Institute of Comparative Law and Legislation de Washington.

Introduction. — C'est un lieu commun que d'affirmer la très proche parenté qui relie le Code civil roumain au Code civil français. Cependant, il n'est pas inutile de répéter que le Code civil roumain, rédigé par le Conseil d'Etat et promulgué le 4 décembre 1864, est une assez fidèle traduction du Code civil français, texte du 3 septembre, ainsi qu'il se présentait à la suite des modifications qu'on lui a fait subir en France jusqu'en 1864.

Cependant, le Code Napoléon contient 2281 articles alors que le Code roumain n'en compte que 1914. Cela provient de ce que notre code a complètement ignoré certaines institutions du Code Napoléon comme celle de la mort civile (art. 22 et 23 C. N.), de la tutelle officieuse (art. 361 à 370 C. N.), de la séparation de corps, des substitutions fidéicommissaires (art. 1048 à 1074 C. N.), de la communauté, soit conventionnelle, sauf la communauté réduite aux acquêts et greffée sur le régime dotal (art. 1399 à 1539 C. N.), et de la contrainte par corps (art. 2039 à 2070 C. N.).

Quant aux textes français que notre Conseil d'Etat a traduits, il faut bien reconnaître qu'il leur apporta quelques suppressions, additions ou modifications, inspirées soit par l'ancien droit roumain, notamment par les Codes Calimach et Caragéa, soit par quelques textes du projet du ministre italien Pissanelli qu'il a reproduit textuellement, soit par la loi belge du 16 décembre 1851 relative au régime des privilèges et hypothèques, soit, enfin, par les observations de Marcadé, surtout en matière de prescription.

A ces retouches apportées lors de l'introduction du Code Napoléon en Roumanie, il faut ajouter celles apportées ultérieurement par

* Lire, ici et dans le texte, « Jonasco » et non pas « Tonasco ».

quelques lois promulguées au cours des soixante-dix dernières années, pour dresser un tableau complet des différences qui distinguent le droit civil roumain du droit civil français (1).

Nous nous contenterons de relever ici les particularités du droit roumain des libéralités par rapport au droit français. Occupons-nous d'abord des modes de dispositions à titre gratuit, pour mettre en vedette une particularité importante du droit roumain.

L'article 893 du Code civil français restreint les modes de disposition à titre gratuit, tant au point de vue de la forme qu'au point de vue du fond, à deux : La donation entre vifs et le testament, alors que l'article 800 du Code civil roumain prévoit qu'on ne peut disposer à titre gratuit que dans les formes édictées par la loi pour les donations entre vifs et les testaments. Ainsi, il apparaît clairement que le Code roumain n'a limité que les formes de disposition à titre gratuit et non pas les modes eux-mêmes, tandis que le Code français limite les modes aussi bien que les formes. Il résulte qu'en droit roumain on pourrait disposer à titre gratuit par d'autres modes que le legs ou la donation entre vifs, pourvu qu'on emploie l'une des deux formes énumérées limitativement par notre article 800 : la forme de la donation entre vifs ou la forme du testament. En effet, nous allons voir qu'en droit roumain, on a quatre modes de disposition à titre gratuit : la donation entre vifs ; le legs ; l'institution contractuelle, valable par principe et non par exception, comme en France, et équivalant à la donation *mortis causa ;* la fondation directe, réglementée par notre loi du 6 février 1924 sur les personnes morales (associations et fondations).

Mais, la validité des donations mortis causa, en droit roumain, entraîne certaines conséquences qui affaiblissent le principe de l'irrévocabilité des donations. Nous serons ainsi amenés à relever les particularités en droit roumain, de la règle « *donner et retenir ne vaut* ». Nous exposerons ensuite les traits particuliers du droit roumain relativement à l'insanité d'esprit du disposant, la suppression complète de toute substitution fidéicommissaire proprement dite et la sanction des libéralités faites sous condition impossible, illicite ou immorale.

Nous énumérerons ensuite les particularités du droit roumain en matière de réserve, de réduction et de rapport des libéralités pour terminer cette comparaison entre le droit français et le droit roumain des libéralités, en montrant les quelques modifications apportées par ce dernier au régime des donations et des legs.

---

(1) Voir, pour une succincte comparaison d'ensemble entre le droit civil français et le droit civil roumain, Trajan R. Tonasco, *Roumanie* (volume IV de la Bibliothèque de Droit Contemporain, « *La vie juridique des peuples* », Paris, 1933, chapitre V : *La famille et la propriété*, pages 227 à 282.

Le particularisme de l'institution contractuelle et la validité des donations à cause de mort en droit roumain.

L'institution contractuelle enfreint le principe de l'irrévocabilité des donations, puisqu'elle porte sur des biens que le disposant laissera à sa mort, donc des biens futurs, et celui de la prohibition des conventions sur les successions futures, parce qu'elle permet de disposer d'une succession par contrat. Aussi le Code civil français ne la permet-il que dans deux cas exceptionnels : a) par contrat de mariage, lorsqu'elle est faite en faveur de l'un des futurs époux ou des deux et des enfants à naître de leur union ou par un des futurs époux en faveur de l'autre ; b) par acte authentique, entre époux, pendant le mariage.

Dans le premier cas, tandis que le Code français (art. 1082) prévoit que l'institution est présumée faite en faveur non seulement des futurs époux mais aussi des enfants à naître, pourvu toutefois que le disposant soit un tiers, le Code roumain, ignorant les articles 1086 à 1090 et 1092 à 1095 du Code civil français, précise, dans son article 933, que le prédécès de l'institué amène toujours la révocation, donc la caducité, de l'institution. C'est dire que, pour recevoir par institution contractuelle, il faut exister tant au moment de l'institution même qu'au moment de la mort de l'instituant. Il faut donc retenir que nos textes, régissant l'institution contractuelle, sont en parfait accord avec les dispositions de l'article 906 c. c. f. — selon lesquelles, pour être capable de recevoir entre vifs, il faut être conçu au moment de la donation tandis que, pour recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur — alors que le Code français y a dérogé lorsqu'il s'est agi de l'institution contractuelle faite par un tiers au profit des époux et des enfants à naître. Cependant, quand l'institution contractuelle est faite entre époux, soit par contrat de mariage avant le mariage, soit par acte authentique pendant le mariage, le Code français, comme le Code roumain d'ailleurs, la soumet aux dispositions de l'article 906 c.c.f. (art. 808 c.c.r.). Donc, alors qu'en droit roumain, le prédécès de l'institué est touiours cause de caducité de l'institution, en droit français, au contraire, l'article 1093 édicte que seul l'institution contractuelle entre époux est caduque au cas de prédécès de l'institué.

Mais, l'institution contractuelle, faite par contrat de mariage, est irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation (l'article 933 c.c.r., correspondant à l'article 1083 c.c.f., s'arrête ici) si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Par contre, la donation faite entre époux, par acte authentique, pendant le mariage, est essentiellement révocable, car l'article 1096 c.c.f. (article 937 c.c.r.) édicte que « toutes donations faites entre époux, pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables ».

Cependant, les institutions contractuelles faites par contrat de mariage ne sont elles-mêmes irrévocables que théoriquement. Car d'après l'article 947 c.c.f. (article 826 c.c.r.) on peut stipuler leur révocabilité par l'une des clauses que l'on considère ordinairement comme contraires à la règle « donner et retenir ne vaut » mais qui sont parfaitement admises tant dans la donation faite par contrat de mariage que dans celle faite entre époux pendant le mariage.

Aussi, en pratique, l'institution contractuelle, faite par contrat de mariage, n'est-elle irrévocable que lorsque le disposant ne s'est pas ménagé, par une stipulation expresse, la faculté de la révoquer, ce qu'il peut faire sous n'importe quelle condition, même purement potestative. La donation, faite entre époux pendant le mariage, au contraire, est toujours révocable *ad nutum*, donc essentiellement révocable ; elle peut être révoquée même si le disposant n'a pas pris soin d'insérer une stipulation à cet effet.

Mais alors, cette institution contractuelle, faite entre époux pendant le mariage, pouvant être révoquée au gré de l'instituant, portant sur des biens futurs, c'est à dire sur les biens que l'instituant laissera à son décès, devenant caduque par le prédécès de l'institué, se rapproche singulièrement du legs ; elle ne s'en distingue que par son origine contractuelle ; c'est un contrat *mortis causa*, ou mieux, une donation *mortis causa*.

En effet, Glasson (1) définit la donation *mortis causa* « une libéralité faite par une personne en vue de la mort, que cette personne soit ou non sur le point de courir un danger déterminé, ordinairement révocable au gré du donateur et nécessairement caduque par le prédécès du donataire ». Il ajoute « qu'il faut s'attacher moins à la mention de la mort qu'aux chances de révocation » pour bien diagnostiquer la donation à cause de mort.

C'est pourquoi M. Planiol (2) a pu conclure en ces termes : « Révocables à volonté, et généralement caduques par le prédécès du donataire, nos donations entre époux se rapprochent singulièrement des donations à cause de mort du droit romain, et nos anciens auteurs ne leur auraient sans doute point refusé ce nom ; ainsi Laurière, en pénétrant analyste, avait bien vu que cette prétendue libéralité entre vifs qui donnent le droit de succéder appartenait plutôt à la famille des donations à cause de mort ; alors l'institution contractuelle, faite entre époux, n'est-elle pas une donation à cause de mort d'un genre à part, un acte entre vifs, qui donnent le droit de succéder appartenait plutôt à la famille des donations à cause de mort ; alors l'institution contractuelle, faite entre époux, n'est-elle pas une donation à cause de

(1) Glasson, *Donations à cause de mort*, Paris, 1870, pages 10, 11 et 14.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil français*, vol. III, nos 3210 et 3165.

mort d'un genre à part, un acte entre vifs, qui opère une transmission par décès » ? (1).

Aussi, la doctrine française moderne, par la voix autorisée de notre cher et savant maître, M. Henri Capitant (2), proclame-t-elle qu'à côté des donations entre vifs et du testament, le droit français reconnaît, quoi qu'en dise l'article 893 du Code civil français, un troisième mode de disposition à titre gratuit que le code considère comme une simple variété de donation ; « c'est l'institution contractuelle, dont il est question dans les articles 1082 et suivants et 1903, sous le nom, fort mal choisi, de donation de biens à venir », et qui, faite entre époux pendant le mariage, ressuscite la donation à cause de mort du droit romain. Cette conclusion, parfaitement justifiée en droit français, s'impose avec plus de force encore en droit roumain.

En effet, le Code civil roumain, en maintenant la validité des donations de biens futurs, contrairement à l'article 943 c.c.f., et en les rendant en tout temps révocables, comme le stipule notre article 821, entraîne deux conséquences très importantes : d'abord, il a grandement affaibli le principe de l'irrévocabilité des donations ; ensuite, il a généralisé, en droit roumain, la validité des institutions contractuelles, exceptionnelle en droit français.

Les dispositions de notre article 821 établissent clairement ce principe : les donations de biens futurs sont valables mais toujours révocables, qu'elles soient faites entre époux pendant le mariage — comme en France — ou entre toutes autres personnes — dans cette hypothèse, en France, elles sont absolument nulles — pourvu qu'elles soient consignées dans un acte authentique. Notre article 821 nous conduit à cette formule générale sans permettre ni restriction, ni distinction. Il faut donc conclure qu'en droit roumain, l'institution contractuelle est toujours possible ; par contre, elle est toujours révocable, sauf lorsqu'elle est faite par contrat de mariage ; en ce cas, elle ne sera révocable qu'en autant que l'instituant se sera réservé cette faculté par une clause quelconque, même prohibée comme contraire à la règle « donner et retenir ne vaut ». Encore faut-il retenir qu'en droit roumain, l'institution contractuelle est toujours caduque par le prédécès de l'institué, sans aucune exception, notre code (art. 933) n'ayant reproduit de l'article correspondant du Code francais (art. 1082) que les dispositions compatibles avec l'article 906 c.c.f. (art. 808 c c.r.).

Tandis qu'en France, l'institution contractuelle n'est possible qu'exceptionnellement, en Roumanie, cette exception, grâce à notre article 821, devient la règle générale.

---

(1) Voir indirectement en ce sens Cass. civ. française, 20 février 1929, D. P. 1929.1.104 et Bruxelles, 3 avril 1886, D.P. 1877.2.71.

(2) H. Capitant et A. Colin, *Cours élémentaire de droit civil français*, vol. III nos 820 et 822 bis.

Néanmoins, il faut préciser la nature juridique de la révocabilité de nos donations de biens futurs. Et tout d'abord, sont-elles révocables de par la loi, ou bien seulement lorsque l'instituant s'en est réservé la faculté, par une stipulation expresse ?

Etant donné que la révocabilité des donations de biens à venir remplace, en droit roumain, la nullité qu'édicte à leur égard le droit français, il s'en suit qu'elle n'intervient qu'à titre de sanction, que notre loi a entendu adoucir. Or, l'histoire du droit, en cette matière, nous démontre que lorsque la nullité des donations a été remplacée par leur révocabilité, cette dernière a été conçue comme étant, non pas de nature conventionnelle, mais de nature légale et d'ordre public. C'est le cas des donations entre époux faites pendant le mariage, que le droit romain annulait. Cependant, le droit romain lui-même a adouci la rigueur de cette prohibition. En effet, un sénatus-consulte du temps de Septime-Sévère (1) édictait que les donations entre époux produiront les effets des donations *mortis causa,* si la donation n'a pas été révoquée, de son vivant, par le donateur. Le Code civil français, suivant cette tendance, au lieu d'annuler des donations entre époux, comme le faisait le droit romain, les rendit essentiellement révocables, c'est-à-dire révocables au gré du donateur qui tient ce droit de la loi ; c'est la loi qui le lui a réservé même à l'encontre d'une renonciation expresse, car, la disposition légale qui le sanctionne est considérée d'ordre public. Partant, la logique, suggérée par l'histoire des sanctions en matière de donations, nous détermine à conclure que la révocabilité des donations de biens à venir, remplaçant, en Roumanie, leur nullité, doit avoir la même nature et les même caractères qu'elle présente en droit français, dans la donation entre époux, pendant le mariage, puisqu'elle s'est, dans les deux cas, substituée à la nullité. Ajoutons également que l'article 521 du Code civil roumain, qui édicte cette révocabilité des donations de biens à venir, est rédigé dans les mêmes termes que ceux employés par notre article 937, qui reproduit textuellement l'article 1096 c.c.f., relatif à la révocabilité des donations faites entre époux, pendant le mariage.

Aussi, peut-on conclure, en toute sûreté, qu'en droit roumain les donations de biens à venir, c'est-à-dire les institutions contractuelles sont toujours essentiellement révocables — sauf lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage où la faculté de révoquer doit être réservée par une stipulation expresse — en ce sens qu'on peut les révoquer *ad nutum,* même si l'instituant ne s'en est pas réservé le droit lors de l'institution. Ce droit de révocation *ad nutum,* que l'instituant tient de la loi, est un droit exclusivement personnel ; c'est dire qu'il ne pourra être exercé ni par ses créanciers, au moyen d'une action oblique, ni

(1) Ulpien, *Digeste,* XXIV, 1, 32.

par ses héritiers (1). Rappelons le caractère d'ordre public de notre disposition légale, édictant la révocabilité *ad nutum* des donations de biens à venir, pour nous rendre compte que l'instituant garde son droit de révocation alors même qu'il y aurait renoncé ; car c'est la loi qui le lui a réservé, même à l'encontre de sa volonté, pour que la révocabilité puisse jouer son rôle de sanction adoucie et tenir lieu de l'ancienne nullité à laquelle elle s'est substituée. La révocation de l'institution peut être tacite ou expresse. Elle est tacite lorsqu'elle résulte de tout acte de disposition, à titre gratuit ou onéreux, fait par l'instituant au profit d'un autre que l'institué et portant sur l'ensemble ou sur une partie de l'objet de l'institution ; à condition, toutefois, qu'il y ait incompatibilité entre cet acte de disposition et l'institution antérieure, c'est-à-dire qu'on puisse en déduire à l'intention de l'instituant de révoquer l'institution. Quant à la révocation expresse de l'institution, elle peut être faite soit par testament, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé, soit même par une simple lettre.

Un auteur roumain, Alex. Degré croit, pourtant, que la révocation des donations de biens à venir ne peut avoir lieu que « par une action en nullité, et non pas au gré du donateur, comme c'est le cas des testaments, car l'article 821 c.c.r., en employant un autre terme (la révocation), a exprimé la même idée (la nullité) que l'article correspondant du Code français (art. 943 c.c.f.) » (2).

Pour Degré, « révocable » veut dire « nul » ou « prohibé » (3). Cependant, la terminologie du Code civil ne permet point une telle confusion, évidemment voulue. Car alors, les donations faites entre époux, pendant le mariage, que le code déclare essentiellement révocables, devraient être considérées comme nulles, puisque notre loi emploie les mêmes termes dans les deux cas. Pourtant, personne n'a osé avancer une telle opinion ni en France, ni même en Roumanie, où l'on reconnaît, au contraire, que les donations de biens à venir sont valables mais révocables. Pourquoi alors donne-t-on ce sens de nullité à la révocabilité des donations de biens à venir alors qu'on ne lui applique en nul autre endroit, pas même en matière de donations entre époux, faites pendant le mariage ? Parce que la révocabilité des donations de biens à venir remplace, chez nous, la nullité qui les atteint en droit français ? Cet adoucissement de la sanction de ces donations est le meilleur argument pour la thèse que nous défendons. Du fait que la révocabilité des donations entre époux s'est substituée, en droit

---

(1) *Contra* : D. Alexandresco, *Explicatia teoretica si practica a dreptului civil român*, Bucaresti, 1913, tom. IV, partea Ia, pag. 4-11 et 392 ; C. Hamangiu, R. Balanesco si Baicoianu, *Tratat de drept civil român*, Bucuresti, 1928, tom. III, No 1214 ; ces auteurs affirment, sans apporter aucun argument, que les héritiers de l'instituant peuvent révoquer l'institution contractuelle après le décès de leur auteur.

(2) Alex. Degré, *Scrieri juridice*, Bucuresti, 1900, tom. I, pag. 249 et 253 et suiv.

(3) Id. Ibid.

français et roumain, à la nullité du droit romain, personne n'a osé conclure que la révocabilité de ces donations « soit un autre mot par lequel on exprime l'idée de nullité », ainsi que le prétend Degré. Il s'en est fallu de beaucoup, puisque la doctrine est unanime à reconnaître la validité des donations entre époux, précisant qu'elles sont révocables au gré du donateur.

Ainsi, du fait que la révocabilité des donations de biens à venir a la même nature juridique que celle des donations entre époux, puisqu'elle remplace, dans les deux cas, la nullité qui les frappait, il faut bien convenir qu'il est parfaitement logique, juridiquement parlant, de la soumettre, dans les deux cas, au même régime juridique et de décider qu'elle est légale, d'ordre public, exclusivement personnelle et qu'elle peut être exercée au gré du donateur, tant en matière de donations entre époux que dans les donations de biens à venir.

Si telles sont les particularités de l'institution contractuelle en droit roumain ; si elle peut être faite, en principe, par acte authentique, entre toutes personnes et non seulement par contract de mariage ou entre époux, pendant le mariage ; si elle porte sur des biens à venir, c'est-à-dire, sur les biens que l'instituant laissera à sa mort ; si elle est essentiellement révocable *ad nutum,* sauf le cas exceptionnel de l'institution faite par contrat de mariage où elle ne peut être révoquée que lorsque l'instituant s'est ménagé cette faculté ; si elle est toujours caduque par le prédécès de l'institué ; si telles sont les particularités qui l'individualisent en droit roumain, dès lors il est de toute évidence que l'institution contractuelle roumaine se rapproche singulièrement, jusqu'à la confusion, de la donation à cause de mort du droit romain, qui, nous l'avons déjà vu, présentait les mêmes caractères.

Cette conclusion s'imposa d'autant plus fermement chez nous que notre article 800 ne limite pas les modes mêmes de disposition à titre gratuit — comme le fait l'article 893 du Code français — mais seulement les formes employées pour disposer à titre gratuit et qui sont les formes des donations entre vifs et celles des testaments. Donc, on peut conclure qu'en droit roumain nous avons, comme modes de disposition à titre gratuit, à côté du legs et de la donation entre vifs, l'institution contractuelle qui, chez nous, se confond avec la donation à cause de mort. C'est à cette conclusion que nous sommes arrivé dès 1927 (1). Cependant, nous avons repris l'étude du problème, en l'examinant sous tous ses aspects, et nous nous sommes arrêté encore à la même conclusion (2), quoique la doctrine roumaine fût plutôt en sens con-

---

(1) Trajan R. Tonasco, *Curs de drept civil român, Succesioni si Liberalitati,* Tasi, 1927, pag. 302 à 305.

(2) Trajan R. Tonasco, *Particularitatile institutiei contractuale si validitatea donatulor mortis causa in dreptal român,* in volumne « *In memoriam C. Hamangiu* », *Pandectele Române,* Bucuresti, 1932, 4, 155 à 161.

traire (1).

En effet, D. Alexandresco (2) affirme la nullité des donations à cause de mort en droit roumain, en se basant non seulement sur l'interprétation erronée qu'a donnée Degré à notre article 800, mais encore sur un argument propre, tiré arbitrairement de l'article 821 du Code civil roumain, d'après lequel les donations de biens à venir sont révocables. Il prétend, sans aucune justification, que nos donations de biens à venir sont essentiellement révocables, non seulement par le donateur de son vivant, mais encore par ses héritiers, après sa mort, cette révocation devant se faire au moyen d'une action en justice, prescriptible par trente ans. Et c'est ainsi qu'Alexandresco découvre une prétendue différence entre les donations *mortis causa,* révocables seulement par le donateur de son vivant, et les donations de biens à venir, qui pourraient être révoquées non seulement par le donateur de son vivant, mais encore, après la mort de celui-ci, par ses héritiers. Il conclut que notre article 821 ne permet pas les donations *mortis causa,*

---

(1) Cependant, D. Alexandresco avait autrefois conclu pour la validité des donations à cause de mort en droit roumain, en se fondant sur les dispositions de nos articles 800 et 821 (voir Dreptul, 1892, no 19, pag. 145 à 150) c'est-à-dire sur le fait que notre loi ne limite que les formes de disposition à titre gratuit et non pas les modes eux-mêmes et sur la validité des donations de biens à venir que notre article 821 déclare révocables. Mais, dès que Degré eût critiqué cette opinion, en prétendant que notre article 800 doit être lu comme s'il était rédigé dans les mêmes termes que l'article 893 du Code français, D. Alexandresco se rétracta (Voir D. Alexandresco, *Explicatia teoretica si practica a dreptului civil român*, en partie citée, pag. 9) pour accepter l'opinion de Degré. L'interprétation donnée par Degré à notre article 800 à été adoptée presqu'à l'unanimité par la doctrine roumaine. (Nacu, *Dreptul civil român*, Bucuresti, 1902, vol. II, p. 275 et suiv. ; Tabacovici, *Primele elemente de drept civil român*, Bucuresti, 1912, vol. II, nos 269 et 275 : M. B. Cantacurino, *Elementele dreptului civil român*, Bucuresti, 1922, p. 317 ; G. Plastara, *Curs de drept civil român*, Bucuresti, vol. III, no 959). Par suite de l'interprétation erronée de notre article 800, tous ces auteurs concluent à la prohibition des donations *mortis causa* en droit roumain (conclusion adoptée par quelques décisions : Cass. 22 avril 1892, *Bulletin de la Cassation*, 1892, p. 344 — Cass. 21 octobre 1880, *Bulletin de la Cassation*, 1880, p. 342 — Appel Bucarest 27 février 1890, Dreptul. 1890, no 45). Pourtant, quelques auteurs reconnaissent la validité des donations de biens à venir en droit roumain qui les déclarent révocables (Voir M. B. Cantacuvino, cit., p. 384 ; Plastara, *op. cit.*, p. 431 ; Alexnadresco, loc. cit., ainsi que la Cour d'Appel de Bucarest, Dreptul, 1900, no 46, qui précise que la donation de biens à venir n'est pas une convention sur une succession future, prohibée par notre article 965, correspondant à l'article 1130 c.c.f., mais une donation valable et pourtant révocable selon les dispositions de notre article 821).

Cependant, nous avons déjà vu que la doctrine moderne française reconnaît qu'il y a trois modes de disposition à titre gratuit, qu'à côté des donations entre vifs et des testaments on peut disposer à titre gratuit par institution contractuelle, bien que l'article 893 c.c.f. limite à deux les modes mêmes de disposition à titre gratuit et non seulement les formes, comme le fait notre article 800 (voir Capitant, *loc. cit.*). Nous ne pouvons donc accepter l'opinion dominante de la doctrine roumaine, fondée sur l'interprétation erronée qu'a donnée Degré à notre article 800.

(2) *Op. cit.*, vol. et partie cités, p. 9, 10 et 392.

puisqu'à son avis, elles ne se confondent pas avec nos donations de biens futurs. C'est reprendre, en d'autres termes, heurtant moins brusquement la technique juridique, la théorie de Degré, dont nous avons déjà présenté la réfutation et qui revient à affirmer que la révocabilité des donations de biens à venir, édictée par notre article 821, exprime l'idée de la nullité des dites donations.

Nous avons déjà démontré que nos donations de biens à venir sont révocables dans le même sens que les donations entre époux, faites pendant le mariage, car, dans les deux hypothèses, la révocabilité s'est substituée à l'ancienne nullité et doit, par conséquent, présenter la même nature juridique. Donc, seul le donateur de son vivant peut révoquer la donation de biens à venir. Ses héritiers ne le peuvent jamais, car la doctrine française et roumaine est unanime à considérer comme exclusif et personnel le droit de révoquer la donation entre époux. Aussi n'y a-t-il aucune différence entre nos donations de biens à venir et les donations *mortis causa,* puisque toutes les deux sont essentiellement révocables au gré du donateur seul et que toutes les deux portent sur les biens que le donateur laissera à sa mort. Encore faut-il dire que toutes les deux sont aussi caduques par le prédécès du donataire (1). Par conséquent, nos donations de biens à venir, nos institutions contractuelles se confondent avec la donation à cause de mort, puisqu'elles présentent absolument les mêmes caractères.

Peut-on prétendre alors, comme l'a fait D. Alexandresco, que les donations sont prohibées en droit roumain, non pas du fait de l'ar-

---

(1) Hamangiu, R. Balanesco et Baicoianu, *op. cit.*, vol. III, no 1214 prétendent trouver une autre différence entre la donation *mortis causa* et l'institution contractuelle — la donation de biens à venir —. Car, disent-ils, les donations *mortis causa* sont toujours caduques par le prédécès du donataire, alors que notre institution contractuelle ne serait pas caduque au cas de prédécès de l'institué. Or, cette prétendue différence n'existe pas en réalité. En effet, notre article 933, correspondant à l'article 1082 c.c.f., précise que l'institution contractuelle faite par contrat de mariage devient, de par la loi, révocable, dès que l'institué est prédécédé. Et notre article 821 décide que les donations de biens à venir, c'est-à-dire les institutions contractuelles faites par actes authentiques entre époux ou entre autres personnes, sont essentiellement révocables, dès le début. A plus forte raison sont-elles révocables au cas de prédécès de l'institué. Ainsi, on le voit, l'institution contractuelle est toujours et de par la loi révocable, au cas de prédécès de l'institué. C'est dire qu'elle est toujours caduque par le prédécès de l'institué. Il ne peut en être autrement. Car, s'il est vrai que l'institution contractuelle est un acte entre vifs, qui n'opère la transmission des biens sur lesquels il porte qu'à la mort de l'instituant, l'institution forcément deviendrait caduque, car la transmission des biens donnés ne peut plus s'effectuer sur la tête d'une personne déjà décédée. C'est un point qui ne fait pas de doute en droit français et en droit roumain, où il est bien établi qu'il faut exister au moment de la mort du disposant pour pouvoir recevoir une transmission à cause de mort. Or, l'institution contractuelle opère, sans aucun doute, une transmission à cause de mort, bien que conçue et décidée par voie de donation de biens à venir, essentiellement révocable. C'est pourquoi, dans notre droit, elle se confond avec la donation à cause de mort proprement dite.

ticle 821 c.c.r., mais par suite des dispositions de notre article 800 — qui ne permetterait de disposer à titre gratuit que par donation ou par testament, — alors que cet article n'énumère limitativement que les formes de disposer à titre gratuit et non pas les modes mêmes ? Evidemment non. Si le législateur roumain n'a énuméré limitativement que les formes de disposition à titre gratuit (art. 800) et non pas les modes mêmes, c'est que, par là, il a voulu se ménager la possibilité lorsqu'il serait arrivé à la rédaction de notre article 821, de substituer la révocabilité *ad nutum* des donations de biens à venir à la nullité dont les frappe le Code français et d'édicter, dans notre article 933 (art. 1083 c.c.f.) que l'institution contractuelle est toujours révocable — caduque — par le prédécès de l'institué. En ce faisant, notre législateur a manifesté clairement et par la teneur même des articles 800, 821 et 933 c.c.r., qui s'enchaînent très logiquement, sa volonté d'admettre la validité de la donation à cause de mort, sous le nom de donation de biens à venir, c'est-à-dire de l'institution contractuelle qui constitue ainsi le troisième mode de disposition à titre gratuit, que le Code roumain a reconnu, à côté des deux autres la donation entre vifs et le testament.

Ainsi, contrairement au Code français — qui édicte la nullité des donations de biens à venir (art. 943 c.c.f.) et ne les admet qu'exceptionnellement, soit par contrat de mariage où elles sont irrévocables au sens de l'article 1083 c.c.f. et quelquefois caduques par le prédécès de l'institué, selon l'article 1082 c.c.f., soit par acte authentique, entre époux, pendant le mariage où elles sont essentiellement révocables et toujours caduques par le prédécès de l'institué, d'après l'article 1093 c.c.f. — le Code civil roumain proclame la validité des donations de biens à venir, comme principe général (art. 821), ajoutant qu'elles sont essentiellement révocables *ad nutum* et toujours caduques par le prédécès du donataire (art. 821 et 933 c.c.r.) et les assimilant, de la sorte, à la donation à cause de mort, qui représente, donc, le troisième mode de disposer à titre gratuit. Cependant, la donation de biens à venir, donc la donation à cause de mort, devra emprunter l'une des deux formes de disposition à titre gratuit, énumérées limitativement par notre article 800. Elle devra emprunter la forme de la donation entre vifs..

D'ailleurs, la validité des donations à cause de mort, en droit roumain, s'explique aisément, tant par notre tradition que par les dispositions de nos monuments législatifs que notre Code civil actuel a abrogées lors de sa promulgation, en 1864. Nous voulons parler de nos codes antérieurs qui admettaient la validité des donations *mortis causa*. En effet, l'article 1290 du Code civil Calimach, ainsi que l'article 2 du chapitre XXIV du Code Andronache Donici, reconnaissaient la validité des donations à cause de mort. C'est parce qu'il n'a pas voulu déroger à la tradition persistante jusqu'à sa promulgation que le Code civil actuel a maintenu la validité des donations à cause de mort.

Mais, si le Code civil roumain a organisé trois modes de disposition à titre gratuit, à savoir, la donation entre vifs, le testament et la donation à cause de mort, faite au moyen de la donation de biens à venir, une loi ultérieure a réglementé le quatrième mode, la fondation directe. C'est donc de ce quatrième mode qu'il nous faut maintenant nous occuper.

La fondation directe en droit roumain. C'est grâce à la loi du 6 février 1924, sur les personnes morales, que le droit roumain reconnaît actuellement la fondation directe comme institution autonome, indépendante des autres modes de libéralité. Avant cette loi, sous l'empire du Code civil, on ne pouvait créer une fondation qu'indirectement au moyen d'une donation onéreuse. Les fondations ne pouvaient acquérir la personnalité juridique que par loi spéciale (voir l'arrêt de principe de la Cour de Cassation roumaine du 9 novembre 1895, Dreptul, 1895, no 78). En attendant cette loi spéciale de reconnaissance, la fondation indirecte était aux prises avec les difficultés résultant de la mauvaise adaptation des libéralités avec charges à la volonté du fondateur. Au cas d'inexécution des charges, la sanction était la révocation de la libéralité, donc le retour des biens dans le patrimoine du fondateur ou dans celui de ses héritiers, à l'encontre de la volonté du fondateur qui avait affecté ces biens à la réalisation des charges, et donc à celle de la fondation. Ajoutons aussi que les biens affectés à la réalisation de la fondation entrent dans le patrimoine du gratifié *sub modo* et y restent, tant que la fondation n'a pas acquis la personnalité juridique, en vertu d'une loi spéciale. De là proviennent les risques d'insolvabilité du gratifié. Si le gratifié *sub modo* devient insolvable et si ses créanciers saisissent et réalisent les biens affectés à la fondation — ils peuvent, en effet, saisir n'importe quel élément du patrimoine de leur débiteur — la volonté du fondateur sera entièrement méconnue et la fondation irrémédiablement compromise.

Tous ces inconvénients de la fondation indirecte subsistent encore en droit français. On ne les rencontre plus, en droit roumain, depuis notre loi sur les personnes morales du 6 février 1924.

L'article 66 de cette loi porte que la fondation est « l'acte par lequel une personne physique ou juridique constitue un patrimoine autonome et distinct du sien propre et l'affecte, d'une manière permanente, à la réalisation d'une fin idéale ou d'un but d'intérêt général ». C'est le tribunal du lieu où la fondation a été constituée qui est compétent pour décider si la personnalité juridique doit lui être reconnue. Cette décision ne pourra être rendue qu'après débats contradictoires entre les intéressés, qui ont fait la demande, et le représentant du ministère compétent, selon la nature du but de la fondation, et exposé des conclusions du ministère public.

Quant aux conditions auxquelles la fondation doit satisfaire, pour être reconnue personne juridique, les unes se rapportent à la forme, les

autres au fond.

Les fondations entre vifs doivent être faites par acte authentique ; les fondations testamentaires doivent emprunter l'une des formes que le Code civil requiert pour les testaments.

Quant au fond, on exige que l'acte, constituant la fondation, contienne des dispositions prévoyant la formation d'un patrimoine autonome et distinct de celui du fondateur, affecté à la réalisation d'un but idéal ou simplement égoïste, mais non lucratif ni même patrimonial et qui ne soit contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. De même en est-il de l'objet de la fondation.

L'acte remplissant ces conditions de forme et de fond est suffisant pour faire reconnaître en justice la personnalité juridique de cette fondation, alors même qu'elle ne possède pas les éléments nécessaires à une vie juridique indépendante. Mais alors, on peut se demander comment une telle fondation, non organisée pourra participer au commerce juridique. Si cette organisation lui manque, l'acte de fondation n'en est pas moins valable ; mais la justice ne lui reconnaîtra la personnalité juridique que lorsque cette organisation lui aura été assurée.

C'est la justice toujours, mais, cette fois, c'est la Cour d'appel, qui devra compléter la volonté du fondateur, lorsque celui-ci n'a pas pourvu à l'organisation de sa fondation ou lorsqu'il n'y a qu'insuffisamment pourvu. La Cour d'appel du domicile du fondateur, à la requête du représentant du ministère compétent, selon le but de la fondation, nommera les membres qui composeront le conseil d'administration de la fondation (article 74 de la loi du 6 février 1924). Il en est de même lorsqu'un conseil d'administration, institué par le fondateur, a disparu ou est devenu incomplet, sans que le fondateur ait prévu le cas (article 75 de la loi).

Si l'organisation prévue par le fondateur paraît insuffisante, la Cour peut la compléter par de nouveaux règlements. C'est le conseil d'administration de la fondation insuffisamment organisée qui élaborera le nouveau règlement dont l'application sera subordonnée à l'approbation du ministère compétent (article 76 de la loi).

Si toutefois les circonstances sont telles que la fondation n'est pas susceptible d'organisation en vue du but fixé par le fondateur, soit à raison de la conception erronée du fondateur ou de changements de circonstances, soit à cause de l'insuffisance matérielle du patrimoine, la Cour d'appel, aux termes de l'article 76 de la loi et pourvu que l'acte de fondation ne s'y oppose pas, peut attribuer ce patrimoine à une autre fondation de droit privé ou public, dont le but est aussi rapproché que possible du but de la fondation inorganisable. La Cour doit, cependant, respecter les dispositions de l'acte de fondation, lorsqu'elles sont compatibles avec la nouvelle situation imprévue du fondateur.

On voit donc que la fondation ne peut acquérir la personnalité juridique que si elle présente les caractères nécessaires à l'idée de personnalité, les mêmes que la loi exige pour les associations à but

non patrimonial. Mais, tandis que les associations doivent se présenter, dès le début, avec tous les éléments indispensables à une vie juridique indépendante, à défaut de quoi l'acte d'association est nul même comme acte juridique, par contre, les fondations, comme actes juridiques, sont parfaitement valables dès qu'elles contiennent l'affection d'un patrimoine autonome à la réalisation d'un but d'intérêt général, même si elles ne possèdent pas, dès le début, une organisation suffisante pour participer au commerce juridique.

On tente donc tout ce qui est possible pour faire vivre ces fondations, même quand elles sont mal conçues et, si on n'arrive pas à leur constituer une existence juridique indépendante, on se contente de sauver du moins cet élément essentiel, l'affectation d'un patrimoine à un but idéal, en la faisant dévier vers un but similaire, ayant déjà une existence juridique propre puisqu'appartenant à une autre fondation déjà reconnue comme personne juridique.

La reconnaissance se fait, nous l'avons déjà vu, par décision du tribunal, mais, pour sauvegarder les droits des tiers, la loi a organisé la publicité du jugement de reconnaissance qui consiste dans la transcription de ce jugement dans un registre spécial, tenu au greffe de chaque tribunal. Ce n'est qu'après cette transcription, que la fondation acquerra effectivement la personnalité juridique. Donc, point d'effet rétroactif, quoiqu'il s'agisse d'une reconnaissance.

Toutefois, l'article 71 de la loi admet la validité des libéralités faites par des tiers à la fondation avant sa reconnaissance, mais, à condition qu'elle soit ultérieurement reconnue. Cet effet rétroactif de la reconnaissance, quant aux libéralités faites à la fondation avant sa reconnaissance, remonte jusqu'à la mort du fondateur, pour les fondations testamentaires, et jusqu'à la date de l'acte authentique, pour les fondations entre vifs. Pourtant, nous savons qu'il faut exister au moment de la transmission pour être capable d'acquérir à titre gratuit. Mais, on sait également qu'il suffit d'être au moins conçu à ce moment pour pouvoir recueillir quand même la transmission. Or, la fondation acquiert la qualité de sujet de droit par la décision de reconnaissance. Donc, elle n'existe, comme sujet de droit indépendant, qu'à partir de ce moment. Cependant, elle est déjà conçue, comme sujet autonome, dès la date de l'acte authentique, si c'est une fondation entre vifs, et dès la date de la mort du fondateur, si c'est une fondation testamentaire. Voilà pourquoi l'effet rétroactif de la reconnaissance remonte jusqu'à ces dates, lorsqu'il s'agit des libéralités faites à la fondation, depuis sa conception mais avant sa reconnaissance. C'est l'application, par analogie, de la règle : « *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodis agitur* ».

Pourtant, la capacité de jouissance de la fondation reçoit deux limitations : a) d'abord celle résultant de la théorie de la spécialité des personnes juridiques en vertu de laquelle la fondation n'a que la jouissance des droits qui lui sont nécessaires à la réalisation de son

but ; b) ensuite, celle qui découle de l'obligation d'avoir l'autorisation administrative avant d'accepter les libéralités qu'on lui fait, l'Etat pouvant ainsi conjurer le péril de la main-morte là où il se fait pressentir.

L'article 69 de la loi considère la fondation comme une libéralité. Aussi édicte-t-il que les héritiers et les créanciers du fondateur gardent, à l'encontre de la fondation, tous les droits qu'ils ont habituellement à l'encontre des libéralités faites par leur auteur ou débiteur. Cependant, en tant que libéralité, la fondation peut être révoquée *ad nutum* soit par le fondateur de son vivant, soit, après son décès, par ses héritiers, et cela, tant que la requête aux fins de la faire reconnaître en justice n'a pas été présentée au tribunal. Ce n'est qu'au moment de cette présentation que la fondation, quoique libéralité, devient irrévocable, même s'il s'agit d'une fondation entre vifs.

La perpétuité et l'immutabilité des fondations peuvent gravement compromettre la fonction économique des biens compris dans leurs patrimoines. N'oublions pas que tel était le grand argument que Turgot leur opposait.

Aussi, notre loi du 6 février 1924 a-t-elle complètement paré à ce danger, en assurant le mécanisme de la transformation des fondations, dont s'occupent les articles 78, 79 et 80. C'est la Cour d'appel qui est compétente en cette matière. Dès qu'il est indispensable d'apporter une modification à l'organisation d'une fondation pour la conservation de ses biens et la poursuite de son but, la Cour d'appel, à la requête des directeurs, peut ordonner cette modification, en indiquant les bases de la nouvelle organisation et laissant au conseil d'administration le soin de rédiger des règlements conformes aux directives données et qui devront être soumis à l'approbation du ministère compétent. Par la même procédure, on peut modifier le but même de la fondation, à condition toutefois qu'il ne soit pas complètement irréalisable ; autrement, il ne s'agirait plus d'une modification, mais bien d'une dissolution de la fondation.

Enfin, il en est de même lorsqu'il est nécessaire de modifier ou même de supprimer les conditions ou les charges contenues dans l'acte de fondation, pour éviter qu'elles ne compromettent la réalisation du but de la fondation.

Aussi, la fondation, quoique libéralité, n'est plus soumise au régime de droit commun, en ce qui regarde les charges et les conditions illicites ou immorales ou impossibles qui, selon le Code civil roumain, qui ne connaît pas de disposition correspondante à celle de l'article 900 du Code civil français, entraînent la nullité de la donation faite sous de telles conditions.

Il serait sans doute utile d'exposer complètement le régime juridique de la fondation, considérée comme personne morale, pour faire connaître les règles du droit roumain relatives à la constitution, la reconnaissance, la publicité, la capacité et les organes, la modification, le contrôle, la dissolution, la liquidation — ainsi que l'attribution des

biens restés à la suite de la liquidation — des personnes juridiques de droit civil, donc des fondations aussi bien que des associations.

Mais, nous avons déjà fait cet exposé ailleurs (1) et nous invitons nos lecteurs à s'y reporter.

Il faut, cependant, nous rappeler que la fondation ne devient irrévocable que du jour où la requête aux fins de reconnaissance a été présentée au tribunal. Jusqu'à ce jour, elle peut être révoquée, soit par le fondateur de son vivant, soit, après son décès, par ses héritiers. Et il en de même, que la fondation soit testamentaire ou entre vifs. Mais alors, la règle « donner et retenir ne vaut » ne s'applique plus en matière de fondations directes entre vifs. C'est là une particularité assez importante du droit roumain, puisqu'on ne la rencontre dans aucun autre système de lois admettant la fondation directe, ni en droit allemand, ni en droit suisse. Rappelons aussi que, par suite de la validité des donations à cause de mort, déduite de celle des donations de biens futurs toujours valables mais essentiellement révocables en droit roumain, nous avons d'imposer à la règle « donner et retenir ne vaut » quelques autres restrictions, inconnues en droit français.

C'est de ces restrictions, ainsi que des modifications, que le droit roumain a fait subir à cette règle « donner et retenir ne vaut » que nous allons maintenant nous occuper.

Des particularités de la règle « donner et retenir ne vaut » en droit roumain. Tout d'abord, nous venons à peine de relever ce trait, le droit roumain n'applique plus le principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs aux fondations directes, même non testamentaires. Cette exception, faite en faveur du fondateur et de ses héritiers, ne peut se justifier que par l'idée que le fondateur ne manifeste définitivement sa volonté de créer une fondation autonome et indépendante, comme sujet de droit, qu'au moment où lui ou ses héritiers demandent au tribunal la reconnaissance de cette fondation. Jusqu'au moment de la présentation de la requête aux fins de reconnaissance, l'acte de fondation n'est qu'un projet ; on peut donc le révoquer.

Remarquons, également, qu'en droit roumain, la rigidité de la règle « donner et retenir ne vaut » a été sensiblement diminuée par l'admission des donations de biens futurs, toujours révocables, alors que le Code français les frappe de nullité, précisément parce qu'elles sont contraires au principe de l'irrévocabilité des donations.

Pourtant, en matière de partage fait par des ascendants notre code a reproduit textuellement les articles du Code français. C'est ainsi

---

(1) Voir Traian R. Tonasco, *Les associations et les fondations en droit roumain*, conférence donnée aux Facultés de droit de Lyon, de Nancy et de Lille, en 1930, à la rentrée des cours, et parue dans *La Revue générale du droit, de la jurisprudence et de la législation*, Paris, 1932.

que notre article 795, répétant l'article 1076 c.c.f., décide que les partages d'ascendants « pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testaments ; les partages faits par actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents ». La fin de notre article 795 est parfaitement conforme à l'article 943 du Code français. Cependant, il aurait fallu le mettre d'accord, non pas avec le texte français (art. 943), mais avec le texte roumain de l'article 821 qui, nous le savons, a remplacé la nullité des donations de biens à venir par leur révocabilité *ad nutum*.

Aussi, l'interprétation doit-elle corriger cette inadvertance du législateur qui a oublié de rayer ce dernier alinéa de l'article 795, si opposé au principe de la validité des donations de biens à venir, que notre code a pourtant proclamée, à l'encontre du Code français. Partant, il faudrait dire que le partage fait par acte entre vifs peut porter, non seulement sur les biens présents, mais aussi sur les biens à venir, puisque, en principe, les donations de biens à venir sont valables. Par conséquent, le partage d'ascendants fait par donation de biens à venir n'est pas nul, mais essentiellement révocable (1).

En parlant de la règle « donner et retenir ne vaut » en droit roumain, il faut bien remarquer que son champ d'application n'y est pas toujours rétréci. Au contraire, il se trouve un cas où il a même été élargi. C'est celui de la donation faite au moyen d'une stipulation pour autrui, donation qui n'échappe plus à l'application de la règle « donner et retenir ne vaut », bien qu'en France, la solution contraire s'impose, à cause des dispositions de l'article 1121 du Code civil français. En effet, notre cher et savant maître, M. Henri Capitant (2) observe que « les donations faites à l'aide d'une stipulation pour autrui échappent au principe de l'irrévocabilité, à cause de la disposition finale de l'article 1121, aux termes de laquelle il est permis au stipulant de révoquer la stipulation, tant que le tiers bénéficiaire n'a pas déclaré vouloir en profiter ». En Roumanie, le Code civil n'a pas reproduit l'article 1121 du Code civil français et nous n'avons aucun texte qui puisse nous donner d'indication directe sur la condition juridique de la stipulation pour autrui. La validité de la stipulation pour autrui n'a été admise en Roumanie que grâce au jeu des principes généraux du droit des obligations. Notre jurisprudence (3) s'est fondée sur le principe de

---

(1) Voir Traian R. Tonasco, *Curs de drept civil român, Succesiune si Liberalitati*, Jassy, 1927, p. 332.

(2) Capitant et Colin, *op. cit.*, vol. III, no 1054.

(3) Voir la décision de la Cour d'appel de Jassy, du 13 janvier 1916, *Pandectele Românne*, 1928.2.81 et suiv., note de Trajan R. Tonasco. C'est une décision fondamentale de notre droit : elle a été brillamment rédigée par M. D. Volanschy, actuellement Premier Président de la Cour de Cassation.

la liberté des convictions et sur le principe que la convention est la loi des parties, tant que l'ordre public ou les bonnes mœurs ne sont pas en danger, pour arriver à la conclusion que le tiers, bénéficiaire de la stipulation pour autrui, acquiert un droit propre de par le contrat intervenu entre le stipulant et le promettant, contrat auquel il est cependant demeuré étranger. Car, la règle de la relativité des contrats signifie deux choses : « la première, que deux personnes ne peuvent pas, par une convention passée entre elles, produire un effet de droit opposable à un tiers et de nature à lui nuire ; et la seconde, que, si ces personnes n'ont entendu donner contre elles aucun droit à un tiers étranger au contrat, aucune autre qu'elles ne pourra se prévaloir du contrat pour en tirer profit. Mais, si les deux parties, en contractant, ont expressément déclaré qu'un tiers, qu'elle désigne, pourrait se prévaloir contre l'une d'elles de tels ou tels effets résultant de la convention, il n'est pas indispensable qu'un nouveau contrat se forme avec le tiers bénéficiaire pour réaliser en sa personne le droit créé à son profit par la convention ; car, le contrat qui l'a créé existe et se suffit par lui-même » (1). La décision qui a fait, chez nous, jurisprudence ajoute que « le tiers bénéficiaire acquiert donc un droit direct contre le promettant du moment de la conclusion du contrat et de par ce contrat même auquel il est demeuré étranger. Partant, son droit, une fois né, est, en principe, irrévocable, à moins que le contraire ne résulte de la convention passée entre le stipulant et le promettant. On ne pourrait objecter qu'ainsi le tiers acquiert un droit sans le vouloir, puisqu'il peut parfaitement l'anéantir par sa propre volonté, en décidant de ne pas l'exercer (2).

Aussi, la donation faite au moyen de la stipulation pour autrui ne sera-t-elle révocable que lorsque la convention passée entre le stipulant et le promettant renferme une clause permettant la révocation du droit du tiers et conforme au principe de l'irrévocabilité des donations.

En France, au contraire, l'article 1121 dispose que le droit du tiers bénéficiaire est toujours révocable, tant qu'il n'a pas déclaré vouloir en profiter. C'est dire qu'il est révocable même si la convention passé entre le stipulant et le promettant ne contient pas de clause de révocation (3).

Pourtant, même en droit roumain, la donation faite à l'aide de la stipulation pour autrui est, parfois et par exception, essentiellement révocable. C'est lorsqu'elle résulte d'un contrat d'assurance sur la vie, contracté en faveur d'un tiers bénéficiaire. Quand il en est ainsi, l'assuré (le donateur), mais lui seul, car c'est un droit strictement personnel, peut révoquer la stipulation faite au profit du tiers bénéficiaire (le

---

(1) Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 583 et 584.
(2) Voir la décision citée à la note 2 de la page 32.
(3) Voir Trajan R. Tonasco, *Stipulatia pentru altul ca mijlac de transmisiune pasiva cu titlu particular a ogligatulor*, Craiona, 1930, p. 42 et 43, et *Curs* cité, p. 302.

donataire) que ce dernier l'ait ou non acceptée (1).

Maintenant, nous devons relever les particularités du droit roumain relatives à l'insanité d'esprit du disposant, aux substitutions proprement dites et à la sanction des donations faites sous condition impossible, illicite ou immorale.

Les particularités du droit roumain en matière d'insanité d'esprit du disposant, de substitution fidéicommissaire et de sanction des libéralités faites sous condition impossible, illicite ou immorale.

L'insanité d'esprit du disposant. On sait que pour la validité des dispositions à titre gratuit, comme pour tous les actes juridiques, il faut que le disposant soit capable de comprendre la portée de ses actes, c'est-à-dire qu'il soit sain d'esprit. C'est ce que nous dit l'article 901 du Code civil français, lorsqu'il édicte que « pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit ». Ce n'est pas sans raison que ce texte énonce une règle déjà posée par la loi pour la validité de tout acte juridique : il a, en réalité, un sens spécial. Voici en quels excellents termes, notre maître, M. H. Capitant (2) nous explique ce sens spécial de l'article 901 du Code civil français : « On se souvient que l'article 504 (que reproduit textuellement l'article 449 c.c.r.) interdit d'attaquer, pour cause de démence, et après sa mort, les actes d'un défunt à moins que son interdiction n'ait été prononcée ou provoquée de son vivant, ou que la preuve de la démence ne résulte de l'acte lui-même. La raison de cette prohibition, c'est que la loi craint que les héritiers ne soient trop enclins à alléguer l'insanité de leur auteur, pour faire tomber un acte qu'ils estimeraient contraire à leurs intérêts ; elle juge aussi que, après le décès de l'auteur, il devient trop difficile de savoir exactement quel était son état mental lorsqu'il a agi. Ces raisons sembleraient avoir encore plus de force pour les actes à titre onéreux, car, c'est surtout contre les donations et les legs faits par le défunt que s'élèvent, en général, les ressentiments et la cupidité des héritiers. Et, pourtant, le code a écarté, en ce qui les concerne, l'application de la règle énoncée plus haut. C'est là précisément ce que signifie l'article 901. Il veut dire que la donation ou le testament peut être attaqué pour cause de démence, après la mort du disposant, quand bien même l'acte incriminé ne dénoterait pas par lui-même l'aliénation mentale, et quoique l'interdiction n'ait pas été provoquée ou prononcée du vivant du testateur ou donateur. Quelle en est la raison ? Les actes à titre gratuit sont ceux qui exposent le plus l'aliéné aux suggestions,

(1) Voir Trajan R. Tonasco, *Le contrat d'assurance selon la loi roumaine du 7 juillet* 1930, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1931, p. 1130 et 1131.

(2) Cours cité, vol. III, No 829.

aux manœuvres d'intimidation d'individus qui profitent de sa maladie pour se faire attribuer ses biens. La règle de l'article 901 est donc une manifestation, entre beaucoup d'autres, de la défaveur avec laquelle la loi envisage, *a priori,* les actes de disposition à titre gratuit et des obstacles qu'elle semble s'être donné à tâche de multiplier sous les pas du disposant ».

Cependant, le Code civil roumain, considérant que les raisons qui justifient l'article 504 c.c.f. sont bien plus fortes que celles invoquées en faveur de l'exception de l'article 901 c.c.f., a supprimé ce dernier article pour que la règle énoncée par le premier ne comporte, en droit roumain, aucune exception.

Aussi, notre article 449, copie de l'article 504 du Code civil français, s'applique-til aux actes à titre onéreux comme aux libéralités. La doctrine roumaine (1), presqu'unanime sur ce point, est suivie par une jurisprudence constante (2).

Partant, en droit roumain, on ne peut pas attaquer, pour cause de démence, après la mort d'une personne, ni ses libéralités, ni ses actes à titre onéreux, sauf lorsque son interdiction a été demandée ou prononcée de son vivant ou lorsque la preuve de la démence résulte de l'acte lui-même.

Notre jurisprudence (3) reconnaît, cependant, aux héritiers du disposant le droit de demander, après sa mort, l'annulation des libéralités faites par lui, sans exiger les conditions de notre article 449 (504 c.c.f.), pourvu qu'ils basent leur demande en annulation sur l'insanité passagère ou la surexcitation temporaire du disposant lors de la libéralité. Car, dans de tels cas, il est absolument impossible que les héritiers puissent remplir les conditions de l'article 449 (504 c.c.f.) puisque, pour pouvoir demander l'interdiction d'une personne. il faut prouver qu'elle est dans un état permanent d'insanité. Les héritiers peuvent donc prouver, de toute façon, l'insanité d'esprit passagère (4).

La suppression de toute substitution fidéicommissaire proprement dite.

Le Code civil roumain a supprimé les articles 1048 à 1074 du Code civil français. Ce qui veut dire suppression complète de toute substitution proprement dite, sans exception aucune, notre loi ayant entendu s'en tenir strictement au principe de l'article 896 du Code civil français qu'il a traduit fidèlement dans notre article 803. Aux termes de

---

(1) Sauf D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 71.

(2) Il fov, 17 décembre 1888, *Dreptul*, 1889, no 11 ; Bucarest, 27 janvier 1907, *Dreptul*, 1907, no 28 ; Cass, 13 novembre 1872, *Bullet. Cass.* 1872, p. 318 , Cass., 1895, *Bullet. Cass.*, 1895, p. 99 ; Cass., 9 novembre, 1923, *Jurisprudenta generali*, 1924, no 290 ; Cass., 1924, *Pand. Rom.*, 1924,1.245.

(3) Cass., 4 février 1907, *Bullet. Cass.*, 1908, p. 216 ; Cass., 7 mars 1911, *Bullet. Cass.*, 1911, p. 295 ; Cass., 31 octobre 1912, *Bullet. Cass.*, 1912, p. 1680.

(4) Tr. R. Tonasco, *Curs* cité, p. 74.

cet article, « toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire ».

La sanction des libéralités faites sous condition impossible, illicite ou immorale. Notre code n'a pas reproduit l'article 900 du Code civil français, étendant ainsi l'application du droit commun des contrats aux libéralités faites sous condition impossible, illicite ou immorale. En d'autres termes, tandis qu'en droit français, la condition impossible, illicite ou immorale n'annule que les conventions à titre onéreux et est réputée non écrite dans les actes à titre gratuit, en droit roumain, au contraire, elle annule même ces derniers.

Encore faut-il remarquer que la doctrine et la jurisprudence roumaines n'ont saisi qu'assez tard, et à la suite de bien des détours, des plus curieux, cette différence importante entre le droit français et le droit roumain.

En effet, notre jurisprudence a débuté par des solutions absolument identiques à celles des juges français, quoique nous n'ayons pas de texte exceptionnel et particulièrement destiné aux libéralités, comme l'article 900 c.c.f. (1).

Sous l'action de la grande loi psychologique de l'imitation qui préside à la formation de toute jurisprudence, la jurisprudence roumaine n'est-elle pas allée jusqu'à employer la notion de cause impulsive et déterminante, que la jurisprudence française utilise, pour décider la nullité intégrale de toute libéralité, dont la condition immorale, illicite ou impossible apparaît comme étant la cause impulsive et déterminante. C'était appliquer les dispositions de l'article 900 c.c.f., pourtant supprimé par le Code civil roumain. Or, selon le Code roumain, on doit appliquer même aux libéralités, le droit commun des contrats, c'est-à-dire l'article 1008 du Code civil roumain, reproduisant textuellement l'article 1172 c.c.f., suivant lequel « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend » (2).

Il est vrai toutefois qu'elle a fini par reconnaître, en partie, la gravité de son erreur, en limitant l'application du système français aux legs seuls et non plus aux donations qui, en tant que conventions, sont assujetties au droit commun des contrats, c'est-à-dire à l'article 1172 c.c.f. ou 1008 c.c.r. (3).

---

(1) Cass., 1884, *Bullet. Cass.*, 1884, p. 265 ; Cass., 1909, *Bullet. Cass.*, 1909, p. 290.

(2) Appel Bucarest, 20 février 1891, *Dreptul*, 1891, no 17 ; Appel Jassy, 1890, *Dreptul*, 1890, no 69 ; Appel Jassy, 1899, *Dreptul*, 1900, no 6 ; Cass., 4 juillet 1923, *Pand. Rom.*, 1924,1,268.

(3) Cass., 1904, *Bullet. Cass.*, 1904, p. 362 ; Cass., 1908, *Bullet. Cass.*, 1908, p. 818.

Mais, même ainsi limitée, la théorie reste toujours erronée. La doctrine, bien fixée sur ce point, maintient que toutes les règles posées par le Code français pour les conventions en général, s'appliquent non seulement aux actes juridiques bilatéraux, mais aussi aux actes unilatéraux. De plus, l'article 5 du Code civil roumain a ajouté à l'article correspondant du Code français (art. 6 c.c.f.), après le terme « convention », les mots « ou dispositions », ne permettant ainsi de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ni par convention, ni par disposition unilatérale.

Aussi, la suppression de l'article 900 du Code civil français ainsi que l'addition des mots « ou dispositions » à l'article 6 du Code civil français expriment-elles clairement la volonté de notre législateur d'édicter la nullité absolue de toute disposition, contractuelle ou testamentaire, contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. C'est pourquoi, en droit roumain, il faut conclure que l'article 1008 (1172 c.c.f.) s'applique aussi bien aux contrats à titre onéreux qu'aux libéralités (sauf les fondations directes) même testamentaires et qu'ainsi non seulement les donations, mais aussi les legs sont absolument nuls, lorsqu'ils sont faits sous condition impossible, illicite ou immorale (1).

Cependant, il n'est pas moins vrai que la nullité absolue de ces libéralités résulte, en théorie du moins, du fait que, en pareil cas, la libéralité est fondée sur une cause illicite, immorale ou impossible. En effet, nous avons déjà démontré ailleurs (2) que la notion de cause tant dans les libéralités que dans les contrats à titre onéreux, renferme 2 idées : a) celle d'atteindre un certain but par cet acte, but immédiat de l'obligation, abstrait, objectif, contenu dans le contrat, et qui suppose la considération de l'exécution de la prestation du co-contractant, dans les actes à titre onéreux, ou de l'absence de cette prestation, dans les libéralités ; b) celle de vouloir passer l'acte lui-même, but médiat de l'obligation, concret, subjectif, extérieur mais proche de l'acte dans lequel il est parfois contenu, sous la forme d'une garantie ou d'une condition, et qui suppose la considération d'une qualité ou particularité, du fait ou de la personalité même du co-contractant, qualité ou particularité connue ou présumée connue de l'autre partie.

Donc, si les parties déclarent, sous la forme d'une condition, le but médiat, concret et subjectif qu'elles poursuivent, c'est que ce but les a déterminées à conclure l'acte qui, dans leur pensée, n'était que le moyen d'y arriver. Mais alors, il apparaît clairement, de la rédaction même de l'article 1172 du Code civil français, savoir « la condition

---

(1) Appel Bucarest, 25 juin 1881, *Dreptul*, 1881, no 59 ; Bucarest, 14 janvier 1892, *Dreptul*, 1892, no 27 ; Appel Jassy, 1907, *Dreptul*, 1907, no 5 ; Appel Jassy, 1908, *Dreptul*, 1908 no 11. Voir, sur l'évolution de notre jurisprudence, en cette matière, Traian R. Tonasco, *Curs* cité, p. 76 à 85.

(2) Voir Trajan R. Tonasco, *L'évolution de la notion de cause*, Paris, 1923 : Trajan R. Tonasco, *Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1931, p. 60 à 67.

illicite ... rend nul le contrat qui en dépend », qu'il n'est qu'une application de la notion de cause ; la condition n'est plus un concept indépendant, mais bien une simple forme d'expression de la cause, considérée comme but médiat de l'obligation (1).

C'est pourquoi la jurisprudence française est pleinement justifiée lorsqu'elle élude les dispositions de l'article 900 du Code civil français, en prononçant la nullité absolue de toute libéralité fondée sur une cause illicite, immorale ou impossible, même si cette cause a été exprimée dans l'acte de libéralité sous la forme d'une condition.

Ainsi, pratiquement, la jurisprudence française arrive à la même conclusion que celle qui s'impose directement aux juges roumains en vertu de notre Code civil, sans les astreindre à la nécessité de recourir à des détours théoriques, comme doivent le faire les juges français, pour décider la nullité absolue de toute libéralité faite sous condition impossible, illicite ou immorale.

Pourtant, il faut nous rappeler que la fondation directe, quoique libéralité, en vertu de la loi sur les personnes juridiques du 6 février 1924, n'est plus soumise au droit commun, en ce qui regarde les charges et les conditions illicites, immorales ou impossibles. Une fondation, créée sous de telles conditions, ne serait pas nulle. Ce sont ces conditions ou charges qui pourront, par une procédure que nous avons déjà décrite, être modifiées ou même supprimées, lorsqu'elles sont de nature à compromettre la réalisation du but de la fondation.

Ajoutons une dernière particularité du droit roumain relative à la capacité d'exercice de disposer et d'acquérir à titre gratuit. C'est de l'abrogation des articles 687 et 950 du Code civil roumain (articles 776 et 1124 c.c.f.) que nous voulons parler, c'est-à-dire, d'une façon plus générale, de la suppression de l'incapacité civile de la femme mariée roumaine. En effet, la loi roumaine du 20 avril 1930 vient d'abolir l'incapacité civile de la femme mariée, en abrogeant expressément tous les textes du Code civil qui l'édictaient.

Aussi, dorénavant, les femmes mariées roumaines peuvent-elles disposer à titre gratuit, sans autre restriction que celles résultant du régime matrimonial adopté. De même, peuvent-elles accepter des successions et des donations, sans autorisation maritale (2). En France, l'incapacité de la femme mariée, quoique adoucie partiellement par différentes lois, subsiste encore.

Nous allons maintenant montrer les traits distincts du droit roumain en matière, réduction et rapport des libéralités.

---

(1) Voir Traian R. Tonasco, *De la volonté dans la formation des contrats*, dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, 1934, vol. II, p. 368 et suiv.

(2) Voir Traian R. Tonasco, *La législation civile roumaine* (de 1931 à 1935), *La prohibition de l'usure* : *La suppression de l'incapacité civile de la femme mariée* ; *L'introduction du livre foncier* ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1935, no 2.

Le particularisme du droit roumain en matière de réserve des héritiers, de réduction et de rapport des libéralités.

Réserve. Tout d'abord, il faut noter que la jurisprudence roumaine n'a pas suivi la même méthode que la jurisprudence française pour le calcul de la réserve des descendants, quoique les textes qui s'y rapportent, directement ou indirectement, soient absolument les mêmes en France et en Roumanie.

Alors qu'en France, une jurisprudence constante décide que le montant de la réserve des descendants dépend du nombre des enfants vivants au jour de la mort du *de cujus*, sans qu'il y ait à rechercher si, parmi ces enfants, il en est qui renoncent ou qui sont exclus comme indignes (1), en Roumanie, au contraire, la jurisprudence aussi bien que la doctrine considèrent que seuls comptent les enfants qui viennent effectivement à la succession, quand il s'agit de déterminer le montant de la réserve des descendants et de la quotité disponible. Car, ce ne sont que ces enfants que le *de cujus* « laisse » comme héritiers, puisque les renonçants et les indignes perdent rétroactivement leur qualité d'héritiers. Si l'on ajoute que la réserve est une *pars hereditatis*, on connaît toutes les raisons sur lesquelles s'appuie notre jurisprudence (2).

Cette solution de la jurisprudence et de la doctrine roumaine est approuvée presqu'à l'unanimité par la doctrine française, à l'influence de laquelle elles doivent beaucoup, particulièrement dans ce cas.

La doctrine française est tellement ferme là-dessus qu'elle a proposé un texte de loi en ce sens (3).

Quant à la réserve des ascendants, le Code roumain a apporté plusieurs modifications à son modèle français.

Ainsi, l'article 914 du Code civil français accorde la réserve à tous les ascendants légitimes du *de cujus*, sans distinguer leur degré de parenté, alors que l'article 843 du Code civil roumain ne reconnaît de réserve qu'aux père et mère légitimes du *de cujus*, ainsi qu'à sa mère naturelle. En droit roumain, la parenté naturelle entre l'enfant et sa mère, y compris les ascendants et collatéraux de celle-ci, produit les mêmes effets que la parenté légitime, quoique la paternité naturelle, même volontairement reconnue, sa recherche judiciaire étant prohibée,

---

(1) Cass. sic., 18 février 1818, S. 1818.1.422 ; Cass. civ., 13 août 1866, D.P., 1866.1.465 ; Cass. Req., 10 juin 1902, S., 1904.1.121 ; Cass. civ., 23 juin 1926, D.P., 1927.1.65 ; Douai, 25 juin 1891, D.P. 92.2.89.

(2) Cass., 19 mars 1891, *Bullet Cass.*, 1891. p. 316 ; Cass., 17 octobre 1905. *Bullet. Cass.*, 1905, p. 1194 ; *Doctrine roumaine* : **M. B. Cantacurino**, *op. cit.*, p. 282 ; **D. Alexandresco**, *op. cit.*, p. 531 ; **Trajan R. Tonasco**, note aux *Pandectele Române*, 1924.2.161.

(3) C'est la Société d'Etudes Législatives de Paris qui a proposé ce texte de loi. La proposition a été faite à la suite du rapport de **M. Joulliat de la Morandière**. Voir *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1928, p. 271 et 1929, p. 87.

ne produise aucun effet (1).

Encore faut-il constater qu'en France la quotité de la réserve, en principe, est fixée à un quart pour chaque ligne d'ascendants, ce qui peut amener l'inégalité des parts individuelles, selon le nombre des ascendants de chaque ligne, tandis qu'en Roumanie, l'article 843 l'a invariablement fixée à la moitié de la succession, sans distinguer si à la succession viennent les père et mère du *de cujus* ou seulement l'un d'eux.

Enfin, on sait qu'en droit français, la réserve des ascendants n'est pas diminuée par l'accession des collatéraux privilégiés à la succession. En droit roumain, au contraire, on décide que la réserve est réduite au quart de la succession dès que l'un seulement des père et mère vient en concours avec les collatéraux privilégiés. La raison de cette solution, c'est que l'article 673 du Code civil roumain prévoit que la part des collatéraux privilégiés, lorsqu'ils viennent en concours avec le père seul ou la mère seule du *de cujus*, est des trois quarts de la succession. Or, le montant de la réserve ne peut jamais dépasser le montant de la part successorale. C'est pourquoi, notre jurisprudence, approuvée presqu'à l'unanimité par notre doctrine, considère qu'en pareil cas la réserve de l'ascendant ne peut pas dépasser le quart de la succession (1). Mais, c'est le seul cas où, en droit roumain, on réduit le montant de la réserve des ascendants privilégiés, qui, autrement, est invariablement fixé à la moitié de la succession, sans distinguer les lignes. Quant à la réserve de la mère naturelle, elle est toujours fixée à la moitié de la succession puisqu'il n'y a jamais lieu au concours des collatéraux privilégiés de son enfant décédé, le droit roumain n'ayant reconnu aucun droit de succession entre parents naturels en ligne collatérale.

Réduction des libéralités excessives. Cette sanction de la réserve, qu'est la réduction des libéralités a-t-elle effet contre les tiers ? Selon l'article 929 du Code français, les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le seront sans charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire ; car, toutes les charges nées du chef du donataire doivent tomber ; *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipienfis.* Néanmoins, l'article 930 du Code civil français ajoute que les réservataires ne pourront agir contre les tiers acquéreurs sans avoir, au préalable, procédé à la discussion de tous les biens du donataire. Même ainsi limité au cas de l'insolvabilité du donataire, cet effet de la réduction des libéralités contre les tiers n'en constitue pas moins un trait suf-

(1) Voir Cass., 7 mars 1921, *Pann Rom.*, 1922.1.223 ; Cass., 6 avril 1893, *Bullet. Cass.*, 1893, p. 306; Jassy, 7 et 9 juin 1920, *Pand. Rom.*, 1922.3.24. Doctrine roumaine : M. B. Cantacurino. *op. cit.*, p. 283 ; Trajan R. Tonasco, *Curs* cité, p. 52 ; contra D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 539, note 1.

fisamment important pour déterminer quelques auteurs, comme M. Bartin, à conclure que l'action en réduction des libéralités est une action réelle.

En droit roumain, pourtant, l'action en réduction des libéralités est nettement personnelle.

Personnelle, d'abord, par suite de la suppression de l'article 929 du Code civil français qui n'a pas de correspondant dans notre Code civil ; personnelle, ensuite, parce que notre article 855 (art. 930 c.c.f.) a modifié son modèle français en ce sens que, dans le cas d'aliénation des biens donnés, les tiers acquéreurs ne sont pas inquiétés ; au contraire, c'est le donataire qui est toujours obligé de restituer aux réservataires le montant de ce qui excède la quotité disponible, calculé d'après la valeur des biens donnés au jour de l'ouverture de la succession. Et même s'il est insolvable, ce ne sont pas les tiers acquéreurs, mais bien les donataires antérieurs qui en souffriront, car tout se passe comme si la donation faite à l'insolvable n'existait pas (1).

Encore faut-il remarquer que, selon notre droit, le donataire est obligé de restituer aux réservataires les fruits de ce qui excède la quotité disponible, à compter du jour de l'ouverture de la succession. C'est à la suite de la suppression de l'alternative prévue par l'article 928 du Code civil français que notre code a pu édicter, dans son article 854, l'obligation du donataire de restituer les fruits des biens donnés au-delà de la quotité disponible, à compter toujours du jour de l'ouverture de la succession, et jamais du jour de la demande, même si la demande en réduction est faite plus d'un an après le décès du donateur.

Notons, en dernier lieu, quelques graves dérogations au droit commun des libéralités, amenées par nos lois de réforme agraire de 1918 et 1921 et qui ne s'appliquent que dans le cas où la succession comprend des immeubles ruraux, des terres arables, soumis aux lois agraires.

C'est pour éviter l'émiettement de la petite propriété agricole paysanne que nos lois de réforme agraire ont édicté l'indivisibilité, par voie de succession, d'un hectare, dans les régions de montagnes, de deux hectares, dans les régions de plaine, ou, enfin, de cinquante hectares lorsque leurs propriétaires ont déclaré, par acte authentique, vouloir les soumettre aux lois de réforme agraire, de terre cultivable acquise par les paysans, en vertu des différentes lois d'appropriation, notamment la grande loi agraire de 1864.

C'est dans le même but, ainsi qu'en vue d'une bonne exploitation économique que les mêmes lois ont organisé, pour ces biens indivisibles, une procédure spéciale de partage.

Mais, ces lois ont dépassé le but qui les avait déterminées, en reconnaissant, à tout propriétaire, le droit de disposer, par acte entre

---

(1) Voir Trajan R. Tonasco, *Curs* cité, p. 197 et 198.

vifs ou par testament, du bien agricole indivisible, sans avoir à respecter la réserve de ses héritiers, l'institution du rapport ou la règle de l'égalité applicable aux successions, pourvu que ce soit en faveur de l'un de ses héritiers.

Donc, cette partie indivisible de la propriété agricole n'est ni réductible, ni rapportable, alors même que la réserve des autres héritiers serait entièrement absorbée (1).

Mais, quant au rapport des libéralités, il faut ajouter encore un trait assez caractéristique du droit roumain.

Rapport. Selon l'article 843 du Code civil français, tout héritier, même bénéficiaire ou collatéral, est tenu de rapporter, non seulement les donations, mais aussi les legs. S'il est vrai que le legs fait à un héritier est présumé fait par préciput et hors part, il n'est pas moins vrai que le testateur peut exprimer une volonté contraire à la présomption de la loi ; et alors l'héritier rapportera le legs en moins prenant.

Cependant, notre article 751, correspondant à l'article 843 du Code civil français, édicte, conformément à l'article 1001 du Code civil italien, que le rapport n'est dû qu'entre les descendants et seulement quant aux donations directes ou indirectes. Donc, le droit roumain ne connaît pas le rapport des legs ; il ne règlemente que le rapport des libéralités entre vifs, prévisant que l'obligation du rapport des donations ne concerne que les descendants (2).

Notre jurisprudence est bien fixée en ce sens, et depuis longtemps (3).

Pourtant, et quoique la loi ne soumette pas les legs au rapport, il faut bien admettre que le testateur peut obliger ses héritiers à rapporter les legs qu'il leur fait, à condition toutefois qu'il exprime clairement cette volonté, dans son testament. Le cas échéant, le rapport se fera en moins prenant.

Il n'en est pas de même du donateur, qui voudrait obliger ses héritiers, ascendants ou collatéraux, à rapporter les donations qu'on leur à faites ; c'est la loi elle-même qui, chez nous, les exonère de l'obligation du rapport et, de plus, la volonté du donateur est impuissante à cet égard puisque « donner et retenir ne vaut ». Remarquons, en terminant, que l'article 765 du Code roumain, à l'instar de l'article 1016 du Code italien, a ajouté à l'article 860 du Code français un cas de rapport d'immeuble en moins prenant, celui où l'immeuble donné

---

(1) Voir, quant à la répercussion de notre législation agraire sur le droit civil. Trajan R. Tonasco, *Chronique de législation civile roumaine, Revue trimestrielle de droit civil*, 1930, p. 1232 et 1233.

(2) Opinion adoptée presqu'à l'unanimité par la doctrine, sauf D. Alexandresco, *op. cit.*, partea II, p. 568 et 614 et Fl. Sion, *Cur de Succesiuni*, Jassy, 1932.

(3) Cass., 8 février 1900, *Bullet. Cass.*, 1900, p. 145 ; Cass., 23 janvier 1915. *Jurisprudenta romînâ*, 1915, no 160 ; Cass., 27 décembre 1921, *Pand. Rom.*, 1922.1.215.

a été grevé d'hypothèque avant l'ouverture de la succession.

Passons, enfin, aux dernières différences entre le droit français et le droit roumain, que nous ayons à signaler, en cette matière des libéralités.

De quelques modifications en matière de donations entre vifs et de legs.

Donations entre vifs. D'abord, notre code a reproduit l'article 1077 du Code civil italien, qui n'oblige le donateur à la garantie contre l'éviction que si la donation est faite avec charges ou lorsqu'il y a stipulation à cet effet (article 840 du Code civil roumain), alors qu'en France, on n'obtient la même solution que grâce au jeu des principes généraux.

Quant à la prescription de trente ans de la demande en révocation des donations pour survenance d'enfants, notre Code civil en a modifié le point de départ, en le fixant « à la naissance de l'enfant » (art. 840 c.c.r.) et non pas « à la naissance du dernier enfant » (art. 966 c.c.f.).

Legs. Premièrement, notre code a modifié l'article 1005 du Code civil français de telle sorte que le légataire universel n'a droit aux fruits des biens légués qu'à compter du jour de la demande en délivrance, adressée aux héritiers, s'il y en a, ou, à leur défaut, à la justice (art. 890 c.c.r.). En France, il en est autrement. Car, s'il n'y a pas d'héritiers ou si le légataire universel fait sa demande en délivrance dans l'année, il a droit aux fruits à compter du jour de la mort du testateur. Lorsqu'il n'y a pas d'héritiers, le légataire universel a droit aux fruits dès la mort du testateur, parce qu'il a la saisine de plein droit.

Notre législateur a supprimé la saisine du légataire, en l'obligeant toujours à demander la délivrance de son legs soit aux héritiers, s'il y en a, soit à la justice, s'il n'y en a pas (art. 1006 c.c.f. modifié par l'article 891 c.c.r.). Mais, si le légataire universel n'a pas la saisine de plein droit, il s'en suit qu'il ne répondra des dettes de la succession que *intra vires hereditatis,* de même que tout successeur irrégulier d'ailleurs. C'est donc une nouvelle différence entre le droit civil roumain et le droit civil français où, on le sait, le légataire universel, étant saisi de plein droit, répond du passif de la succession *ultra vires hereditatis* (1).

Notre article 898 étend les mêmes dispositions au légataire à titre universel de sorte que nous ne connaissons d'autres exceptions à la règle, selon laquelle le légataire n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de la demande en délivrance, que celles portées à l'article 1015

---

(1) Pour tout ce qui regarde les legs et la condition des légataires en droit roumain, voir Trajan R. Tonasco, *Roumanie,* chapitre V, p. 238 et 241.

du Code civil français (article 900 du Code civil roumain). C'est dire que la règle énoncée plus haut ne comporte que deux exceptions : 1) lorsque le testateur a expressément déclaré, dans le testament, que le légataire aura droit aux fruits à compter du jour de son décès ; 2) lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments, dans quels cas le légataire a aussi droit aux fruits à compter du jour du décès.

Deuxièmement, selon notre article 907, la nullité du legs de la chose d'autrui est limitée au seul cas où le testateur ne savait pas que la chose ne lui appartenait pas, alors qu'en France (article 1021 c.c.f.) le legs de la chose d'autrui est nul, que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas.

Rappelons, en tout dernier lieu, qu'en Roumanie, comme nous l'avons déjà vu, les legs ne sont pas soumis au rapport ; car, on ne rapporte que les donations entre vifs.

Après avoir relevé tous les traits particuliers du droit roumain en matière de libéralités, nous pouvons clore cette étude, en précisant que, pour ce qui regarde le régime des libéralités, sur d'autres points que ceux dont nous nous sommes occupés ici, le droit roumain pose des règles absolument conformes à celles du droit français, auquel il les a empruntées, tant en législation qu'en jurisprudence et en doctrine. Les différences, relevées par nous, ne sont pas tellement considérables. C'est pourquoi, nous pouvons terminer en affirmant, de nouveau, la proche parenté qui unit le Code roumain et le Code français, même en matière de libéralités.

DU MÊME AUTEUR

En français :

L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux. Etude de la doctrine et de l'extension de la notion de cause en jurisprudence. *Thèse*, Paris, 1923, *récompensée* par la Faculté au concours des prix.

Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations. Extrait de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1931, n° 1, Paris.

Les associations et les fondations en droit civil roumain. Extrait de la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence. Paris, 1932.

Chronique de législation civile roumaine, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1930, n° 4, 1931, n° 4, 1935, n° 2.

Eléments de droit civil roumain, 5e chapitre du volume « *Roumanie* » de la Bibliothèque : *La vie juridique des peuples*, Paris, 1932.

De la volonté dans la formation des contrats, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de L. Gong, Paris, 1934, vol. II, n° 368.

En roumain :

Etudes de droit civil,, Jassy, 1926.

La stipulation pour autrui comme instrument de transmission passive à titre particulier des obligations, Craiova, 1930.

Les particularités de l'institution contractuelle et la validité de la donation à cause de mort en droit roumain, Mélanges Humangiu, Bucarest, 1932.

Volonté psychologique et volonté juridique, Revue Minerva, 1927, n° 1.

L'antagonisme juridique, Revue Minerva, 1927, n° 3.

La politique juridique, Revue Minerva 1928, n° 2.

L'erreur et les vices rédhibitoires, Pandectes roumaines, 1922, 1, 325.

Les conventions illicites et immorales, Pandectes roumaines, 1922, 1, 201 et 1924, 2, 329.

L'article 752 cod. civ. roumain, Pandectes roumaines, 1924, 2, 161.

La vente des immeubles des mineurs en droit international et interprovincial. Pandectes roumaines, 1923, 1, 191 et 1925, 2, 320.

Notes de cours :

Successions et libéralités, Jassy, 1928.
Théorie générale des obligations, Jassy, 1929.
Introduction à l'étude du droit, Jassy, 1930.
Les contrats spéciaux et le crédit civil, Jassy, 1931.
Les personnes et les biens, Jassy, 1932.

APPENDICE

JACQUES CARTIER JURISTE
LA TRÈS ANCIENNE COUTUME DE BRETAGNE
DE JACQUES CARTIER

Rapport présenté par

M. F. JOÜON DES LONGRAIS,

Directeur à l'Ecole des Hautes Etudes
(Sorbonne) ; Archiviste paléographe.

Le but de cette communication est de vous faire connaître un document qui intéressera à la fois tous ceux qui fêtent en ce quatrième centenaire de la découverte du Canada la mémoire de Jacques Cartier, et plus spécialement encore ceux d'entre nous qui sont juristes. C'est l'exemplaire de la Coutume de Bretagne de Jacques Cartier lui-même, signé de lui et avec quelques lignes de sa main.

Jacques Cartier, comme tant d'autres figures du XVIe siècle, ne fut pas le personnage d'une pièce que l'on s'imagine parfois de loin ; en s'approchant de lui il nous apparaît sous les traits les plus divers, hardi pilote, énergique capitaine, chargé de mission du roi, il fut encore marchand en St-Malo de l'Ile, comme il aime à le dire, excellent bourgeois de la vieille cité, joyeux compagnon. Il fut aussi un juriste, il aima lire le droit, le comprendre et l'expliquer pour le profit de sa navigation, de son négoce, peut-être pour l'utilité des pauvres gens.

Chaque province de France possédait alors son droit propre, sa coutume, fruit de l'expérience longuement accumulée des ans. Ces coutumes n'avaient guère encore de rédactions officielles, seules des compilations, plus ou moins privées, en conservaient le contenu pour le plus grand avantage des praticiens. Les exemplaires manuscrits en étaient rares, les premières éditions imprimées en sont souvent plus rares encore.

En Bretagne dès le début du XIV siècle, entre 1312 et 1325, en 1323 peut-être, les règles juridiques alors en usage devant les cours judiciaires bretonnes furent compilées par trois praticiens, hommes de justice ou gentils hommes dont on s'entend aujourd'hui pour reconnaître la réalité historique Pierre Copu dit le Sage, Eon de Tréal dit le Fier, et Mahé le Léal, qui était sans doute Macé le Bart. Cette coutume n'était point, comme nos codes d'aujourd'hui, une liste aride de règles ardues.On trouve dans cet exposé très clair de l'état du droit et de la procédure bretonne, une bonhommie de ton, une bienveillance familière, un esprit de justice, de charité et de foi, qui n'excluent pas un réel talent littéraire. C'est un ouvrage attachant ou se reflète bien

l'âme caractéristique de la Bretagne. On y voit combien en ce pays la règle juridique côtoyait alors la règle morale et les auteurs de cette coutume nous apparaissent, en toute lumière, comme de pieuses gens, pleins de piété pour les pauvres, attachés profondément à la mise en valeur de la terre, au respect de la famille, à l'obéissance à l'Eglise.

Bon nombre de manuscrits de la Très Ancienne Coutume de Bretagne, trente-trois à ma connaissance, existent encore aujourd'hui dans les bibliothèques de Paris et de diverses villes de Bretagne, il en existe même à Londres au British Museum. Dès 1480 la Très Ancienne Coutume de Bretagne fut imprimée pour la première fois à Paris, je puis ici vous en montrer un exemplaire. En 1485, 3 éditions parurent dans des villes bretonnes : Rennes, Tréguier et Loudéac, d'autres éditions devaient suivre à Rouen en 1502, à Paris en 1507, à Nantes en 1513, dans d'autres villes encore en 1514, 1517, 1521. Il y eut en tout jusqu'en 1538 une vingtaine d'éditions.

La Très Ancienne Coutume de Bretagne, que posséda Jacques Cartier est de l'année 1517, sans indication du lieu d'impression. C'est un petit in-8° gothique, de 32 longues lignes par page et de 226 feuillets chiffrés, plus 24 feuillets non chiffrés. L'on remarque dans le premier cahier quelques titres imprimés en noir et rouge et tout au long de l'ouvrage des initiales ornées noires ou en grisaille. La hauteur du texte est de 0 m. 098 la justification 0 m 066. Le titre est disposé en triangle et imprimé en rouge et noir, il porte : « *Les loables Coustumes du pays et duché de Bretaigne visitées et corrigées par plusieurs discretz et vénérables juristes. Avec les coustumes de la mer. Et avec les constitutions et establissemens faitz et ordonnez en parlement général tenu à Rennes nouvellement corrigées et amendées. Pour Jehan Macé libraire demourant à Rennes près la porte Saint Michel et pour Michel Angier demourant à Caen près le pont Saint Pierre* ». On lit au recto du dernier feuillet : « *Cy finent les coustumes, constitutions et establissemens de Bretaigne : visitées et corrigées par plusieurs discretz et vénérables juristes de la dicte duché de Bretaigne avec les coustumes de la mer. Et avec les constitutions et establissemens failz et ordonnés en parlement général tenu à Rennes par très hault et très excellent prince et nostre souverain seigneur François par la grâce de Dieu, duc de Bretaigne, conte de Monfort : de Richemont, de Tampes (sic) et de Vertus : en la présence avisement et déliberation des prelalz barons et aultres gens de ses estatz. Et lesquelles constitutions furent publiez ou dit parlement et baillées par loy. Et commander les tenir et garder sans enfraindre, le lundi XIIII jour de juing l'an mil IIII. C. C. soixante et deux. (1462) Et avec les noblesses et coustumes aux contes de bretaigne. Et semblablement les ordonnances statuz du roy nostre sire faitz au pays de bretaigne au moys de May l'an mil IIII. CC. IIII vingtz et XIIII. (1494). Et les ordonnances donnez de par le Roy nostre sire en son pays et duche de Bretaigne le XXVI jour de février l'an mil V. C. et X (1510) Et publiez en la ville de Rennes le dit an les estatz seans audit lieu. Avec le répertoire par lequel ung*

chascun cas sera trouvé en chascun chapitre.

Et furent achevées le XII jour de Juing Mil cinq cens et dix sept Pour Jehan Mace libraire demourant à Rennes près la porte Saint Michel et Michel angier libraire de l'université de Caen demourant audit lieu pres le point Saint Pierre ». Au verso une gravure sur bois représente dans un encadrement de vignes avec aux encoignures les armes de France, de Bretagne, d'Angleterre et de Normandie, un homme et une femme qui soutiennent un écusson aux initiales I. M. de chaque côté d'une ancre, le tout surmonté d'une sirène. En bas l'inscription J. MACÉ nous montre, qu'il faut voir là l'enseigne professionnelle du libraire rennais Jean Macé.

La reliure d'époque à ais de bois recouverts de cuir gaufré a perdu ses fermoirs de cuivre, le livre est usagé mais sur la reliure se distinguent encore des personnages et des saynètes religieuses ou profanes.

Un autre exemplaire de cette édition de 1517 existe à Paris à la Bibliothèque Nationale (Réserve F 1564).

Il est fréquent que les manuscrits ou les plus anciennes éditions des coutumes portent le nom des personnages, qui les ont possédés. Cela témoigne de l'importance alors attachée à ces ouvrages rares. Le hasard a voulu que Jacques Cartier nous ait laissé la trace écrite tant de sa possession du livre que du prix qu'il attachait à sa conservation. Il a en effet écrit de sa main : au verso de la première couverture en lettres capitales d'abord, puis en minuscules « A JACQUES CARTIER *Je suis Randez moy à luy* ».

Au verso du feuillet 226 Jacques Cartier pensa inscrire sa mention de propriété, il commença d'écrire : « *Les Coust* ... », puis il eut l'idée que cette inscription serait mieux placée en fin du livre et sur le verso de la dernière feuille blanche, il écrivit d'une main appliquée: « *Les Loables coustumes de Bretaingne sont et apartienent a honneste homme Jacques Cartier marchand demourant en Saint Malo de l'Isle, qui les trouvera sy les luy rande et il poyra le vin. Ce escript hors la Bretingue la 4 jour de octoubre l'an 1518* ».

Par une fantaisie la signature, suivie de deux paraphes, se trouve renversée « J. *Cartier* », mais l'on reconnaît parfaitement le paraphe habituel de la signature de Jacques Cartier dont mon Père a publié un fac-similé en 1888 dans ses « Documents nouveaux sur Jacques Cartier ».

Vous remarquerez dans ces quelques lignes l'offre généreuse de « payer le vin ». Le St Malo de cette époque célébrait volontiers chaque réjouissance par quelque petite ou grande beuverie. « Maulvays beuveur d'eau » y était déjà une plaisanterie en usage. Jacques et son entourage se voyaient appliquer le qualificatif rabelaisien de « bons biberons ».

L'ouvrage porte quelques annotations sur le texte de la Très Ancienne Coutume de Bretagne. Il est possible — je ne dis pas sûr — que certaines de ces annotations apposées au XVIe siècle soient de la main de Cartier et je crois intéressant de les relever. Sur la feuille, qui

recouvre la dernière couverture, nous trouvons une série de renvois à des articles de la Coutume : « *Comment succession doibt estre poursuye L III 54. Comment action peult estre faicte 53. En quelles manieres l'on se peut appropriez 40 /. Bataille sur titre de heritage 134. Droicture acquisse et sœsine 12 20/14* ».

Ces renvois, tous de la même main et d'une écriture courante assez semblable à celle de Jacques sont faits non pas aux feuillets du livre mais en bon juriste aux articles de la coutume. Ces références ont dû être inscrites à mesure des besoins du possesseur du livre.

Le paragraphe 41 (nº 40 dans l'édition de la T. A. C. de Bretagne par Planiol) concerne les Appropriements par bannies. C'est un procédé breton d'assurer par la voie de bans ou de bannies une large publicité aux transferts entre vifs et d'accroître la garantie de l'acheteur. L'appropriement assure naturellement une transmission régulière du bien avec ses charges, rentes et services. Notre possesseur du livre a cru devoir encadrer ce passage : « *Et n'est pas entendu que les rentes, cens ou aultres services qui sont par avant ne doibvent demourer a poyer a cil a qui ils estoient deuz de par avant a l'oir du fondeur* ».

Quelques mentions ont été inscrites en marge du paragraphe 53 de la coutume (le nº 52 de l'édition Planiol) Ce paragraphe est intitulé « *Comment action peult estre dicte et pourseue* », en l'espèce l'on y traite de la distinction des actions personnelles et des actions réelles. Quand la coutume en vient à parler des actions réelles la main a écrit (fº 24 vº) « Action d'héritage » et quelques lignes plus loin (fº 25 recto) : « *Comment le réel et personnel peut estre poursuilt par deux cours* ». Et c'est d'ailleurs le clair résumé de ce que dit la Coutume beaucoup plus longuement : « *Item action qui est réel et personnel peut estre poursseue et convenue par deux manières de justice ... et peult l'acteur poursuivre son action devant les deux justiciers d'icelle action et ne retardera pas l'une pour l'autre jusques a l'execution, mais il n'aura pas deux executions d'un mesme fait de raison* ». Ces deux dernières lignes ont dû apparaître importantes car elles sont soulignées de la même main.

Au paragraphe 54 nous retrouvons le passage touchant les successions auquel renvoie la note finale. Nous y voyons de la même main : « *Comment succession doibt estre poursuye 54* ». Une main à l'index démesurement allongé indique conformément à l'usage du temps un passage de la coutume encadré à la plume « *Succession peult estre pourseue de successeur à avoir les biens de son prédécesseur et envers celuy qui les tendroit ou en aurait este oblige par fait au par contract ou s'en seroit saisi depuis la mort ou de par avant du predecesseur a celuy voir en siet respons faisant fimporter comme il est dit ailleurs* ». Cette procédure de finport était une particularité de la Coutume de Bretagne. Quelques lignes plus loin (fº 27. nº.) nous lisons encore en marge: «*Comment l'on peut recouvrer les biens du predecesseur apyant les creansiers*» C'est ce que la Coutume dit plus longuement: « *A l'hoir*

de consanguinité appartenant les actions personnaux et les meubles et les proprietez qui puissent appartenir au predecesseur fournissant envers les creanciers et envers celuy a qui le predecesseur seroit tenu ou par contract ou par aumosne ou aultrement ».

Le paragraphe 134 « *De bataille qui est sur tiltre de heritagé* » retrace l'ancienne procédure, désuète au XVIe siècle, du duel judiciaire. Le tableau haut en couleurs, de cette archaïque épreuve, peint par la Coutume a dû attirer l'attention du possesseur du livre, qui dans son renvoi final indique ce chapitre et inscrit en marge en chiffres ordinaires le numéro du paragraphe. Il met aussi entre deux traits la phrase suivante « *et la saisine est congnue des parties ou est prouvé* ».

Le dernier des renvois vise le paragraphe 254 (n° 255 dans l'édition Planiol) ce que notre possesseur du livre écrit XII. XX. XIIII conformément à la numérotation de son édition. Le titre en est « *Comment et combien de temps droiture est acquise par saisine* ». Le paragraphe vise les délais de prescription mais aucune annotation ne s'y trouve.

Au f° 150 verso de notre livre, la Très Ancienne Coutume de Bretagne s'achève sur une invocation variable suivant les rédactions, mais qui ici se présente ainsi : « *Et pour ce deprion Dieu et la benoiste*
« *Vierge Marie qui le porta en ces costez et conceut et toute la com-*
« *pagnie de paradis, qu'ilz prient Dieu pour la paix, que Dieu la nous*
« *doint, et pour ceulx qui ceste matiere ont acomplie, et pour ceulx qui*
« *loyalle justice maintiendront et seront au temps advenir et qui les*
« *mauvais usaiges abatront, que Dieu leur pechez leur pardoient et re-*
« *lache leur peine a ceulx qui en purgatoire sont, Amen* ».

A la suite de la Coutume se trouvent dans ce volume, suivant une pratique courante alors, des Assises ou Ordonnances ducales, des constitutions du parlement de Bretagne ayant modifié la Coutume ou l'ayant même précédée. Sur les constitutions faites au Parlement de Vannes le 12 février 1425. n. s. nous retrouvons quelques notes marginales qui sont peut-être bien de la même main que les précédentes. Il est question des métiers et spécialement de la répression des ententes frauduleuses de marchands pour faire monter le prix des denrées. Il est écrit en marge du f° 163 v° « *De celx qui font congrégation ensemble de vendre autant l'un que l'autre par dessus* ». En marge d'un article concernant l'obligation d'auner et de mesurer les draps de laine vendus en Bretagne est écrit : « *Des draps vendus en détail*» et quelque peu plus bas sur le même sujet « *Des aulnaiges* » (f° 164 v°). Un peu plus loin à propos des lépreux ou meseaux, à qui il était interdit d'avoir un métier par crainte de la contagion est écrit : « *Des meseaulx qui se meslent de vendre* ». (f° 164. v°). Nous voyons encore au f° 165 v° quelques indications marginales de sujets traités dans l'Ordonnance : « *Des pinties* », c'étaient les ouvriers fabriquant des pintes d'étain ; « *Des faulsonneries* », faux témoignages ou abus pratiqués par certains notaires ; « *Des journées des oubvriers* », leur salaire était alors strictement réglementé par ordonnance suivant le

métier exercé.

Sur les articles de l'Ordonnance ducale du 27 mai 1451, qui concernent les sergents nous trouvons inscrit dans la marge du livre f° 171 v°, d'une main qui rappelle davantage celle des premières notes : « *Comment plegement se faict en cas hatiff* ». Ce passage de la coutume situé en face est encadré à la plume et les deux premiers mots raturés : « *Sauf touteffois en cas hatif ouquel cas le faire assavoir vouldra et seront tenuz qui s'en vouldront aider de tel faire scavoir le faire relever par le sergent ordinaire dedens temps suffisant a ce faire en la maniere acoustumée* ». Au folio 172 verso le mot « Des notaires » est deux fois repété en face de dispositions ducales visant la multiplicité et la « grant oppression » des notaires.

Ici s'arrêtent les annotations de ce livre, les textes suivants, de nature fort diverse, n'ont suggéré aucune remarque, ni à Jacques Cartier, ni aux autres possesseurs du livre. Cela est bien regrettable car nous y trouvons certains textes, qui concernent le droit et les usages maritimes tant pour la navigation sur les côtes de Bretagne qu'ailleurs. Nous y trouvons notamment les celèbres Rôles d'Oléron ou Coutumes de la mer ainsi annoncées : « *Cy commencent les jugemens de la mer, des nefs, des maitres, des mariniers, des marchands et de tout leur estre* ».

Jacques Cartier eut de nombreuses fois l'occasion de se servir de sa coutume de Bretagne, on sait combien toute sa vie et surtout à la fin de sa carrière il fut mêlé à de nombreuses causes ou procès. Tantôt il s'occupe des affaires de la Communauté de St-Malo, tantôt il sert d'interprète de portugais ou certifie la « prodhomye et suffisance » d'autres interprètes, tantôt encore il figure comme témoin dans de nombreuses enquêtes de police, qu'il s'agisse de la peste ou d'établir le prix des denrées. Il témoigne pour une femme injustement accusée, il intervient pour la pacification de « noises » entre malouins. Cité de nombreuses fois comme témoin, il intervient toujours avec autorité, mais aussi avec indulgence : Un tel se met souvent en fureur, mais il n'est qu'un enfant (1545), il dédaigne de répondre aux injures d'un larron contre qui il avait déposé (1552). Spécialement compétent pour les affaires de course, il est aussi chargé en 1556 d'établir une échelle de la valeur du blé et du prix du pain, avec sa simplicité naturelle il surveille pesées et cuissons. Il apporte à toutes ces tâches ses connaissances pratiques et juridiques, appréciées particulièrement du peuple de marchands au milieu duquel il vit. Son barême subsistait encore après sa mort et était invoqué en 1566 devant la justice de St-Malo.

Ses connaissances juridiques s'exercent aussi dans le sein de sa famille. Il écrit le 19 mai 1541 dans le testament qu'il fait avec sa femme que « *tous leurs heritages* » seront « *portagez et divisez entre les heritiers et subcesseurs d'iceulx maries et chascun comme apartiendra par droit et coutume* ». Il apparaît dans la tutelle de neveux en 1545, en 1546 dans le règlement de la succession de son beau père Jacques des Granges et dans la nomination du tuteur de ses enfants, dans une

autre tutelle encore en 1557, et la même année dans un partage noble comme priseur non qualifié.

De 1538 à 1557 quand Jacques Cartier est à St-Malo, nous le voyons évoquer dans de très nombreuses procédures, dont l'essentiel fut jadis publié par mon père. Les procureurs assignaient alors un nombre étendu de jureurs, ils profitaient de la présence à l'audience d'un personnage aussi considérable que Jacques Cartier pour l'évoquer dans leur cause. Aussi devant le tribunal de la juridiction ordinaire du Chapitre de St-Malo son nom revient parfois dans des affaires de la même journée tout à fait étrangères les unes aux autres. Il eut bien Jean Eberard (1554-1555) affaire qui se termina devant le Parlement de Bretagne. Il ne faut pas en conclure que Jacques Cartier fut processif, on tenait seulement à signaler sa présence à la cour, de même de très nombreuses gens tenaient à voir le grand homme, qui manquait de descendance, présider au baptême de leurs enfants. Cinquante-trois fois de 1510 à 1555 il fut parrain, l'on disait alors grand ou petit compère, ou témoin d'honneur. Présent aux audiences, il intervenait dans les affaires pendantes. Il traitait de marchés de blé, de dîmes, de contrats, de bannies, de saisies, de naufrages, parfois il fut garant, parfois caution par exemple en 1557 pour une veuve pour la somme importante de 200 écus.

J'ajouterai enfin que c'est une note marginale du Registre d'audiences à la date du 1er septembre 1557 qui seule nous apprend la mort de Jacques Cartier. Cette note découverte par mon Père dans un insignifiant narré de procédure porte simplement ceci : « *Ce dict mercredy au matin environ cinq heures décéda Jacques Cartier* ». Cette mention toute exceptionnelle de la part du greffier s'appliquait peut-être moins au grand navigateur qu'au bon plaideur qu'il était accoutumé de voir à sa Cour.

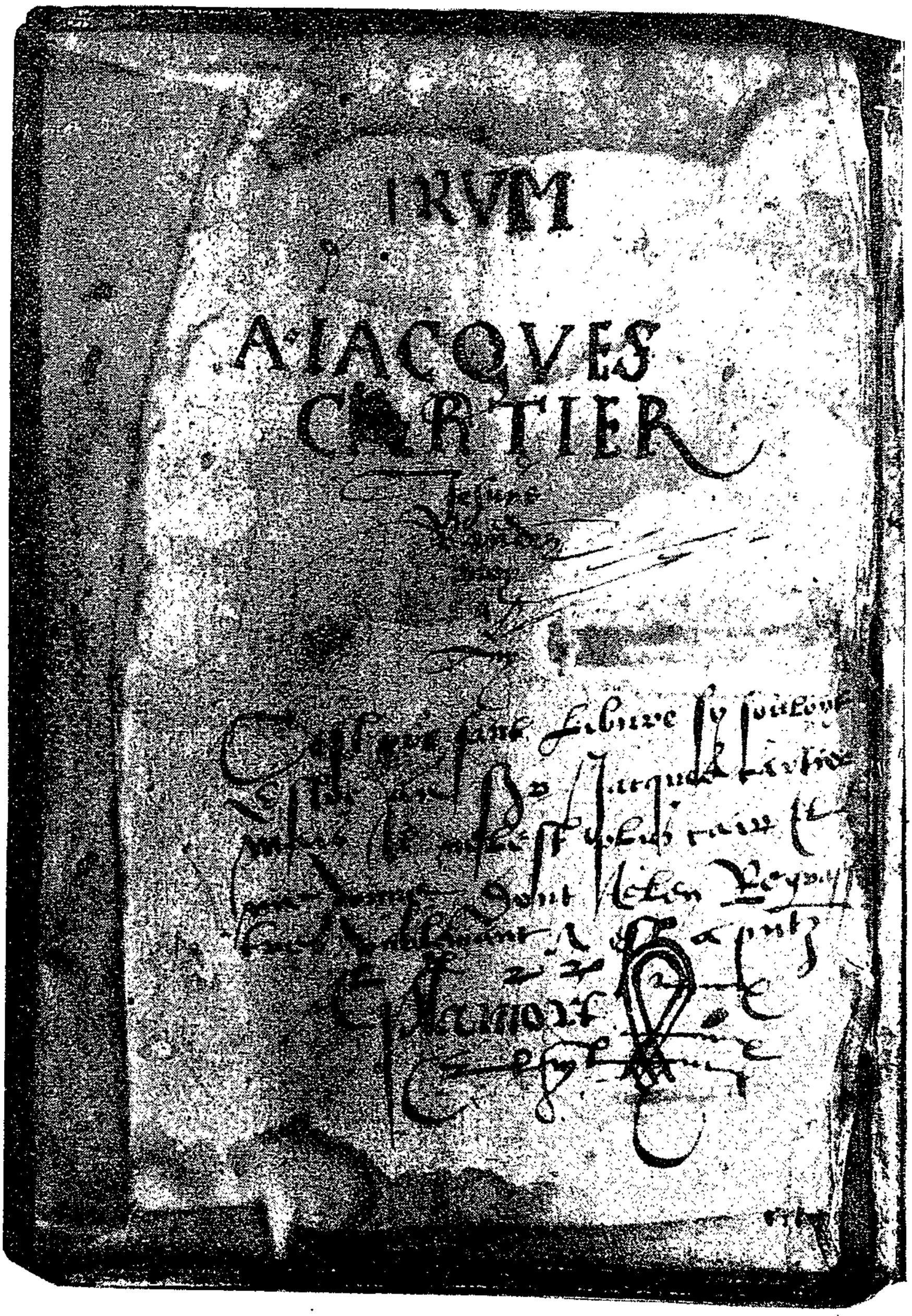
Le livre que je vous ai communiqué ne resta pas entre les mains de Jacques Cartier jusqu'à la fin de sa vie. A une date ignorée de nous, il le donna, une mention au revers de la première couverture l'atteste : « *C'est present libvre s'y souloyt estre au Sr. Jacques Cartier, mais il ne l'est plus car ilme donne dont je l'en regrasse tres umblement et est à présent A. P. Lamort* » dont suit le paraphe.

Il est très facile de deviner pour quelle raison Jacques Cartier se sépara de sa Coutume : la très Ancienne Coutume de Bretagne, dans la dernière partie de sa vie, venait de prendre un intérêt purement retrospectif. Un nouveau texte, aujourd'hui connu sous le nom d'Ancienne Coutume avait été redigé en 1539, officiellement, mais avec hâte et tant de maladresses, qu'il fallut à son tour le réformer en 1580. Jacques Cartier avait dû remplacer sa Très Ancienne Coutume par le nouveau texte de loi comme l'on se débarrasse d'un code périmé. C'est à cette circonstance fortuite que ce livre dut sans doute sa conservation. En effet la bibliothèque, comme les écrits de Jacques Cartier, furent dispersés après sa mort. Une lettre de 1587 écrite par son neveu Jacques Noël en témoigne : « *Monsieur groote, je ne puis vous écrire*

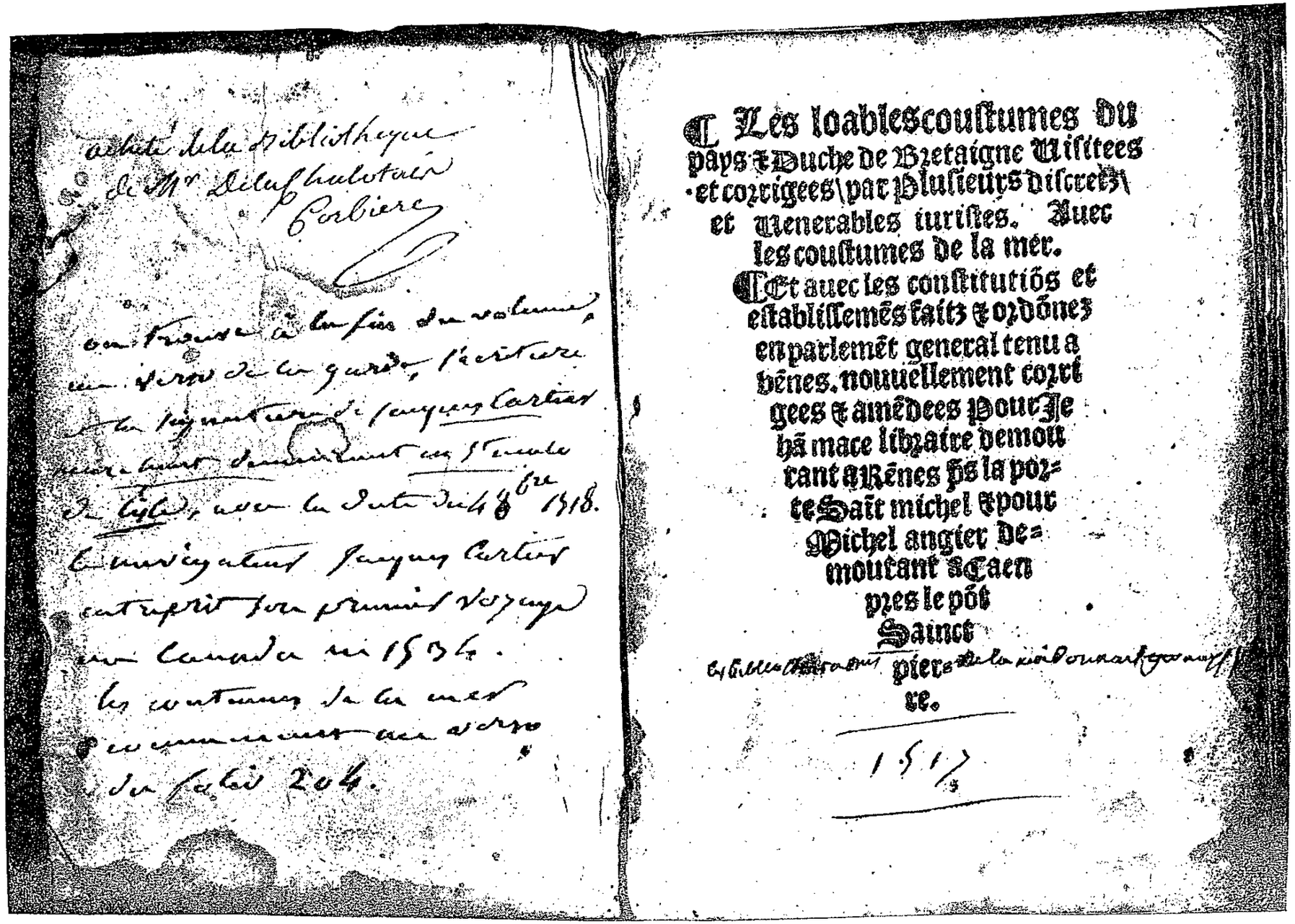
rien davantage de tout ce que j'ai pu trouver des écrits de feu mon oncle le capitaine Jacques Cartier (quoique j'aie fait des recherches partout où il m'a être possible de le faire dans cette ville) ».

Au XVIIe siècle ce livre se trouvait dans la bibliothèque de M. de la Malbonnais (1635-1716) au XVIIIe siècle il appartint à l'illustre de la Chalotais. Une main écrivait alors au verso de la 1ère feuille de garde : « *On trouve à la fin du volume au verso de la garde l'écriture et la signature de Jacques Cartier marchand demeurant en St. Malo, de l'isle avec la date du 4 septembre 1518. Le navigateur Jacques Cartier entreprit son premier voyage au Canada en 1531, les Coutumes de la mer commencent ou verso du folio 204* ». Le livre passa ensuite dans la bibliothèque de Corbière, de Vº de Saint Germain, puis dans celle de mon Père. Il a figuré à une exposition archéologique de l'Association Bretonne en 1902.

Je suis particulièrement heureux que cet ouvrage que Jacques Cartier emporta sans doute dans quelques voyages, puisque il y inscrivit son nom « hors la Bretagne », puisse venir témoigner au Canada, à l'occasion de ce quatrième Centenaire, des goûts juridiques de l'illustre marin malouin. Jacques Cartier possédait la coutume très ancienne de son pays, livre de droit coûteux, alors, il le conservait avec soin, le lisait, l'employait pour ses causes, il approuvait les louables coutumes bretonnes, il en annotait vraisemblablement quelques passages, que nous faut-il de plus pour revendiquer Jacques Cartier comme juriste ?


IRVM
A·IACQVES
CARTIER

« La très ancienne Coutume de Bretagne » de Jacques Cartier - Verso de la couverture



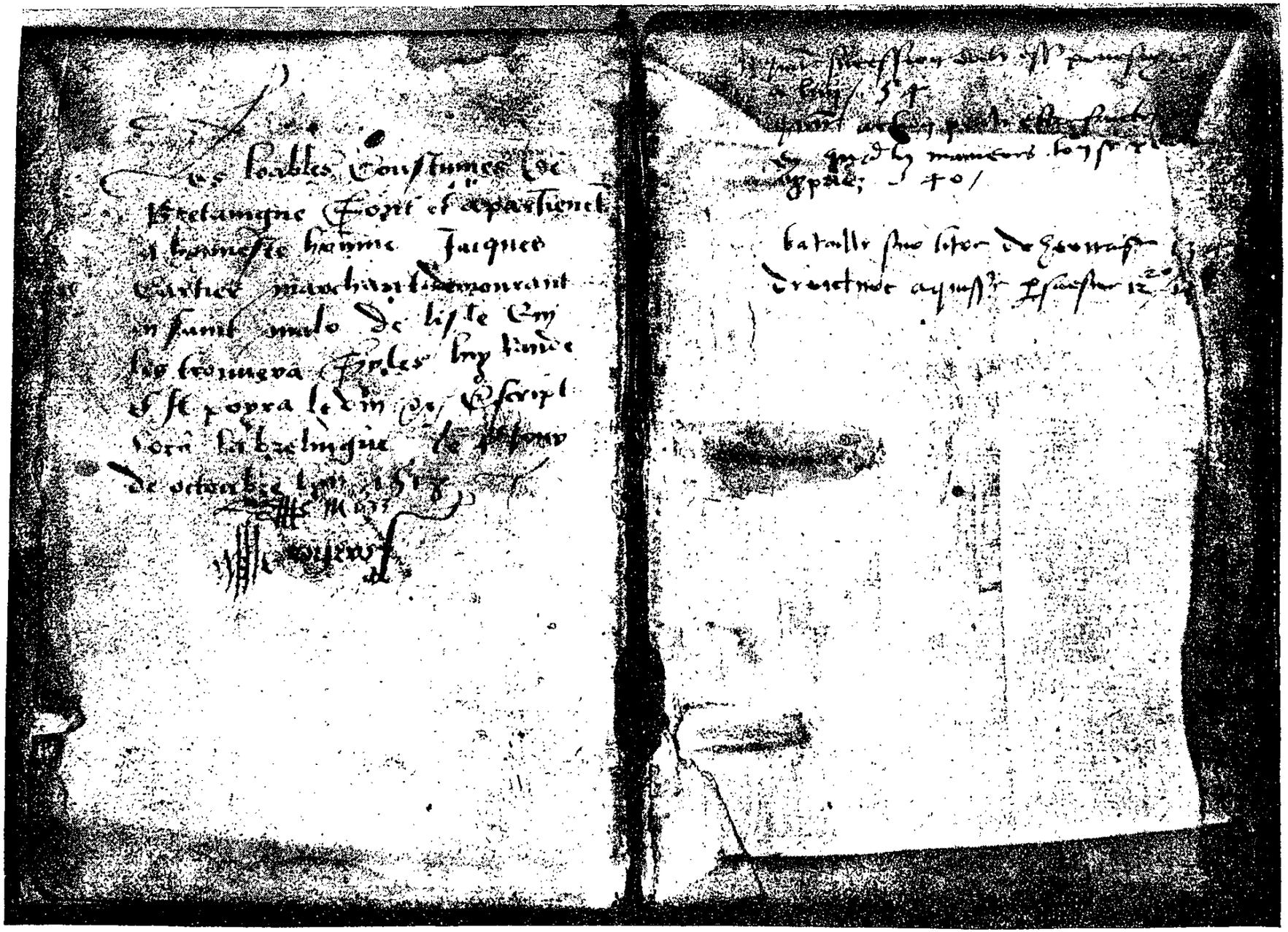
Achetée de la Bibliothèque
de Mr Delisle Conservateur
Corbiere

On trouve à la fin du volume,
au verso de la garde, l'écriture
de la signature de Jacques Cartier
avec la date du 4 8bre 1518.
Ce navigateur Jacques Cartier
entreprit son premier voyage
au Canada en 1534.
Les coutumes de la mer
commencent au verso
du feuillet 204.

¶ Les loables coustumes du
pays ⁊ Duche de Bretaigne Visitees
et corrigees par plusieurs discrets
et venerables iuristes. Auec
les coustumes de la mer.
¶ Et auec les constitutiõs et
establissemẽs faitz ⁊ ordõnez
en parlemẽt general tenu a
rẽnes. nouuellement corri
gees ⁊ amẽdees Pour Je
hã mace libraire demou
rant a Rẽnes ẽs la por-
te Sait michel ⁊ pour
Michel angier De-
mourant a Caen
pres le põt
Saincte
pierre.

1517

« La très ancienne Coutume de Bretagne » de Jacques Cartier — Feuille de garde et titre.



« La très ancienne Coutume de Bretagne » de Jacques Cartier — dernière feuille de garde et envers de la dernière couverture.

STATUTS
de
l'Association des Juristes de Langue Française

ARTICLE PREMIER. — L'Association a pour objet :

1° d'établir des relations personnelles régulières entre les juristes de langue française, quelle que soit leur nationalité ;

2° d'organiser des congrès périodiques dans lesquels seront étudiées les questions de droit civil et, d'une façon générale, de droit privé intéressant ces divers pays. La langue française sera la seule langue admise dans les rapports, discussions et actes de ces congrès.

ART. 2. — L'Association a son siège à Paris, à l'Alliance française, 101 Boulevard Raspail.

ART. 3. — Font partie de l'Association les juristes présentés par deux membres de l'Association et admis par le Conseil d'administration à la majorité des deux tiers des votants.

ART. 4. — Dans les pays comptant un certain nombre d'associés, il peut être formé, sous le contrôle du Conseil d'administration de l'Association, un comité national composé d'un Président et au besoin d'un ou plusieurs vice-présidents, d'un secrétaire et d'un trésorier.

ART. 5. — Le Conseil d'Administration de l'Association est composé :

1° des présidents des comités nationaux ou de leurs délégués ;
2° des anciens présidents des congrès ;
3° d'un secrétaire général et de deux secrétaires généraux adjoints;
4° d'un trésorier.

Le bureau est composé du Président, de cinq Vice-présidents, du Secrétaire général, de deux secrétaires généraux adjoints et du trésorier.

Il est élu par le Conseil pour trois ans. Le secrétaire général, les secrétaires généraux adjoints et le trésorier sont seuls rééligibles.

ART. 6. — Chaque congrès est organisé et dirigé par un bureau nommé par l'Assemblée générale de l'Association au moment du congrès précédent et composé d'un Président, de deux Vice-Présidents, d'un secrétaire et d'un trésorier.

Le bureau du Congrès a le droit de se compléter par l'adjonction de membres supplémentaires en tel nombre qu'il le juge utile.

Le bureau du premier congrès sera désigné par le Conseil d'Administration de l'Association.

ART. 7. — L'Assemblée générale se réunit à la fin de chaque congrès. Elle peut en outre être convoquée à toute époque, s'il est besoin, par le Conseil d'Administration.

Elle délibère valablement, quel que soit le nombre des membres présents sur toutes les questions qui lui sont soumises par le Conseil d'Administration.

Elle décide, à la majorité des membres présents, sur les modifi-

cations aux statuts qui sont proprosées par le Conseil d'Administration.

ART. 8. — Le Conseil d'Administration statue sur toutes les questions intéressant la vie de l'Association et notamment sur le placement des fonds.

Il fixe seul les questions qui seront discutées au congrès.

ART. 9. — Les membres de l'Association payent une cotisation annuelle de 20 fr. Les comités nationaux peuvent prélever une cotisation supplémentaire sur leurs adhérents en vue de subvenir aux frais qui leur incombent.

La cotisation annuelle peut être rachetée moyennant le versement unique d'une somme de 500 fr.

ART. 10. — L'exclusion d'un membre de l'Association peut être prononcée par le Conseil d'Administration à la majorité des trois quarts des votants. L'intéressé est autorisé à présenter des explications par écrit.

ART. 11. — La dissolution de l'Association peut être prononcée par une assemblée générale spécialement convoquée à cet effet, à la majorité des trois quarts des membres présents.

ART. 12. — Il sera fait un règlement d'ordre intérieur pour préciser les conditions d'application des statuts ainsi que le fonctionnement des congrès.

RÈGLEMENT DES CONGRÈS

ARTICLE PREMIER. — Les congrès sont organisés par l'Association des juristes de langue française.

A chaque congrès, l'Assemblée générale de l'Association fixe le lieu de la date des congrès suivants.

ART. 2. — Les travaux des congrès comportent la discussion des questions mises à l'ordre du jour et faisant l'objet de rapports préalables.

ART. 3. — Les rapports sur les questions proposées devront être remis en temps utile pour qu'ils puissent être imprimés et distribués un mois à l'avance par les soins du bureau.

ART. 4. — Un ordre du jour des séances sera établi et envoyé aux adhérants par les soins du bureau.

ART. 5. — L'exposé des rapports ne devra pas dépasser trente minutes. Les observations présentées ne devront pas dépasser dix minutes.

ART. 6. — Le texte des observations présentées au cours des discussions devra être remis aux secrétaires à la fin de la séance.

ART. 7. — Les travaux des congrès seront publiés en volumes ou par analyses, suivant les ressources disponibles.

ART. 8. — Les membres adhérents de chaque congrès comprennent :

1° de droit, les membres de l'Association ; 2° sous réserve d'acceptation par le bureau du congrès, les jurisconsultes qui désirent y prendre part.

ART. 9. — La cotisation est fixée pour chaque congrès par le bureau chargé de son organisation. Les membres de l'Association qui n'assisteront pas au congrès auront à verser une cotisation complémentaire représentant la différence entre la cotisation de membres de l'Association et celle de membres adhérant au congrès s'ils désirent en recevoir les publications.

ART. 10. — Les étudiants en droit et les membres non juristes de la famille des sociétaires ou adhérents peuvent être admis comme membres associés au congrès et ne payent qu'une demi-cotisation.

ART. 11. — Tous les membres adhérents du congrès prennent part, au même titre, aux travaux du congrès et en reçoivent les publications dans les conditions indiquées ci-dessus. Les membres permanents de l'Association possèdent seuls le droit de vote et sont seuls éligibles aux diverses fonctions.

TABLE DES MATIÈRES

Préface : ..... M. le Juge E. Fabre-Surveyer

Introduction : ..... M. L.-E. Beaulieu

PREMIÈRE PARTIE

Les rapports des juristes français.

		Pages
L'évolution du droit de la famille depuis le Code civil, ...	M. Henri Capitant	1
Les transformations du droit des successions et donations en France depuis 1904, ...	M. René Demogue	21
La transformation du droit des obligations e des contrats depuis la promulgation du Code civil français, ...	M. Louis Josserand	29
L'évolution du régime des biens depuis le Code civil, ...	M. Maurice Picard	59
Le mariage des Français à l'étranger, ...	M. Elemer Balogh	69
Quelques différences d'application aux faits des mêmes principes juridiques par les jurisprudences belge et française, ...	M. Xavier Janne	93

DEUXIÈME PARTIE

Les rapports des juristes canadiens

Aspects of the law of domicile in France and Quebec, ...	M. Walter S. Johnson	103
La loi du mariage dans la province de Québec	M. le Juge C.-E. Dorion	111
The Marriage Law of Quebec, ...	M. Charles Lemesurier	135
Majeurs et mineurs, ...	M. Louis St-Laurent	155
L'adoption, en France et dans la province de Québec, ...	M. Léo Pelland	163
The Law of Successions in the Quebec and in the French Civil Codes, ...	M. F. R. Scott	177
La donation, ...	M. J.-Emile Billette	189
Liberté de Tester — Quotité disponible — Partage dans la province de Québec, ...	M. Joseph Sirois	225
Les substitutions en France et dans la province de Québec, ...	M. P.-C. Venne	227

		Pages
La fiducie dans la province de Québec,	M. JEAN CASGRAIN	239
Les contrats,	M. le Juge FERDINAND ROY	261
The doctrine of the Quasi-Contract in the province of Quebec : its debt to the Code Napoléon and its development,	M. GEORGE V. NICHOLLS	271
La responsabilité délictuelle en la province de Québec,	M. le Juge P.-B. MIGNAULT	333
The Law of Evidence,	M. O. S. TYNDALE	345
Les régimes matrimoniaux,	M. le Juge E. FABRE-SURVEYER	361
La vente en la province de Québec et en France,	M. le Juge THIBAUDEAU-RINFRET	383
The Law of Lease and Hire in Quebec,	M. LOVELL C. CARROLL	403
The Contract of Employment,	M. GREGORY CHARLAP	417
Le mandat,	M. ALEXANDRE GÉRIN-LAJOIE	461
La responsabilité des architectes et entrepreneurs,	M. J.-A. GAGNÉ	469
Partnership—The theory of the Legal Entity,	MLLE E. C. MONK	479
Cautionnement et nantissement,	M. HECTOR MACKAY	515
Privilèges et hypothèques,	M. le Juge PHILIPPE DEMERS	527
La prescription,	M. ASHTON R. TOBIN	535
The Origins of the Quebec Law of Insurance and its Relation to Civil Law,	M. BROOKE CLAXTON	547
L'absence,	M. R. A. BEULLAC	569
Rapports entre le droit commercial et le droit civil (province de Québec, Canada),	M. le Juge E. FABRE-SURVEYER	585
Le rôle du notaire dans le droit civil,	M. VICTOR MORIN	599
Le notariat dans la province de Québec,	M. DONALD MCKENZIE ROWAT	609
L'instituteur devant le Code civil,	M. FORTUNAT LORD	625
La codification de nos lois civiles,	M. ROBERT TASCHEREAU	657

TROISIÈME PARTIE

Les rapports des juristes étrangers

Les transformations du droit civil japonais et l'influence du droit civil français,	M. NAOJIRO SUGIYAMA	673
Le Code Napoléon et le Code civil suisse,	M. PAUL E. HARTRANFT	691
Le Code néerlandais et le droit civil français,	M. H. WINKEL	725

		Pages
L'influence du Code civil français dans la République Argentine,	M. ALFREDO COLMO	747
L'influence du Code Napoléon à Haïti,	M. ABEL NICOLAS LEGER	755
L'influence du Code civil français au Mexique.	M. MANUEL BORJA SORRIANO	817
L'influence du droit français au Paraguay,	M. CECILIO BAEZ	829
Some observations on the Influence of French Law on the Early Civil Codes of Louisiana,	M. MITCHELL FRANKLIN	833
Les rapports du droit commercial et du droit civil en général et en particulier en Italie	M. MARIO ROTONDI	847
Memorandum of the Civil Code and other Laws of St. Lucia,	M. J. E. SALMON	859
L'influence du Code civil français au Vénézuéla,	M. J. B. BANCE	875
L'influence du Code civil français à l'Equateur,	M. L. F. BORJA	881
La législation et le droit public dans la principauté de Monaco,	M. LE BARON VON REDLICH	893
Prohibition of fideicommissum in French and Italian Law,	M. SALVATORE GALGANO	897
The laws of Albania with special reference to the Law of Nationality,	M. LE BARON VON REDLICH	905
Les libéralités en France et en Roumanie,	M. TRAJAN R. JONASCO	911

APPENDICE

Jacques Cartier juriste — La très ancienne coutume de Bretagne de Jacques Cartier,	M. F. JOÜON DES LONGRAIS	943
Statuts de l'Association des juristes de langue française,		954

ACHEVÉ D'IMPRIMER
LE VINGTIÈME JOUR D'OCTOBRE
MIL NEUF CENT TRENTE-SIX
POUR LE
BARREAU DE MONTRÉAL
PAR LES SOINS DE
L'IMPRIMERIE EXCELSIOR
5375, AV. NOTRE-DAME DE GRÂCE,
MONTRÉAL

Imprimé au Canada sur papier fabriqué au Canada.

Imprimé au Canada

Préface:
M. le Juge E. FABRE-SURVEYER
Introduction:
M. L.-E. BEAULIEU
PREMIERE PARTIE Les rapports des juristes français.
L'évolution du droit de la famille depuis le Code civil,
M. HENRI CAPITANT
Les transformations du droit des successions et donations en France depuis 1904,
M. RENE DEMOGUE
La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du Code civil français
M. LOUIS JOSSERAND
L'évolution du régime des biens depuis le Code civil,
M. MAURICE PICARD
Le mariage des Français à l'étranger,
M. ELEMER BALOCH
Quelques différences d'application aux faits des mêmes principes juridiques par les jurisprudences belge et française,
M. XAVIER JANNE
DEUXIEME PARTIE Les rapports des juristes canadiens
Aspects of the law of domicile in France and Quebec,
M. WALTER S. JOHNSON
La loi du mariage dans la province de Québec
M. le Juge C.-E. DORION
The Marriage Law of Quebec,
M. CHARLES LEMESURIER
Majeurs et mineurs,
M. LOUIS ST-LAURENT
L'adoption, en France et dans la province de Québec,
M. LEO PELLAND
The Law of Successions in the Quebec and in the French Civil Codes,
M. F. R. SCOTT
La donation,
M. J.-EMILE BILLETTE
Liberté de Tester - Quotité disponible - Partage dans la province de Québec,
M. JOSEPH SIROIS
Les substitutions en France et dans la province de Québec,
M. P.-C. VENNE
La fiducie dans la province de Québec,
M. JEAN CASGRAIN
Les contrats,
M. le Juge FERDINAND ROY
The doctrine of the Quasi-Contract in the province of Quebec: its debt to the Code Napoléon and its development,
M. GEORGE V. NICHOLLS
La responsabilité délictuelle en la province de Québec,
M. le Juge P.-B. MIGNAULT
The Law of Evidence,
M. O. S. TYNDALE
Les régimes matrimoniaux,
M. le Juge E. FABRE-SURVEYER
La vente en la province de Québec et en France,
M. le Juge THIBAUDEAU-RINFRET
The Law of Lease and Hire in Quebec,
M. LOVELL C. CARROLL
The Contract of Employment,
M. GREGORY CHARLAP
Le mandat,
M. ALEXANDRE GERIN-LAJOIE
La responsabilité des architectes et entrepreneurs,
M. J.-A. GAGNE
Partnership - The theory of the Legal Entity,
MLLE E. C. MONK
Cautionnement et nantissement,
M. HECTOR MACKAY
Privilèges et hypothèques,
M. le Juge PHILIPPE DEMERS
La prescription,
M. ASHTON R. TOBIN
The Origins of the Quebec Law of Insurance and its Relation to Civil Law,
M. BROOKE CLAXTON
L'absence,
M. R. A. BEULLAC
Rapports entre le droit commercial et le droit civil (province de Québec, Canada),
M. le Juge E. FABRE-SURVEYER
Le rôle du notaire dans le droit civil,
M. VICTOR MORIN
Le notariat dans la province de Québec,
M. DONALD MCKENZIE ROWAT
L'instituteur devant le Code civil,
M. FORTUNAT LORD
La codification de nos lois civiles,
M. ROBERT TASCHEREAU
TROISIEME PARTIE Les rapports des juristes étrangers
Les transformations du droit civil japonais et l'influence du droit civil français,
M. NAOJIRO SUGIYAMA
Le Code Napoléon et le Code civil suisse,
M. PAUL E. HARTRANFT
Le Code néerlandais et le droit civil français,
M. H. WINKEL
L'influence du Code civil français dans la République Argentine,
M. ALFREDO COLMO
L'influence du Code Napoléon à Haïti,
M. ABEL NICOLAS LEGER
L'influence du Code civil français au Mexique,
M. MANUEL BORJA SORRIANO
L'influence du droit français au Paraguay,
M. CECILIO BAEZ
Some observations on the Influence of French Law on the Early Civil Codes of Louisiana,
M. MITCHELL FRANKLIN
Les rapports du droit commercial et du droit civil en général et en particulier en Italie
M. MARIO ROTONDI
Memorandum of the Civil Code and other Laws of St. Lucia,
M. J. E. SALMON

L'influence du Code civil français au Vénézuéla,
M. J. B. BANCE
L'influence du Code civil français à l'Equateur,
M. L. F. BORJA
La législation et le droit public dans la principauté de Monaco,
M. LE BARON VON REDLICH
Prohibition of fideicommissum in French and Italian Law,
M. SALVATORE GALGANO
The laws of Albania with special reference to the Law of Nationality,
M. LE BARON VON REDLICH
Les libéralités en France et en Roumanie,
M. TRAJAN R. JONASCO
APPENDICE
Jacques Cartier juriste - La très ancienne coutume de Bretagne de Jacques Cartier,
M. F. JOUON DES LONGRAIS
Statuts de l'Association des juristes de langue française,