

**COMMENTAIRES**  
SUR LES  
**LOIS DU BAS-CANADA**  
OU  
**CONFÉRENCES DE L'ÉCOLE DE DROIT**  
LIÉE AU COLLÈGE DES RR. PP. JÉSUITES.  
SUIVI D'UNE  
**NOTICE HISTORIQUE.**

---

*Nolumus leges... mutare.*

---

**TOME II.**  
PREMIÈRE LIVRAISON.

---

**MONTREAL.**

Typographie de PIERRE CÉRAT, no. 78, rue Notre-Dame.

1861.

## DEUXIÈME PARTIE.

# DROIT CANADIEN PUR.

### INTRODUCTION OU SUIITE DE L'HISTOIRE DU DROIT.

#### §. I. — RUDIMENS D'HISTOIRE DU DROIT ANGLO-NORMAND.

Entre les six époques qu'embrasse Blackstone dans le chapitre historique de ses Commentaires sur la législation d'Angleterre, se trouve celle qui embrasse la période de temps qui s'est écoulée depuis la conquête des Normands jusqu'à Edouard Ier, qui est appelé avec assez peu de raison le Justinién anglais.

Cette partie de l'histoire de la Grande-Bretagne a été traitée assez défectueusement par la plupart des écrivains qui ont précédé Lingard. On n'a vu qu'un fait général, la conquête de l'Angleterre, et l'on a subordonné à ce fait des événemens qui auraient bien pu arriver en telles circonstances, mais qui n'eurent pas lieu. On a écrit ce qui paraissait très vraisemblable : on a dit que le vainqueur imposa aux vaincus les lois de ses compatriotes. Il ne le fit qu'en partie, et il ne le fit pas sur le champ : la conquête ne fut pas la cause immédiate de cette révolution. Le fier Guillaume, en montant sur le trône, prêta le serment accoutumé des rois anglo-saxons. Il parut tellement disposé à conserver les anciennes institutions, qu'il chargea douze légistes anglo-saxons de revoir les lois d'Edouard le Confesseur ; mais les Anglais s'étant plusieurs fois soulevés, il changea de politique et songea à les asservir. Il n'abolit point leurs lois en bloc, mais il introduisit par degrés plusieurs institutions qui furent copiées sur celles du continent. S'il ne put faire disparaître entièrement

le jury (*Königswarter*) ; si ceux du comté de Kent le forcèrent de confirmer leur coutume ou *gavelkind*, il n'en opéra pas moins une grande révolution. Avant lui le clergé siégeait avec la noblesse dans les états ou *wittenagemote*, et n'avait point de tribunaux séparés. Guillaume introduisit les tribunaux ecclésiastiques. Il pouvait alors le faire sans diminuer son propre pouvoir, parce qu'il avait à ses gages plusieurs savans italiens à qui il donna les évêchés. Il sappa l'influence des cours de comtés, principal siège de la justice sous les Anglo-Saxons, et dans lesquelles l'évêque et le comte ou *alderman* rendaient la justice en commun, se proclama la source de la justice, et en confia le ministère à un grand officier appelé Justicier. L'épreuve par combat ou le duel judiciaire fut introduite dans toutes les questions de fait, au civil et au criminel. Il ne s'agit pas ici proprement des ordalies ou épreuves par le feu, l'eau bouillante, qui avaient existé en Angleterre comme ailleurs. *Königswarter* nous dit que Guillaume suppléa ainsi aux autres genres de preuves. Cela lui est peu favorable, et ce qui pis est, il dépeupla des contrées entières pour en faire des parcs et des forêts royales : le meurtre d'une bête fauve dans la limite des plaisirs du Roi devint un aussi grand crime que celui d'un homme.

Le système féodal trouva sa perfection sous le conquérant, et il exista en Angleterre plus fortement organisé qu'en aucun autre pays. En résumé, dit *McKintosh*, deux révolutions légales d'une majeure importance eurent lieu sous le Conquérant, la séparation des tribunaux ecclésiastiques et civils et l'introduction ou du moins le complément du système féodal. Le statut de *Sarum*, conservé jusqu'à ce jour, comporte que le Roi est seigneur universel et propriétaire originaire de toutes les terres. Nous n'exposerons pas pour le présent ce système, qui entraîna après lui un labyrinthe d'exactions et de sévices, — le vasselage, le service militaire, la garde noble, les droits sur les mariages, les amendes, les corvées, etc.

Quant à la loi du couvre-feu et au cadastre, il nous semble qu'on a eu tout d'en faire des institutions normandes. Ce fut *Canut* qui porta la loi du couvre-feu.

Le fameux cadastre de Guillaume, où l'on trouve jusqu'au nombre des esclaves et des bestiaux de chaque proletaire, fut modélé sur celui d'Alfred le Grand, conservé à Winchester.

Il ne faut pas oublier que Guillaume proscrivit la langue anglaise des tribunaux ; mais il n'est pas certain que ç'ait été au profit d'une autre langue vulgaire, car le latin domine dans les actes ; et quoi qu'il en soit, l'idiome anglo-saxon eut bien une certaine influence sur les Normands, puisqu'on trouve beaucoup de mots anglais dans leurs historiens.

Guillaume le Roux marcha en tout sur les traces de son père.

On peut voir dans l'histoire d'Angleterre de Sir James McKintosh le lent, mais insistant travail de plusieurs siècles par lequel les Anglais se sont insensiblement rachetés de l'état de servitude la plus abjecte.

Quelques historiens ont eu tort de croire que Henri Ier fit aux Anglais une vaine promesse, quand il leur fit espérer le rétablissement des lois de St. Edouard. Elles sont en effet intercalées dans un code qui porte son nom. Il rétablit les cours de comtés, et s'il n'abolit pas le duel judiciaire, il le limita du moins considérablement dans les procès civils ; bientôt Bracton et l'auteur de Fleta ne l'y mentionnent plus.

Le droit romain et le droit canonique s'introduisirent en Angleterre sous Etienne, quelque opposition qu'il y mit. Cette lutte entre le droit romain et la loi commune recommença sous Henri II et dura jusqu'à Edouard Ier. Les barons tenaient pour leurs coutumes, et le clergé pour le droit romain. La loi commune triompha sous Edouard, quoi qu'incomplètement. Ce prince régla les tribunaux ecclésiastiques, fixa la juridiction des cours du Banc du Roi, des Plaidoyers Communs et de l'Echiquier (fisc), régla la police et étendit au pays de Galles la législation d'Angleterre. Sir Mathew Hale ne craint pas de dire qu'il fut plus fait dans les treize premières années de son règne pour régler la justice distributive du royaume que dans tous les règnes précédents. On a remarqué que l'administration de la justice telle qu'il l'établit, a peu varié depuis son règne ; que la loi commune est encore, à peu de chose près, ce qu'elle était

de son temps. C'est beaucoup dire à la gloire personnelle d'Edouard Ier, mais très peu à la gloire des lois communes d'Angleterre, dont le caractère est presque la brutalité : il suffit d'en citer ce qui a trait à la condition de la femme. Il est vrai que Blackstone donnait à ses élèves d'Oxford comme une recommandation de la loi commune d'Angleterre, sa partialité pour le beau sexe ; mais son annotateur Christian s'amuse à bon droit de cette imposition, car la partialité des lois communes pour le beau sexe se traduit fidèlement par ces vers de Shakespear :

Thy husband is thy lord, thy life, thy keeper,  
Thy head, thy sovereign . . . . .  
Such duty as the subject owes the prince,  
Even such, a women oweth to her husband.  
. . . . .  
They are bound to serve, love and obey.

On a dit que le triomphe de la loi commune n'avait été qu'incomplet. En effet de la persistance des universités, qui conféraient les degrés, à enseigner le droit romain et le droit romain exclusivement, il arriva que ce système fit son chemin, et s'établit dans certains tribunaux, du moins dans la cour d'Equité ou cour du Chancelier. Le droit romain, en Angleterre, est appelé le droit civil, et on y voit des légistes qui n'étudient que cette branche et qu'on appelle pour cela *civiliens*.

Les universités d'Oxford et de Cambridge donnant l'exclusion à l'enseignement des lois communes, le Temple se fonda en opposition à ces foyers d'instruction, et les degrés y furent suppléés par le grade de Sergeant at Law. Edouard Ier caressa fort cette institution naissante. On peut voir dans la grande chronique de Sir Richard Baker avec quelle solennité ceux qui étaient créés *sergeants*, célébraient leur réception à Westminster Hall et en présence de la famille royale, dans la vacance de Noël. Fortescue et Coke donnent à cette institution le nom d'université. Il y avait 2000 élèves du temps du premier. Il n'y en avait que 1000 sous Elizabeth, et Blackstone dit qu'il y en avait encore

moins de son temps. Elle est néanmoins toujours divisée en plusieurs collèges ou *inns*.

N'oublions pas un événement qui a eu autant d'influence qu'aucun autre sur la législation anglaise, la Grande Charte, ainsi appelée par opposition à la Carta ou Cartula de Foresta. Avant la Charte, la justice suivait le Roi dans toutes ses courses, au grand détriment des parties, qui se ruinaient par les voyages, ou se privaient de faire valoir leurs droits. Les tribunaux supérieurs furent fixés à Westminster Hall. Il y eut des juges ou *justices in Eyre* ou de circuit, pour aller périodiquement rendre la justice dans les provinces.

Un passage de la Charte indique une réforme organique de tout le système judiciaire.

*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiat, de libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exulet, aut aliquo modo destruat; nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terræ. Nulli vendemus, nulli negabimus aut differemus rectum vel justitiam. (\*)*

On voit en ce passage la renaissance du procès par jury, et aussi, le germe de la loi d'*habeas corpus*, qui fût consolidée beaucoup plus tard, sous Charles II. L'*habeas corpus ad subjiciendum* est propre au droit criminel; au civil, on connaît l'*habeas corpus ad respondendum, ad satisfaciendum*.

On reviendra sur l'*habeas corpus* et sur le procès par jury dans la méthodologie du droit canadien.

Après la grande charte, la charte des forêts vint aussi faire respirer les peuples, en humanisant le droit que les monarques s'étaient arrogé à l'endroit de leurs plaisirs.

## §. 2. — Notions d'histoire de Droit Français.

M. Klimrath, fondateur d'une chaire d'histoire du droit français à la faculté de Strasbourg, envisage cette histoire durant une période de 1800 ans, et la divise en cinq grandes époques.

[\*] That no free man shall be taken or imprisoned, or disseised of his freeholds or of his liberties or free customs, or be outlawed or exiled or otherwise destroyed: and that the king shall not condemn him or cause him to be condemned otherwise than by the lawful judgement of his peers and by the law of the land.

- I. Les origines gauloises et romaines, avant l'an 406.
- II. Les barbares et l'empire des Francs, de 406 à 388.
- III. Le moyen-âge et la France féodale, de 888 à 1461.
- IV. Les tems modernes et la monarchie absolue, de 1461 à 1789.
- V. La révolution française et la monarchie constitutionnelle.

Nous retrancherons la première époque, et la dernière aussi, et nous considérerons donc trois époques dans l'histoire du droit français.

Il suffit de remarquer, quant aux Romains, que pendant cinq siècles que dura leur domination dans les Gaules, ce pays fut entièrement régi par le droit romain; mais ce droit n'était pas le code Justinien, qui ne fut publié qu'un siècle après l'extinction de l'empire romain dans les Gaules : c'était le code Théodosien, qui se perdit ou tomba en oubli sous les rois de la seconde race.

La domination romaine se trouva totalement anéantie dans les Gaules vers l'an 450.

La France a daté de Mérovée, chef des Francs, l'origine de sa monarchie, et trois dynasties traversent toute l'histoire de France, — celle des Mérovingiens, celle des Carlovingiens, et celle des Capétiens. La dynastie un peu factice des Mérovingiens est censée originer en l'an 450, et finir en l'an 770. Carloman et Charlemagne ouvrent la seconde dynastie ou celle des Carlovingiens, qui dure jusque à l'an 987, qu'elle est remplacée par les Capétiens, qui ont régné sans interruption jusque à la catastrophe de 1789. La dynastie mérovingienne est regardée par la critique moderne comme un pur système, étant difficile de trouver une suite de rois véritables de cette race, qui aient régné sur toute la France qui, elle-même, n'existait point alors sous ce nom.

Quoi qu'il en soit, le premier soin des barbares fut naturellement de s'assurer de leur nouvelle conquête, et ce fut dans cette vue que les chefs distribuèrent aux conquérants une grande partie des terres des vaincus. Ainsi, l'on voit dès cette époque, c'est-à-dire, au com-

mencement du 7<sup>ème</sup> siècle, (*Montesquieu*) les bénéfices, qui sont le commencement du système féodal. Ces bénéfices, alors personnels, deviennent depuis héréditaires sous le nom de fiefs.

Les conquérants de la Gaule ne se régissaient d'abord que par des coutumes traditionnelles. Les procès étaient ordinairement jugés dans les assemblées du peuple tenues annuellement dans les mois de mars et de mai: d'où le nom de Champ de Mars et de Champ de Mai. Quand l'issue était douteuse, l'affaire était décidée par les ordalies ou par le duel judiciaire.

Mais le droit romain fut-il tout-à-coup aboli après la conquête ?

Comme le remarquent Fleury et Coquille, (\*) les Francs sentirent à la première vue que les lois écrites étaient d'un grand avantage. Ils laissèrent subsister le code Théodosien, et rédigèrent eux-mêmes les lois Salique et Ripuaire. Le Franc était jugé par la loi de ses semblables, et le Gaulois, par le droit romain. L'épouse et les enfans suivaient la loi du chef de la famille.

Les Francs étant devenus chrétiens, les évêques, c'est-à-dire les apôtres qui les avaient convertis, avaient nécessairement une grande influence. Or, ces ecclésiastiques estimaient si grand le privilège d'être régis par le droit romain, que lorsqu'un Franc prenait les ordres, ils le faisaient renoncer à la loi des Francs.

Mais les lois des Francs eurent malgré tout une grande influence sur le droit public, et c'est d'elles qu'originèrent les assemblées nationales ou États, composés des trois ordres, le souverain, les évêques et les seigneurs, ou les grands, et le peuple. On y faisait des lois pour le gouvernement du pays en général, et des

---

[\*] Est à croire quand les Français arrivèrent es Gaules, comme conquérants et non comme destructeurs, qu'ils n'exterminèrent pas de tous points les lois des Romains dont les Gaules usaient : et se contentèrent d'introduire quelques lois qu'ils avaient particulières. Mesme se voit en ces lois des anciens rois de France, comme est la Salique et celle des Ripuaires, que les Romains estans sous leur empire, étaient jugés par les lois romaines, et les Français, par les lois françaises.

canons pour celui de l'église. On y élisait le souverain, on y imposait des taxes. Les questions proposées et leurs résolutions étaient rédigées par chapitres, et l'on donnait à une collection de ces chapitres le nom de Capitulaires. On a déjà dit qu'on y décidait aussi les procès.

A part de cette cour nationale, Loyseau et Montesquieu pensent que chaque commandant militaire exerçait aussi une juridiction civile sur tous ceux qu'ils conduisaient à la guerre, ou, probablement les seigneurs jugeaient leurs vassaux, et ceux qui possédaient des aleux (\*) étaient jugés par les ducs et les comtes.

Les ducs, comtes et seigneurs vidaient d'abord les procès en personne, mais ils se déchargèrent dans la suite de ce droit sur leurs officiers. Les seigneurs avaient un sénéchal ou bailli, mot qui signifie gardien de la justice. Les ducs et les comtes nommaient des vicomtes (*quasi comitum vicen gerentes*) des prévôts (*quasi prepositi juridicando*), des viguiers (*quasi vicarii comitum*) et des châtelains (*quasi castrorum custodes*.)

Le système féodal, quand il se trouva bien organisé, devint la ruine du trône et des peuples. Les seigneurs s'étant rendu de plus en plus indépendans, s'attribuèrent les droits régaliens, tels que la législation, les impôts, la monnaie. Le monarque fut circonscrit, quant à son autorité réelle, dans l'île de France. A peine les seigneurs provinciaux le reconnaissaient-ils pour leur suzerain, car on place, à l'avènement de Hughes Capet, l'origine de la pairie française, fondée sur l'égalité politique qui fut stipulée entre ce prince et les seigneurs qui l'éluèrent. On a vu les fiefs et les aleux à côté les uns des autres ; bientôt les seigneurs établirent la maxime, nulle terre sans seigneur, *nullum pradium sine dynasta*.

Les lois de la monarchie tombaient dès lors en désuétude. Le code Théodosien et les Capitulaires furent oubliés, et les ecclésiastiques, qui conservèrent seuls

---

[\*] Terre allodiale ou libre de devoirs et redevances.

quelques connaissances, dédaignant les lois seigneuriales, portèrent leur attention au droit canon, en marchant sur les traces de Denis le Petit.

Charles le Chauve eut la faiblesse de confirmer les usages ou coutumes des provinces par l'édit de Pistoie, l'an 804 ; c'est la époque de ce cahos d'usages traditionnels qui tinrent la France dans une regrettable confusion sous le rapport de la législation jusque à la rédaction des coutumes ou même jusque à la révolution française et le code Napoléon. Avouons néanmoins que ce régime n'était pas sans son avantage. *Le peuple, disait Coquille, obéit plus volontiers à la loi qu'il a eu agréable. Puis chacune province a ses mœurs diverses, et partant les lois doivent-elles être faites selon le gout et le sens de chacun peuple.*

La première dignité qui fut opposée aux tyranneaux de la féodalité, fut la puissance ecclésiastique. Les évêques parvinrent à se créer une juridiction qui allait à l'encontre de celle des seigneurs. Ils réclamèrent pour les tribunaux ecclésiastiques le droit de juger tous les procès dans lesquels un clerc était partie ou intéressé. Ils étaient juges en matière de contrat, parce qu'ils y avaient mis pour sanction le serment ; en matière de mariage, parce que le mariage est un sacrement ; en matière de testament, dans tous les cas enfin où la veuve et l'orphelin étaient intéressés, parce que l'église est la protectrice naturelle de la veuve et de l'orphelin. Et les juges civils étaient obligés, sous peine d'excommunication, de leur prêter main forte pour l'exécution de la sentence.

Le second pas vers l'affranchissement des peuples fut la création des communes ou municipalités, qui originèrent en Italie dans l'onzième siècle. Les peuples fuyant le joug intolérable des seigneurs, se réfugiaient dans les bourgs ou villes murées, où ils imploraient la protection des Rois. Vers l'an 1050, Louis le Gros, voyant bien que ces communes seraient pour le monarque le moyen de recouvrer son autorité usurpée, commença à incorporer ces municipalités et à leur permettre de faire des réglemens pour le gouvernement des villes. Ce furent les communes de France qui remportèrent sur la féodalité allemande le grand succès

national de Bouvines. La Germanie ne perdit pas cet exemple : on vit la Hanse ou la confédération des villes libres se former.

L'institution des municipalités, en faisant du peuple reconnaissant un appui pour le monarque, lui permit de se remettre en possession de ses prérogatives, et entre autres de la justice. Le Roi se réserva d'abord sous le nom de cas royaux les affaires dans lesquelles il était intéressé ou présumé l'être, et introduisit les appels, ou moyens desquels les cas jugés par les seigneurs purent être sujets à la révision des juges royaux. Tel fut l'*appel de défaut de droit*.

Pour faciliter le recours à l'autorité royale, il fut établi de grands baillis dans les principales cités.

Une institution d'un plus haute importance encore ne tarda pas à être établie. La cour suprême du Roi ou son conseil, qui était d'abord ambulante, et qui suivait le monarque, fut fixée à Paris l'an 1302, par Philippe le Bel, sous le nom de Parlement de Paris.

Ce Parlement était composé de sept chambres, savoir la grand Chambre, les cinq chambres des enquêtes et une chambre criminelle appelée la Tournelle, parce que les conseillers y siégeaient tour-à-tour. La grand chambre était composée de conseillers laïcs et de conseillers clercs. Les juges y siégeaient en robes rouges.

Il fut depuis érigé plusieurs autres parlemens au nombre de treize. Le plus ancien après celui de Paris est celui de Toulouse. Ensuite la cour Delphinale ou du Dauphin devint le Parlement de Grenoble.

Les parlemens avaient droit de juger en dernier ressort toutes les appellations des juges inférieurs de leur ressort, tant en matière civile que criminelle. Ils ne pouvaient connaître d'aucune affaire en première instance, à l'exception de quelques cas dont la connaissance leur était spécialement attribuée.

Les Parlemens n'étaient pas aussi astreints que les autres juges à suivre de point en point les dispositions de la loi ; ils pouvaient en certains cas, et par de justes tempéramens, s'en écarter, de manière néanmoins qu'ils ne parussent pas entièrement la détruire. En

d'autres termes, les Parlemens, comme le Prêtreur à Rome, pouvaient donner aux lois l'interprétation que suggérait l'équité, ce que ne pouvaient les autres tribunaux.

Le Parlement de Paris était non seulement le plus privilégié. C'est à lui qu'il appartenait, privativement à tous les autres, de nommer à la régence pendant la minorité des rois, et de connaître de la Régale et des droits de la Couronne, et de maintenir le bon ordre dans le royaume. Il était appelé le lit de justice et le Trône des rois, la cour des Pairs, qui avaient droit d'y siéger après les Présidens.

Après les Parlemens, il y avait les Présidiaux, établis pour juger aussi en dernier ressort ou par provision certaines affaires médiocrement importantes. Tel était le Présidial d'Orléans.

Le principal motif de leur institution avait été d'abrégier la longueur des procès ; de remédier aux chicanes de ceux qui veulent par le moyen des appellations, éluder le paiement de ce qu'ils doivent, de faire que les particuliers ne fussent point obligés de quitter leurs demeures et leurs emplois pour aller plaider devant les Parlemens.

La justice de la Prévoté et Vicomté de Paris, s'appelait le Chastelet de Paris, (\*)

Le Chastelet ou juridiction du Prévot de Paris était composé d'un Présidial, d'une chambre civile, d'une chambre de Police, et d'une chambre criminelle.

Les peuples furent invités par tous moyens à se pourvoir devant les juges royaux en appel des sentences des juges fiscaux ou des seigneurs, auxquels on laissa une certaine juridiction. Le Roi fut de nouveau reconnu pour la source unique de la justice et les seigneurs furent dépouillés de toute juridiction pour laquelle ils ne purent montrer un titre concédé par le prince (*Bacquet*). Les juriconsultes, entre autres Charles Dumoulin, combattirent la maxime, *nulle terre sans seigneur*, qui ne put à la fin prévaloir, malgré les cahiers que la noblesse présenta itérativement aux monarques.

---

(\*) Ancien château fort construit par Julien l'Apostat.

L'intervention de l'église étant devenue moins nécessaire que par le passé, la juridiction des tribunaux ecclésiastiques fut limitée par l'appel de Déné de justice et par l'Appel comme d'Abus, dont il était permis de faire usage à quiconque se plaignait que le juge spirituel avait excédé ses pouvoirs, jugé contre les canons ou contrairement aux ordonnances ; et il fallut que l'affaire fut strictement spirituelle pour être du ressort de l'église. Les appels, d'abord portés devant toutes les chambres assemblées, finirent par ne l'être que devant la grand chambre, composée d'ecclésiastiques et de laïcs.

Au reste l'appel comme d'abus est réciproque. Les appellations comme d'abus, dit Férière, s'interjettent aussi des sentences des juges séculiers, quand ils entreprennent sur la juridiction ecclésiastique, et qu'ils font quelque chose au préjudice des droits et des privilèges du Clergé, parce que ces deux juridictions sont distinctes et séparées, en ce qu'elles ont des objets différents. C'est pourquoi chacune doit se renfermer dans les bornes qui lui sont prescrites et ne peut, sans abus, s'étendre au delà. Ainsi, de même que le juge d'Église ne peut connaître des affaires temporelles sans qu'il y ait abus, de même aussi, le juge séculier ne peut connaître des matières spirituelles : la sentence est abusive *ratione materie*. (\*)

Une autre grande réforme restait à faire. Les coutumes locales de la France étaient si nombreuses et si diverses, qu'il y avait guères deux seigneuries qui suivissent un même usage, et pour ajouter à la confusion, ces coutumes n'étaient qu'orales, et se constataient, dans les cas douteux, par l'enquête par tourbe. Philippe le Bel pensa sérieusement à leur rédaction. Charles VII et d'autres monarques l'imitèrent, et sous Louis XII François I, Henri II et Charles IX, soixante coutumes générales de provinces, et trois cents usages locaux

---

(\*) En 1714, Arrêt du Conseil Supérieur de Québec qui, sur la demande de Messire Calvarin, Promoteur en l'Officialité de Québec, renvoie Pierre Le Boulanger, sa femme et sa fille, en la dite Officialité, pour y continuer les procédures par eux commencées à l'encontre du Père Denys, Récollet.

furent mis par écrit dans les seules provinces du Nord. Certains principes dominants dans toutes ces coutumes formèrent le droit commun coutumier de la France.

Dès avant la rédaction des coutumes, le Sud de la France, ou du moins le Languedoc, obtint le privilège d'être régi municipalement par le droit Romain, autant qu'il n'était point amendé par les Edits Royaux. De là vint la délimitation de la France en pays de droit écrit et en pays coutumiers.

Le droit Romain acquit, de plus sous le nom de *raison écrites*, une autorité supplétoire dans les pays de coutumes pour les cas où les ordonnances ou ces coutumes étaient muettes. Les juges étaient tenus d'y recourir, selon quelques jurisconsultes ; selon d'autres, ils avaient à ce sujet, à exercer leur discrétion.

Le Chancelier de l'Hôpital opéra une autre révolution légale, en limitant autant que possible la preuve vocale, et en faisant prédominer la-preuve littérale ou par les écrits.

A propos d'Ordonnances, depuis le dernier Capitulaire, publié par Charles le Simple l'an 921, la première ordonnance émanée pour tout le royaume, fut celle de Philippe-Auguste en 1190, intitulée Edit touchant la mouvance des Fiefs entre divers héritiers. Le monarque usait encore de réserve. Il légiférait de l'avis et avec le consentement de son Conseil ou Cour du Palais, depuis Parlement, et les conseillers signaient après le Roi ; mais plus tard, les monarques, abandonnant ces formalités, les remplacèrent par ces mots qui désignent l'absolu pouvoir : *Toulons, Commandons et Ordonnons, car tel est notre Plaisir*.

Cependant, aux voix délibératives du Conseil fut substituée la pratique de vérifier et enregistrer les ordonnances dans les juridictions souveraines ou Parlements, auxquels le Roi les adressait ; et ce devint une maxime incontestable du droit public français, qu'aucune loi ne pouvait lier le royaume ou une province particulière, sans avoir été enregistrée au préalable.

Le Roi adressait donc au Parlement une *jussion* ou un ordre d'enregistrer, et la répétait, s'il le fallait, jusqu'à trois fois. Si alors le Parlement céda, il paraissait ne le faire qu'à la compulsion, et enrégistrait

en conséquence de l'ordre réitéré du Roi : *ex expresso et iterato mandato Regis*. S'il s'y refusait absolument, le monarque en venait quelquefois aux extrêmes, en exilant le Parlement, ou, se rendant en pompe dans le sein de cette Assemblée, faisait enregistrer sa volonté dans un lit de justice, en vertu de la maxime : *adventus principis cessat magistratus*. (\*)

Ce précis de l'histoire du droit français serait incomplet si nous ne disions quelques mots de ce qu'on a appelé *les libertés de l'église gallicane*, et du droit par lequel les tribunaux ecclésiastiques de la France se régissaient. Et d'abord, il ne faudrait pas croire que le gallicanisme n'ait originé que dans la fameuse déclaration de 1682. Il se préparait depuis des siècles, et l'on en trouve des traces des Hinemar de Reims, au neuvième siècle, et la *pragmatic sanction* de Louis IX. Durant le schisme d'Occident, qui origina l'an 1378, pour ne se terminer qu'en 1417, l'église de France se gouverna de plus en plus presque exclusivement par les parties du droit canonique qui avaient toujours été reçues en France de temps immémorial. En 1414, les évêques français ne contribuèrent pas peu à faire déclarer à Constance la supériorité du concile sur le Pape, et en 1437, le concile de Bâle et les Etats généraux de France assemblés à Bourges, consentirent la Pragmatic sanction, qui paralysait fort l'autorité du Souverain Pontife. Il s'en suivit entre la Rome et la France de longs différends, qui ne se terminèrent qu'en 1516, qu'un concordat fut conclu entre François Ier et Léon X, à Bologne, et enregistré au Parlement de Paris, mais avec la formule qu'on a vu que ce corps employait quand il voulait paraître ne céder qu'à la compulsion. (*D'Harcourt*.) Aussi la Pragmatic et les écrits de Pithou demeurèrent-ils le guide du Parlement et de

---

(\*) Il faut observer que le Roi est le vrai Chef du Parlement; c'est pourquoi on laisse toujours à la Grand Chambre la première place vide, comme étant celle du Roi, appelée lit de justice, où S. M. s'assied quand il lui plaît, et lors même qu'elle est absente, les arrêts ne laissent pas d'être expédiés sous son nom, pour marquer que ses officiers ne sont que les conseillers et assesseurs du Roi. — *Ferrière d'après Loyseau*.

L'Université de Paris, qui les amalgamèrent autant qu'ils le purent avec le concordat. L'université devint le principal foyer de la résistance. Les jésuites, qui ne conspiraient point, devinrent le point de mire de cette célèbre Académie, alors menée par des esprits naturellement portés à l'exagération. Les écrits des Pithou et des Dupuy firent sortir une première fois des mains du Clergé, pour passer en celles des laïcs, la défense des traditions nationales et de la doctrine ecclésiastique en France.

En 1682, les archevêques et évêques et les députés du Clergé, assemblés à Paris par l'ordre du Roi, déclarèrent, le 1 Mars, que le pouvoir du Pape n'est que spirituel, et qu'il n'a aucun pouvoir direct ni indirect sur le temporel des rois ; et que même, dans les affaires spirituelles, il est subordonné au Concile ; qu'il est lié par les canons qu'il ne peut enfreindre par de nouvelles constitutions, qu'il ne peut mettre de côté un usage établi dans un pays et reconnu par la loi municipale de ce pays (*d'Héricourt*) ; que ses décisions ne sont irrévocables que quand elles ont été acceptées par l'Eglise.

Cette déclaration, sur laquelle Louis XIV eut une grande influence, fut confirmée par un Edit du même mois. On voulut que les décrets, décrétales du Souverain Pontife n'eussent d'effet en France qu'autant qu'ils y étaient déjà reçus, ou qu'ils seraient publiés par les évêques dans leurs diocèses respectifs de l'express permis du Roi (*Lacombe*). Bossuet fut le grand fauteur du triomphe d'une révolution qui ne s'arrêta pas là. Bientôt le Concile ne fut pas plus respecté que le Pape : car bien que de bons théologiens soutinssent (Jean Henri Roux, supérieur du Séminaire de Montréal, pensait ainsi) que le Concile de Trente faisait loi en France, d'autres, en plus grand nombre, maintenaient que non, tout en convenant qu'il avait été bien et dûment convoqué, la publication n'en ayant pas été autorisée du Souverain ; et la présomption est d'autant pour eux, en pratique, que pour donner effet à quantité de sages réglemens du Concile, on les introduisit en divers tems dans les Ordonnances (*d'Héricourt*).

La magistrature jouait un grand mais bizarre rôle dans ces débats. Déjà depuis des siècles, elle était

entrée fort avant dans la question. La protection, en apparence zélée, mais vraisemblablement intéressée, qu'elle donna au principe gallican, l'immitça toujours davantage dans la controverse. L'entraînement inévitable des circonstances porta magistrats et jurisconsultes à l'exagération et à l'emportement. Le Clergé dut éprouver une sorte d'embarras de position vis-à-vis de ses puissans protecteurs. Cette prédominance ne devint cependant que plus hardie, et l'envahissement magistral fut à ce point, que le Parlement sembla cumuler, on cumula en effet la double fonction de mettre en pratique les lois, et d'administrer le culte religieux. C'était donc avec raison que le cardinal Fleury appelait des servitudes les libertés de l'église gallicane.

Des ecclésiastiques se laissèrent aussi entraîner bien loin. Des docteurs de Sorbonne, Dupin et Girardin entr'autres, allèrent jusqu'à entrer en pourparler avec Wake, archevêque de Cantorbery, pour l'union des églises gallicane et anglicane, et le cardinal de Noailles les laissa quelque temps faire et ne les désavoua jamais expressément.

Cependant, comme la saine doctrine doit triompher et que la foi ne saurait chanceler, ce dévergondagé présageait la ruine du gallicanisme, qui n'était d'ailleurs qu'une opinion, car Louis XIV était bientôt revenu sur ses pas, quoi qu'eût put faire D'Aguesseau pour l'en empêcher. Il écrivait au pape Innocent XII, le 14 septembre 1693 : *J'ai donné les ordres nécessaires pour que les choses contenues dans mon Edit du 2 Mars 1682 touchant la déclaration faite par le clergé de France, à quoi les conjonctures passées m'avaient obligé, ne soient pas observées.* Et les évêques écrivirent le même jour *que tout ce qui avait pu être censé décrété sur la puissance ecclésiastique dans la dite Assemblée, devait être tenu pour non décrété, et qu'ils le tenaient pour tel ; que de plus ils tenaient pour non délibéré tout ce qui avait pu être censé y avoir été délibéré au préjudice des droits des Eglises, leur intention n'ayant point été de faire aucun décret, ni de porter préjudice aux dites Eglises.* En 1753, le Parlement de Paris ayant voulu remettre en vigueur l'Edit de 1682 et les quatre articles, fut exilé à Pontoise, puis à Soissons.

En 1763, deux évêques de France combattaient le gallicanisme. Leabbé Emery, cet homme si influent auprès du clergé de France, et qui avait lui-même défendu les principes gallicans en compagnie de M. de Montazel, vit à-propos d'un changement de doctrine à la suite du concilien conclu avec Pie VII par le premier conseil de la république française. Un peu plus tard, l'émancipation politique du parti de M. de Bonald sur le clergé, et celle toute ecclésiastique et intérieure des prêtres respectés du St. Sulpice, devinrent à vue d'œil la victoire unanime gallicane. M. de Bonald et Lammenais lui-même firent les plus grands coups. Le premier disait en 1826 : *S. Bossuet consentit à la déclaration de 1682, c'est qu'il lui manquait le génie élevé de Leybault, et la grande expérience de la révolution française, après laquelle il n'est plus permis à qui que ce soit de demeurer gallican*. Tous les jans ne pensent, ou du moins ne paraissent pas en France comme M. de Bonald. M. Charles Giraud s'est encore montré dans la Revue de Législation et de Jurisprudence de Wollowski le zéléateur du gallicanisme, et la France, pour son malheur, a toujours des Dupin. Toutefois, ces disputes ne regardent pas le Canada, qui n'a qu'à s'en tenir à la rétractation de Louis le grand et des évêques, et même en France, la plaie du gallicanisme a peu de chance de se rouvrir, quand on sait qu'à une couple d'exceptions près, tous les évêques contemporains pensent comme ce mandement récent d'un évêque de Savoie sur les églises nationales.

“ Un des chefs-d'œuvres de la raison, celui peut-être dont elle est plus fière, dit ce Pasteur, c'est d'avoir créé des églises nationales. Il fut bien que nous vous disions ce que c'est qu'une église nationale. C'est le raffinement du despotisme, et voici comment. Des hommes ambitieux arrivent au pouvoir; ils prennent d'une même main le sceptre de l'autorité civile et celui de l'autorité religieuse... ils tiennent dans l'asservissement les deux natures de l'homme. Ces riches dépositaires de la puissance divine font ouvrir ou fermer les temples, mettent des chandeliers ou des croix sur les autels, déterminent les conditions, règlent les cérémonies du mariage, dictent les paroles du prône, président

à l'éducation du prêtre et marquent les limites entre lesquelles doit invariablement rester l'esprit humain. Il est vrai qu'ils se contredisent à deux ans comme à deux siècles de distance ; qu'ils disent le pour ou le contre selon qu'ils parlent à Lausanne, à Rome, à Londres, à Oxford, à Stockholm, à Berlin ; mais qu'importe ? une église nationale a pour but de prêter des chaînes au despotisme, de retenir le peuple dans l'abjection. Eh bien ? cette œuvre de la raison s'écroule comme les autres. Elle a quelque temps suffi à la crédulité populaire ; mais elle ne trompe plus personne, et n'est acceptée que par ceux qui sont payés pour la soutenir”

### §. 3.—*Histoire du Droit Canadien.*

#### I

#### LE RÉGIME FÉODAL.

On est frappé en étudiant les vicissitudes de notre colonie, de la similitude de ses révolutions avec celles que l'on rencontre dans l'histoire de l'ancienne monarchie française. Dans la vieille France, des monarques maîtres sans partage du sol, créent d'abord les bénéfices, puis voient sans ombrage s'établir, ou établissent eux-mêmes le système féodal, qui finit par leur donner des égaux, en vertu de l'institution de la pairie, l'an 1001.

Retournant sur leurs pas, ils reconquerront leur ancienne prérogative après une lutte prolongée, quoique peu sanglante,—après maints efforts liés entre eux quoique très souvent interrompus à propos, d'une politique raffinée, reflet des lumières du monarque et des jurisconsultes, qui viennent à l'appui du trône et de la civilisation contre le châtelain, souvent brutal. Après avoir dompté ces feudataires insubordonnés, le monarque laisse subsister dans son propre intérêt, la hiérarchie féodale, mais à condition qu'il en sera le chef, *caput*, le modérateur suprême.

Dans la jeune France, les rois établissent encore d'eux mêmes le régime féodal. Ils courent moins de dan-

gers parcequ'ils connaissent mieux la conséquence de leur démarche, et que d'ailleurs la situation ne saurait être aussi périlleuse. Néanmoins ils sont encore compromis et induits par leur politique et les enseignemens de l'immortel Talon, à revenir sur leurs pas : la résistance qu'on leur oppose est moins sérieuse : le résultat est du reste le même que dans la vieille France.

Montesquieu, dit M. Ginouliac, a tracé une image grande et vive de l'origine incertaine de la féodalité. " Un chêne antique s'élève, l'œil en voit de loin le feuillage, il approche, il en voit la tige, mais il n'en aperçoit point les racines."

Le système féodal fut-il en germe dans l'emphytéose des Romains, comme le croit Cujas ?

Cela n'est pas improbable. La loi romaine dit que l'emphytéose n'est ni une vente ni un louage. Le *dominus prædii* a la directité, il perçoit une rente annuelle, *pensio*, exerce le retrait, et jouit enfin du *laudemium* ou cinquantième partie du prix, à chaque aliénation, taux qu'on retrouve porté au douzième dans la Coutume de Paris.

Mais l'on pourra dire avec quelque raison : voilà bien dans le *dominus prædii*, notre seigneur censier, et dans l'*agricola*, notre censitaire ; mais ce n'est pas encore là le système féodal, dont l'opinion commune fait une institution germanique.

Si l'on adopte cette origine, il faut dire que le système féodal n'a rien de commun avec le bail à cens des Romains. Mais si l'emphytéose a bien pu exister sans les degrés supérieurs de la hiérarchie féodale, ceux-ci ne peuvent subsister sans l'emphytéose comme base : autrement, le vassal ne serait pas seigneur, il serait serf ; il ne pourrait y avoir entre lui et le seigneur dominant, ces liens, ces obligations réciproques que déclare la loi des Fiefs.

Sans doute, la féodalité a reçu son perfectionnement par les barbares, et particulièrement sous Guillaume le Conquérant ; mais ils reçurent des Romains l'ébauche de cette institution, qu'il conservèrent et firent grandir ; ils la reçurent de l'Auguste Alexandre Sévère, comme en convient le chevalier Blackstone, le jurisconsulte érudit par excellence ; et il existe un document qui

serait célèbre, s'il avait été remarqué, le Projet de Talon pour le gouvernement du Canada : il n'attribue pas aux Fiefs une autre origine que l'origine romaine.

On distribue les Fiefs en fiefs suzerains, fiefs dominans et fiefs servans.

L'expression de fief suzerain s'applique à celui qui a en sa mouvance un autre fief, qui a lui-même un fief mouvant de lui.

Le fief dominant est celui dont un autre fief relève.

Si le fief dominant relève lui-même d'un autre, on l'appelle dominant médiat.

Au reste, les expressions de fief suzerain, dominant et servant sont relatives. Le fief dominant est proprement celui qui domine immédiatement l'arrière-fief du suzerain, dont il est lui-même servant.

On peut dire que l'arrière-fief est celui qui relève directement du fief dominant et médiatement du suzerain, et duquel aucun autre relève, en sorte qu'il est essentiellement servant.

Il faut encore distinguer les fiefs de dignité et d'honneur, et les fiefs simples.

Le fief simple est celui qui n'est décoré d'aucun titre ou honneur.

On appelle fiefs de dignité ou d'honneur, ceux qui ont justice ou des titres, depuis les châtelaines jusques aux duchés.

Fief simple se dit aussi, en un sens, de celui pour lequel il est dû Foi et Hommage avec certains profits féodaux, mais sans aucuns devoirs personnels ou militaires, comme la Compagnie des Cent Associés paraît avoir tenu le Canada.

Il est facile de ranger les seigneurs d'après cette classification, et il suffit de distinguer ici le seigneur féodal ou seigneur d'un fief qui en a un autre en sa mouvance, et le seigneur direct, censier ou foncier, duquel relèvent des héritages roturiers.

Le régime féodal a été regardé par les meilleurs écrivains comme un régime bien propre à l'établissement d'un nouveau pays. Aussi les monarques français songèrent-ils presque de suite à l'implanter en

Amérique. Dès l'an 1598, le marquis de La Roche reçut de Henri IV, le pouvoir de "faire baux des terres de la Nouvelle-France, aux gentilshommes, en fiefs châtelainies, comtés, vicomtés et baronnies, à la charge de tuition et défense du pays, et à telles redevances dont il jugerait à propos de les charger. La première concession connue fut faite l'an 1623, par le maréchal de Montmorency. Trois ans après, le duc de Ventadour érige cette concession en fief noble. Le Cap Tourmente fut érigé en baronnie en faveur du sieur de Caën. Jusque-là; cependant, le système avait fait bien peu de progrès; mais il y eut une cause qui contribua à son expansion. On s'était arrêté en Europe à l'idée de confier l'établissement des nouveaux pays à des compagnies puissantes qui n'eussent que cela à cœur. Ce système, imaginé peu après la découverte du nouvel hémisphère, fut suivi par les divers souverains de l'Europe, dans les deux Indes. Cette politique fut particulièrement l'occasion de la création dans la France Septentrionale, comme on appelait alors le Canada, d'une grande seigneurie ou d'un fief suzerain tel qu'on en vit en Europe au moyen-âge. Cette charte célèbre, dit Goodrich, le dernier historien de l'Amérique, fut scellée l'an 1627. Pour récompenser la Compagnie des grands frais d'avances qu'il lui faudrait faire pour peupler le pays, le Roi lui cédait à perpétuité le fort de Québec et toute la Nouvelle-France en toute propriété, seigneurie et justice, avec le pouvoir de construire des forteresses, fonder des canons et prendre toutes mesures propres à la protection de la colonie et du commerce; ainsi qu'attribuer aux terres inféodées tels titres et honneurs, droits, pouvoirs et facultés, selon les qualités, condition et mérite des personnes. Le monarque ne fait que les réserves suivantes: celle de la pêche dans le golfe Saint-Laurent pour ses sujets; le ressort de Foi et Hommage, qui lui serait porté, et à ses successeurs rois, par la Compagnie avec une couronne d'or du poids de huit marcs, à chaque mutation de roi; la provision des officiers de la justice souveraine, lesquels lui seraient nommés et présentés par la Compagnie.

La Compagnie évinça le sieur de Caën de la baronnie du Cap Tourmente, et n'érigea elle-même de fiefs titrés,

que la châtellenie de Coulonge, en faveur du gouverneur d'Aillebout. Ses inféodations furent d'ailleurs nombreuses. Tant que vécut le cardinal de Richelieu, chef de cette compagnie, elle prospéra, et ce ministre, espèce de vizir en France, affectait des allures de souverain quant à la Nouvelle-France; (\*) mais après sa mort les fréquentes violations de sa charte par le monarque la forcèrent de remettre ses pouvoirs. La Compagnie des Indes Occidentales, qui lui succéda bientôt, fut encore moins ménagée.

Par la révocation de cette compagnie, le roi devint, de plein droit le seigneur féodal universel des terres inféodées, et suzerain des sous-concessions faites par les seigneurs du pays, lesquelles devenaient, par rapport à lui, des arrière-fiefs. Plusieurs avaient fait des sous-concessions, comme les seigneurs de la Cité, de Montréal, de Longueuil, de Terrebonne, etc.

S'il y avait au-dessus des fiefs dominans médiats un fief suzerain autre que la Couronne, comme la Compagnie des Indes, Talon appelle heureusement le souverain seigneur dominantissime.

Le roi était seigneur censier ou foncier des terres qu'il concédait en roture.

Seul il pouvait inféoder les terres, qui relevaient du château Saint Louis de Québec, son principal manoir.

Les seigneurs étaient tenus d'y prêter foi et hommage et de fournir l'aveu et dénombrement, entre les mains de l'Intendant, qui devint le représentant du roi en matières féodales, comme le justicier d'Angleterre et d'autres pays au moyen-âge. Sous la compagnie des Cent, les seigneurs lui prêtaient foi et hommage au fort de Québec entre les mains du grand sénéchal.

Comme seigneur dominant dans toute la colonie, le prince recevait le quint à chaque aliénation de seigneurie, comme devaient le recevoir pareillement les seigneurs dominans médiats, qui se faisaient aussi faire

---

[\*] Marc-Antoine de Bras de Fer, sire de Chasteaufort, se dit Lieutenant-Général pour Richelieu dans l'étendue du fleuve Saint-Laurent.

aveu et dénombrement, comme y furent condamnés les vassaux des Rév. Pères Jésuites, par l'Intendant Bigot.

Quelques seigneuries, concédés par la compagnie des Cent Associés et même par Talon, sous la Coutume de Vexin-le-Français, devaient, au lieu du quint, le relief ou revenu d'un an à chaque mutation ; mais le roi desirant établir l'uniformité, l'Arrêt du Conseil d'Etat de 1686, ordonna que ces titres fussent remis et accordés de nouveau sous la Coutume de Paris.

Le roi saisissait féodalement non-seulement faute de devoirs rendus, mais si on n'avait pas mis en valeur, en vertu de l'Edit de 1711 et des instructions données aux gouverneurs et aux Intendants royaux.

Sir James Marriot a prétendu qu'il n'y avait pas eu en Canada de noblesse réelle avec titres, *real ancient nobility with titles*. Mais n'avons-nous pas vu un baron du Cap Tourmente et un châtelain de Coulonge ! Le roi érigea le duché d'Arkansas à la Louistane, la baronnie de Beauville en Acadie, celles des Islets, de Portneuf et de Longueuil, le comté d'Orsainville (d'abord baronnie des Islets) et celui de l'île d'Orléans. (\*) Au reste, Garran de Coulou comprend parmi les fiefs de dignité ceux qui ont justice. Les seigneurs canadiens étaient donc tous des seigneurs dignes, puisqu'ils avaient au moins la moyenne et basse justice, et qu'un grand nombre avaient aussi la haute. Les Jésuites avaient un franc-aleu noble à Charlebourg, et ce ne fut pas le seul.

Les réserves du roi en inféodant étaient peu de chose : c'étaient la propriété des mines et l'exploitation des bois pour son service. Les seuls seigneurs qui eurent par leurs titres la propriété des mines, furent les prêtres des Missions Étrangères de Québec.

Outre les honneurs de l'Église, les seigneurs se firent

---

(\*) Il n'y a eu cette Province que deux comtés, qui sont l'île d'Orléans et d'Orsainville, et deux baronnies qui sont Longueuil et Portneuf. Les comtés de l'île d'Orléans et d'Orsainville, et la baronnie de Portneuf ayant été aliénés ont perdu leurs titres de dignité. Ils ont retourné au prince comme à la source d'où procèdent tous les honneurs. Cugnet, *Traité des Fiefs*.—Cet auteur ne parle point du marquisat du Sablé, qui paraît avoir été érigé dans la ville des Trois-Rivières.

accorder par le roi le privilège de présenter aux cures et le patronage des églises, bien que par son Procès-Verbal de Re-montrances au sujet du Code Civil, le Conseil Supérieur de Québec s'excusât d'exécuter le titre des bénéfices, attendu *qu'il n'y en a point dans la colonie*; mais on a prouvé (\*) que la pratique de fixer les curés ne put s'introduire ou ne s'introduisit pas, que les rois eux-mêmes finirent par s'en remettre à la discrétion des évêques, et que le patronage tomba alors de lui-même. (On trouve que Monsieur Deschambault avait été maintenu par sentence dans le patronage.) Le patronage fut même expressément ôté aux seigneurs, par arrêt du Conseil d'Etat de l'an 1699, pour le donner à l'évêque, sauf le droit des seigneurs qui avaient déjà bâti ou commencé à bâtir des églises.

La chasse et la pêche étaient des droits exclusivement seigneuriaux,—aucune personne ne pouvait chasser ou pêcher sans permis du seigneur sous peine d'amende de cent livres et de confiscation de l'arme, et les seigneurs furent maintenus dans leurs privilèges par les Intendants Raudot, Begon et Hocquart.

Ces privilèges et honneurs, et la justice, ne laissaient pas que de relever beaucoup nos seigneurs, et, s'il est est vrai que, sous la domination anglaise, ils furent aussi misérables que le dit Sir James Marriot, cela dépendait sans doute du bouleversement créé par la conquête, qui mit cette classe de Canadiens dans un état des plus précaires, lequel ne fut un peu amélioré que par l'acte de Québec.

Mais malgré les nombreux privilèges des seigneurs, le sort des censitaires était cependant bien doux, en comparaison de ce qu'il était en France.

Par l'arrêt du Conseil d'Etat de 1711, ils pouvaient forcer leurs seigneurs à concéder, le Roi donnant pouvoir aux Gouverneurs et Intendants de le faire à leur défaut.

Le droit de banalité de moulin, qui était un droit personnel et seigneurial dans la coutume de Paris, était en Canada un droit réel, comme dans la coutume de

---

(\*) Mémoire de Messire Roux, annoté par Mgr. Lartigue.

La Marche; en vertu de l'Arrêt du Conseil d'Etat de 1686, et l'on voit l'Intendant Raudot accorder par sentence, aux censitaires de Terrebonne, le droit de banalité faute par le seigneur d'avoir construit un moulin banal.

En vertu d'un règlement du Conseil Supérieur de 1675, ils n'étaient tenus d'attendre que quarante huit heures au moulin banal pour la mouture de leur grain.

Il n'y avait point de fours banaux.

Il est fort douteux, dit Cugnet, que les seigneurs canadiens aient ce droit, à moins qu'ils n'aient des bourgs ordonnés.

Il y avait en Canada des bourgs ordonnés, et Messieurs de Vaudreuil et Bigot en ordonnèrent plusieurs, sans qu'on ait ouï parler pour cela de fours banaux.

Cugnet ajoute que, n'y ayant point de vignes, les pressoirs banaux n'auraient pu être que pour les pommes, comme en Normandie.

Le droit d'étalonnage et de taureau banal ne fut pas non plus établi : " Il serait à souhaiter qu'il fût imposé, dit le même feudiste, — les seigneurs seraient alors obligés d'avoir de bons taureaux. Les chevaux et les bêtes à cornes seraient d'une meilleure espèce."

Le retrait censier était purement conventionnel, à la différence du retrait féodal.

Il y avait des corvées ou journées d'hommes et d'animaux sans salaire ni nourriture; mais l'Intendant Hocquart régla qu'il n'y en aurait point en temps de récolte, et l'Intendant Begon, — que les corvées seraient rachetables à quarante sous par journée.

L'Intendant Raudot exempta les censitaires trop éloignés de venir planter le Mai devant le Manoir du Seigneur à certains jours.

Il ne paraît pas dans les archives publiques de loi qui fixe, plus que la Coutume de Paris, le taux des cens et rentes. " Le Roi, dit Cugnet, concédait dans sa censive à un sou tournois par arpent de front. On trouve un jugement de l'Intendant Begon et un autre de l'Intendant Hocquart, qui confirment cet usage pour le gouvernement de Québec. \* D'ailleurs, les terres ne sont point concédées également; elles le sont dans le District de Montréal à plus haut prix que dans celui de Québec,

sans doute parce que les terres de Montréal sont plus avantageuses que celles de Québec. Ces deux jugemens concernent des terres de ce district.”

## II. — *Système Judiciaire et Jurisprudence.*

Le Juge-en-Chef La Fontaine a avancé, dans son jugement contre les fabriciens de Varennes, que la justice de ce pays avait d'abord dépendu du Parlement de Rouen ; mais jusque à exhibition de titres, on pourra croire raisonnablement que la juridiction primordiale de l'archevêque de Rouen sur les ecclésiastiques du pays, est ce qui a fait argumenter par analogie. La juridiction prétendue du Parlement de Rouen n'est qu'une tradition vague, qui n'a aucun appui. Les commissions du marquis de La Roche, de faire *lois, statuts et ordonnances publiques* le plus que possible semblables aux lois de la France, et de Samuel de Champlain, pour commettre des officiers pour la distribution de la justice, l'entretien de la police et l'observation des réglemens et ordonnances, ne mentionnent nullement le Parlement de Rouen. Quant à la compagnie des Cent, elle possédait le pays en toute seigneurie, propriété et justice, comme on l'a vu. Sous le gouvernement féodal, et bien avant 1640, quoiqu'en dise Charlevoix, il y avait dans le pays un grand Sénéchal, et aux Trois-Rivières et en divers autres lieux, (\*) des sénéchaussées ou juridictions dont l'appel ressortissait au tribunal de ce magistrat d'épée, qui résidait à Québec, où il y avait en outre une prévôté ou cour de première instance.

Le Sénéchal, dont l'autorité est destinée à servir de frein à celle des vassaux, et dont Loyseau signale bien l'origine féodale, fut créé particulièrement pour faciliter les appels. Cette charge vient de ce que les ducs et les comtes, s'étant emparés de la puissance d'administrer les lois, et ne voulant pas l'exercer par eux-mêmes, établirent pour rendre la justice en leur nom, des officiers qu'ils appelèrent en certains lieux, baillis

---

(\*) Le célèbre explorateur Desprez-Coutures est dénommé Sénéchal de la Côte Beaupré.

et en d'autres, Sénéchaux, et qui étaient de même autorité.

Après que les monarques de la troisième race eurent réuni à la couronne les terres qui en avaient été démembrées, les baillis et sénéchaux succédèrent en quelque sorte à toute l'autorité des ducs et des comtes, et le roi laissa dans leurs mains le maniement des armes, de la justice et des finances.

Il était du devoir du Sénéchal de convoquer le ban et l'arrière ban de la noblesse pour la guerre, c'est-à-dire les vassaux immédiats et médiats du seigneur suzerain.

Plus tard, le monarque redoutant ces officiers, leur ôta les finances et le commandement des armées, ne leur laissant que la convocation de l'arrière-ban, et la main sur l'administration de la justice, avant l'apparition des Intendans, dont l'institution ne se répandit que vers 1634.

On appelle indifféremment sénéchaussée l'étendue de la juridiction du Sénéchal ou son tribunal même, où étaient portés les appels tant des Prévôts royaux que des Juges fiscaux ou justiciers des seigneurs : L'édit de Crémieu règle cette juridiction.

En Canada, où le Grand Sénéchal n'était nullement un officier royal, il dut connaître de tous les cas et tenir sa charge comme le Sénéchal la tenait dans son origine, et en qualité de représentant de la Compagnie. Pour la même raison, le Roi n'avait point de Procureur-Général dans le pays ; mais Bourdon, Sieur de St. Joseph, y était Procureur Fiscal des Cent associés, comme il fut plus tard Procureur-Général du Roi ; on a vu que le Grand-Sénéchal avait un lieutenant aux Trois-Rivières, mais le bailli de MM. de St. Sulpice, dans l'île de Montréal, où cette communauté possédait la justice et présentait son gouverneur particulier, ne devait pas dépendre du Grand-Sénéchal. (\*) Ce haut fonctionnaire avait en matière de fiefs, les mêmes prérogatives ou de

---

(\*) Au commencement du gouvernement royal, les seigneurs de Montréal furent troublés dans l'exercice de la justice par Monsieur de Mesy et Mgr. de Pétrée.

plus grandes encore que n'en eut l'Intendant sous le gouvernement royal, et les vassaux relevaient indifféremment du fort Saint-Louis ou de la Sénéchaussée de Québec, ou l'hommage devait être porté entre les mains du Grand Sénéchal ou de son Lieutenant, comme on le voit par l'inféodation de 1652 en faveur de Monsieur de Lauzon.

Il est bien douteux que les gouverneurs se soient maintenus, comme l'ont dit des historiens qui n'étaient pas juristes consultés; dans la possession de rendre la justice quand on avait recours à eux; du moins n'avaient-ils aucune attribution judiciaire permanente, comme le prouve la prolongation de la commission du chevalier de Montnagay:—“ Comme aussi, *par forme de provision*, et jusqu'à ce qu'il y ait des juges souverains établis sur les lieux pour l'administration de la justice, vous donnons pouvoir et aux lieutenans qui seront par vous établis, de juger souverainement et en dernier ressort... tenir la main à l'exécution des arrêts et réglemens du Conseil fait pour l'établissement et conduite de la compagnie de la Nouvelle-France.” Les gouverneurs avaient en effet un conseil composé des principaux habitans; mais ils le discontinuaient, le dissolvaient et le changeaient à volonté, excepté le Grand Sénéchal et le Supérieur des Jésuites, qui en étaient membres nés. Cette circonstance donne de plus en plus droit de présumer que ce conseil ne réglait que les affaires politiques ou d'un intérêt général, car c'eût été un bien mauvais système judiciaire que celui dans lequel le Sénéchal n'aurait pu être récusé par ceux qui appelaient de ses sentences. Il était donc juge suprême, comme l'Intendant fut depuis juge souverain; et comme lui, il pouvait avoir dans le fait, plus d'autorité que le Gouverneur lui-même; mais il ne fit que paraître. Le Canada n'a en effet que deux Sénéchaux.

Mais quel était le Code de la Nouvelle-France? C'était la Coutume de Paris. Dans une nouvelle inféodation des Cents Associés en faveur du seigneur de Beauport, en 1647, il est écrit: *le tout suivant et conformément à la Coutume de Paris, que la Compagnie entend être gardée et observée partout en la Nouvelle-France.*

On a donné le nom de gouvernement civil à l'époque

qui a suivi la renonciation des Cent Associés et la création du Conseil Souverain, appelé plus communément Conseil Supérieur.

Par l'Édit de création du mois d'avril 1663 le gouverneur et l'évêque (il n'y avait point encore d'Intendant), ou vicaire apostolique, membres et dignitaires du Conseil, devaient nommer conjointement cinq autres membres d'un Procureur Général. Le Conseil devait connaître souverainement et en dernier ressort de toutes les causes civiles et criminelles, selon les lois et ordonnances du royaume de France, en y procédant autant que possible selon les formes et en la manière usitée dans le ressort du Parlement de Paris, avec réserve de la part de S. M. de reformer, amplifier ou abroger ces lois, en d'en établir de nouvelles, ou tels réglemens, statuts et ordonnances qu'elle jugerait plus utiles pour son service ou le bien des habitans.

On ne voit pas, quoiqu'en dise Cugnet et qu'on ait pensé depuis que l'Édit de Création, introduise expressément la Coutume de Paris. Cela n'étoit peut-être pas nécessaire, attendu que cette coutume étoit déjà gardée dans ce pays, sous la compaignie des Cent. (\*) Quoiqu'il en soit, un arrêt de la nouvelle justice souveraine déclara que la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris seroit la seule suivie en toutes choses. Le roi en fit autant par les commissions accordées à ses Intendans, et cela passa en maxime.

Le Conseil Souverain pouvoit en vertu de l'Édit de Création nommer selon le besoin, des greffiers, notaires, tabellions et sergens.

L'Intendant alloit remplacer le Grand Sénéchal.

La charge d'Intendant en France, répondoit à celle des *Missi Domini* sous les rois de la seconde race, lesquels avoient à voir à ce que les comtes administrassent bien la justice. Henri II les appèle en 1551, commissaires départis pour exécuter les ordres du roi. En

---

(\*) Cette date de la Chronologie Universelle de Drey : 1664, *Coutumes de Paris introduites au Canada*, est donc une fausse époque.

1635, Louis XIII les dénomma Intendants du militaire, de la justice, de la police et des finances.

Nous verrons dans la suite que l'Intendant, en Canada, n'avait rien à faire avec le militaire, du moins par terre, et le conseiller Robert, ex-Intendant en Haïnaut, qui eut le premier l'Intendance du Canada, ne fut nommé lui-même que pour la justice, la police, les finances et la marine ; ce qui n'empêche pas que ce fut en Amérique que cette charge acquit le plus de splendeur.

La pétulance de Safrey de Mesy et les droits de la compagnie des Indes Occidentales, firent que le Conseil Supérieur ne fut pas d'abord une institution stable et bien réglée. Talon, successeur de Robert, qui n'était point venu en Canada, lui donna ses soins, mais aucun Edit n'appuya ses démarches, et le chevalier Duchesneau rencontra une puissante opposition dans la direction du Conseil de la part de Louis de Buade, comte de Frontenac, qui prétendit présider ce corps et le domina bientôt entièrement. Mais Louis XIV, par sa Déclaration de l'an 1675, régla que l'Intendant, qui n'occupait que le troisième siège, après le Gouverneur et Lieutenant-Général, et l'Evêque ou premier Supérieur ecclésiastique, y aurait néanmoins les mêmes fonctions que les premiers Présidens dans les Parlemens de France,—qu'il le convoquerait, prendrait les voix et prononcerait les arrêts.

Le Conseil siégeait régulièrement tous les lundis au Palais de l'Intendant, qui pouvait l'assembler extraordinairement en faisant avertir le gouverneur et l'Evêque par le premier sergent.

La Déclaration de 1675 portait à sept le nombre des conseillers ; et celle de 1703 le porta à douze, dont onze laïcs et un clerc, outre les trois dignitaires.

Les douze conseillers ayant paru encore insuffisans, on recevait assesseurs sur le certificat du Procureur-Général, dont ils avaient suivi les conférences de Droit, des jeunes Canadiens, qui avaient comme tels, séance et voix consultative dans le Conseil, et voix délibérative dans les procès dont ils étaient rapporteurs. “ Sa Majesté, est-il dit, voulant donner de l'émulation aux sujet des familles qui ont déjà fait des progrès dans

l'étude de la jurisprudence, pour les placer ensuite dans les emplois qui viendront à vaquer au Conseil Supérieur ou dans les autres tribunaux, a permis par Lettres Patentes du mois d'Août 1742, de leur donner des commissions d'Assesseurs au Conseil."

La plupart des commissions d'Intendants les déclare juges souverains indépendamment du Conseil.

Jusqu'à l'année 1677, le Conseil avait nommé des juges inférieurs pour juger en première instance. La Prévôté de Québec fut érigée cette année. On donne à la vérité ce nom à un tribunal antérieur, mais il avait été interrompu en 1674. Cugnet place donc sous 1677 l'établissement de la Prévôté et justice ordinaire de Québec, pour connaître en première instance de toutes matières civiles et criminelles, sauf appel au Conseil.

Cette justice, en définitive, était composée d'un lieutenant-général, d'un lieutenant particulier, d'un Procureur du Roi et d'un Greffier. Le Procureur du Roi y veillait à ses intérêts, et à ceux de la veuve et de l'orphelin.

L'étude de la jurisprudence de ce tribunal fait voir qu'on y facilitait singulièrement l'administration de la justice en référant, dans le commerce, les contestations de compte à des marchands, pour les épurer au préalable; en faisant invariablement constater par des experts les dommages résultant de quelque cause que ce fût, et en renvoyant constamment à des praticiens en matières de liquidations de droits successifs et de partages d'héritages.

Outre la Prévôté de Québec, il fut établi une justice royale aux Trois-Rivières, à côté de la haute justice des Jésuites. L'an 1693, le Roi se fit remettre par les messieurs de St. Sulpice, desquels les habitans de l'île étaient justiciables, la haute justice, ne leur laissant que la propriété du greffe, et y établit un siège royal avec Juge, Procureur Royal, Greffier, quatre Notaires Royaux et quatre Sergens. Un petit gouvernement féodal avait subsisté dans l'île, même après la reprise du pays par le Roi. La haute justice de l'île et comté d'Orléans n'est plus mentionnée après 1705. Celle des Jésuites à Sylleri et aux Trois-Rivières fut supprimée en 1707. Il n'y a peut-être que la haute justice du

Séminaire de Québec, dans la seigneurie du Château-Richer, qui ait subsisté jusque à la conquête ou au delà, en quelque sorte malgré cette maison, qui ne s'en prévalait, plus lorsque après visite du premier Conseiller Cugnet, le Conseil Supérieur arrêta, en 1750, que le Séminaire ferait réparer la chambre de justice et la prison, et continuerait à entretenir un juge fiscal.

Marriot a prétendu que deux ou trois seigneurs seulement avaient exercé la justice. On vient d'en voir davantage. Il n'y eut pas moins que huit hautes justices en exercice, et parmi les justices moindres, celles de St. Anne, de Champlain, de Batiscan, de Beauport, de Lauzon, sont mentionnées dans les archives. L'Edit de 1679 attribue à la Prévôté de Québec le ressort d'appel des Justices seigneuriales du gouvernement de Québec, et la Déclaration de 1710, attribue l'appel des justices seigneuriales du gouvernement des Trois-Rivières à la justice royale. Ce n'est pas tout, l'Intendant Raudot, pour éviter les frais des baux judiciaires aux mineurs, permet de les faire devant les juges seigneuriaux à l'audience. Les seigneurs exercèrent donc plus qu'on ne pense la justice, et s'y étaient maintenus jusqu'à la conquête, puisque le général Murray supprima les justices seigneuriales par son ordonnance de 1764. Mais il paraît y avoir eu peu ou point de justices en exercice dans le gouvernement de Montréal.

Le juge seigneurial ne pouvait exercer avant d'avoir été installé par les officiers royaux, à cause de la maxime : *Rex qui est monarcha in suo regno, est solus fundatus in jurisdictione*. Ainsi, l'Intendant Hocquart nomme le lieutenant-général de la Prévôté de Québec pour installer le juge fiscal de St. Anne.

Les haut-Justiciers avaient les épaves, ou choses trouvées, si elles n'étaient réclamées dans les quarante jours. Ils devaient avoir aussi les déshérences et les biens vacans, bien que d'autres que le Roi ne se soient peut-être jamais prévalu de ces droits dans ce pays.

La moyenne et basse justice étaient toujours réunies en ce pays, (Cugnet.) Lorsque l'objet en litige excédait 66 sols tournois, le moyen justicier était sans compétence et le cas ne pouvait être que du ressort du haut justicier. L'Intendant était juge souverain en matière de Fiefs.

La Maréchaussée fut introduite en Canada, l'an 1677.

Le Prévôt des Maréchaux est un juge d'épée préposé pour veiller à la sûreté des grands chemins, et sur la conduite des gens de guerre. On peut rapporter aux Romains la première institution de ces officiers, puisqu'ils eurent des milices destinées à battre la campagne, et dont les chefs étaient appelés *latrunculatores*.

Les maréchaux de France ayant reçu les mêmes pouvoirs, avec en outre, la juridiction, cette juridiction, attachée à leur charge, fut exercée sous eux par un Prévôt.

Ces juges d'épée, qui avaient ordinairement des assesseurs pour conseil, et même des lieutenans, devaient punir les excès des gens de guerre même dans les villes et battre la campagne avec leurs archers pour prévenir tout désordre, comme il leur est ordonné par les Ordonnances d'Orléans, de Moulins et de Blois. Ils étaient conseillers du Roi et avaient séance dans les Présidiaux après le Lieutenant criminel et voix délibérative aux procès de leur ressort.

Comme il n'y avait point en Canada de sièges Présidiaux, le premier Prévôt voulut entrer à la Prévôté. L'Édit de 1679 porte " que pour régler la contestation arrivée entre la Prévôté de Québec et le Prévôt de ses cousins les maréchaux de France, pour savoir où seraient jugés les cas Prévôtiaux, ils seraient jugés provisoirement au Conseil, et que le Prévôt aurait séance et voix délibérative après les conseillers dans les affaires concernant les dits cas," en sorte que l'issue de la contestation tourna à l'honneur de cette charge en Canada. Elle dépassa l'époque de la conquête.

On introduisit encore la Voierie, institution entièrement modélée sur celle des étites à Rome. Le Grand Voyer ou Intendant des voies publiques, donnait les alignemens et faisait retrancher les saillies, de manière à ce qu'une rue entière ne parût que comme un seul édifice selon le précepte de Platon : *ut tota urbs sit unus murus æqualitate et similitudine*. Il n'était point permis de bâtir en bois dans les villes ; les maisons menaçant ruine étaient démolies. Le Grand Voyer avait une sorte de juridiction sur les habitans pour les travaux de

ponts et des chemins; seulement ses procès-verbaux étaient sujets à homologation. Cette institution a aussi subsisté après la conquête. (\*)

Il ne fut point établi de juridiction consulaire, malgré les suggestions de Talon, mais Cugnet nous apprend que l'Intendant faisait les fonctions de juge et Consul des marchands.

La dernière juridiction établie en Canada fut l'Amirauté de Québec, érigée par Lettres Patentes du 12 Janvier 1717, pour connaître des cas maritimes suivant l'Ordonnance de 1681, avec appel au Conseil Supérieur. Elle connaissait de tout ce qui concerne la construction, équipement, chargement et armement des navires, de l'engagement des matelots, des contrats concernant les assurances et commerce de mer, et généralement de tout ce qui regarde la marine, et même des crimes commis sur mer.

L'évêque avait aussi son tribunal ou officialité. On appelle Official un ecclésiastique qui tient la place de l'Evêque, et qui exerce la juridiction Ordinaire au for externe.

Outre les causes purement spirituelles, entre ecclésiastiques ou quand le défendeur l'était, il connaissait encore entre laïcs de quatre genres de causes,—des dîmes au pétoire, du mariage quant à sa validité, de l'hérésie et de la simonie.

Le Conseil Supérieur contesta tout d'abord à l'évêque sa juridiction, mais il la reconnut ensuite, comme le comportent les lettres de relief d'abus, émanées en 1713 et en 1750, recevant les appelants de sentences rendues en la dite officialité.

Il ne fut point établi en ce pays de juridiction spéciale de Chancellerie, qu'exerçait partiellement le Conseil Supérieur.

Il y avait un Grand-Maitre des Eaux et Forêts. La Jurisdiction des eaux et forêts est préposée à la police de la pêche, de la chasse et des bois. Les Grands Maitres ont sous eux des maitres particuliers et des Grayers, ou juges inférieurs pour connaître des délits

---

(\*) Je ne trouve qu'une fois le Grand-Voyer dans l'histoire de France; le marquis de Rosny est nommé à cette charge en 1593.

moindres et en première instance dans l'étendue de leur grurie. Il ne paraît pas au reste que la juridiction des Eaux et Forêts ait été organisée dans la Nouvelle-France, à proprement parler.

Le Canada n'avait tenu aucun compte de l'Ordonnance de 1667 ou Code Civil, en conséquence de ce qu'il n'y avait dans le pays ni avocats, ni procureurs, et de ce que l'Edit de création du Conseil Supérieur portait que les juges de première instance devaient vider les procès qui avaient lieu entre particuliers sans longueurs de procédures " le désir de S. M. étant d'ôter autant qu'il se pourra toute chicane de la Nouvelle-France."

Mais en 1678, Louis XIV ayant mandé, par ses instructions à l'Intendant Duchesneau, que le Code Civil fût enregistré au Conseil, lui permit de faire comme le pratiquaient les Parlemens, des remontrances sur les changemens à faire pour le pays. Le Conseil fit donc examiner l'Ordonnance par les conseillers de Villeray et de Peiras, puis dressa un Procès-Verbal dans lequel il s'excusait d'exécuter le titre quatrième des Présentations, toutes les parties de l'Ordonnance qui regardent les avocats et procureurs, n'y en ayant point dans le pays et *n'étant pas expédient d'y en créer* ; presque tout ce qui regarde les délais, dans l'onzième titre, et ce qui a trait à la Chancellerie ; le titre quinzième concernant les bénéfices, *n'y en ayant point dans le pays*, le titre seizième sur la procédure devant les juges et consuls des marchands, les titres 30 et 31 sur les dépens et dommages et intérêts.

Par Edit de 1679 pour l'exécution de l'Ordonnance, Louis donna force de loi au Procès-Verbal du Conseil; mais il voulait que ce qui regarde les dépens et dommages et intérêts fût observé. Il voulut aussi, malgré la représentation, que le titre quinzième fut exécuté le cas échéant. Ce qu'il y a d'important à observer quant aux parties du Procès-Verbal qui deviennent loi, c'est qu'il n'y eut jamais, en conséquence, de Greffe des Présentations pour interjetter appel, mais qu'on faisait une requête au Conseil, qui se maintint dans les attributs de la Chancellerie d'accorder des Lettres de bénéfice d'inventaire et de bénéfice d'âge, d'émancipation, de

restitution en entier, de Tutelles et Curatelles, de relief d'abus.

Il n'y eut jamais d'avocats dans la colonie, mais on voit par les extraits de Cugnet, qu'on finit par avoir des procureurs.

Par une ordonnance de 1721 et une Déclaration de 1743, le Roi voulut que toutes les tutelles fussent datives en Canada, à l'exclusion de la testamentaire, et jusque à un certain point, de la légitime, qui devint sujette à confirmation ou provision en justice. Les Intendants, pour éviter aux Canadiens de longs voyages, commettaient souvent les notaires et même les curés, pour faire élection de tuteurs et curateurs, à défaut de juges seigneuriaux, devant qui se faisaient les baux judiciaires des biens des mineurs.

On convient que la garde noble et bourgeoise n'a point lieu en Canada, mais elle a eu lieu dans les commencemens, et surtout sous les Cent Associés. On le voit par l'exemple du gouverneur de Lauzon, qui est désigné gardien-noble des enfans mineurs du Grand Sénéchal Jean de Lauzon, seigneur de la Citière. Le droit de garde est en effet une suite du droit des fiefs, du moins depuis qu'ils étaient devenus héréditaires, et que les seigneurs voulurent se réserver la jouissance des héritages durant la minorité de leur vassaux. Le droit de garde s'étendit dans la suite aux biens roturiers.

La garde noble et bourgeoise diffère de la tutelle en ce qu'elle ne durait que jusque à vingt ans pour les mâles et quinze ans pour les filles, et que les gardiens ne pouvaient en général tenter les actions des mineurs, qu'il fallait pourvoir de tuteurs à cet effet. Le gardien pouvait être nommé tuteur, mais le tuteur ne pouvait régulièrement devenir gardien.

L'incurie des notaires ayant eu de fâcheux résultats, une Déclaration de 1717, obligea les notaires tant fiscaux que royaux de lier ensemble et par ordre chronologique toutes leurs minutes, et les assujettit à la visite annuelle de leur greffe par le Procureur-Royal ou le Procureur-Fiscal, réglant de plus, qu'après la mort du notaire, le Juge royal ou fiscal ferait inventaire du greffe et le ferait transporter à celui de la juridiction. Une nouvelle Déclaration de 1733 prescrivit les formalités

à observer dans la passation des actes, et voulut que, dans les actes translatifs de propriété, les notaires mentionnassent la nature des biens et les devoirs et redevances dont ils seraient chargés, et qu'en général ils observassent les formalités prescrites par les ordonnances du royaume, qui, ajoute Cugnet, se trouvent dans la Science des Notaires de Férière.

Sous les Français, les notaires s'acquirent une grande importance, car n'y ayant dans le pays ni avocats, ni d'abord de procureurs, ils ne faisaient pas seulement qu'instrumenter comme notaires, mais ils conduisaient souvent les procédures, soulageaient les juges comme praticiens, et faisaient élections de tuteurs en vertu de commissions spéciales des Intendants, là où il ne se trouvait point de juge fiscal. Les missionnaires recevaient aussi au besoin les mêmes pouvoirs, et les Intendants les déclarèrent capables de recevoir les testamens selon que la Coutume de Paris le permet aux curés et vicaires.

Plusieurs édits qui s'étaient succédé jusqu'à 1743, nous engageant à expliquer ici l'origine des lois concernant les gens de main-morte.

La main-morte signifie en général, les corps et compagnies ecclésiastiques, les corps de villes, bourgs ou villages, les collèges, les hôpitaux, et enfin toutes les communautés tant laïques qu'ecclésiastiques qui sont perpétuelles, et qui, par une subrogation de personnes, étant censées être toujours les mêmes, ne produisent aucune mutation par mort. (\*)

La loi restreint chez elles la faculté d'acquérir, et on appelle amortissement le droit limité de posséder des héritages, que le gouvernement leur accorde de temps à autre.

En 1703, il avait été émané un Edit Royal par lequel il était défendu aux communautés religieuses d'acquérir des biens-fonds au delà d'une certaine valeur :

---

[\*] Gens de main morte, sont les communautés religieuses, confréries, municipalités et corps de métiers, et non les corporations civiles modernes établies pour des objets de commerce et de trafic, telles que les compagnies à fonds communs, pour le fait de banque, manufactures, chemins à rails. *Jugement de la Cour Supérieure, du 23 Novembre 1857.*

par un Edit subséquent toute acquisition de ce genre fut interdite aux gens de main-morte, à moins qu'ils n'en eussent préalablement demandé et obtenu la permission par écrit. Enfin en 1743, il fut émané un nouvel Edit, prohibant strictement tout achat, mutation et aliénation en main morte sans une autorisation du Roi ou de la Justice.

Par ces lois, le droit d'amortissement général que les Jésuites et d'autres corps religieux avaient par leurs titres de concessions fut violé.

Un ordre du Conseil Supérieur de la même année défend aux curés ou missionnaires de marier les mineurs sans le consentement des parents ou tuteurs, et leur enjoint de se conformer en tout aux règles canoniques concernant la publication des bans de mariage.

Dès 1715, il avait arrêté que les ecclésiastiques devaient se conformer strictement à l'Ordonnance de 1667, titre concernant les faits qui gisent en preuve vocale et littérale, en tenant des registres en règle des baptêmes, mariages, sépultures, ordinations et vœtures.

Il y avait encore été réglé qu'en ce pays, la dime ne se percevait qu'au vingt-sixième au lieu du dixième.

En 1744, Louis XV qui, persuadé à juste titre que les lois et ordonnances du royaume n'étaient pas toutes convenables aux colonies, avait déjà fait connaître ses intentions, écrivit de nouveau de son camp devant Fribourg, au Gouverneur et à l'Intendant, un ordre portant qu'il entendait qu'à l'avenir les Ordonnances et Edits Royaux auxquels il voulait que ces sujets canadiens obéissent, fussent enrégistrés au Conseil Supérieur de Québec, et que conséquemment, aucuns Edits, Arrêts, Déclarations ou Lettres Patentes ne fussent enrégistrés sans un ordre exprès de sa part, signifié par le ministre de la marine et des colonies.

Conformément aux ordres précédens du Roi, l'Intendant Hocquart avait déjà publié une Ordonnance réglant qu'il serait tenu un registre particulier pour l'enrégistrement des Edits et Ordonnances du Roi et des Arrêts du Conseil d'Etat; et un Arrêt du Conseil Su-

périeur de 1746, porte qu'on s'en conformera à la Lettre de Sa Majesté. On doit en effet tenir que depuis ce temps, il n'y a que les Ordonnances, Edits et Arrêts enrégistrés qui aient force de loi en Canada ; et il est douteux qu'on soit en droit de reporter cet ordre de chose jusque à l'Edit de création, en 1663. Le Conseil aurait pu peut-être être assimilé au Parlemens de France pour le prétendre ; on pourra dire même que le monarque le traita de même au sujet de l'Ordonnance de 1667 ; mais le fait est qu'on ne chercha point dans le pays à se prévaloir d'un tel privilège. Le Code Marchand ou Ordonnance de 1673, quoique non enrégistré, était observé comme le prouvent les Extraits de Perrault sur la Jurisprudence de la Prévôté et du Conseil ; et dans l'extrait des Messieurs, Cugnet et ses collaborateurs citent comme lois du pays, les Ordonnances des Donations, des Testateurs et des Substitutions, qui ne sont pas observées aujourd'hui, parce qu'on a argumenté *ex post facto* d'après ce qui aurait pu être plutôt que d'après ce qui avait été. (\*)

Une Déclaration qui n'était que temporaire, pour la France, a été observée jusque à la conquête. C'est celle de 1681 qui, pour procurer l'abondance dans les Provinces, fait très expresse défenses et inhibitions aux créanciers des communautés et des particuliers, de saisir les bestiaux de leurs débiteurs, et à tous sergens de faire aucune exécution sur les dits bestiaux. On devait, autant que possible, encourager la culture de la terre dans un pays nouveau.

### III.—Suite de l'Ordre Public.

Raynal nous dit dans son Histoire Philosophique des Etablissements des Européens dans les deux Indes, que les Français n'établirent en Canada qu'un gouvernement militaire ; mais c'est là comme le remarquent des

---

[\*] 1744.—An important change was made in the laws of Canada, by which such only of the laws of France as should be enrégistréd, in the books of the Superior Council, by His Majesty's direction, should have force in the colony.—*Montreal Almanack and Lower Canada Register*, Robert Armour, 1831.

terrivains mêmes anglais, tel que Marriot, une des généralisations trop hâtées de cet historien plus éloquent qu'exact, — plus déclamateur que narrateur.

Comment un pays régi par la Coutume de Paris et le Code, administré par le Conseil Supérieur et la Justice Royale, a-t-il pu passer pour un pays gouverné militairement ? Sir James Marriot conçoit une très haute idée de l'ordre judiciaire que les Français avaient établi dans la colonie ; et il s'exprime ainsi sur les tribunaux en particulier : *In the French government there was three Royal Courts, one in each District, vested with full powers civil and criminal : each court had its judge and a king's attorney for crown prosecutions. They had two courts in every week, except six weeks vacation in September and October, and a fortnight in Easter, and these courts would even seat on other days in the week if extraordinary business required it. From these courts there lay an appeal to the Supreme Council of the Province which sat every week. The expedition and reasonableness of such an arrangement for the distribution of justice, is infinitely striking.*

S'il y avait eu quelque chose pour compliquer ce système judiciaire, c'eût été la justice des seigneurs. Mais ces tribunaux étaient utiles comme cours de première instance et valaient beaucoup mieux que nos cours de commissaires. Les fiefs de dignité, avec leurs droits de fourches patibulaires, pilier à carcan et pilori, ne conservèrent pas longtems leurs prérogatives, si jamais elles furent exercées.

La moyenne et basse justice ressemblait à ce qu'on appelle en Angleterre, *Court-Baron*.

La démarcation entre les matières de droit privé et les matières féodales était au reste admirablement établie par la juridiction de l'Intendant en matière de fief, exclusive de toute intervention des tribunaux du pays.

Ce dignitaire avait aussi la haute main sur la Police, et il présidait des assemblées des habitans appelées Mercuriales. Les Français avaient introduit dans le la Nouvelle-France une police admirable, comme on peut s'en convaincre par la lecture des anciens réglemens sur cette matière. Dans une espèce de petit code de police publié en 1722, on s'élève, si l'on peut s'ex-

primer ainsi, jusqu'à la philosophie de la police, car il y est dit qu'il y aura tous les ans au Château Saint-Louis, sous la présidence de Monseigneur l'Intendant, une assemblée des notables, pour aviser à l'agrandissement de la colonie.

On voulut si peu donner à ce pays un gouvernement militaire, qu'on empêcha que le gouverneur devint trop puissant par le grand nombre de prérogatives qu'on attacha à la charge d'Intendant, dont le possesseur devint pour un temps, le véritable administrateur de la colonie. Ce ne fut pas seulement un Inspecteur, mais un Juge permanent et souverain, un législateur délégué, — car de son palais émanaient des ordonnances qui étaient quelque chose d'équivalent à des arrêts de règlement. Les Commissaires-Ordonnateurs étaient ses délégués à Montréal, Louisbourg, la Louisiane.

Lorsque le pouvoir de l'Intendant, et par son moyen celui de la Couronne, fut solidement établi, on revint sur l'abaissement dans lequel on avait jeté la charge de Gouverneur, et l'on s'astreignit aux conventions, en associant son nom à celui de l'Intendant dans les Ordonnances. On voit même le marquis de Beauharnais rendre un jugement avec l'Intendant Hocquart ; mais les Ordonnances n'avaient pas moins de vertu, quoiqu'émanées sans le consentement du gouverneur, et ce même magistrat commande de s'y conformer, quand même le nom du gouverneur n'y serait pas apposé.

On s'est donc trompé en disant que le pouvoir judiciaire n'était pas distinct du pouvoir administratif, et qu'en un mot tous les pouvoirs étaient confondus, puisqu'on cite l'Arrêt du Conseil d'Etat de 1684, signé Louis et Colbert, et d'autres dans le même sens, portant que le Gouverneur n'a aucune autorité sur les cas d'amirauté et nulle direction sur les officiers de la justice, — et l'Ordonnance du Conseil qui jette tant de jour sur l'ancienne constitution de la Colonie :

“ Les peuples savent bien depuis longtems que ceux qui ont ici l'autorité du Prince pour les gouverner, ne peuvent, en aucuns cas se traverser dans leurs desseins, et que dans les occasions où ils sont en diversité de sentiment pour les choses qu'ils ordonnent en commun, l'exécution provisoire du projet différemment

conçu, dépend du district dans lequel il doit s'exécuter de sorte que, si le Conseil Supérieur a des vues différentes d'un Gouverneur-Général en chose qui regarde la justice, c'est ce que le Conseil ordonne qui doit avoir son exécution ; et de même, s'il y a diversité de sentiment entre le Gouverneur et l'Intendant sur les choses qui les regardent en commun, les vues du gouverneur prévaudront si ce sont choses purement confiées à ses soins, telle qu'est la guerre et la discipline militaire, hors de laquelle étant défendu au Gouverneur de faire aucune ordonnance telle qu'elle soit, il ne peut jamais faire qu'une ordonnance militaire. Les ordonnances de l'Intendant doivent, de même, s'exécuter par provision, quand ce dont il s'agit est dans l'étendue de ses pouvoirs, qui sont la justice, la police et les finances, sauf à rendre compte au Roi de part et d'autre, chacun en son particulier, des vues différentes qu'ils auront eues à l'effet que le Roi les réforme ou les confirme à son gré, car telle est l'économie du gouvernement du Canada."

S'il fut un tems où le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire furent confondus en Canada, ce ne put être que sous le régime de la Compagnie des Cent Associés.

Les Canadiens se voyant alors exploités par des compagnies à la fois féodales et commerciales, avaient mis leurs espérances de salut dans le système municipal, qui avait rendu la liberté à l'Europe dans l'onzième et douzième siècles. On voit la ville de Québec se donner un Maire et deux Echevins. Mais la Couronne n'eut pas en Canada les mêmes raisons qu'elle avait eues autrefois de caresser à leur berceau ces grandes associations populaires ou corps politiques. Celle qui se formait sur le roc, boulevard de tout le pays qu'arrose le Saint-Laurent, était dirigée contre elle autant que contre les nouveaux seigneurs qu'on donnait au pays dans la Compagnie des Indes Occidentales ; elle ne dut donc pas rencontrer l'appui du gouvernement. Les trois officiers municipaux avaient été admis à prêter serment et entrèrent en fonctions ; mais ils furent bientôt forcés par le Conseil de résigner entre ses mains, et il fut statué " que le pays n'étant encore qu'en très petite considération pour la petitesse de son étendue, en dé-

serts, et nombre de peuples, les habitans se contenteraient d'un syndic." Les Trois-Rivières eurent aussi le leur, mais cela même ne subsista pas longtems. Ce ne fut que deux siècles plus tard et sous une autre domination, que le système municipal put-être implanté en Canada, et ce ne fut pas pour le mieux. Si cette plante populaire avait pu s'acclimater dans les circonstances où le pays se trouvait à cette époque, elle lui aurait été plus salutaire qu'elle ne peut l'être de nos jours,—car le Canada était situé à peu près comme l'Europe aux tems pour lesquels l'illustre Robertson a pu dire avec vérité que " l'institution des villes en communautés, corporations ou corps politiques, et l'octroi à elles fait du privilège de la juridiction municipale, contribua peut-être plus qu'aucune autre cause à introduire en Europe un gouvernement régulier, une bonne police et les arts."

Le comte de Frontenac avait prétendu assembler chez les Jésuites les ordres de la colonie,—le Clergé, la noblesse et le peuple. Colbert lui manda :—" L'assemblée et la division que vous avez faite de tous les habitans du pays en trois ordres ou états, pour leur faire prêter serment de fidélité au Roi, pouvait produire un bon effet dans ce moment-là, mais il est bon que vous observiez que, comme vous devez toujours suivre dans le gouvernement et la conduite de ce pays les formes qui se pratiquent ici, et que nos rois ont estimé du bien de leur service depuis longtems de ne point assembler les Etats-Généraux de leur royaume, pour, peut-être anéantir insensiblement cette forme ancienne, vous ne devez aussi donner que très rarement, ou pour mieux dire jamais, cette forme au corps des habitans du pays, et il faudra même, avec un peu de tems, et lorsque la colonie sera encore plus forte qu'elle n'est, supprimer insensiblement le Syndic, qui présente des requêtes au nom de tous les habitans, étant bon que chacun parle pour soi-même, et que personne ne parle pour tous."

On ne connut point en Canada la distinction qui existait en France entre les bourgeois et les nobles, en tant que ceux-ci étaient exempts des charges de l'état.

Un grand abus, dans l'ancien ordre de choses,—abus

qui n'avait pas lieu en France ; ce fut l'esclavage, car c'est à tort que les hommes les moins en suspicion d'ignorance en ce pays, ont cru jusque à ce que nous eussions affirmé le contraire dans ces conférences et dans la presse, qu'il n'a jamais existé dans le pays. Si à la proposition de l'établir, faite en 1688, le ministre de la marine répondit, comme l'écrivit M. Garneau, qu'il était à craindre que la rigueur du climat ne fit périr les nègres, et que l'acquisition en fût par là même inutile, ce narrateur, au lieu de donner cette missive comme inhibition d'introduire la servitude ici, aurait dû y lire ces mots : *Sa Majesté trouve bon que les habitans du Canada y fassent venir des nègres,* et il aurait ainsi trouvé l'origine de l'esclavage en Canada, qu'il attribue aux Anglais. Trois autres documents démontrent au reste, que la chose ne resta pas à l'état de projet. Ces documents sont :

L'Ordonnance de l'Intendant Raudot, du 15 avril 1709 qui, sous le bon plaisir du Roi, ordonne que tous les Panis et Nègres qui ont été achetés ou qui le seront par la suite, appartiendront en pleine propriété à ceux qui en ont fait ou feront l'acquisition, en qualité d'esclaves.

Celle de Hocquart, du 1er Septembre 1736, qui déclare nul et de nul effet toute affranchissement d'esclaves non fait par acte devant notaires, dont est gardé minute, et en outre enrégistré au greffe de la juridiction royale.

Enfin l'Arrêt du Conseil d'Etat du 5 juillet 1745 qui déclare que les Nègres qui se sauveront des colonies ennemies aux colonies françaises, et leurs effets, appartiendront à Sa Majesté qui n'a pas honte de se dire Très-Chrétienne !

Ces documens constatent même trois phases de l'esclavage en Canada. Le premier légalise ce qui n'était d'abord que toléré ; le second constate, quoiqu'en ait dit feu le commandeur Viger, (qui ne croyait pas que l'esclavage eût existé en fait, mais seulement en droit,) un ordre de choses établi, contre lequel on ne peut aller qu'en se servant des formes les plus solennelles de manumission ; et le troisième est le complément qui conduit le système aux extrêmes.

Les Anglais ne firent d'abord que tolérer par l'article

XLVII de la capitulation du Canada, ce qu'ils trouvèrent établi dans le pays. " Les Nègres et Panis des deux sexes resteront, est-il dit, en leur qualité d'esclaves en la possession des Français et Canadiens à qui ils appartiennent."

Avouons qu'il y avait dans la colonie un autre abus même dans le système judiciaires. " Sous le gouvernement français, dit Cugnet, il ne fallait qu'un décret ou deux pour enrichir un Procureur au préjudice des créanciers. Et sous les Anglais, les décrets ruinaient les débiteurs sans que les créanciers en fussent plus avancés; mais ils enrichissaient le Député Prévôt Maréchal."

Mais nous allons voir, au titre suivant, que si les Anglais conservèrent d'abord le Prévôt Maréchal et lui attribuèrent les ventes par main de justice, ils le remplacèrent plus tard par le shériff.



# DROIT CANADIEN.

## TITRE PREMIER.

### MÉTHODOLOGIE DU DROIT CANADIEN ACTUEL.

Nos lois n'étant arrivées à l'état où nous les voyons aujourd'hui que par degrés et après plusieurs révolutions ou transformations politiques, cette partie servira naturellement de complément de l'histoire de notre droit.

Pour tâcher de pénétrer dans le chaos de cette législation définitive, il nous faut d'abord distinguer ses bases et ses sources.

Les principales bases de notre législation actuelle sont l'Édit de 1663 ; l'ordre du Roi de 1744 relatif à l'enregistrement des Edits, Ordonnances etc., l'acte Impérial de Québec ou de 1774 et l'Acte Impérial des 3e et 4e années de Victoire, qui réunit le Haut et le Bas-Canada en une seule Province avec une seule Législature.

Il est aussi important de mentionner, à tout le moins au point de vue historique, comme bases de nos lois, la proclamation royale de 1763, et l'acte de la 31e Geo. III. Les Capitulations (il faudrait encore moins les passer sous silence,) qui assuraient notre autonomie, n'ont pu être violées que temporairement par la Proclamation Royale.

\* *Un mot encore de la fameuse Proclamation Royale. Un de nos tribunaux n'a-t-il pas décidé, il y a peu d'années, que cette Proclamation n'a jamais introduit en Canada les lois anglaises ?*

*‘Où, mais ce prononcé est surérogatoire et non avenue. car fort heureusement, les tribunaux n'ont point juridiction pour décider les points d'histoire. Raynal au contraire l'a, et voici ce qu'il dit :—“ Ces statuts sont compliqués, obscurs, et multipliés, et ils occasionnent des délais presque interminables et d'énormes frais, outre qu'ils étaient écrits dans une langue qui n'était point familière au peuple conquis. Indépendamment de ces considérations, les Canadiens avaient vécu cent cinquante ans sous un autre régime ; ils y tenaient par la naissance, par l'éducation, par l'habitude, et peut-être par un certain orgueil national. Pouvaient-ils sans un extrême chagrin, voir changer la règle de leurs devoirs, la base de leur fortune ?*

*On lit aussi dans Armour's Almanach pour 1831 :— 1764 : New Courts of Criminal and Civil Jurisdiction were established by the Ordinance of Governor Murray, by which also the laws of England were introduced in conformity to the provisions of the Royal Proclamation of 1763.*

*Accusera-t-on le général Murray, l'ami des Canadiens, qui avait donné aux capitulations, quant à nos anciennes lois, une interprétation que n'espérait pas M. de Vaudreuil lui-même, (\*) d'avoir été au-devant des desirs du Roi ? Il en était incapable, et quant il vit que la mise à effet de la Proclamation surexcitait considérablement les Canadiens, il se hâta d'émaner une nouvelle Ordonnance déclarant qu'on continuerait à suivre les anciennes lois pour tout ce qui concerne les héritages ou biens réels.*

*Tirons aussi une preuve de l'introduction des lois anglaises par la Proclamation, et de ce que le droit criminel anglais, les droits de citoyens datent de là. Ceux qui disent que la Proclamation n'a jamais introduit les lois anglaises sont sous la fausse impression que le droit criminel a été introduit par l'acte de Québec. Et cet acte de Québec, n'eût-il pas inutile de l'émaner, n'eût été pour nous restituer notre ancienne législation ?*

---

(\*) Le général anglais [Amherst] a déclaré que les Canadiens devenaient sujets de Sa Majesté Britannique, et par cette raison, le peuple n'a point été conservé dans la Coutume de Paris.—*Lettre à M. de Bellestre.*

*D'autres preuves encore, car elles abondent. Le fait de l'introduction des lois anglaises par la Proclamation était un fait bien connu, puisque le baron Mazères, en reconnaissant le fait même, prétendait que le Roi n'avait pas agi valablement indépendamment du Parlement. Sir James Marriot, au contraire, ne tenant aucun compte des Capitulations, soutient que le monarque n'a fait qu'user d'un droit inhérent au moment d'une conquête. Et notons bien qu'on affectait de traiter comme nulles en Angleterre les Ordonnances par lesquelles le général Murray avait cru devoir mitiger la Proclamation, en prétendant qu'il avait outrepassé ses pouvoirs, et qu'elles ne contribuèrent pas peu à lui faire perdre le gouvernement du Canada. Enfin, notre ancienne Cour des Plaidoyers Communs, qui était plus près des évènements que la Cour Supérieure, avait pris note de la Déclaration Royale lors de ses démêlés avec le Juge-en-Chef Smith. Toutes ces preuves se trouvent développées dans nos Institutions Historiques Canadiennes.*

Cette Proclamation, redressée par l'acte de Québec, reste néanmoins l'époque de l'Amirauté et des juges-à-mort. L'Acte de la 31e, quoique abrogé par l'acte d'Union, reste toujours l'époque du régime constitutionnel, et a le premier altéré notre ancien droit public.

Nous avons là deux sortes de bases, bases françaises et bases anglaises, et nous aurons aussi deux sortes de sources, sources anglaises et sources françaises, bien que cela ne soit pas une conséquence nécessaire, les sources françaises venant souvent s'appuyer sur une base anglaise, par exemple, l'acte Impérial de Québec, qui demeure la principale base de nos lois.

Commençons ici à parler des sources françaises ou de la partie de notre droit qui en découle qu'on appelle droit privé,—car chacune de ces sources a influencé notre droit privé et notre droit public.

I.—En fait de droit privé tiré des sources françaises, nous sommes encore régis, comme avant la conquête par les Édits et Ordonnances des Rois de France, au moins ceux qui ont été portés avant l'Ordre ou Mandement du Roi de 1744 et qui ont été enrégistrés au Parlement de Paris, pourvu qu'ils soient applicables au pays et qu'ils n'y soient pas en désuétude ou tout

ou en partie. On peut encore étudier avec fruit les Ordonnances mémorables portées durant le seizième siècle, spécialement, et notamment l'Ordonnance de Moulins et l'Edit des Secondes Noces. Quant à la première, ils serait à souhaiter que ce beau monument de législation eût été respecté davantage par nos dernières lois de judicature !

Il est à propos de ne point passer outre sans donner la portée de chaque espèce d'injonction du prince.

Les rois de France ne se servaient point uniformément en législatant des mêmes titres ou des mêmes termes que les empereurs romains et leurs successeurs en Allemagne ; et ils expliquaient leurs volontés par des Ordonnances, des Edits, Déclarations, Lettres Patentes, etc. (\*)

Quoique ces termes paraissent synonymes, il y a néanmoins entre eux, dit un Professeur de l'ancienne Université de Montpellier, quelque différence, car les Edits sont proprement les constitutions que nos Rois font sur quelque objet particulier pour le bien de l'Etat et l'utilité publique, au lieu que les Ordonnances contiennent ordinairement des réglemens notables sur plusieurs matières. Ordonnance, disent aussi Bornier et d'Héricourt, est une loi générale émanée par le souverain en personne, et c'est plutôt un Code de réglemens sur une ou plusieurs branches de Jurisprudence, qu'une loi spéciale et ayant un objet particulier.

Férier est cependant l'auteur qui nous fait mieux saisir la différence qu'il y a entre ces diverses lois.

Les Ordonnances proprement appelées ainsi, dit-il, sont des constitutions générales de nos Rois, faites sur les remontrances des magistrats; tel le Code Civil, le Code Marchand.

Les Edits sont des constitutions de nos Rois faites de leur propre mouvement.

Quant aux Lettres-Patentes, ce sont, dit Claude Ser-

---

(\*) Sous les empereurs, nous voyons les Edits, Constitutions, Diplômes et Lettres Patentes, rescripts, etc. — Voir le titre des *Principes Généraux du Droit Public et Privé*.

*Institu-  
tions du  
Droit  
Français.* res, \* des diminutifs d'Edits, donnés quelquefois sur des objets généraux, mais elles ne regardent le plus souvent que les corps ou communautés, ou les particuliers que le Prince entend favoriser.

Les Déclarations sont émanées pour l'exécution, explication et correction des Ordonnances et Edits antécédens.

Comme terme générique, on comprend sous le nom d'*Ordonnances Royaux*, toutes injonctions du Souverain à ses sujets, soit qu'il les fasse en personne, ce qui n'exclut pas les Edits, Déclarations et même les Arrêts du Conseil d'Etat, soit qu'elles émanent en vertu de son autorité dont il a délégué ou communiqué une partie, comme les réglemens des Cours Souveraines, de nos anciens Intendans de Justice etc.

L'Edit de 1663 veut que l'on procède en Canada selon ce qui se pratique dans le ressort du Parlement de Paris; ou plus proprement, dit le Juge Charles Mondelet, dans une lecture publique, dans la Prévôté et Vicomté de Paris. Mais il y a lieu de douter que ce correctif soit juste; le Roi pouvait-il n'avoir en pensée que la Coutume de Paris et mentionner le ressort du Parlement de Paris, dans lequel il y avait non seulement plus d'une coutume, mais même des pays de droit écrit, tels que le Lyonnais, le Beaujolais, le Forez et partie de l'Auvergne? Il vaut donc mieux dire, qu'en vertu de l'Edit de 1663, (et on le met en effet en principe,) la Jurisprudence du Parlement de Paris est une partie de notre système de lois, autant qu'on y adhère encore, car avec le temps, la justice souveraine du pays, eut sa jurisprudence, et sous les Anglais les tribunaux ont été réorganisés plusieurs fois, et ils ont en vertu d'un acte du Parlement, le droit de faire au moins des Règles de Pratique.

On a été quelquefois plus loin encore, en prétendant que la Jurisprudence Générale de l'ancienne monarchie française est une partie de nos lois. Ce serait là, il faut l'avouer, une loi fort difficile à observer, car comment saisir la Jurisprudence Générale du royaume de France en passant par treize Parlemens, quant, au sein de la Constituante, Garat aîné ne pouvait constater celle même d'une province, parce que des légistes

d'un même Parlement, celui de Rouen, ne s'entendaient point dans un comité sur la Jurisprudence qui y avait cours sur un point donné?—C'est donc bien assez, si nous admettons la Jurisprudence du Parlement de Paris, pourvu encore qu'on ne néglige point celle du Conseil Supérieur de Québec. " Plus d'un arrêt ou décision des anciens tribunaux français du pays sont cités dans nos présentes cours de justice comme une partie de notre système de lois," dit encore le Juge Charles Mondelet.

Les Rois avaient communiqué une partie de leur autorité aux Jurisdictions Souveraines, qui étaient à peu près, en fait, d'autorité judiciaire, ce qu'était le Sénat chez les Romains. Les Jugemens de ces Cours Supérieures formaient ce qu'on a appelé la Jurisprudence des Arrêts, lorsque, suivant la loi 38<sup>e</sup> de *legibus*, au Code, il y avait plusieurs décisions conformes sur une même matière.

Il ne faut donc pas confondre Jurisprudence avec chose jugée, qui git en un seul jugement sans appel ou dont l'appel est périmé, et qui n'a force qu'entre les collitigans et leurs ayans cause, tandis qu'il est passé en maxime que la Jurisprudence des arrêts est une règle pour tout le monde. (\*)

Au reste, disons avec le Président Le Camus:—En général les Arrêts n'ayant pas pour objet de décider un point de droit isolé, mais de prononcer ce qui doit avoir lieu dans certaines circonstances particulières, sont susceptibles de variations infinies. On ne devrait jamais citer que des arrêts de réglemens (†) (genre

(\*) On ne peut pas dire proprement que les tribunaux de première instance, ou même qui ne sont pas de dernière instance, aient une jurisprudence; et puisqu'il y a appel de nos tribunaux supérieurs au Conseil Privé d'Angleterre, le Canada ne saurait avoir de jurisprudence; sous ce rapport le Conseil Supérieur de Québec était une institution inappréciable.

(†) On appelait Arrêts de Réglemens les décisions que les Cours Souveraines faisaient pour être observées comme lois dans l'étendue de leur ressort, sous le bon plaisir du Roi, comme étant à cet égard, les dépositaires de son autorité. [*Fériers.*] La marque qu'un arrêt était de cette nature, c'était quand il était dit qu'il servirait de réglement et qu'il serait publié à cet effet. Tel est l'Arrêt du Conseil Supérieur de Québec qui fixe le taux de la dime; telles sont certaines Ordonnances de nos Intendans.

qui comprend nos règles de pratique.) En alléguer d'autres simplement comme des exemples et des préjugés, c'est un abus que les gens censés devraient bannir, parce qu'un exemple ne saurait être concluant qu'autant que les circonstances sont entièrement les mêmes; or, en supposant la possibilité de cette similitude parfaite, il reste à l'établir, ce qui est ordinairement une chose impossible. Mais le mauvais usage de citer des arrêts subsistera longtems à cause de la facilité qu'il donne d'étayer par des exemples bien ou mal rapportés, des systèmes contraires aux principes.

“ Et puis, \* on fait imprimer des arrêts pour servir de loi; chose, comme dit le Droit (\*) très pernicieuse de juger à l'exemple d'autrui; car pour la moindre circonstance du lieu, du tems, des personnes, du fait proposé, il est nécessaire de varier et diversifier les jugemens et arrêts. Or, il est impossible d'en faire loi.”

\* Bodin  
*République*

Pendant toute la science des légistes d'Angleterre ne consiste déjà plus que dans la fouille des précédens, et ce tâtonnement ne s'introduit que trop en Canada.

Les Juges, dit encore M. Dupin, \* doivent prononcer suivant les lois et non suivant les espèces particulières. On ne doit faire servir l'exemple qu'à l'intelligence des règles puisées dans les sources de la législation; on doit s'arrêter aussitôt que ces règles sont suffisamment éclaircies. Depuis qu'il y a des jurisconsultes, on n'a jamais vu se présenter deux espèces parfaitement semblables, tant les espèces sont infinies.

\* *Manuel  
de l'Etudiant en  
Droit.*

Ce qu'on appelle dans nos cours de Justice le nouveau droit, le Code, les opinions des auteurs qui ont écrit sous l'empire du nouveau droit en France, n'a réellement ou en principe, aucune autorité en Canada, quoiqu'on en fasse un usage immodéré dans notre forum. Mais c'est que le Code, et ses commentaires encore plus, sont aujourd'hui, (bien qu'on réimprime en France Domat et Pothier) le véritable Eldorado de la Jurisprudence, et l'on s'y jette sans précaution, attirés

---

\* *Nemo iudex de sententiis et interlocutionibus*, dit le Droit Romain.

par la lucidité et la beauté des écrits. En effet, la France a eu dans les derniers tems des légistes vraiment séduisants, tels que Merlin, Toullier, Troplong et Duvergier, et d'une science bien différente de celle des auteurs qui ont écrit sous l'ancien droit. N'ayant plus devant eux un cahos de coutumes gothiques, ils ont pu prendre leur essor. Leur savoir a sa source dans la plus haute philosophie et dans la plus exacte métaphysique, sa base dans la connaissance du cœur humain, et son utilité, dans l'application des maximes à des cas pratiques, ce qui est la perfection chez le jurisconsulte, selon Heineccius. Ce savoir prend encore un ton et un style que des esprits du premier ordre pouvaient seuls répandre sur la législation. Telles sont les nouvelles sources qui viennent encore compliquer notre Jurisprudence et surprendre nos magistrats.

On ne saurait donner la même exclusion théorique au droit romain, qui a une autorité supplétoire, à raison de ce qu'il se rapproche du droit naturel : *dum regula scripta deest, sufficit ejus fidem firmare ex ipsa naturali justitia*. "Nous n'alléguons les lois des Romains, dit Coquille, sinon pour la raison qui y est, en tant que la nation romaine, brave, généreuse, amatrice de la société humaine, de grand sens et jugement, a constitué certaines lois propres pour la conservation d'icelle société humaine ; et quand nos lois particulières nous défont, nous avons recours aux Romains, non pas pour nous obliger précisément, mais parce que nous connaissons qu'elles sont fondées en toute raison. Feu M. le président de Thou, quand il parlait du droit civil des Romains, il l'appelait la raison écrite ?

Comment se fait-il donc que le droit napoléonien qui ne fait point partie de nos lois, est d'un si grand usage au barreau, tandis que le droit romain qui en fait partie, est tout-à-fait négligé. C'est que depuis Cugnet, qui conservait les traditions de l'École de Droit de l'ancien Procureur-Général, des légistes canadiens ont perdu le secret des études fondamentales de la jurisprudence. (\*)

---

\* Il y a sans doute d'honorables exceptions; nous citerons feu le Juge-en-Chef O'Sullivan, Mr. Hugh Taylor.

Voyons maintenant ce qui nous reste du droit public français : nous verrons en même tems ce que nous avons du droit public anglais, et nous finirons par voir quelles parties de son droit privé la Grande-Bretagne nous a données.

II.—Quoique l'esclavage, la féodalité, la voierie aient subsisté après la conquête, et que nous conservions encore nos lois de mariage, (\*) les usages de nos paroisses, les tutelles et curatelles, la conquête opéra de plein droit des altérations organiques dans notre droit public. Cependant, sans paraître renoncer aux prérogatives qu'il pouvait acquérir en Canada comme roi d'Angleterre, George III parut se considérer, conformément à la teneur et aux termes du traité de Versailles, comme subrogé à tous les droits et prérogatives des rois de France. Il se maintint ainsi longtems dans le droit de taxer la colonie, sous prétexte que les droits fiscaux de la couronne de France lui étaient accrus, et ce n'est qu'en 1774, qu'il fit abandon au Parlement de ce droit.

Par sa Proclamation de 1763, il avait établi en Canada la législation d'Angleterre, y compris le jury et l'*habeas corpus*. Cette Proclamation qu'on n'avait mise à effet qu'en partie, à cause de l'opposition du pays, fut abrogée par l'acte de Québec ou de 1774, qui nous laisse ou nous restitue nos anciennes lois, us et coutumes, mais continue le droit et le jury criminel, et veut que l'on puisse tester suivant les lois et les formes anglaises. L'Amirauté et les juges à paix furent aussi conservés de fait.

Le jury en matière civile, et aussi selon l'opinion du temps, l'*habeas corpus*, se trouvèrent abolis *ipso facto* par l'acte de Québec, mais ils furent établis par des ordonnances du Conseil Législatif de la Province de Québec qui avant la constitution de 1791, était la législature propre du pays. L'*habeas corpus* le fut par l'Ordonnance de 1784, et le jury civil par celle de 1785.

L'*habeas corpus* est sans doute imité du mandat prétorien *de homine libero exhibendo*.

---

† Voir les considérans du juge Aylwin dans la cause de Languedoc vs Laviolette.

L'Ordonnance du Conseil, qui ne regarde que le criminel, (\*) sans contenir exactement les mêmes dispositions que le statut de la 31e Charles II, et bien qu'obscur et mal rédigée, offre des garanties à peu près suffisantes contre les emprisonnemens injustes. Toute personne emprisonnée pour une offense moindre qu'un crime emportant peine capitale, a droit d'obtenir d'un juge prenant connaissance de cause criminelles, un ordre d'*habeas corpus*, c'est-à-dire un mandat au moyen duquel le juge ordonne aux personnes chargées du soin de sa détention, de lui amener le prisonnier, ce qu'elles doivent faire sans délai. Il pèse alors le cas dont il s'agit, et si le crime dont le prisonnier est accusé n'est point un crime capital, il le met en liberté, en lui faisant fournir, cependant une ou plusieurs cautions, (\*) qui répondent avec lui de sa comparution au plus prochain terme.

Il était régulier que l'examen se fit *in curia*, afin d'éviter la collusion, mais à présent, le bref s'accorde même en vacance.

Le bénéfice de l'*habeas corpus* a pris de l'expansion en conséquence de ce qu'il n'y a plus dans le code pénal anglais cette multitude d'offenses capitales qu'on y voyait lorsque l'Ordonnance fut portée.

Il est aussi à remarquer que de nos jours, nos juges cumulent presque invariablement la juridiction civile et la juridiction criminelle.

En résultat du privilège accordé à chaque juge individuellement, il est arrivé, dans le cas de Janowitz, qu'un bref d'*habeas corpus* refusé par une cour supérieure complète, a été ensuite accordé par un seul juge.

Le Procureur-Général Cartier a voulu remédier à une si étrange anomalie en créant des instances *d'essai*. si l'on peut s'exprimer ainsi, devant un juge quelconque, et d'appel devant le Banc à l'audience.

Dans le cas plus récent d'Anderson, les tribunaux d'Angleterre ont prétendu conserver le droit d'émaner

---

† Jugé le 28 Mars 1858, qu'un bref d'*habeas corpus* ne sera pas accordé dans le cas de détention pour cause civile.

† Il paraît que deux cautions sont aujourd'hui exigées.

des brefs d'*habeas corpus* pour le Canada concurrentement avec nos propres tribunaux. On ne saurait dire si cette prétention aurait été mise à effet si, tandis que l'officier de justice anglais traversait la mer, la Cour des Plaidoyers Communs du Haut-Canada n'avait accordé le bref qui avait été d'abord refusé.

On peut se demander si le statut de Charles II est en force en Canada, d'autant plus que cette question s'est présentée durant nos troubles politiques. Le Conseil Spécial avait bien cru faire face à toute difficulté en suspendant l'ordonnance de 1784. On prétendit au contraire que le Statut de Charles II était loi du sol, et que comme le Statut Impérial qui constitue le Conseil Spécial lui refuse le pouvoir d'abroger aucun statut impérial, cette législature déléguée, en suspendant l'ordonnance, n'avait pu toucher au statut de Charles II. Leur prétention trouva faveur devant les juges Panet et Bédard à Québec, et devant le juge Vallières de St. Réal aux Trois-Rivières. Mais le juge Rolland décida autrement à Montréal, et il faut avouer que la présomption lui est favorable, car premièrement, le statut de Charles II, n'avait jamais été fait pour le Canada, et l'opinion générale avait été en 1774, que le privilège d'*habeas corpus* cessait *ipso facto*, tellement que les colons anglais se plaignaient de ce que l'acte de Québec nous reportait au tems des lettres de cachet. Cette croyance, les officiers de la Couronne en Angleterre, la corroborèrent en conseillant d'émaner une ordonnance provinciale. Aurait-il été nécessaire en effet de le faire si l'*habeas corpus* eût continué à être la loi du pays. On opposait bien au juge Rolland que par cela même que l'acte de Québec continuait en Canada le droit criminel anglais de l'époque, le Statut de Charles II y était compris; mais ce magistrat répliquait que le privilège d'*habeas corpus* est plutôt de droit public que de droit criminel ou civil, mais qu'il appartient autant au civil qu'au criminel, puisque en Angleterre il y a, au civil, l'*habeas corpus ad respondendum, ad satisfaciendum*. Il restait encore un moyen, un acte provincial de 1812 permet d'accorder certains brefs d'après le statut de Charles II; cela impliquait donc que le statut était loi du pays; mais on fournissait au magistrat l'occasion d'une rétorsion. L'Ordonnance,

disait-on, n'avait pas introduit comme un droit nouveau l'*habeas corpus*, puisqu'on n'y trouve point les termes dont on doit faire usage quant on veut statuer. Le juge disait à son tour que l'acte de 1812 ne statuait pas non plus que le statut de Charles II est loi en Canada, mais qu'il ne fesait que le supposer, et que sa supposition était erronée en tant qu'opposée à l'opinion qui avait prévalu et en Canada et en Angleterre en 1774. Il faut avouer que les paroles ambiguës de M. Pitt, en présentant l'acte constitutionnel, ne sont rien moins qu'une concordance de ces raisons contradictoires:—“La loi d'*habeas corpus* a déjà été *introduite* par une ordonnance provinciale; cette loi qui consacre un droit précieux, sera *maintenue comme partie fondamentale de la constitution*.” Peut-on tirer du discours d'un ministre les prémisses d'une argumentation? et si on le peut, pouvait-on conclure de ses paroles, qui n'ont jamais été citées au reste dans les tribunaux, que si l'ordonnance provinciale venait à être abrogée, le privilège ne cesserait pas pour cela, mais que le statut de Charles II deviendrait alors en force *ipso facto*!... et que, si la dite ordonnance venait à être suspendue, le statut impérial serait loi dans l'intervalle?—C'est ce que nous laissons indécis.

L'Ordonnance de 1785 fit revivre le jury en matière civile. Cette loi déclare que le procès par jury pourra avoir lieu non-seulement au criminel, mais aussi en matière de délit et quasi-délit, dans les causes où la demande consiste en dommages et intérêts, et enfin en matière commerciale à l'option de l'une ou l'autre partie qui veut s'en rapporter au jugement du pays. Mais le *bill* de judicature Cartier exige que le montant en litige s'élève à cinquante louis.

Il est à propos de dire ici quelques mots de l'origine du jury. On en fait ordinairement une institution du Nord; mais le docteur Pottingall, écrivain anglais, fait voir une ressemblance frappante entre les *dikastai* des Grecs, les *judices selecti* des Romains et les jurés anglais. Comme le shériff, le Prêtreur faisait une liste sur laquelle on prenait un nombre voulu de juges par ballot. Ces juges pouvaient être récusés, et s'ils l'étaient, on formait précisément ce qu'on appelle *Tales*, c'est-à-

dire qu'on remplissait les places vacantes par un nouveau tirage.

Quoi qu'il en soit, le procès par jury en Angleterre, est d'un usage immémorial. Il était en usage du temps des Saxons, ne fut pas tout-à-fait aboli par les Normands et fut confirmé par la Grande Charte. Polydore Virgile l'attribue à tort aux Normands. Sir Edward Coke, Spelman, Camden et Dunscombe le trouvent dans les lois d'Ethelred, chapitre IV, et dans celles d'Edouard le Confesseur, chapitre XXXVIII.

“ Les caractères principaux du jury anglais, dit M. Chauffour, professeur suppléant à la faculté de Strasbourg, sont bien connus. Douze citoyens, membres d'un comté ou d'une ville prononcent en présence de leurs concitoyens sur le droit contesté ou violé. Ils ne sont constitués juges que d'une affaire spéciale. Ils ne peuvent juger qu'autant que les parties ne les ont pas repoussés, et il faut que la décision soit prise à l'unanimité (*au criminel*, du moins dans le Bas-Canada.) L'application du droit leur est généralement étrangère : elle appartient à un magistrat permanent nommé par le gouvernement. Joignez à cela que, dans ces limites, leur sentence est inattaquable, que nul ne peut leur en demander les motifs, ni les en rendre responsables à moins de prévarication prouvée. Ajoutez, quant au jury criminel, qu'il ne peut intervenir avant qu'un autre jury ait décidé s'il y a lieu à accusation, et que l'arrêt est sans appel.”

Il ajoute avec raison que le jury anglais ne s'est pas trouvé constitué au premier jour tel qu'il existe aujourd'hui. Il voit sous Ethelred l'origine du grand jury ou jury d'accusation dans les douze chevaliers du comté, qui doivent jurer sur les reliques de dénoncer tous les crimes. Il ne trouve plus le jury criminel sous les Normands, et ne voit qu'une ombre du jury civil en matière de contestation de la propriété des immeubles, de redevances etc., dans lesquels cas on pouvait se soumettre au jugement arbitral de douze juges qui devaient connaître le point en litige. Quand au jury criminel, le Saint-Siège ayant, sous la minorité de Henri III, condamné les ordalies ou jugemens de Dieu par le feu et l'eau bouillante etc., la procédure crimi-

nelle anglaise se trouva dénuée de tous ses moyens de preuve, et on revint au procès par jury. On statua que les incriminés seraient soumis au jugement de douze jurés de leur *centaine*. (\*) Edouard Ier décida que le jury d'accusation ne pourrait point porter lui-même le verdict, et attribua la désignation des jurés au Shériff. Il suffisait alors de la majorité pour décider; mais Edouard III, exigea l'unanimité. Il exigea de plus que le jury ne fût plus pris dans la centaine seulement mais dans toute l'étendue du comté. Insensiblement, les débats devant le jury ont pris une forme régulière; on leur a soumis les moyens de preuve, consistant soit dans les actes, soit dans les déclarations des accusés et des témoins, communiqués d'abord par les écrit, et plus tard faites en présence du jury même. (\*) On s'est départi d'un point autrefois essentiel, la désignation pour une affaire unique, et depuis George II, un même jury a pu juger toutes les causes paraissant dans un même terme. L'opinion dominante depuis des siècles a été que le jury juge le fait, tandis que la décision de la question de droit est laissée au juge royal. Cependant, par l'acte de la 32<sup>me</sup> George III, chap. 60, ou *bill* de M. Fox, sur le jury en matière de presse, le jury ne décide pas seulement si l'écrit incriminé émane de l'accusé, mais aussi s'il constitue un libelle.

Quant au mérite de l'institution du jury, les nations qui la copient de nos jours ne réfléchissent pas que ce qui pouvait être un grand progrès après le régime des ordalies et dans un temps de pénurie de la preuve littéraire, pourrait bien n'être aujourd'hui qu'une relique de la barbarie; elles ne font pas attention que les institutions humaines n'arrivent pas sitôt à la perfection, qu'elles sont passées l'âge. Tel est le sort du jury, qui n'est arrivé à son état normal que sous George III. Tout jugement est un raisonnement. Tout raisonnement a trois propositions exprimées ou sous entendues.

---

† Subdivision territoriale qui date d'Alfred le Grand.

‡ Le grand jury ne peut examiner que les témoins à charge; sans cela, le petit jury serait inutile. Ce principe a été violé impunément par le grand jury dans la causa de Barcelo.

Couper ce raisonnement pour faire déterminer la proposition intermédiaire et capitale,—en termes d'école, la *mineure*, par des ignorans à qui, il est vrai, la loi attribuait jadis l'infailibilité, et tirer ensuite la conclusion par des légistes, est aussi irrationnel qu'imprudent. On l'a vu récemment dans la cause Connell, où le jury n'a pas su distinguer entre le meurtre et l'homicide simple.

“ Le jury se conserve en Angleterre, dit Garat aîné, parceque la preuve testimoniale y prédomine sur la preuve littérale ; et soit au civil, soit au criminel, elle y prédomine à un tel excès de licence, que si cela leur plaît, sur la foi d'un témoin solitaire (\*) les jurés et le juge de la loi disposent de la propriété, de la liberté et de la vie de l'homme. Quel respect a-t-on pour le jury en Angleterre même ?.. Le Banc du Roi évoque à volonté par devers lui les procédures des jurés commencées devant les autres juges ; il casse le verdict des jurés, ou ce qui revient au même, le regarde comme non-venu, et fait recommencer le litige. (Il en est de même en Canada par les *bills* du Procureur-Général Cartier.) Pourquoi donc les jurés, quoique à peu près inutiles et fort déprisés dans l'usage, se conservent-ils en Angleterre ?.. C'est d'abord qu'on les regarde comme une sorte d'épouvantail qui, au besoin, peut devenir une barrière effective et contre la distinction des ordres très vigoureuse, par sa théorie dans l'ordre politique, et contre la prérogative du Roi de nommer sans aucun concours du peuple à toutes les places de judicature permanente. Abrogerons-nous pour adapter notre droit civil au jury anglais, ces lois qui, depuis l'immortel l'Hôpital, soumettent les faits, en toutes matières importantes à la preuve par acte, et qui excluent la preuve testimoniale ?.. Mais nos ancêtres avaient le jugement par jurés.. Oui, lorsqu'ils n'avaient point de lois ; et alors même, avec le choix de préférer à leur gré celui de l'épreuve du feu et de l'eau, et celui du combat en champ clos, envisagés l'un et l'autre comme un équivalent de celui des jurés !”

---

\* Au criminel, il faut aujourd'hui deux témoins en certains cas.

Les abus du procès par jury sont trop connus : Jérémie Bentham et Blackstone accusent les jurés d'une infinité de parjures. Les scandales que les jurés ont donnés dans les procès politiques et dans l'affaire Gavazzi sont publiés. On se plaint de l'art du Shérif d'arranger le jury à sa manière, et un admirateur de cette institution, le chevalier Hortentius de St. Albin, avoue que ces jurés, choisis par le Préfet en France, ne sont pas indépendants et qu'ils ont contre eux l'éloquence même de celui qui plaide en faveur du prévenu, qu'il veut sauver à tout prix, ou bien encore l'arrêté d'accusation, qui contient trop souvent des insinuations plus ou moins vives contre l'inculpé, ou le résumé (\*) du Président, qui, non seulement en Canada, mais en France, comme le dit M. de Cormenin, dans sa description de la Cour d'Assises, fulmine le plus souvent un nouveau réquisitoire ; ou enfin, l'opinion publique, — voire même la presse. Loin d'être aidés, les jurés sont abusés par les avocats, les experts et le juge.

Le jury a été sans doute une grande sauvegarde quand la justice était vénale ou sous l'empire d'un code sanguinaire, quand les jurés n'avaient point eux-mêmes de préjugés. De nos jours, ou il demeure une salutaire institution, ou il a consommé la fin pour laquelle il avait été institué. Pour que le jury fût jusque à ce jour une institution salutaire, il faudrait qu'il gênât le juge dans l'application trop rigoureuse de la loi, comme il pourrait arriver si c'était à lui à prononcer. Mais n'a-t-on pas demandé de toutes parts l'abolition de la peine de mort ? Lord Elgin lui-même, coupable de vandalisme au premier chef en Chine, ne s'est-il pas fait l'organe de l'éloignement général pour cet usage du droit suprême de la société, dans une harangue du Trône ?.. Mais Breton de naissance, il ne voyait pas qu'il ne faut point songer à abolir la peine de mort sans d'abord abolir le jury criminel, parce que si l'on obtenait l'abolition de celle-là, le jury serait sans objet,

---

\* On l'appelle ici *chargé* du juge, et cette expression barbare est admirable de justesse, car le juge y sort invariablement de son rôle.

puisqu'il est tout ce qui se faisait pourrait désormais l'être beaucoup mieux et d'une manière plus intelligente et sans danger par le juge permanent. Ainsi le jury, sauvegarde autrefois de la société, doit paraître de nos jours aux yeux des plus avancés comme un obstacle à la perfectibilité sociétaire. Au civil même il n'est que l'équivalent de l'enquête par tourbe depuis si longtemps abolie en France.

Le shériff, en Canada, a des fonctions quelque peu différentes du shériff en Angleterre, où c'est un officier très ancien. Il était appelé vicomte parce qu'il remplaçait le comte, comme le bailli en France. Aujourd'hui il remplace le Roi lui-même dans le comté dont il est le gardien. Il y exerce des pouvoirs divers comme gardien de la paix, comme bailli du Roi, comme juge et comme officier des tribunaux supérieurs.

En Canada, comme en Angleterre, le shériff arrête, incarcère, signifie les brefs des Cours Supérieures, exécute leurs jugemens et fait procéder aux élections des députés de la nation; mais il n'a aucune attribution judiciaire ou juridiction.

Les statuts veulent qu'on lui signifie les oppositions comme chargé d'office de faire les saisies réelles et les décrets. Il est chargé de la garde des choses saisies, avec pouvoir de délégation, de recevoir et payer les argents provenant de leur vente, et l'acte de la 6<sup>e</sup> année de Guillaume IV, chap. 131, lui impose tous les devoirs du Gardien et du Receveur des Consignations sous les Français, selon les anciennes lois du pays avant 1759.

Quand il ne peut agir, soit parce qu'il est intéressé ou pour autre cause, il est remplacé par le Coronnaire, officier aussi très ancien, dont le statut de la 4<sup>e</sup> année d'Edouard 1<sup>er</sup> *de officio Coronatoris*, désigne les fonctions. Il lui appartient de faire enquête de la mort d'une personne tuée, morte subitement ou décédée en prison, et cela, *super visum corporis*, c. à. d. le corps étant là présent.

Sous la domination anglaise le Procureur-Général a naturellement cumulé les attributions du Procureur-Général de l'ancienne monarchie française et du Pro-

Procureur-Général d'Angleterre, qui, au reste, n'étaient pas fort différentes.

Le ministère du Procureur-Général français était de veiller aux intérêts du Roi, de l'Eglise, du public, des communautés, des mineurs et des orphelins.

De nos jours, le Procureur-Général ne remplit plus par lui-même ses attributions judiciaires et humanitaires. Il est devenu à la vérité un ministre de la justice, mais dans une acception très étroite du mot, d'autant que les tribunaux se sont refusés systématiquement à se soumettre à certaines injonctions ou suggestions. Son ministère ne nous vaut qu'un chef de parti politique et des lois de judicatures multipliées à chaque mutation de Procureur.

Jusque à ces dernières années, notre Procureur-Général avait, comme dans l'ancienne monarchie, pour premier substitut, l'Avocat-Général dans les Cours de Justice ; mais depuis un nombre d'années, il n'en a point d'autre que le Solliciteur-Général.

En Canada, les légistes cumulent les professions d'avocat procureur, solliciteur, et *conseil*; et dans les premières années de la domination anglaise, ils pouvaient encore être notaires.

Ce cumul est loin d'être un avantage, surtout si l'on veut bien s'en rapporter à la désignation que donne des solliciteurs, M. de Férière : " Le solliciteur est l'antipode de l'avocat, dont la profession consiste à se renfermer dans le cabinet. C'est un homme qui s'occupe à poursuivre les affaires et les procès de ceux qui ne peuvent ou qui ne veulent pas faire eux-mêmes les pas et démarches nécessaires. Aussi on peut dire qu'un solliciteur est un homme toujours prêt à aller où l'on dirige sa course. Il serait à souhaiter que chacun fût le solliciteur de ses propres affaires."

La conquête n'avait point détruit le système féodal. Le conseil de guerre de Montréal, où siégeaient le colonel Haldimand, gouverneur, le baron de Munster, les capitaines Prevost et Wharton, porta en dernier ressort, le 20 avril 1762, un jugement favorable aux seigneurs en fait de cens ; et la même année le général Murray inféoda les seigneuries de Mount Murray et de Murray Bay dans le pays de Gaspé. La procla-

mation royale de 1763 semblait devoir menacer le régime féodal, mais les Canadiens ayant murmuré un peu haut, le général Murray se contenta de supprimer les justices seigneuriales. Toutefois, bien que le roi d'Angleterre se regardât comme subrogé à tous les droits et prérogatives du roi de France, il est difficile de dire s'il entendait maintenir le régime féodal en Canada, et il ne parut point se mettre au fait de ses droits comme seigneur dominantissime. Ses tergiversations firent tomber en désuétude les bonnes ordonnances de l'ancien gouvernement imposant certaines obligations aux seigneurs, qui perdirent eux-mêmes insensiblement leurs droits honorifiques. Le baron Mazères cite des concessions en franc et commun socage faites par le roi dans sa censive de Québec, et par l'acte de Québec, il se réserve encore la faculté de concéder de la sorte : c'est de là qu'est venue l'opinion que les *townships* devaient se régir par la loi anglaise. L'acte de 1774 maintient expressément le système féodal. Le gouverneur Carleton fit débrouiller cette partie de notre droit par Cugnet, qui publia sous ses auspices son *Traité des Fiefs*. Dans l'épître adressée à ce général en tête du livre, le feudiste canadien parle en précepteur. " Votre Excellence reconnaitra par ce traité, dit-il, les droits que Sa Très-Excellente Majesté a en sa qualité de seigneur dominant, sur ces sortes de possessions, et ses sujets verront les devoirs et fidélités qu'ils lui doivent." Dès 1775, les instructions royales adressées à Carleton portaient : " C'est notre volonté et notre plaisir que toutes les terres qui sont maintenant ou qui seront dans la suite à notre disposition, soient concédées en fiefs ou seigneuries de la manière qu'il était pratiqué avant la conquête de la dite Province." Par l'acte de la 48<sup>me</sup> Geo. III, chap. 6, les prérogatives de l'Intendant d'inféoder, de recevoir foi et hommage et d'accorder des lettres de papier terrier, furent transmises au gouverneur et au lieutenant-gouverneur à son défaut. Ce ne fut là qu'un répit pour ce système. Les colons anglais en 1790, se servant du seigneur Tarrieu de Lauaudière comme d'un instrument, voulurent obtenir en Canada l'abolition de la féodalité ; mais ce fut sans succès. Les considérations contenues dans la contre-

pétition des seigneurs et dans le rapport du juge Mabane sont bien dignes d'attention. Plus tard néanmoins, les Anglais furent plus heureux au foyer de l'Empire où, au mépris de la législation provinciale, le Parlement Impérial porta les actes 3 et 6 Geo. IV ; qui heureusement, ayant été maladroitement rédigés par des hommes qui n'entendaient rien au droit féodal français, ne purent avoir que peu d'effet. Le premier permet aux seigneurs de commuer avec la couronne en baillant une certaine somme pour le rachat des droits de quint. Le second déclarait que le premier acte ne regardait pas les censitaires ; mais que, désormais ils pourraient forcer le seigneur qui avait commué avec la couronne à le faire aussi avec eux. Ainsi, par le premier acte, le seigneur qui commuait avec le Roi, reprenait sa seigneurie *en franc et commun soccage*, (\*) mais il conservait ses censitaires : or tenait-il *vraiment* ses terres en soccage ou en franc alleu noble ? C'est à quoi le Parlement Impérial n'avait point pensé !

L'acte Provincial de la Seme Victoria chap. 42 est un avènement de la législation impériale, repoussée jusque alors par le pays.

Par l'Ordonnance provinciale de 1791, qu'on peut regarder comme remarquable, quand on compare la législation d'Angleterre à cette époque au sujet du culte catholique, porte que des doutes s'étant élevés sur l'autorité des juges des Plaidoyers Communs de ratifier et homologuer les résolutions et déterminations des habitans à leurs assemblées de paroisses à l'effet de réparer et de construire des églises et des presbytères, et étant nécessaire de promulguer et faire connaître aux sujets de Sa Majesté les lois, usages et coutumes concernant les objets ci-dessus mentionnés, il est statué que toute et chaque fois qu'il sera expédient de former des paroisses, ou de construire et réparer des églises et presbytères, les mêmes formalités et procédures seront

---

(\*) Il paraît que les praticiens anglais, à une époque où on ne parlait en Angleterre que de liberté, étaient parvenus à traverser *la fee and common soccage* des lois saxonnes, en *free and common soccage*.

suivies telles qu'elles étaient requises avant la conquête par les lois et coutumes alors en force et en pratique, et que l'évêque, surintendant des églises catholiques romaines, aura et exercera les mêmes droits qu'avait et exerçait dans ce temps-là l'évêque du Canada pour les objets sus-mentionnés, et que les droits qui appartenaient alors à la couronne de France, et qui étaient exercés par le gouverneur et par l'intendant, seront considérés comme appartenant au gouverneur, ou au commandant en chef en son absence.

C'est en vertu de cette loi que le gouverneur, au nom du Roi, confirme par un décret civil le décret canonique d'érection des nouvelles paroisses, et qu'il a été nommé souvent *per dedimus potestatem*, des commissaires pour la construction et réparation des églises, etc. Mais depuis l'acte constitutionnel, à peu près, jusque à l'administration du comte de Dalhousie exclusivement, l'exécutif refusa ou s'abstint le plus souvent d'agir sur cette ordonnance provinciale, du moins quant à l'érection de nouvelles paroisses, et dans la cause de Lavergne en 1806, le procureur-général Sewell intervint pour réquérir la Cour de déclarer l'ordonnance comme non avenue en tant que contraire aux statuts pénaux de la 26<sup>me</sup> Henri VIII, chap. I, et de la 1<sup>re</sup> Elizabeth chap. I, qu'il prétendit être en vigueur en Canada, en faisant abstraction des capitulations et de l'acte de Québec, qui reconnaît le culte catholique en Canada. Mais le Président Dunn intervint à son tour pour ordonner au procureur-général de se désister de sa réquisition. (\*)

---

(\*) Sir Jas Monck, en combattant lui aussi l'ordonnance en question, ne peut se bien dissimuler sa légalité : " A provincial statute passed in the 34th years of His Majesty's reign " for the division of the Province of Lower Canada for awarding the judicature thereof, and for repealing certain laws." In the 6th section, it is expressly declared that the Ordinance for building and repairing churches shall not be by the said statute revoked or repealed which carries at least, a legal implication of legislative approbation, for it is to be observed, that this provincial statute was reserved in the terms of the Canada Act, chap. 31, sec. 22, for His Majesty's approbation, and the royal approbation was granted and publicly announced in the terms of the law by lord Dorchester's proclamation and messages to the two branches of the Legislature. Nor have the arguments for His Majesty's presumed sanction to

Enfin, par l'acte de 1796, communément appelé l'acte des Chemins, remarquable par la sagesse de ses dispositions et la clarté de sa rédaction comparative-ment à notre législation subséquente, les anciennes lois de Voierie furent codifiées, le grand-voyer conservé, et ses attributions limitées. Mais en 1832, les cités de Montréal et de Québec furent incorporées ; et le système municipal a été depuis étendu aux comtés, et chaque municipalité remplit les fonctions de grand-voyer par des députés ou sous-voyers.

Nos tribunaux furent aussi remodelés sur les anciens tribunaux français du pays. Par le statut de la 34e Geo. III, chap. 6, les cours du banc du Roi ont tous les privilèges des cours de Prévôté, Intendance et Conseil Supérieur, jusqu'en 1759, y compris les pouvoirs de la chancellerie française exercés par le Conseil ; et ces pouvoirs sont accrus depuis aux Cours Supérieures.

Par l'acte impérial de 1791 ou acte constitutionnel, le Canada, divisé en deux provinces, reçut une constitution dite à l'instar de celle de la Grande-Bretagne, (\*) et dans laquelle le peuple avait aussi la principale ini-

---

the above ordinance rested here ; the governor or lieutenant governor delegated His Majesty's power, vested in the governor to commissioners to carry the Ordinance into effect, and proceedings have been had therein ; and ratified by a course of legal controversy in His Majesty's courts, to effectuate the powers granted to the " Roman Catholic Bishop, or Superintendant of the Romish Church " by this Ordinance."

(\*) La forme du gouvernement anglais est la plus mauvaise possible, et doit être rangée même après l'oligarchie et la république. C'est celle qui coûte le plus cher. Elle est fondée sur des fictions qui n'ont aucune raison d'être, contrairement à cette maxime du droit : *ubi non potest cadere veritas, ibi non cadit fictio*. Les lois, qu'on ne daigne pas même faire connaître aux sujets, [f] y sont les plus hardies, les plus multipliées, les plus mobiles, les plus obscures et les plus décriées. La cité y est nécessairement divisée, puisqu'il y a le parti politique de l'administration, dite responsable, et le parti de l'opposition. Ces défauts se rachètent plus ou moins par une grande liberté de parler et de circuler.

(†) Il est reconnu en la Nouvelle 66me, qu'une loi ne saurait obliger sans une promulgation suffisante.

tative des lois, sans que la haute chambre en fût privée. Le gouverneur en avait la sanction. Sur certains sujets, il devait suivre les instructions du ministre des colonies tant par rapport à ses fonctions législatives qu'à ses pouvoirs exécutifs, réservant en certains cas les *bills* ou projets de lois pour la sanction royale. L'acte de 1791 a fait place en 1840 à l'acte d'union des deux Provinces, qui est la constitution actuelle, à laquelle tous les actes de la législature provinciale doivent être conformes, à moins que le contraire ne soit permis par le Parlement Impérial. Il est digne de remarque que c'est le roi qui parle dans les actes publics, tels que proclamations, sanctions, brefs etc., le gouverneur ne paraît que comme témoin.

C'est le lieu d'expliquer ce que c'est qu'un statut et quelles règles on suit dans sa passation et son interprétation.

On appelle proprement statuts les lois portées dans le parlement Impérial d'Angleterre et dans celui du Canada. Ce sont, dit Blackstone, des actes ou édits faits par le roi de l'avis et avec le consentement des deux chambres. La souveraineté, en Angleterre, ne réside absolument dans aucun des trois ordres, puisque seul, aucun de ces ordres ne peut faire de lois, si ce n'est le Roi, dont les ordres en conseil en ont bien la nature conformément à ce que dit Blackstone ; les deux chambres ne législatent même pas, puisqu'il faut la sanction royale, et qu'elle peut être refusée ; les lords et les députés ne sont proprement qu'aviseurs. Le chef de l'état est donc celui qui remplit davantage les attributions souveraines, mais l'on donne aux trois ordres réunis le nom de parlement ou gouvernement impérial.

On divise d'abord les statuts en statuts publics et privés.

Un statut public est une règle générale de conduite qui regarde toute la société ou une partie majeure de la société.

Les statuts privés ou spéciaux sont plutôt, dit Blackstone, une exception qu'une règle, ne concernant que certains corps ou certaines personnes.

Ici, il faut sans doute ranger parmi les statuts publics ou généraux ceux qui ne concernent que le Bas-Canada ou le Haut-Canada.

Tout statut ou déclare qu'elle est la loi, ou remédie à quelque défaut ou lacune de la loi.

Les statuts déclaratoires s'appliquent à la lettre, ainsi que les statuts pénaux.

Il y a trois points à considérer dans l'interprétation des statuts remédiaux ; l'ancienne loi, sa lacune et le remède, et à la différence des statuts déclaratoires, pénaux, etc., les statuts remédiaux s'interprètent largement ou selon l'esprit plutôt que selon la lettre, de manière qu'on peut conclure d'un cas à un autre, raisonner *ex analogia* etc., au lieu que dans les autres, on se tient à la règle *quæ dicit de uno negat de altero*.

Néanmoins, *in pari materia*, plusieurs statuts se lisent ou se construisent, comme un seul.

Quand la loi commune (\*) et un statut diffèrent, la loi commune le cède au statut ; un statut antérieur le cède à un statut nouveau selon la règle *posteriores leges derogant prioribus* ; mais si un statut qui déroge à un autre est abrogé, l'ancien revit et redevient en force. On peut même appliquer ce principe à l'ancienne loi quelle qu'elle soit. Ainsi, notre statut de banqueroute ayant été abrogé, nous nous trouvons de nouveau sous l'empire de la cession de biens, *cessio bonorum* du droit français.

Le statut provincial 12 Viet., chap. 10, en acte d'interprétation, porte que tous les statuts de notre parlement seront censés remédiaux, de manière à pouvoir être interprétés libéralement et largement, soit qu'ils ordonnent quelques chose pour le bien public, ou qu'ils

---

(\*) Ce qui se dit de la loi commune d'Angleterre doit se dire de la Coutume de Paris. Mais nous devons protester ici contre la terminologie des programmeurs d'une autre législation. Non seulement nous entendons parler de lois *statutaires* ou *constitutives*, mais aussi de loi commune [Coutume de Paris,] de loi des propriétés réelles, de loi des propriétés personnelles et de droit civil. Toutes ces désignations sont absolument inconnues dans le droit français, qui nous régit. Le droit romain est appelé droit civil en Angleterre, mais ici, il est appelé droit écrit. « Nos coutumes sont nostre droit civil » disait Coquille. Les biens ne se divisent pas en propriétés réelles et en propriétés personnelles, mais en meubles et immeubles.

aient pour but de prévenir ou de punir une action contraire ou bien public.

Il conserve néanmoins les règles anglaises d'interprétation qui seront compatible avec l'acte.

Le préambule de tout statut en fait partie, et doit servir à son interprétation.

La date de l'assentiment royal marque quand un statut sanctionné commence à être en force.

L'acte 22 Vict. chap. XXIX, pour la *refonte* des statuts, dit que chaque fois que par un acte quelconque, il est prescrit qu'une chose sera faite, l'obligation de l'accomplir sera sous entendue ; mais que lorsqu'il est dit : qu'une chose pourra être faite, le pouvoir de l'accomplir sera facultatif.

III.—Il nous reste à exposer les changemens que les statuts impériaux ou provinciaux ont fait éprouver à notre loi municipale.

Le Canada a été régi par le droit criminel anglais dès la proclamation royale de 1763, et cette législation fut confirmée par l'acte de Québec, ou de 1774, telle qu'elle existait alors en Angleterre, moins les statuts pénaux qui étaient incompatibles avec la liberté de religion et de culte qui nous était concédée. Les changemens faits depuis au code criminel d'Angleterre ne sont donc loi ici qu'autant qu'ils ont été introduits par des statuts provinciaux ; et de fait, les améliorations suggérées par Sir Samuel Romilly, Sir James McKintosh et Sir Robert Peel, ont été adoptées en Canada, surtout au commencement du présent règne.

Par l'acte 35 Geo. III, chap. I, on peut sommer les témoins d'autres districts.

Par celui de la quarante-unième disparaît la petite trahison, (comme on désignait le meurtre du mari par l'épouse), ainsi que la peine du feu.

Et par celui de la cinquante-septième, la marque du fer chaud peut être remplacée par l'envoi à la maison de correction.

Par l'acte 4 Geo. IV, chap. V, on ne condamne plus à mort, mais on bannit, pour vol au-dessous de cinquante louis.

Et par celui de la sixième, dans tous les cas, hors le

meurtre, les juges peuvent s'abstenir de prononcer la peine de mort, et recommander le coupable à la merci royale.

Par l'acte 5<sup>e</sup> Guill. IV, chap. I., dans tous les cas d'accusation de crime capital, l'accusé pourra avoir un conseil, qui adressera la parole au jury en sa faveur.

Mais la nomenclature des offenses et la justice criminelle ont surtout été réformées par les statuts 4 et 5 Vict. chap. 24, ou *Blackact*, 6 Vict. chap. V, pour mieux proportionner la punition à l'offense, 12 Vict. chap. 37, et 18 Victoire chap. 92.

L'acte de Québec, en rétablissant les lois civiles françaises, permet cependant de tester suivant la loi et dans les formes anglaises.

L'ordonnance de 1667 mettait des entraves gênantes à la preuve des transactions des marchands anglais. Ils obtinrent, par l'ordonnance de la 25<sup>me</sup> Geo. III, chap. 2 (1785), l'introduction de la loi anglaise de commerce, quant à la preuve. Il suit de là, par la règle *exceptio firmat regulam*, que nous avons conservé le droit commercial français quant au principal.

On peut se demander ici si l'Ordonnance du commerce ou code Marchand est loi du pays. Feu le docteur Charlton Fisher tenait que oui, ainsi que M. Doucet, sur les lois fondamentales du Canada; et nous l'enseignons également, 1<sup>o</sup>. parce que c'est donner une mauvaise raison contre cette loi, que de dire qu'elle n'a point été enregistrée, car on ne voit pas que le Conseil Supérieur ne se soit cru lié que par les lois qu'il aurait enregistrées, et le Roi ne songea à lui faire exercer ce privilège que vers l'an 1743 et non en 1663. Le code maritime fut bien introduit non par voie d'enregistrement, en 1717, mais par le décret même qui érigeait l'Amirauté de Québec. 2<sup>o</sup>. parceque, quoique non enregistré, le code Marchand était observé, comme on le voit par les extraits qu'a faits le protonotaire Perraalt des registres du Conseil et de la Prévôté de Québec. 3<sup>o</sup>. parce que l'acte de Québec ne nous restitue pas seulement la Coutume de Paris, mais nos anciennes lois, us et coutumes, et que, sur ce principe, le code Marchand fut maintenu systématiquement par notre ancienne cour des Plaidoyers Communs, en sorte qu'elle a été observée même sous les Anglais.

quoi que pût faire le juge en chef Smith. 4o parcequ'il est difficile de dire que nous avons le droit commercial français quant au fond, et que cependant le code Marchand n'est pas loi, car si l'on ne spécifie pas quel est ce droit commercial que nous avons, dire que l'Ordonnance n'est pas loi, c'est ne vouloir pas savoir à quoi s'en tenir, et répondre plus qu'il ne faut aux empiétemens de l'anglomanie provinciale. 5o. enfin, parceque le code Marchand est, l'on pourrait presque dire, de droit commun universel, étant cité et pris pour règle partout. Ainsi, lord Mansfield se soumettait à son influence, et ce code joue le plus grand rôle dans les écrits de lord Tenderden sur le droit commercial ; mais la pratique est toujours tellement à rebours du sens commun, qu'on pourra citer *usque at satietatem* le code Napoleon et les lois d'Ecosse, et qu'on sera interrompu quand on citera nos propres lois. Il faut, dit-on, qu'elles aient été enregistrées ; il n'y a que les lois étrangères qui n'aient pas besoin de ce passeport.

Les derniers statuts, dans l'ordre chronologique, qui fassent de grands changemens à notre droit, sont :

1o. L'Ordonnance du Conseil Spécial, (établi en 1838, lors de la suspension de la constitution,) intitulée ordonnance des Bureaux d'Hypothèques. Elle affecte 1o le régime douairier, 2o le régime hypothécaire, et en quelque chose les lois de la communauté conjugale. Non seulement on a fait plus d'un amendement à cette loi, mais le procureur-général Cartier a fait une deuxième loi des hypothèques, matière sur laquelle nous aurons un chapitre entier.

2o. Le *bill* seigneurial qui abolit presque absolument le régime féodal, excepte pour les fiefs dits des Jésuites, de l'Ordonnance, des Sulpiciens et de certaines communautés religieuses de filles.

Quoique le cas des Sulpiciens eût été réglé en Angleterre, un amendement au *bill* de 1854 l'a réglé depuis.

3o. Le *bill* de judicature Cartier, qui contient non seulement un système de décentralisation judiciaire, mais qui établit un grand nombre de justices crimi-

nelles, des instances graduées et l'appel, et même les évocations des causes par jurés.

Nos statuts, qui avaient été *révisés* une première fois sous lord Metcalfe, viennent d'être *révisés* pour la seconde fois, *classifiés* et *refondus*.

Y a-t-il une différence dans la portée de ces deux travaux!

Il semble que oui, car, pour ce qui est de la première revision, on a toujours tenu qu'elle n'avait pour but que de faciliter l'étude des statuts et que l'on pouvait invariablement recourir au statut original lui-même : tandis que cette faculté est plus que douteuse pour ce qui est de la seconde, pour peu qu'on porte son attention sur la teneur de l'acte 22 Vict. chap. XXXIX et sur la Proclamation royale.

Pour ne pas nous exposer à donner de décision compromettante, ni prétendre dénouer le nœud gordien d'une législation qui devient de jour en jour aussi intolérable qu'elle est inintelligible, nous nous bornerons à citer quelques parties de l'acte de la 22me.

La section IV donne au Gouverneur le pouvoir de donner par proclamation, force de loi à la revision sous le nom de *statuts refondus*.

VIII Ces statuts *refondus* ne seront point *considérés* comme lois nouvelles, mais ils seront interprétés et auront force de loi comme déclaratoires de la loi telle qu'elle se trouve dans les dits actes ou parties d'actes ainsi abrogés et que les dits statuts *refondus* remplacent.

IX. Mais si sur quelque point les dispositions des dits statuts *refondus* ne sont pas effectivement les mêmes que celles des actes ou parties d'actes abrogés, alors, en ce qui regarde toutes les transactions, matières et choses subséquentes à l'époque où ces dits statuts entreront en force, leurs dispositions prévaudront ; mais quant à toutes les transactions matières et choses antérieures à cette époque, les dispositions des dits actes ou parties d'actes abrogés prévaudront.

Quoi qu'il en soit, la section neuvième a raison de prévoir les altérations, car les commissaires s'en sont permis un grand nombre, et des contradictions ou antinomies aussi!

La section sixième porte que l'abrogation des dits

actes ou parties d'actes *refondus*, ne remettra en vigueur aucun acte ou aucune disposition de la loi qu'ils révoquent.

Cela déroge à la règle exposée plus haut d'après Blackstone.

Si les versions anglaise et française des dits statuts ne sont pas d'accord, la version qui sera le plus compatible avec les actes *refondus*, prévaudra. (*Section 14.*)



## TITRE II.

# COUTUME DE PARIS,

COMPARÉE AVEC LES USAGES CONTRAIRES ET LES  
STATUTS IMPÉRIAUX ET PROVINCIAUX.

La Coutume de Paris est un code de lois couché en français barbare, et dont la dernière rédaction, qui eut lieu sous les auspices du président de Thou, est de l'an 1580.

Elle avait déjà force de loi en Canada en 1647, sous le gouvernement de la Compagnie des Cent Associés.

Cette coutume ayant ainsi été introduite en Canada, il devint donc pays coutumier, comme la majeure partie de la France, et ne fut nullement un pays de droit écrit ou régi municipalement par le droit romain; c'est en ce sens seulement que nous disons que le Canada fut un pays de droit coutumier, car nous ne voulons point dire, que la Coutume de Paris n'était pas, pour nous Canadiens, une loi, un statut écrit.

“ On ne peut guères, dit Claude Serres, \* regarder comme un droit non écrit les diverses coutumes de ce royaume, depuis qu'elles ont été rédigées sous l'autorité du prince, quoiqu'elles ne fussent en effet fondées originairement que sur l'usage,” car outre que le prince a donné force de lois à ces rédactions, il ne faut pas croire que ce fût la simple mise par écrit d'usages traditionnels. On fit bien une enquête nationale pour déterminer ces usages, mais on ajouta, on retrancha. Les jurisconsultes donnèrent un air romain, et les ecclésiastiques, un air canonique à cette rédaction ;

*l'insti-  
tution du  
Droit  
Français.*

ies bourgeois préservèrent ce qu'ils purent de la tradition gothique, car ce travail fut fait par les prélats et abbés, les barons, les gens du roi et les notables.

A plus forte raison la Coutume de Paris est-elle un statut écrit en Canada, où elle ne s'est jamais invétérée parmi le peuple comme un usage. Les Canadiens, laissés à eux-mêmes, auraient suivi la Coutume de Normandie de préférence à toute autre, parcequ'elle était celle des ancêtres de la plupart. On en voit une preuve en ce que nos seigneurs apportèrent la Coutume du Vexin-le-Français, que le Conseil d'Etat supprima par l'arrêt de 1686, qui confirme la Coutume de Paris seule.

*Essai de  
Jurispru-  
dence.*

M. de La Mothe \* nous offre de fort bonnes réflexions sur les usages.

“ La Coutume, dit-il, forme une loi à laquelle il n'est pas possible de résister. Ce n'est point une loi politique qui tire sa force et sa valeur des seules circonstances. Ce n'est point une loi de pur gouvernement. Ce n'est point enfin une loi impérieuse, qui s'exécute dans la douleur. La coutume ne forme jamais de lois de cette espèce. C'est une loi de la nation ; une loi que le citoyen lui-même s'est imposée, c'est une loi qui n'envisage que les mœurs de ses pères et qu'eux-mêmes ont suivie avec exactitude ; (\*) une loi dont on ne peut et dont on ne pourra jamais se déranter sans tomber dans l'injustice et troubler la société. La loi portée par les coutumes est plutôt un accord mutuel, une volonté unanime, une décision éclairée de la nation sur l'objet qu'elle concerne, qu'une loi souveraine prononcée avec l'appareil de l'autorité. La loi portée par les coutumes est une convention sortie des mœurs de la nation, appréciée dans son sein, perpétuée par un mutuel concours. Une telle loi représente sans cesse plutôt les mœurs d'une nation que la rigidité d'une loi.

De quelle force est donc revêtue une pareille loi, qui a pour observateurs ceux-là même qui l'ont perpétuée dans l'usage ? qui a pour observateurs ceux-là

---

(†) *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine incelebratus.*—*Pauli Sententiae.*

même qui l'ont dictée ! Tel est tout citoyen à l'égard de la Coutume ; il l'a reçue de ses pères avec respect, il l'observe avec religion, et en perpétue l'observation avec scrupule. Un citoyen transgresseur de cette loi ne peut donc être qu'un controversiste odieux dans la société."

J'appèle nos législateurs du jour à méditer ces remarques.

N'avons-nous en Canada aucune loi de ce genre,— de coutumes proprement dites ?

Nous en avons, comme tous les peuples, et l'on doit mettre de ce nombre, premièrement, ce qui se pratique contrairement à quelques articles de la Coutume de Paris qui n'ont jamais été exécutés dans ce pays faute d'application ou autrement, ou qui ne sont plus exécutés depuis longtems : nous appelons ces non observances coutumes, en vertu de la maxime *desuetudo consuetudini refertur*. Ainsi, il n'y a jamais eu d'offices venaux en Canada ; la garde noble n'a jamais été observée depuis le régime féodal de la compagnie des Cent.

Mais nous avons aussi nos usages positifs, nos "*us et coutumes*" dont parle l'acte impérial de Québec. Tels sont nos célébrations de mariages, certains usages de paroisses, la coutume des ecclésiastiques de jurer la main sur leur poitrine (\*) les tutelles et curatelles dont la coutume ne parle point, les fidei-commis, les assurances terrestre contre le feu et sur la vie, &c.

Pour revenir à la Coutume de Paris, plusieurs légistes français, entre autres Claude Serres, enseignent que quand les autres coutumes se taisaient et que celle-ci avait un article exprès, elle devait être suivie de préférence au droit romain. Cette question ne saurait être pratique ici, puisque les autres coutumes ne sont plus, et que, depuis 1686 au moins, nous n'en avons jamais eu d'autre que la Coutume de Paris.

Outre l'ancienneté du style, un autre inconvénient de cette collection est d'être tout-à-fait dénuée d'ordre,

---

(†) Nous n'avons connaissance que d'une réclamation du juge Holland contre cet usage ; et elle était illégale, puisque les usages sont aussi des lois.

soit quant au plan général soit quant à la disposition et à la suite des articles. Par exemple il est question des fiefs au titre des successions comme en celui des fiefs.

Joignez encore au manque de méthode les difficultés du texte et celles de la glose, car souvent les commentateurs ont plutôt obscurci qu'expliqué le texte.

On peut diviser ces commentateurs en trois classes :

1o. Les contemporains des vieux glossateurs du droit romain, qui ont traité toutes sortes de questions qui avaient tant soit peu de rapport avec leur texte. A cette classe appartiennent d'Argentré et Dumoulin. Le président de Perchambault a à propos remarqué qu'on peut très bien répandre sur une seule coutume tout le droit civil et canonique, en commentant de cette manière.

La seconde classe est celle des modernes, qui se sont moins appliqués à faire entendre le texte qu'à citer ou compiler des arrêts souvent même sans nous dire dans quels parlemens ils avaient été portés. De cette classe était M. de Ferrière, dont Le Camus dit qu'il avait une fort mauvaise tête.

Enfin une troisième classe est celle des commentateurs de l'école historique, ou qui ont expliqué le texte en s'aidant des antiquités et des monumens pour découvrir le motif des lois. Tels sont Eusébe de Laurière et le docteur Renaud, maintenant professeur à la faculté de Berne, en Suisse. Le chancelier d'Aguesseau dit que le commentaire d'Eusébe de Laurières est le meilleur ; mais qu'il est permis de n'être pas toujours de l'avis de ce légiste qui, en effet, aime à se singulariser.

Quant à la marche que nous suivons nous mêmes, nous renvoyons à l'article intitulé *méthode d'enseignement*, dans notre *Premium*.

Il a été fait en Canada, en 1771, sous les auspices du général Sir Guy Carleton, gouverneur de la province de Québec, un extrait de la Coutume de Paris ou plutôt de ses commentaires les plus approuvés, qui fut publié à Londres, après avoir été revu par les officiers en loi de la couronne. Ce travail, le meilleur qu'

existe sur la Coutume de Paris, est dû principalement à Cugnet, à Juchereau, ancien conseiller, et à Pressard, supérieur du Séminaire, qui avait été probablement assesseur au Conseil ou cour Supérieure sous les Anglais. On l'appèle vulgairement *Extrait des Messieurs*, c'est-à-dire des messieurs canadiens qui furent chargés de le rédiger. (\*) Le titre seul est en anglais.

MM. Buchanan, Heney et Wicksteed, chargés en 1843 par lord Metcalfe, de revoir les statuts provinciaux, témoignèrent dans une espèce de préface, qu'il n'aurait pas été moins important d'extraire de la Coutume de Paris, tout ce que les lois sur lesquelles ils étaient chargés de travailler n'avaient pas encore abrogé ; mais M. Heney étant mort, ses collègues ne se trouvèrent point assez versés dans le droit coutumier pour aborder seuls ce travail.

Celui qu'on offre ici comme partie intégrante de ces commentaires, est moins une glose qu'un exposé de la Coutume de Paris en style moderne ordinaire : et il a pour but, premièrement d'y mettre de l'ordre, secondement de la dégager de tout ce qui n'est plus qu'une lettre morte, et enfin de l'augmenter de nos usages et des statuts qui y ont rapport.

La Coutume de Paris a seize titres. Les fiefs, qui sont abolis ou à peu près, nous les avons traités historiquement. En retranchant ce titre, et celui de garde noble et bourgeoise qui n'a pas lieu, et celui du Retrait Lignager, qui est aboli, il en resterait treize ; mais à l'exemple de Cugnet, nous remplacerons la garde par les tutelles. Cela ferait quatorze titres ou chapitres ; mais il ne nous en restera pas autant. Le titre des actions personnelles et d'hypothèques sera, il est vrai, converti en celui des hypothèques ; mais nous en retrancherons plusieurs autres. Nous omettrons le titre

---

(\*) An abstract of those parts of the Custom of the Viscounty and Prevostship of Paris, which were received in the province of Quebec in the time of the French government, drawn by a select committee of canadien gentlemen well skilled in the laws of France and of that Province, by the desire of the honourable Guy Carleton, Esquire, Governor in chief of that province, London printed by Charles Eyre and William Strachan, printers to the King's most excellent majesty, 1773.

des servitudes, parce que les articles 193, 218 et 219 ne sont point observés, et que les articles 184, et 185 sont modifiés par les statuts.

Comme il y a peu de chose de suivi du titre des arrêts, exécutions et gageries, ou que du moins les articles 163, 164, 165, 167, 173, 174 et 183 ne sont guères observés, nous l'omettrons aussi.

Il faut en dire autant du titre des criées et adjudications. L'article 347 était particulier à la ville de Paris, les articles 348 et 342 sont modifiés par l'ordonnance de 1785 ou 25 Geo. III, chap. 2. Les sections 31, 32, 33 et 34 règlent la manière de saisir les biens meubles et immeubles. Les articles 350, 351, 352, 353, 359 et 361 ne sont pas non plus suivis. Nous remplacerons donc avantageusement ces titres par un traité de procédure civile en dehors de la Coutume, dont le titre des actions n'est d'aucune valeur.

Somme toute, nous traiterons des meubles et immeubles, de la prescription, des tutelles et curatelles, de la communauté, du douaire, des donations, des testaments, des successions, des hypothèques et oppositions.



## CHAPITRE I.

### DE LA DIVISION DES BIENS.

Le principal but de ce chapitre, qui répond au titre troisième de la Coutume, est si l'on en croit le procureur-général Cugnet, de faire connaître les meubles ou immeubles fictifs.

Le statut de la 9<sup>me</sup> Geo. IV, chap. 20, mentionne les immeubles fictifs, et la section 5<sup>me</sup> règle la confirmation des titres d'acquisition d'iceux.

Meuble proprement dit se définit ce qui se meut ou peut être mu, *quod se movet aut movetur*, et immeuble, ce qui a une situation fixe et permanente, ou ce qui en fait partie.

Quant aux meubles ou immeubles fictifs, il faut toujours se rappeler qu'il est de maxime générale que les choses ne changent point leur nature et que ce qui est meuble ou immeuble de sa nature n'en change pas réellement, en sorte que les véritables meubles ne peuvent devenir immeubles, et *vicissim*; quoique la loi permette qu'ils soient réputés l'un ou l'autre par la volonté des contractans, moyennant une fiction de droit; conséquemment, la fiction cessant, comme on en verra des exemples, les biens reprennent leur nature première.

Les stipulations des parties concernant les meubles ou immeubles qui deviennent l'inverse *destinatione hominis*, affectent les partages de communauté ou les successions, pourvu que celui qui stipule donne quelque chose, selon le principe que celui qui donne est libre de mettre à sa libéralité les conditions qui lui plaisent. Celui qui, en se mariant, n'apporte rien, ne peut changer l'ordre de sa succession *ab intestato* par

les dispositions prématurées ; il ne saurait empêcher que ses héritiers mobiliers ne succèdent plus tard, à ses meubles, ni ceux des propres aux biens propres.

Au contraire, celui ou celle qui apportent quelque chose peuvent stipuler par leurs conventions matrimoniales à qui les biens passeront, comme nous le verrons plus bas.

## ARTICLE I.

Cet article, qui est le 68<sup>me</sup> de la Coutume, dit qu'il n'y avait en cette Coutume que *deux sortes de biens seulement, c'est à savoir, meubles et immeubles*.

On pourrait avec raison s'imaginer que c'est là un avertissement superflu, si quelques jurisconsultes n'avaient prétendu établir une troisième espèce de biens, ceux qui se meuvent d'eux-mêmes, comme les animaux ; mais la définition que nous avons donnée des meubles, *ce qui se meut, ou ce qui peut être mu*, coupe la voie à toute équivoque, du moins quant à ce point, (\*) et range les animaux parmi les meubles ; *moventium mobiliumque idem significamus* dit le jurisconsulte Celsus.

Biens, en terme de jurisprudence, signifient toutes sortes de possessions, et généralement tout ce qui compose nos facultés. Ils sont appelés biens parcequ'ils rendent les hommes heureux ; *bona dicuntur ex eo quod beant homines, hoc est beatos faciunt*. Tout ce qui

---

(\*) Nous ne saurions dire qu'elle coupe la voie à toute autre difficulté, et qu'elle convienne à l'heure qu'il est *omni et soli definitio*. Elle prouve au contraire la vérité de la maxime du jurisconsulte Javolenus : *definitio in jure periculosa ; parum est enim ut subverti non possit*. Ainsi les bateaux à vapeur sont bien mus ; sont-ils pour cela meubles aujourd'hui ? Par l'acte § Vict. chap. 5, ils ne se vendent pas sans écrit, on les enrégistre, et la section 23<sup>e</sup> parle de leur transport par voie d'hypothèque. La définition des immeubles n'est pas plus exacte de nos jours, où les maisons se transportent facilement, ce qui donne le démenti à Hoffæker. [*Principia juris civilis* :] *Res immobiles sunt quae loco suo moveri non possunt salva sui substantia, eoque nomine comprehenduntur tum res soli quae plane moveri nequeunt, tum eae quae integrae atque salvas moveri non possunt, uti oedificia*.

quod ad aliquam utilitatem vel aliquam voluptatem est donum bonum dicitur bonum.

Et res mobiles et immobiliæ dividuntur in res corporeas et incorporeas.

Res corporeas sunt res mobiles, gemme, vestimenta, bestiae, pecunia numeraria et alia quae habent volumen.

Res incorporeas sunt quaedam iura mobilia, quaedam censurae, obligationes &c.

Res immobiliæ corporeas sunt domus, terrae, &c.

Res incorporeas sunt actiones reales, redditus &c.

Quaedam res corporeas sunt coniunctae et incorporatae ad res immobiliæ corporeas, in quibus casibus participat de sua natura et reputatur immobilis.

Quod si quis intelligat per rem mobilem, totum quod potest transportari ex uno loco ad alterum, haec expressio rerum mobilium restringitur in interpretatione legum secundum intentionem apparentem testatoris, quia commune hominibus est intelligere per rem mobilem, res mobiles, mobiliæ, veluti quae servantur pro usu ordinario domus, sicut lecti, tabulae, sedes, armaria, servitia ad tabulas, etc.

Itaque, in interpretando haec verba, argentum (*pecunia*) non est comprehensum, si non sit expresse mentionatum. Idem est de aliis mercatorum rebus. Non comprehenditur grex in legibus rerum mobilium, quia non est praesumendum quod si testator voluit comprehendere in legibus, ille praesertim designaret nomen.

Idem est de bibliotheca, secundum Cugnet, quodammodo Fèrièrè dicit quod illae sunt iudicatae res mobiles. Illas comprehendit in effectu naturali sub nomine rerum mobilium: *neque etiam res mobiles esse desinunt quae non nisi difficulter moveri possunt, veluti tabernaculum mercatorum, officina libraria, bibliotheca*, dicit Hoffacker. † et illae debent per consequens transire ad hereditatem rerum mobilium, sed non erunt point comprehensae in legibus rerum mobilium si non sunt mentionatae.

§ Princ.  
piae Juris  
Civilis.

Eusèbe de Laurière remarque une différence essen-

tielle entre les meubles et les immeubles: c'est que les immeubles se régient par la coutume du lieu où ils sont situés, tandis que les meubles suivent la personne et se régient selon la coutume de son domicile. Ainsi, le baron de Longueuil résidant dans le Canada Supérieur, ses meubles sont sous l'empire de la loi du Haut-Canada, tandis que sa baronnie est régie par la loi du Bas-Canada.

Les immeubles se divisent en propres, acquets et conquets, en biens nobles et roturiers ou en biens féodaux, censuels et allodiaux, comme nous l'avons vu ailleurs;—en biens des citoyens et en biens d'église, en biens publics et privés.

Les propres (*réels*) sont les héritages qui nous viennent par succession en ligne directe ou collatérale, ou par donation en ligne directe seulement.

Les acquets sont des immeubles que nous acquérons à titre onéreux ou à titre lucratif, comme de donation en collatérale et hors de l'état de mariage.

Les conquets, *bona cum alio conjunctim acquisita*, sont les immeubles acquis par les époux pendant la communauté.

La coutume distingue les différentes voies par lesquelles les biens s'acquièrent, soit par la loi, comme par succession, douaire, communauté, prescription; soit par donations entre vifs ou testaments, ou plutôt donations à cause de mort, seuls contrats dont elle traite, si ce n'est qu'elle mentionne par occasion la vente et le transport, tant est vrai que les contrats sont de droit romain.

## ARTICLE II.

Cet article qui est le 89<sup>me</sup> de la Coutume, dit que les *cédules et obligations faites pour sommes de deniers, marchandises ou autres choses mobilières sont meubles.*

On appelle cédule le *chirographum* des jurisconsultes, c'est-à-dire un bon ou billet sous seing privé.

Obligation, au contraire, se prend dans cet article et dans le sens propre pour un acte public passé par devant notaires, lequel portait naguères hypothèque, d'où la distinction de créanciers chirographaires et de créanciers hypothécaires. Les créanciers chirogra-

phaires, en cas de vente du débiteur, viennent à contribution sur les meubles, mais non sur les immeubles, si ce n'est les créanciers hypothécaires payés, à moins qu'ils ne soient créanciers privilégiés, car le privilège prime l'hypothèque.

Comme depuis l'Ordonnance des Bureaux Hypothèques, les actes notariés ne portent point hypothèque par eux-mêmes, et qu'il faut qu'elle soit stipulée, la distinction des créanciers hypothécaires et chirographaires peut être devenue d'une application plus restreinte, et le *bill* des hypothèques Cartier peut également lui préjudicier.

On pourrait demander si, de ce que cet article dit que les cédules ou obligations pour choses mobilières sont meubles, il ne s'ensuit pas, par un argument *contrario sensu*, que les cédules et obligations pour choses immobilières sont immeubles.

Il faut dire que l'article 89 de la Coutume est mal conçu, et que les cédules et obligations même pour choses immobilières sont meubles en général : elles sont meubles à l'exception de deux cas, dit Cugnet, et cela est ainsi, ajoute Lamoignon, dans ses *Arrêtés*, bien que les obligations emportent toujours hypothèque. — A plus forte raison doivent-elles être meubles en Canada, où les obligations ne portent plus hypothèque légale ou *ipso facto*.

Mais quels sont les deux cas où les cédules et obligations faits pour choses immobilières sont immeubles ?

C'est premièrement pour le remploi des propres de la femme. Si, pour payer ses dettes, il a fallu aliéner de ses immeubles, et que, les dettes payées, il reste une somme de deniers résultant de la vente, mais laquelle est encore entre les mains de l'acheteur, qui donne sa cédule ou son obligation, ces sûretés seront censées immeubles de manière à ne pas se confondre avec la communauté.

En second lieu, si la cédule ou l'obligation appartiennent à un mineur dont on a vendu l'immeuble ; parceque les deniers provenant de la vente des biens des mineurs participent de la qualité de la chose dont ils proviennent.

En cet article, les rédacteurs de la Coutume se sont

éloignés de l'avis de Barthole, qui voulait que les cédules et obligations constituassent une espèce de biens particulière.

### ARTICLE III.

Cet article, qui est le 90me de la Coutume, nous apprend que, bien que les ustensiles ou effets de maisons soient meubles en général, cela s'entend quand ils peuvent se transporter sans rien détériorer ; et que tout ce qui *tient à fer et à clou*, et tout ce qui est *scellé*, c'est-à-dire lié et incorporé à la maison comme accessoire, est immeuble.

Telles sont les armoires qui sont dans le mur, et les bibliothèques fixées de la même manière.

### SCOLIE.

On n'a jamais suivi en Canada l'article 91 de la Coutume, selon lequel le poisson quand il est dans un étang, est réputé immeuble.

### ARTICLE IV.

Cet article, qui est le 92me de la Coutume, porte que *le bois coupé, le grain, le blé ou le foin fauchés, sont réputés meubles ; mais que quand le grain est sur pied et pendant par racines, il est réputé immeuble.*

Un corollaire naturel de cet article, c'est que sa décision doit s'étendre à tous les fruits par un argument *a simili* : *fructus pendentes pars fundi videntur*. † On ne voit pas pourquoi on ne déciderait pas de même pour les fleurs.

On a aussi demandé si les fumiers, *feurs*, qui sont sur un fonds sont meubles ou immeubles.

Le jurisconsulte Ulpien décide très sagement que, s'ils sont amassés pour être vendus, ils suivent le vendeur et sont meubles ; mais que s'ils ont été amassés pour engraisser le terrain, ils suivent le fonds, et Guyot ajoute † que le vendeur du fonds ne peut se faire rémunérer pour les laisser.

† *Repert. de Jurisprudence, verbo fumiers.*

Mais la plus curieuse question à laquelle donne lieu l'article de la Coutume, se rapporte aux pierres qui

sont dans une carrière: sont-elles meubles ou immeubles?

M. de Laurière a posé la question avec force érudition pour le temps où il vivait. Mais aujourd'hui cette érudition est devenue plus que ridicule, car depuis qu'on a étudié la croute terrestre, on ne peut plus sérieusement chercher une solution de la question par les moyens qu'a pris ce jurisconsulte, en marchant sur les brisées des Romains. Il cite le jurisconsulte Ulpien, qui dit qu'il y a des lieux où les pierres renaissent, et Marcien, qui selon lui, établit la même chose dans la loi huitième du Digeste, *de acquirendo rerum dominio*; enfin Ortizius, voyageur en Espagne, qui y a vu un roc d'où l'on avait extrait de la pierre en assez grande quantité pour bâtir une ville, et qui cependant ne diminuait pas.

M. de Laurière cite ces autorités pour décider si les pierres que l'on tire des carrières sont, ou non, des fruits. En effet, si ce sont des fruits, la question est toute décidée, car il faut alors traiter les pierres comme les autres fruits; et selon lui, elles sont fruits dans les lieux où les pierres renaissent, chose bien extraordinaire, et qui cependant était encore répétée par Boucher d'Argis en 1784. Il était permis à des jurisconsultes romain d'ignorer une science qui n'a été connue que si tard; mais, de nos jours, de telles hypothèses sont ridicules.

C'est le lieu d'observer que l'on croit que les pierres ont été d'abord en fusion et proviennent particulièrement de la chrystallisation de divers sédiments avec l'eau. On cite dans le livre intitulé *Vestiges of Creation*, un curieux passage de sir John Herschell ayant rapport avec cette formation des pierres.

Les pierres peuvent-elles renaître autrement qu'en ce sens qu'il peut se former de nouveaux strata après un long laps de temps, ou une chrystallisation nouvelle de nouveaux sédiments avec l'eau?... M. de Laurière sans le savoir a entrevu que non aux pages 239 et 240 de son premier volume. Il est donc difficile de considérer les pierres comme des fruits, et Lebrun est très raisonnable quand il dit que les pierres font partie du fonds d'où elles sont tirées, qui diminue par conséquent de valeur.

Cependant, Férière dit que les pierres, tirées d'une carrière sont meubles, quoique encore sur les lieux. Boucher d'Argis et Laurières, suivant les Romains, sont de l'avis de Lebrun, excepté toujours le cas où les pierres renaissent ; mais comme elles ne renaissent point encore un coup *more fructuum*, la décision que les pierres sont immeubles comme faisant partie du fonds ne doit pas être restreinte : elle doit être absolue. La décision que nous donnons pour les carrières peut servir à décider par analogie touchant les ardoiseries, et peut-être les mines de charbon, les salines, etc.

#### ARTICLE V.

Cet article qui est le 93<sup>me</sup> de la Coutume, porte qu'une somme de deniers donnée par les ascendans à leurs enfans ou petits enfans en contemplation de mariage pour être employée en achat d'héritages, est réputée immeuble avant même que d'être employée.

On voit dans cet article un exemple d'immeuble par destination et de propre de communauté.

Le propre de communauté, par opposition aux conquets, est tout immeuble qui est distrait de la communauté. C'est un propre fictif, tandis que le propre réel s'appelle propre de succession.

Le propre de succession se subdivise en propre ancien et en propre naissant.

Le propre naissant est ainsi appelé parcequ'il ne commence à prendre nature de propre que dans la personne de celui à qui il échet.

Composons une ligne directe avec un père, un fils et un petit-fils. Le père acquiert un immeuble, il lui est acquet ou conquet selon les circonstances. S'il passe au fils, il lui est propre naissant, et s'il va au petit-fils, il lui est propre ancien.

Pour revenir au propre de communauté, Loysel et Renusson observent que les deniers dotaux sont réputés immeubles quelquefois pour les exclure de la communauté seulement, et quelquefois pour changer et régler l'ordre de la succession, au quel cas ce propre fictif se doit appeler propre de ligne.

On peut changer les suites du mariage quant aux biens, par deux sortes de stipulation, — par *réa-*

*lisation* de meubles et par ameublement d'immeubles.

Comme il arrive souvent que tous les biens de ceux qui contractent mariage ou de l'un d'eux consistent en argent comptant, et que ce serait un désavantage que tous ces biens tombassent en communauté, on peut établir par le contrat de mariage qu'une partie des meubles ou effets mobiliers sortira nature de propre au stipulant, etc.

Les contrats de mariage sont susceptibles à cet égard de trois ou quatre clauses, mais surtout de trois, qui sont bien usitées. Par exemple, une fille stipulera en se mariant, soit que les deniers lui seront propres, ou qu'il seront propres à elle et aux siens, ou enfin qu'ils seront propres à elle et aux siens de son estoc et ligne.

Par la première clause, dit Laurière, le mari renonce à la part qu'il aurait eue dans les deniers comme commun en biens avec son épouse; mais comme l'observe Cugnet, cette clause ne rend pas les deniers propres dans la succession de la femme, et ils vont au plus proche héritier, quel qu'il soit, avec la qualité de meubles, la fiction cessant.

La clause n'aurait pas un plus grand effet quand il serait dit que les deniers seront employés en achat d'héritages, puisque la stipulation n'est toujours qu'en égard à la communauté, et non en égard à la succession.

M. de Laurière a confondu mal à propos la clause à la femme et aux siens et la clause à la femme et aux siens de son côté et ligne, ne leur accordant pas plus d'effet à l'une qu'à l'autre. Selon lui, le mari qui consent à cette première stipulation renonce au droit qu'il aurait eu d'avoir la somme ou partie comme héritier mobilier de ses enfans, qui y succéderaient, les uns aux autres à son exclusion, et même les collatéraux lorsque le dernier enfant viendrait à décéder.

Au contraire, comme dit l'Extrait des Messieurs, † cette clause rend les deniers propres dans la succession directe de la femme, mais non au profit de ses collatéraux. † A. P.

“ S'il ne reste point de descendans, dit l'ancien *De-* † *Tomc*  
*vizart*, † le conjoint peut succéder, après la mort du *IV, p. 59.*

dernier au préjudice des collatéraux, qu'il exclut, parce que l'effet de la clause cesse."

Denizart exclut, ou il oublie du moins la ligne directe ascendante. " Le mot siens, dit Langlois, † comprend les enfans et descendans du conjoint, et à leur défaut, les ascendans, de sorte qu'elle empêche que l'autre conjoint survivant ne puisse succéder aux meubles stipulés propres, tant qu'il se trouvera des descendans et ascendans de l'autre conjoint : mais s'il n'y a pas d'ascendans, il peut succéder au dernier des descendans au préjudice des collatéraux.

† Opuscu-  
le sur la  
coutume.

La clause qui porte que les deniers seront propres à la femme et aux siens de son côté et ligne, qui est la plus usitée, a aussi beaucoup plus d'étendue que les deux autres, dit encore Denizart, car elle comprend les collatéraux, auxquels elle conserve les effets mobiliers stipulés propres. Ainsi, dans la seconde clause, le mari succède au dernier mourant des ascendans, s'il y en a, ou des descendans, tandis que dans la troisième, les collatéraux, tant qu'il y en a, succèdent au dernier ascendant, en sorte que, comme le remarque Langlois, elle a pour effet de perpétuer l'action en restitution dans la famille du prédécédé. Il sera très rare en effet que le mari puisse avoir prise sur les dits biens.

Le mari peut faire les mêmes stipulations que la femme, mais elles lui importent beaucoup moins, parce que, comme chef de la communauté, il est saisi des biens sur lesquels le propre est à prendre.

Ces stipulations s'éteignent :

1o Par le remboursement fait à la femme ou à ses enfans *majeurs*.

2o Par la confusion qui arrive lorsque les enfans succèdent à leur père et à leur mère en même temps.

3o Lorsque l'action est parvenue aux collatéraux.

Il est observé dans l'Extrait des Messieurs qu'une fille mineure mariée par son tuteur, peut se faire relever de l'oubli d'avoir stipulé les deniers dotaux propres.

Maintenant l'ameublement se peut faire de deux manières, soit que l'épouse ameublisse un immeuble absolument à l'effet de le faire entrer en

communauté, soit qu'elle ne l'ameublisse que jusque à concurrence d'une certaine somme ; dans ce dernier cas, ce n'est pas l'héritage qui entre en communauté, mais seulement la somme dont on est convenu, quoique cet héritage soit chargé de cette somme. Le mari ne peut donc vendre l'héritage sans le consentement de sa femme, au lieu qu'il le peut faire dans le premier cas.

De quelle utilité sera donc au mari l'ameublement restreint ? Il ne lui importera aucunement, à moins qu'il ne puisse affecter et hypothéquer l'immeuble jusque à concurrence de la somme pour laquelle l'épouse a consenti l'ameublement ; et bien qu'une telle faculté soit contraire à la maxime que pour hypothéquer il faut être propriétaire, Férière enseigne qu'il peut constituer l'hypothèque. †

Rien n'empêche que, de son côté, le mari n'ameublisse aussi des acquets ou héritages à lui appartenans pour les faire tomber dans la communauté.

Ce n'est point la Coutume de Paris qui mentionne les ameublissements ; mais ils s'étaient introduits en France par l'usage et furent autorisés par la Jurisprudence des Arrêts.

† *Dictionnaire de Jurisp. verbo Ameublissement.*

## ARTICLE VI.

Cet article qui est le 94<sup>me</sup> de la Coutume, porte :

1<sup>o</sup> Que les rentes constituées à prix d'argent sont réputées immeubles jusque à ce qu'elles soient rachetées.

2<sup>o</sup> Que quand bien même elles seraient rachetées, si c'est pendant la minorité de ceux à qui elles appartiennent, les deniers du rachat, ou le remploi d'iceux en autres rentes ou héritages, sont censés de même nature et qualité d'immeubles qu'étaient les rentes ainsi rachetées.

Cet article paraîtra clair avec quelques définitions et quelques notes historiques.

On appelle proprement rentes constituées la vente d'une somme d'argent qu'on nomme capital, à la charge par l'acquéreur ou débiteur d'en payer l'intérêt annuel au vendeur ou créancier au cas que la rente ne soit rachetée ; car l'acquéreur a le privilège de pou-

voir en tout temps se libérer de la rente en remboursant le capital avec les arrérages alors dus.

Joignez la définition du Dictionnaire de Férieré, laquelle est moins complète, mais où il est dit que la rente constituée est due à celui qui a livré une somme d'argent qui tient lieu de fonds. C'est l'esprit du droit Romain, car, dit Cujas, l'empereur Justinien range parmi les immeubles les revenus certains, *reditus certos* aussi bien que les rentes, *pensiones*, qui proviennent des immeubles. Pie V y est revenu le premier dans sa Bulle de 1568, qui a eu beaucoup d'influence sur le droit européen, et les rédacteurs de la Coutume ont suivi sa décision.

On a aussi suivi cette Bulle en ce qu'elle ordonne que toutes les rentes constituées soient rachetables à toujours.

La constitution de rente a beaucoup de rapport avec le prêt à intérêt, comme le remarque le docteur Léopold, † et c'est pour cela qu'elle a été le sujet de la législation canonique.

† Formules de tous les Actes

C'est un corollaire à cet article que les rentes foncières sont également réputées immeubles et même *a fortiori*.

C'est ce que l'on trouve très clairement exprimé la Nouvelle 160, qui résume notre article et qui le complète " l'une ou l'autre rente, dit-elle, se range entre les immeubles, même celle qui peut être rachetée, avant qu'elle ne le soit en effet."

La rente foncière est un contrat par lequel l'une des parties baille et cède à l'autre, une maison, une terre etc., qu'elle s'oblige à lui faire avoir à titre de propriétaire, sous la réserve qu'elle lui paiera une certaine rente annuelle en argent, grains ou autre chose qu'elle retient sur l'héritage, et que l'autre partie s'oblige à payer tant qu'elle possédera l'immeuble baillé, car la rente est due par l'immeuble et non par le preneur, qui n'est tenu qu'autant qu'il est en possession.

Cette rente peut-être pour un temps fixe ou à perpétuité, suivant la convention, ou plutôt, si la durée du bail n'est pas fixée, elle ne peut jamais être rachetée.

Mais l'acte 19 et 20 Vict. chap 53 dit que les rentes foncières non rachetables ne seront plus permises sur

des terres tenues en franc et commun socage ou en franc-aleu roturier, et que telles rentes seront toujours rachetables.

Par l'acte seigneurial 18 Vict. chap. 3, la valeur annuelle des droits seigneuriaux sur chaque fonds, est convertie en rentes constituées.

Par celui de la septième, l'enregistrement des titres conservera l'hypothèque de cinq années d'arrérages (seulement) avec celle de l'année courante.

Et par l'acte 19 et 20 Vict. chap. 59, une opposition à fin de charge peut-être produite pour la conservation des rentes constituées et viagères, quand elles sont garanties sous le privilège de bailleur de fonds.

#### SCOLIE.

L'article 95 de la Coutume n'est point en force, comme on le voit dans l'Extrait des Messieurs, où on n'en trouve cependant pas la raison, qui est :

1<sup>o</sup> Parce qu'il fut abrogé par Edit de 1683.

2<sup>o</sup> Surtout, parcequ'il n'y a jamais eu d'Offices Vénux en Canada,

## CHAPITRE II.

---

### DE LA PRESCRIPTION ET DE LA POSSESSION.

---

Ce chapitre répond au titre septième de la Coutume.

On peut décrire la prescription, d'après le motif qui l'a fait établir, un droit qui a sa raison d'être dans le délai *ex tempore congruens*, et qui prend sa force de l'autorité de la loi, qui éconduit les négligens, pour qu'il y ait une fin aux litiges. (*Joannes Andreas.*)

Il y a deux sortes de prescription, l'une pour se libérer des obligations que l'on a contractées, et l'autre pour acquérir la propriété des biens, qui est la prescription des Romains appelée usucapion.

Les Conférences Théologiques de Montréal ajoutent que la prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer dans un certain intervalle de temps et aux conditions prescrites par la loi ; et en effet, la prescription déroge au droit commun : ses privilèges ne doivent donc jamais s'étendre au delà des dispositions expresses de la loi, et il faut assujettir toute cette matière à une règle d'interprétation restrictive.

Or pour que la prescription soit un moyen légitime d'acquérir la propriété, il faut ordinairement cinq conditions.

1<sup>o</sup> Que l'objet soit prescriptible et que l'on puisse

prescrire contre la personne qui en est maîtresse.

2o La bonne foi.

3o Un titre légitime.

4o La possession.

5o le temps requis par la loi.

Il ne faut guères que la première et la cinquième condition pour ce qui est de la prescription pour se libérer.

*Primo.*—Il y a imprescriptibilité absolue et imprescriptibilité relative.

On appelle absolument imprescriptibles les choses qui sont hors du commerce comme la mer, les fleuves, et l'homme aussi, devons nous dire, malgré l'usage contraire mais odieux de certaines nations. On peut le dire en quelque sorte des biens publics ; l'imprescriptibilité pourrait aussi être appelée relative dans ce cas : mais on dit proprement que l'imprescriptibilité est relative, par exemple, quand l'on pourrait prescrire si la personne n'était point privilégiée ; ainsi, il y a des personnes qu'on retranche dans le droit commun, comme les femmes sous puissance de mari, les mineurs et les personnes privées d'intelligence ou lunatiques. (\*)

*Secundo.*—On entend par titre la cause pourquoi on possède. Les canonistes et les jurisconsultes distinguent quatre espèces de titres : le titre véritable, le titre présumé, le titre coloré, *coloratus*, et le titre vicieux.

Le titre véritable est celui avec lequel on n'a pas coutume d'avoir besoin d'invoquer le secours de la prescription, comme un acte de vente en bonne forme.

Le titre présumé, ou factice, est celui qui est censé exister, quoiqu'il n'existe pas en effet.

Le titre coloré est celui qui, par sa nature, suffirait pour transférer le domaine, s'il n'était nul à cause d'un défaut caché, tel que l'achat fait de bonne foi à celui qui n'est ni le maître de l'objet, ni le commissionnaire du maître.

Le titre vicieux est celui qui, par sa nature, ne peut transférer le domaine, comme le dépôt, le louage, ainsi

---

(\*) Voilà, je l'avoue, les dames en belle compagnie !

qu'il est dit dans le Décret de Gratien et le Code Justinien. C'est ce que rendent les modernes en disant qu'il faut posséder *pro se et animo domini*, et non à titre de précaire, comme le dépositaire, le locataire, l'emphytéote, l'usufruitier et l'usager, d'où la maxime : *melius est non habere tutulum quam habere vitiosum*.

On voit donc que le titre vicieux éloigne la prescription, et que le titre véritable n'est pas nécessaire : le titre présumé et le titre coloré peuvent donc seuls nous occuper.

Or, si l'on veut savoir quel est celui de ces titres qui est requis, il faut se rappeler qu'il y a deux sortes de prescriptions de long temps, la prescription de 10 et 20 ans, et la prescription plus longue. Le titre coloré est requis et suffit pour celle de 10 et 20 ans, pourvu cependant, disent les Conférences Théologiques de Montréal, (\*) que le défaut caché dont on a parlé dans la description du titre coloré, ne vienne pas d'un défaut de formes, car l'ignorance de droit n'excuse pas aux yeux de la loi.

Le titre présumé n'est suffisant que pour la prescription appelée par les jurisconsultes *longissimi temporis*, comme de 30 à 100 ans.

*Tertio*.—La bonne foi requise pour prescrire n'est autre que la croyance sincère que la chose que l'on possède est sienne.

Elle est requise, parce que le législateur ne peut ni ne veut favoriser la mauvaise foi ; c'est pourquoi il est dit dans le *Sexte* de Boniface VIII ; *possessor malae fidei ullo tempore non praescribit*.

Cependant le droit civil se montre très libéral, et, contrairement au droit canon, il ne requiert la bonne foi qu'au commencement. Ainsi le tiers détenteur qui a commencé sa jouissance avec un titre, dans le cas où il eu faut un, et avec bonne foi constatée, et qui a continué de jouir effectivement, avec ou sans bonne foi, prescrit.

Sans aucun doute, la loi civile désire la bonne foi

---

(\*) Ce travail, souvent cité dans ces Commentaires, a été rédigé par l'abbé Villeneuve.

jusque à la fin ; mais elle a jugé apparemment qu'il n'était pas nécessaire au bien public qu'elle s'enquit de la bonne foi durant toute la possession, pourvu qu'elle fût prouvée quant à l'origine : *quando lex civilis bonam fidem non requirit, illam supponit*, disent encore les Conférences Théologiques de Montréal.

Mais M. de Férière prétend néanmoins qu'on a dû se conformer au droit canon, qui réforme en cela le droit civil : *jus canonicum dicitur reformare jus civile*.

*Quarto*.—La possession requise pour prescrire est la détention publique et paisible, *non vi, non clam nec precario*, d'une chose, ou l'exercice d'un droit, *animo domini*, par soi-même ou par un autre.

Domat a traité simultanément avec raison de la prescription et de la possession, parce que c'est principalement par la possession que s'acquiert la prescription, et qu'ainsi l'une est comme la cause, et l'autre, l'effët ; de là la règle : *sine possessione praescriptio non procedit*.

De là aussi, celui qui ne peut pas posséder, comme certains religieux, ne peut prescrire.

Hoffacker † nous enseigne avec clarté la division de la possession en possession naturelle et en possession civile. § *Principia Juris Civis*.

Ceux-là n'ont qu'une possession naturelle, qui ne possèdent pas *animo domini*, tels que ceux que nous avons énumérés comme possédant par souffrance ou bail d'autrui ; ou qui possèdent *animo domini*, mais sans titre valable. (\*)

La possession est civile quand le détenteur possède avec l'affection légitime de maître : *ut aliquis civiliter possideat*, dit encore Hoffacker, *requiritur 1o ut habeat animum et affectum dominii ; 2o utque animus ille domini sit justus, qualis aestimatur ex titulo et bona fide possessoris*.

Si l'on demande maintenant combien de temps il

---

(\*) *Et ei naturaliter possident qui animum dominii habent, sed quem jure habere nequeunt, unde mala fide quis possidere dicitur. Hujus generis est possessio eorum qui clam, vi vel precario possident.*

faut posséder pour prescrire, il faut dire qu'on a un titre coloré ou qu'on n'en a pas.

Si l'on a un titre, la possession de dix ans suffit contre présents, et celle de vingt ans contre absents pour la prescription des immeubles.

Nous tâcherons d'établir plus bas ce qu'on doit entendre par absents et présents.

Quand on a une fois décidé ce que c'est qu'absents et présents, si le maître a été en partie présent et en partie absent, il faut ajouter autant d'années qu'il a été absent ; ainsi s'il a été cinq ans présent et cinq ans absent, on prescrira contre lui par quinze ans.

S'il n'y a point de titre, ou il s'agit de biens prescriptibles par le temps ordinaire avec titre, ou de biens imprescriptible ou du moins qui ne se prescrivent pas par le temps ordinaire. *Si prius*, nous verrons dans un des articles plus bas quel temps il faut pour prescrire sans titre ou avec un titre présumé, ce qui revient au même. *Si posterius*, les Conférences Théologiques de Montréal disent que ce que la raison même ne déclare pas imprescriptible, mais seulement la loi, se prescrit ordinairement par cent ans ; et l'article 119 semble autoriser ce principe par ces mots *encore qu'il y eût cent ans.* ( ) C'est ainsi encore que le législateur reconnaît que l'usage déroge ordinairement à la loi, quand il a soin de dire *nonobstant toute coutume à ce contraire.*

La prescription triennale des Romains a-t-elle lieu pour les meubles ?

Nous croyons qu'il n'en faut pas tant, et qu'on peut s'en tenir à la maxime du chancelier d'Aguesseau : *en fait de meubles, possession vaut titre.* Il incomberait donc au véritable maître de prouver lui-même que l'objet n'est entre les mains de celui qui le possède qu'en vertu d'un prêt ou d'un dépôt.

Quant aux droits et actions, dont nous n'avons point encore parlé, et qui sont meubles ou immeubles *prout tendunt ad mobile aut immobile*, on suit le titre XL du Code Justinien, qui porte que les actions personnelles

---

(\*) Il faudrait toujours excepter néanmoins la faculté de rachat de rentes constituées.

se prescrivent par 30 ans de silence de la part de celui qui a droit de les intenter, à moins que la loi n'établisse pour des raisons particulières, une prescription moins longue.

Ainsi nous avons vu que les arrérages de rentes constituées se prescrivaient par cinq ans, tandis qu'on pouvait demander 29 années d'arrérages de cens et rentes.

Il en est de même des billets promissoires par l'acte 12 Vict. chap. 22.

Le juge Meredith a jugé que les loyers de maison se prescrivent par cinq ans; mais il se fonde sur le code Michaud.

Par l'acte de la même année, chapitre 43, les actions des avocats contre leurs clients sont aussi prescrites par cinq ans; comme ils n'est rien dit des notaires, ils ont donc trente ans pour recouvrer leurs honoraires, selon la règle *inclusio unius fit exclusio alterius*.

Les actions des shériffs, greffiers et huissiers se prescrivent par trois ans.

Dans ces exemples le législateur a cru devoir abrégé la prescription; dans d'autres cas au contraire, il croit devoir la prolonger. Ainsi l'action des médecins qui ne durait qu'un an par la coutume, dure cinq ans, en vertu de l'acte 10 et 11 Vict., chap. 26; et l'acte 10 et 11 prolonge encore davantage la prescription contre l'action des marchands, qui ont six ans pour exiger le paiement de leurs comptes.

Maintenant, *quid* de la suspension, *quid* de l'interruption de la prescription?

La prescription est suspendue quand le maître est réputé incapable par la loi: c'est pourquoi elle déclare imprescriptibles les biens des mineurs et des femmes sous puissance de mari: *contra non valentem agere non currit prescriptio*.

Il n'en est point toujours ainsi de la prescription pour se libérer, et il est de principe que *quæ pereunt tempore, pereunt minoribus*.

On a demandé en second lieu ce que c'était que l'interruption de la prescription.

Or, il y en a de deux sortes, l'interruption naturelle et l'interruption civile.

L'interruption naturelle arrive quand le détenteur vient à être privé de la possession durant une période de temps qui dépasse l'an et jour.

L'interruption civile a lieu quand le détenteur est troublé dans la possession de la chose par un acte conservatoire ou inquiétation judiciaire.

S'il était vrai comme le prétend Férière, qu'on se conforme au droit canonique, l'inquiétation extrajudiciaire suffirait, pourvu qu'elle constituât le possesseur en mauvaise foi, par exemple en exhibant les vrais titres.

Maintenant, quelle différence y a-t-il entre l'interruption et la suspension de la prescription ?

Elles diffèrent essentiellement en ce que, quand la prescription est interrompue, soit naturellement, soit civilement, on compte pour rien les années qui précèdent l'interruption; en d'autres termes, c'est en vain qu'on a possédé pendant l'an et jour, si on n'intente pas l'action possessoire dans le temps voulu, et c'est aussi en vain qu'on a possédé neuf années un immeuble, si on est inquiété judiciairement avant les dix ans expirés; tandis que quand la prescription n'est que suspendue, on ajoute les années qui précèdent la suspension à celles qui la suivent.

Il est bon de citer, au sujet de l'interruption de la prescription deux principes émis par Domat :

1o Lorsqu'un héritier qui était absent n'entre en possession de l'hérédité que quelque temps après l'ouverture de la succession, l'intervalle sans possesseur, n'interrompt pas la prescription, car l'hérédité tient lieu de maître; *hereditas dominae locum obtinet*.

2o Les voies de fait n'interrompent pas la prescription.

La saisine ayant rapport à la prescription et à la possession, nous placerons ici l'article 86 de la Coutume, qui porte que quand le possesseur d'aucun héritage ou droit réel réputé immeuble, est troublé et empêché en sa possession et jouissance, il peut et lui loist se plaindre et intenter poursuite en cas de saisine et nouvelleté dans l'an et jour du trouble à lui fait au dit héritage ou droit réel, contre celui qui l'a troublé.

Il est dit la même chose à l'article 1er du titre C<sup>o</sup> Code Civil, et l'article 87 de la Coutume ajoute qu'on ne peut se plaindre que pour universalité de meubles, et non pour un meuble particulier.

L'article de l'Ordonnance est ainsi conçu :

Si aucun est troublé en la possession et jouissance d'un héritage ou droit réel, ou universalité de meubles qu'il possédait publiquement, sans violence, et à autre titre que de fermier ou possesseur précaire, (\*) il peut dans l'année du trouble, former complainte en cas de saisine et nouvelleté contre celui qui a fait le trouble.

On voit comment cette disposition se rapporte à la prescription, en ce que la prescription de l'action est annale ; voici maintenant comment elle se rapporte à la possession.

Il y a en France, dit Eusèbe de Laurière, selon nos anciens praticiens, deux espèces de possession, la naturelle, qui n'est autre chose que la simple détention de la chose, et la civile qui s'acquiert par l'an et jour, et qui s'appelle saisine.

L'action en complainte est imitée de l'interdit *uti possidetis* des Romains, et elle se subdivisait encore, comme l'interdit *retinendæ possessionis*, si l'on était simplement troublé, et comme l'interdit *recuperandæ possessionis*, quand on l'intentait pour éviction ou dissaisine.

Le président Simon de Buci établit le premier que celui qui serait expulsé de l'héritage dont il était possesseur, n'en perdrait que la possession de fait, et en conserverait la saisine, (la dissaisine s'appelait nouvelleté ; ) et qu'en conséquence, on n'intenterait plus l'interdit *recuperandæ*, (\*) mais seulement l'interdit *retinendæ possessionis*, en se disant le possesseur civil.

Mais, dira-t-on, le maître n'interrompt donc pas la

---

(\*) Avec ou sans titre, selon Pothier et Laurières.

(\*) La remise en possession se retrouve dans le droit anglais sous le nom de Replevin.

prescription, puisque l'autre est maintenu dans la possession, et pourquoi requérir 10 et 20 ans de possession, puisque l'on peut prescrire par l'an et jour ?

Sur quoi il faut noter que celui qui intente la complainte ne plaide que la simple possession, sauf à l'autre à prouver sa propriété. Celui-ci interrompt en effet la prescription ; mais il est de principe que la possession fait preuve *prima facie* : *in dubio pro possessore respondendum*, dit le droit Romain. Il faut donc que celui qui est troublé ou évincé soit d'abord remis en possession, tant parce qu'on ne peut se faire droit à soi-même, que parce que quand on a la présomption contre soi, il n'est que juste que l'on prouve qu'on est propriétaire. Le détenteur possède il est vrai, mais il ne prescrit plus dès qu'il est inquiété judiciairement, parceque, s'il est nécessaire de posséder pour prescrire, ce n'est point encore prescrire que posséder, même par possession civile ou saisine, bien que cela ait en effet un rapport véritable avec la prescription.

Autrfois le possesseur n'avait point en sa faveur que la complainte, mais de plus, ce qui a été appelé simple saisine, c'est-à-dire que selon le Grand Coutumier, et l'article 88 de la Coutume, celui qui avait oublié d'intenter complainte dans les délais, pouvait intenter la simple saisine pour être remis en possession, après l'an et jour jusque à dix ans ; mais la simple saisine, que le Code Civil n'admet point, tomba en désuétude lorsque les actes vinrent à être rédigés par écrit et devant notaires, et, pour la même cause, la complainte devint aussi moins fréquente.

*Fundamental Principles of the Laws of Canada.*

Si M. Doucet † eût lu la glose d'Eusèbe de Laurière, il n'aurait probablement pas dit de l'article 88 : *this article is full of absurdity ; it is unintelligible, and is no more in use.*

Les articles 86, 87 et 88 composent tout le titre quatrième de la Coutume.

Il n'est parlé dans le titre sixième que des prescriptions de six mois (A. 126,) d'un an (125 à 127,) de 10 et 20 ans (113 à 114,) de 30 ans (118, 120, 123,) et de 40 contre l'Eglise (123.)

Bien que la Coutume ne parle de la prescription de 40 ans que contre l'Eglise, on conclut que la prescription de 40 ans contre l'action mixte, c'est-à-dire personnelle jointe à la réelle, doit être admise, non seulement en vertu de la loi romaine *cum notissimi* au Code, mais parce qu'elle est mentionnée dans le Grand Coutumier.

Notre Statut 18 Vict. chap. 100 porte que tout chemin en usage pendant dix ans ou plus, sera censé chemin public.

## ARTICLE I.

### DE LA PRESCRIPTION BRIÈVE.

Cet article, qui comprend les articles 127, 127 et 128 de la Coutume, porte :

I.—*Que les marchands, gens de métiers et autres vendeurs de marchandises et denrées en détail comme boulangers, pâtisseries, bouchers, rôtisseurs, cuisiniers, tailleurs, selliers, maréchaux ferrans et autres semblables, ne peuvent intenter action après six mois du jour de la première délivrance, à moins qu'il n'y ait arrêt (convention) de compte, billet ou obligation, sommation ou demande judiciaire.*

II.—*Que les drapiers, merciers, épiciers, orfèvres, marchands, grossiers [en gros] (\*) maçons, charpentiers,*

---

(\*) L'ordonnance de 1701 désigne ainsi les marchands en gros : " Seront censés et réputés marchands et négocians en gros tous ceux qui feront leur commerce en magasin, vendant leurs marchandises par balles, caisses ou pièces entières, et qui n'auront point de boutiques ouvertes ni étalage ou enseignement à leurs portes ou maisons."

*couvreurs, barbiers, serviteurs, laboureurs et autres mercenaires ne peuvent faire action après un an passé, à compter de la délivrance ou vacation [travail,] à moins qu'il n'y ait cédula ou billet, obligation ou interpellation judiciaire.*

Car dans ce cas, l'action dure 30 ans, comme les autres actions personnelles, comme en avertit Brodeau sur l'article 126 de la Coutume, et c'est le cas pour la généralité des prescriptions brièves, excepté les billets promissoires par l'acte 12 Victoria.

La partie de cet article qui regarde les marchands le cède au statut 10 et 11 Vict. chap. 11, qui leur accorde six années.

Cette disposition s'applique aux marchands tailleurs, sinon au tailleur qui n'a qu'une échope et à qui on fournit les étoffes.

Les actions des municipalités pour amendes se prescrivent par six mois.

Les serviteurs devons intenter certaines actions contre leurs maîtres dans les trois mois; mais ils ont un privilège pour deux années de gages.

L'action des journaliers se prescrit par 40 jours.

Notre article porte en troisième lieu que les taverniers et cabarétiers n'ont aucune action pour ce qu'ils vendent dans leur maison par assiette et en détail; et c'est, si nous en croyons M. de Férière, parceque les gens de métiers et de basse condition sont ordinairement de mauvaise foi!

Sans nous arrêter à cette sentence doctorale, nous remarquerons que le droit français réputait ces dettes, dettes odieuses, et ne permettait pas aux cabarétiers de déférer le serment. On peut voir dans les archives du pays grand nombre de jugemens de la Prévôté de Québec déboutant des cabarétiers.

Mais l'usage *ultra legem* interprète l'article 128 de la Coutume, en ce que, comme dit l'Extrait des Messieurs, il s'est établi une distinction entre les forains ou passans, et les domiciliés dans l'endroit, auxquels seuls on applique l'article. Les forains peuvent être poursuivis pour la dépense de bouche qu'ils ont faite, et pour plus ample sûreté, on souffre que les cabaratiens retiennent les chevaux et les valises comme gage.

Les commentateurs enseignent sur les articles 126

et 127 que les personnes y désignées peuvent en tout temps intenter leur action, mais que, tandis qu'elles sont reçues à leur serment, si elles intendent dans les six mois ou l'an suivant le cas, elles sont obligées de le déférer si elles poursuivent après le délai fixé.

Non seulement cette doctrine est contraire aux paroles du texte *ne peuvent faire action* ; mais elle l'est aussi au sens commun.

Les prescriptions brièves, dit-on, sont fondées sur une présomption de paiement. Or une présomption n'est pas une preuve entière : il faut la compléter par le serment. Mieux vaudrait dire infiniment que l'article de la Coutume ne sera point observé, car par le moyen-terme qu'on a adopté, on s'est mis dans un malencontreux dilemme. Je suis assigné pour dette devant la magistrature, et je plaide prescription. Le juge veut-il que je jure que j'ai effectivement payé ? Je lui dirai : votre Honneur prétend-elle m'inviter à me parjurer ? car puisque je plaide prescription, j'admets par-là même que je n'ai point payé. Toute prescription, une fois admise, est une exception ; or, dit Paulus : *actio exceptione infirmata pro nulla*. Qu'on nie les prescriptions brièves, à la bonne heure ; mais à moins, je me bornerai à demander qu'on n'injurie point le bon sens. (\*)

## ARTICLE II.

### DE LA PRÉSCRIPTION DE 10 ET 20 ANS.

Cet article, lequel comprend les articles 113, 114 et 115 de la Coutume, porte :

I. Que si quelqu'un a joui ou possédé un héritage ou rente à juste titre et de bonne foi, soit par lui ou ses

(\*) Il n'y a rien de plus absurde que ces expressions d'un projet de loi de l'hon. L. V. Sicotte concernant les donations : — *and the debtor of such rent, after three years arrears thereof have become due, may plead prescription in bar of any action at law brought after such three years, for the payment of such rent, upon offering his oath that the rent has been paid and discharged*. Si ces lignes ont du sens, elles indiquent le faux serment, car si le serment est vrai, la prescription est tout-à-fait hors de cause.

prédécesseurs dont il a le droit et cause, franchement et sans être inquiété, par 10 ans entre présents et 20 ans entre absents, il acquiert prescription du dit héritage ou rente.

II. Qu'il faut répéter la même chose d'une rente [charge] ou d'une hypothèque prétendues sur un héritage ou sur une rente.

III.—Que si un héritage ayant été vendu chargé de rente, est aliéné par le débiteur, le tiers détenteur prescrit la rente, quand même elle continuerait d'être payée par celui qui l'a constituée ou autre.

Mais cette prescription n'a cours si le créancier de la rente a eu juste titre d'ignorer l'aliénation, comme si le débiteur originaire de la rente était toujours demeuré en possession de l'héritage par le moyen de location, rétention d'usufruit, constitution de précaire, tant que dure la rétention du dit débiteur.

1o On voit par le premier paragraphe de notre article que l'on prescrit tant par soi que par ses prédécesseurs. Si, dit Domat, un possesseur vient à mourir avant qu'il n'ait acquis la prescription, et que son héritier demeure en possession, on assemble le temps de la possession de l'un et de l'autre, et la prescription est acquise à l'héritier après que la possession de son-auteur et la sienne ont duré le temps requis pour prescrire. Et il en est de même de la possession de l'acheteur jointe à celle du vendeur, de la possession du donataire jointe à celle du donateur, et de celle du légataire jointe à celle du testateur.

L'article ajoute, pourvu qu'il ne soit inquiété.

Or par inquiétation, Laurière, sur Paris, et d'Argentré sur la Coutume de Bretagne, entendent l'inquiétation judiciaire.

2o Laurière dit aussi, et avec raison, que l'article 113 est pour la prescription des fonds et des rentes, et l'article 115. pour la prescription des charges et hypothèques imposées sur les rentes.

C'est bien ce que donne à penser en effet la fin de l'article 115, *contre toutes rentes prétendues sur le dit héritage ou rente.*

Mais cela fait voir que l'article est très mal conçu; car on y parle de rente sans distinction comme dans l'article 112 : *quand aucun a joui d'héritage ou rente.*

Mais quand le dit article ajoute, *sans inquiétation d'aucune rente ou hypothèque*, il est clair que le mot *rente* ici n'est point la même chose que le mot *rente* au commencement et qu'il y a abus de mots, ce qui est encore plus démontré par la fin de l'article déjà citée, car il est bien difficile qu'une rente soit chargée d'une rente; mais une rente en tant quelle est réputée immeuble, peut être chargée et hypothéquée.

Le résultat des articles 113 et 114 est que le tiers détenteur ne prescrit pas seulement le fonds ou la rente, mais en même temps l'hypothèque ou charge; il n'y a point de différence entre ces deux cas, dit Cugnet † sinon que, par le premier, le domaine est acquis, et que par le second, la chose acquise est li-

† Traité  
des An-  
ciens  
Lois de  
Proprété

30 L'article 128 décide une question longtems débattue tant entre les canonistes qu'entre les vieux glossateurs du Droit Romain.

La Nouvelle de Justinien, autrefois suivie en France, mais qui ne le fut plus après la rédaction de la Coutume, porte que le créancier doit s'adresser au débiteur et non au tiers détenteur, en sorte que si le tiers détenteur prescrivait, ce n'était qu'après que le débiteur avait été discuté, parce que le créancier ne pouvant agir auparavant contre lui, il y avait lieu à la maxime: *contra non valentem agere non currit proscriptio*. Ita Bohy et Durandus, sur le Droit Romain, Chasseneux sur Bourgogne, Martinus et autres, de manière que dans le fait, le tiers détenteur ne prescrivait pas tant que le débiteur payait.

Neguzantius et Felicianns pensaient au contraire que le tiers détenteur prescrivait à compter du jour de sa possession.

La question avait été diversement jugée dans les Parlemens. Quoique l'on doive penser de cette jurisprudence contradictoire, il demeure vrai que le créancier n'a aucun droit de poursuivre en paiement le tiers détenteur tant qu'il est payé de sa rente par le débiteur ou autre; mais depuis la rédaction de la Coutume, contrairement au Droit Romain, le créancier, tout en se faisant payer par le débiteur, avait l'action

hypothécaire contre le tiers détenteur, ce qui apparaît mieux dans le Grand Coutumier et dans la Coutume d'Auxerre que dans la Coutume de Paris.

*Si aucun, dit l'article 95 d'Auxerre, vend rente sur ses héritages, le vendeur ou ses héritiers seront premièrement contraints de payer les dites rentes et arrérages avant le tiers détenteur; et tant que le dit rentier pourra être payé du dit vendeur ou de ses hoirs, il ne pourra contraindre le tiers détenteur à payer, ou délaisser le dit héritage. Mais le rentier aura bien déclaration d'hypothèque contre le dit détenteur, si bon lui semble, pour soi adresser contre lui au temps à venir; si mestier est, et pour interrompre la prescription.*

Nous terminerons cet article par une observation très juste qui se trouve dans l'*Extrait des Messieurs*, et qui se rapporte aux articles 113 et 114; c'est que les mots *tant par soi que ses prédécesseurs* se rapportent à la jouissance et non à la bonne foi; du moins cela est conforme aux maximes du droit civil, et quand même l'héritier ou successeur ne serait pas de bonne foi, la bonne foi de son auteur lui profitera.

### ARTICLE III.

---

#### DE CEUX QUI SONT RÉPUTÉS PRÉSENTS,

---

L'article 116 de la Coutume dit que ceux là sont réputés présents qui sont demeurans en la ville, Prévôté et Vicomté de Paris.

Cet article est très bien tourné dans l'*Extrait des Messieurs* de manière à convenir au Canada, en ces termes :

*Sont réputés présens ceux qui sont demeurans dans la Province.*

En effet le principe consacré par l'article de Paris, est qu'on répute présens ceux qui demeurent dans une même Coutume.

Ainsi, on ne réputait pas présens tous ceux qui demeureraient dans le ressort du Parlement de Paris, mais comme il y avait plusieurs coutumes dans ce ressort, si celui qui demeurait dans le Parisis passait en Auvergne ou dans le Forez, pays coutumiers également du ressort du Parlement de Paris, il était réputé absent.

Mais en Canada, n'y ayant qu'une coutume, tous les Canadiens étaient présens. Quand il y eut deux provinces, et maintenant que malgré l'union, il subsiste deux sections d'une même Province, distinctes par leur législation, et pour lesquelles le Parlement lui-même législate souvent privativement, ceux-là sont présens, quant à la prescription, qui demeurent dans le Bas-Canada régi en entier par la Coutume de Paris.

L'*Extrait des Messieurs* ajoutait comme explication : Cet article marque que ceux qui sont demeurans en même juridiction ou Province sont réputés présens à l'égard de la prescription.

Le mot juridiction est à sa place dans cette explication, car il n'y avait qu'une seule coutume dans un même ressort d'appel, composée par le Conseil Exécutif. On a également pu dire avec vérité dans les Conférences Théologiques de Montréal *ii sunt presentes qui degunt sub potestate*, ressort, *ejusdem tribunalis vulgo dicti* Cour d'Appel.

On peut censurer en toute sûreté, du moins quant à la matière de la prescription, cette description que l'on trouve dans un *Manuel* publié en Canada : *Par absent, l'on entend celui qui ne demeure pas dans le même District.*

## ARTICLE IV.

### DE LA PRESCRIPTION SANS TITRE.

Cet article, qui comprend les 118, 120 et 123 articles de la Coutume, porte :

I.— Que si quelqu'un a possédé de la manière prescrite dans les articles plus haut, un héritage, rente ou autre chose prescriptible durant 30 ans, il a acquis prescription entre âgés et non privilégiés, *supposé (quand même) qu'il ne montre point de titre.*

II.— Que la faculté donnée par contrat de racheter quand on voudra un héritage ou rente de bail d'héritage, se prescrit par 30 ans entre âgés et non privilégiés.

III.— Que le cens, qui exprime la directe seigneurie, se prescrit par seigneur contre seigneur par 30 ans entre âgés et non privilégiés, et 40 ans, si le seigneur contre lequel on prescrit est l'Eglise, s'il n'y a titre ou reconnaissance du dit cens, ou que le détenteur ait (*n'ait*) acquis l'héritage à charge du cens.

1o Sur le premier paragraphe de notre article, il est à remarquer qu'il y a des commentateurs qui entendent ces termes de l'article 118, *supposé qu'il ne fasse apparoir de titre*, comme s'il y avait, pourvu qu'il n'y ait point de titre qui fasse voir le vice de la possession, selon la maxime *melius est non habere titulum quam habere vitiorum*. Ainsi pense Cugnet, mais cette construction n'est pas naturelle, et le principe que les rédacteurs de la Coutume ont voulu consacrer est sans doute qu'il n'y a pas besoin de titre pour prescrire par 30 ans, d'où la maxime du barreau *possideo quia possideo*.

2o L'article 120 ou le second paragraphe de notre article n'est point une particularité de la Coutume de Paris, comme on le voit par le témoignage de Jérôme Laurentius, décision 129, de Coquille, question 260 ; de d'Olive, livre II chap. 22, et de Denizart, au mot Rentes Foncières.

3o Nous sommes justifiés d'ajouter une négation à l'article 123 par ce passage de M. de Laurière en explication des mots *s'il n'y a titre ou reconnaissance* :

“ Quand un tiers détenteur a passé reconnaissance au profit d'un seigneur, ou quand il a acquis l'héritage à la charge de payer le cens à ce seigneur, si le tiers détenteur passe des reconnaissances contraires, et paie le cens à un autre seigneur, cet autre seigneur ne prescrira point le cens contre le premier même par 30 ans.

Les cens et rentes étant abolis, l'article 123 ne peut demeurer en force que pour le passé.

Au reste Cugnet fait sur le peu de discussion de cet article des observations assez curieuses, et qui sont fondées sur ce que toutes les seigneuries canadiennes furent arpentées, et qu'elles avaient leurs titres, lesquels étaient enregistrés es archives du Conseil Souverain de Québec et de l'Intendance avec le dénombrement de chaque terre, en sorte que personne ne pouvait s'attribuer facilement plus de propriété que son titre ne lui en accordait. Il cite le jugement de l'Intendant Hocquart du 16 Juillet 1731, rendu entre les seigneurs de La Noraye, de St. Sulpice et de Repentigny qui, dit-il, fixait la jurisprudence du pays, (c'était un Arrêt de règlement,) et qui portait que ces trois seigneuries seraient arpentées conformément à leurs titres et que les censitaires paieraient suivant l'arpentage, selon l'article 123 de la Coutume, qui veut qu'il n'y ait aucune prescription contre titre.

Cugnet remarque aussi qu'il était d'usage, tant pour constater le front que pour déterminer la profondeur des seigneuries, de tirer des traits carrés de façon que tout ce qui se trouvait en dehors des dits traits carrés, était un bénéfice de la concession.

Ce qui importe le plus aujourd'hui dans l'article 123, c'est la mention qu'on y trouve de la prescription de 40 ans contre l'Eglise.

En effet, bien qu'il ne parle de la prescription contre l'Eglise que pour les biens seigneuriaux, les commentateurs étendent sa décision à tous les biens ecclésiastiques par un argument *a simili*, l'article ne mentionnant ici qu'en passant la prescription de 40 ans, comme l'article 119 mentionne celle de 100.

## ARTICLE. V.

### DES CHOSES IMPRESCRIPTIBLES.

Cet article, qui comprend les 119, 124, 186 (tiré du titre des Servitudes) de la Coutume, porte :

I.—Que la faculté de racheter les rentes constituées à prix d'argent ne peut se prescrire par quelque long-temps que ce soit, mais qu'elles sont toujours rachetables encore qu'il y ait 100 ans.

II.—Que le droit de cens ne pouvait se prescrire par le détenteur de l'héritage contre le seigneur censier, quoiqu'il y eût cent ans, quand il y avait titre ancien ou reconnaissance du dit cens ; mais que la quotité et les arrérages du cens se prescrivait par 30 ans entre âgés et non privilégiés.

III.—Que la servitude ne peut s'acquérir par quelque longue jouissance que ce soit, sans titre ; mais qu'on peut prescrire contre le titre de servitude par 30 ans entre âgés et non privilégiés.

IV.—Qu'en fait de douaire, la prescription commence à courir du jour du décès du mari seulement, entre âgés.

Les mots *et non privilégiés*, qui se trouvent aussi dans ce paragraphe, sont un refrain inutile.

I.—On a parlé plus haut de la nature des rentes constituées.

II.—L'article 124 ne peut se rapporter qu'au passé.

III.—Tout ce qu'il y a à dire sur le paragraphe qui

a trait à la servitude, c'est qu'il y a dans le droit romain une complication de lois qui a mis les commentateurs en altercation ; mais que Laurière prétend que les réformateurs de la Coutume ont voulu suivre l'interprétation que Cujas donne au droit, qui est qu'il faut posséder avec titre et bonne foi 10 ans entre présens et 20 ans entre absens pour acquérir une servitude.

IV.—Sur l'article 117, il faut noter que le texte ne faisant pas de distinction, il s'agit de la prescription du douaire soit contre les enfans soit contre la femme.

Que le texte parlant du douaire généralement, ce mot doit s'entendre tant du douaire préfix que du douaire coutumier.

Que le douaire est caduc en ce que, si la femme meurt avant son mari, le douaire n'a point lieu ; que par conséquent, elle n'a point d'action du vivant de son mari pour demander son douaire, comme le remarquent Laurière, Férière, *et omnes*, ni pour interrompre la prescription, si la loi ne venait à son secours ; il faut dire la même chose des enfans, ajoute le Président de Lamoignon.

Il suit encore de ce que la femme et les enfans n'ont point d'action, qu'ils ne peuvent s'opposer au décret des héritages sujets au douaire.

Mais comme on le voit dans l'Extrait des Messieurs, et comme le remarquent Louet et Laurière, il est de loi fixe et constante que les décrets ne purgent point des douaires les héritages décrétés. Notre loi des Lettres de Ratification est conforme, en ce qu'il y est dit que la vente ne purge point les droits non ouverts.

*Scolie.*

Les articles 121 et 122 de la Coutume n'ont point d'application.

## NOTE SUR LES SERVITUDES.

---

Servitude vient de servir, soit que cela arrive naturellement ou par la loi, et que ce soit une personne ou une chose qui serve à une autre, d'où la distinction de la servitude réelle et de la servitude personnelle, de laquelle il ne s'agit pas ici, bien que l'esclavage ait existé autrefois en Canada, et que les censitaires dusent à leurs seigneurs des journées de corvée, que les Intendans rendirent rachetables, et que nos Municipalités réclament aussi par an une ou plusieurs journées de corvée qu'elles font payer. (\*)

Nous venons de dire que la servitude est naturelle ou civile ; en effet les vallées sont bien obligées de recevoir les eaux des montagnes, comme le dit naïvement Delhommeau, qui pose en maxime, que celui qui n'a point d'autre issue que sur la terre de son voisin, peut y passer en payant les dommages, s'il y en a, ce qui a été confirmé par arrêts cités par Mornac, Louet et Coquille.

La servitude civile, se divise en légale et conventionnelle.

En général, et selon le droit des gens, les héritages sont libres, ce qui comporte deux choses :

I.—Que le propriétaire est maître de faire sur son héritage ce qui lui plait.

---

(\*) Le régime féodal a eu son couchant, et le système municipal, système de liberté dit-on, a eu son aurore. Le premier avait survécu aux corvées ; c'est le régime municipal qui les a rétablies ! et il faut bien remarquer qu'à la campagne, elles ne sont pas toujours commuées en argent.

II.—Que personne ne peut régulièrement se servir de l'héritage de son voisin sans son consentement exprès ou raisonnablement présumé. On le peut *a fortiori*, dans le cas cité par Delhomeau.

Malgré le principe émis du droit des gens, que les héritages sont libres généralement, les ordonnances peuvent, comme il est observé en l'*Extrait des Mesureurs*, établir des servitudes, et nous en voyons des exemples dans le titre de la Coutume ; ainsi, la loi dit que le possesseur d'un héritage peut forcer son voisin de se clore.

De plus, il est libre à chacun d'imposer sur son héritage les servitudes qu'il veut, en sorte que la servitude contractuelle est celle qui est susceptible de plus d'étendue ; encore ne se présume-t-elle pas, et ne s'acquiert-elle point par prescription sans titre, bien que, comme nous l'avons vu, il soit plus facile de s'en libérer, même contre titre, en conséquence du non usage.

La servitude réelle, qui est toujours notre thème, se subdivise en servitude urbaine et en servitude rurale.

Définissons d'abord la servitude réelle : — *jus vel pactum per quod praedium unius praedio alterius servit.*

Le sens naturel de servitude urbaine est servitude de ville, et servitude rurale veut dire servitude de campagne.

Mais comme le font voir Cujas et Delhommeau, ce n'est pas précisément le sens que le droit romain attache à ces désignations. Selon ce code, on doit appeler urbaine la servitude qui est due à quelque édifice pour la commodité des personnes, et les servitudes rurales ou des champs sont celles qui sont établies pour tout autre usage que celui des maisons en quelque lieu que ce soit, comme le droit de mener paître un troupeau, etc. Mais toujours est il que le mot *urbana* vient de ce que c'est dans les villes que sont le plus souvent les servitudes des édifices, et que le mot *rustica* vient de ce que les servitudes rurales sont le plus souvent à la campagne.

Dans ce sens, il ne s'agit guères dans le titre de la Coutume des servitudes rurales ; mais le statut Provincial 18 Victoria chap. 100, ou acte des municipalités, qui rétablit la plupart des sages réglemens de l'ancienne

colonie française, tout en les accompagnant de dispositions beaucoup plus contraires à la liberté individuelle, en mentionne et établit plusieurs, comme celles de refaire ou réparer les clôtures, de creuser des fossés ou égouts, de détruire les mauvaises herbes, qui peuvent, en se propageant, être nuisibles aux voisins, de donner du découvert, etc.

Le statut attribue la connaissance de ces matières aux juges à paix, qui ont non seulement le droit de faire payer les amendes portées par la loi, qui sont ordinairement d'un écu par arpent sur la terre du contrevenant, mais aussi de mettre aux arrêts pour trente jours.

L'acte va très loin, en ce qu'il permet aux municipalités de faire vendre le pré du contrevenant afin de rembourser le propriétaire lésé par la négligence de son voisin, qui aura été dans le cas de faire faire à ses frais les travaux nécessaires comme la loi l'y autorise.

Une grande partie des servitudes urbaines établies par le titre IX de la Coutume sont en désuétude, parce que nos villes ne ressemblent guères aux anciennes: on ne voit pas beaucoup aujourd'hui par exemple ce que signifie *fer maillé* et *verre dormant*. Plusieurs articles étaient devenus inintelligibles dès le temps de Cugnet, qui les omet, et ils le sont bien davantage de nos jours. D'ailleurs on peut dire en quelque sorte, que depuis l'établissement des juges à paix, corporations et municipalité avec pouvoir de faire des réglemens, le titre IX de la Coutume est à peine loi, et l'on ne doit en extraire que ce qui est de principe, comme, qu'en édifiant, il faut ménager le mur du voisin, que qui a le sol a le dessus et le dessous; ainsi, quand on a voulu faire communiquer les deux édifices qui composent le St. Lawrence Hall au moyen d'un chemin couvert ou galerie au-dessus de la rue des Fortifications, qui est chemin public, il a fallu un acte du Parlement.

L'adjudication judiciaire ne décharge plus les propriétés des servitudes, en vertu du chapitre XXXVI des Statuts Refondus.

Comme la matière difficile des servitudes, dont les juges ne peuvent pas toujours décider sur le banc, donne souvent lieu à des visites d'experts, la Coutume

joint ensemble les servitudes et les rapports de jurés qu'on appelle ainsi parce qu'avant de procéder à la visite, ils doivent jurer qu'ils feront un rapport fidèle. On suit sur ce point l'Ordonnance de 1667. Le statut des 13 et 14 Victoria permet aux experts nommés d'assermenter les témoins.

### CHAPITRE III.

#### DES HYPOTHÈQUES, GAGES, PRIVILÈGES ET OPPOSITIONS.

L'hypothèque est un droit réel sur un immeuble affecté au paiement d'une obligation, et qui suit l'immeuble en quelque main qu'il passe.

La différence qu'il y a entre l'hypothèque et le gage est assez délicate pour que l'empereur Justinien donne comme une même chose l'hypothèque et le gage dans ses Institutes. Il est cependant facile de les distinguer. Gage paraît être le genre et hypothèque l'espèce ou la partie : *Aliud est pignus, aliud hypotheca, aliud fiducia, aliud antichrèsis (\*) et omnia tamen pignora*, dit Cujas.

Le même jurisconsulte différencie encore le gage et l'hypothèque, quand il dit en sa paratitle sur la loi XX de *pign. et hyp.* : *pignus re contrahitur, hypotheca, nudipacto*. Ainsi l'hypothèque est un contrat consensuel et le gage, un contrat réel.

L'action *pignoratitia* dit Jacob † n'a lieu que contre la personne ; mais il ajoute de l'action hypothécaire qu'elle est *tam in rem, quam in personam*, et qu'elle est donnée

† *Lan-  
Dictione-  
ry.*

---

(\*) Selon le Code Napoléon, l'antichrèse est le nantissement d'une chose immobilière, et le nantissement d'une chose mobilière, s'appelle proprement gage.

*ad pignus prosequendum contra quemcumque possessorem.*

Quant à ce que dit Férière, que donner en gage s'entend des choses mobilières, et hypothéquer des immeubles, cela n'est pas bien exact, comme on le voit par nos citations de Cujas et de Napoléon, et par la coutume des Anglais, qui ont adopté proprement dans le *mortgage*, le gage des immeubles, tandis que la France a fini par ne plus guères connaître que l'hypothèque, qui n'a pas lieu en Angleterre, si ce n'est, dans un sens détourné, pour les navires.

Hypotheca, in de civil law, was where the possession of the thing pledged remained with the debtor, dit Jacob.

Dans le mortgage des Anglais, au contraire, le débiteur se dénantit. On appelle *mort-gage*, dit Férière, celui dont on laisse jouir le créancier engagiste, en sorte qu'il profite des fruits sans les imputer sur la dette, et *vif-gage* se dit de celui dont les fruits sont imputés sur le principal de la dette, qui diminue à proportion.

Le vif-gage est l'antichrèse proprement dite.

“ Si la chose produit des fruits, comme un champ, et que le créancier les perçoive, ce qu'on appelle proprement antichrèse, la dette est diminuée à proportion.

Ranulph de Glanvil définit le *mort-gage* : *mortuum vadium dicitur illud cujus fructus vel redditus interim percepti in nullo se acquièrant.*

Si nous faisons tant que de distinguer le nantissement du gage, il peut être considéré sous deux rapports. d'abord comme le gage même, et ensuite comme une manière de constituer hypothèque sur les immeubles par la tradition feinte dans les coutumes qui étaient appelées coutumes de nantissement.

Le nantissement n'est ni requis ni observé dans la Coutume de Paris, dit M. de Férière, *quia solo consensu contrahitur hypotheca.*

Les Anglais, qui ont adopté le mort-gage, usent aussi de la fiducie, *trust*, qui est le droit de percevoir les profits d'une terre et, dans biens des cas, d'en disposer selon les vues du propriétaire ou possesseur légitime ordinairement exprimées dans l'acte, *deed of conveyance.* (Jacob.).

Pour revenir aux hypothèques, il y en a de générales et de spéciales.

L'hypothèque spéciale est de deux sortes, dit Delhommeau †; l'une vient de la convention du débiteur, qui affecte spécialement certains héritages à l'obligation qu'il contracte devant personnes publiques; l'autre hypothèque spéciale vient *ex causa*, et se nomme proprement un privilège, et très improprement une hypothèque, comme si le prix de la chose vendue n'a pas été payé par l'acquéreur; le vendeur a, en ce cas, un privilège sur la chose pour être payé de son prix.

On définit le privilège un droit de préférence attaché à une créance, et qui prime l'hypothèque.

Il diffère de l'hypothèque en ce qu'il s'applique à plus de biens, ayant lieu et sur les meubles et sur les immeubles, tandis que, selon l'article 170 de la Coutume *meubles n'ont point de suite par hypothèque*.

Le Canada n'a point eu à proprement parler de régime hypothécaire avant l'Ordonnance du Conseil Spécial de 1841, bien que les statuts 10 et 11 Geo. IV. chap. 8, 1 Guill. IV. chap. 3 et 4 Guill. IV. chap. 5 constituassent un système partiel. L'enregistrement fait autrefois conformément à ces actes, vaut encore, en vertu du chapitre XXXVII des Statuts Refondus. L'Ordonnance du Conseil Spécial offre de nombreux défauts. M. Lafontaine, qui a publié une critique de cette législation, a cependant enchéri sur ce qu'il a critiqué, dans le peu qu'il y a ajouté, et le Procureur-général Cartier a beaucoup empiré le système, malgré plusieurs avertissements, entre autres, une bonne lettre publiée par M. le Bâtonnier Mackay. (\*)

L'hypothèque est de trois sortes,—l'hypothèque légale ou tacite, l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque conventionnelle.

L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi sans convention des parties.

L'hypothèque judiciaire, qui peut se rapporter à l'hypothèque légale, résulte immédiatement des jugemens et actes judiciaires, et médiatement de la loi.

---

(\*) A Letter to the Hon. G. E. Cartier, Attorney-General on the bill introduced by him in Parliament intituled "An act respecting Registry Offices and Privileges and Hypothecs in Lower Canada."

L'hypothèque conventionnelle résulte de la convention des parties et est en général un contrat accessoire.

On divise encore l'hypothèque en générale et spéciale.

Il n'y a, depuis l'Ordonnance de 1841, d'hypothèques générales que celles qui résultent de la loi et des actes judiciaires.

L'hypothèque conventionnelle ne peut plus être que spéciale, c'est à dire qu'elle ne s'étend qu'aux immeubles nommément désignés ou décrits.

L'hypothèque légale ou tacite ne peut subsister que dans les cas suivans : — sur les biens du mari pour sûreté du paiement des réclamations de son épouse, sur ceux du tuteur ou curateur aux interdits, comme garant de sa bonne administration, sur ceux des personnes endettées envers la Couronne. † (\*)

Statuts  
Refondus  
chapitre  
XXXVII

Encore peut-on dire que ces hypothèques, de droit commun générales, deviennent spéciales, puisque le *bill* des hypothèques Cartier porte qu'elles n'affecteront point tel ou tel immeuble en particulier, à moins qu'il ne soit enregistré un avis indiquant que le mari, tuteur, curateur ou débiteur de la Couronne est en possession de l'immeuble ou des immeubles décrits dans le dit avis ; et l'hypothèque sur le ou les dits immeubles ne datera que du dépôt du malencontreux avis.

L'hypothèque judiciaire ne résulte que d'un jugement final.

Pour qu'elle ait son effet, il faut que le jugement dont elle résulte adjuge un *quantum* fixe et déterminé.

Elle n'a pas moins lieu pour les intérêts et frais, et cela, quand même l'adjudication d'intérêts et frais n'en indiquerait point formellement le montant. †

Statuts  
Refondus  
chapitre

XXXVII  
sect. 47.

L'hypothèque judiciaire n'affecte que les biens que le défendeur possède au jour de la sentence.  
Bien que le *bill* Cartier exige le dépôt d'un avis pour que l'hypothèque légale grève un immeuble particu-

---

(\*) Il n'est plus question de l'hypothèque des institutions publiques sur les biens de ceux qui les administrent. N'auront-elles donc plus aucunes sûretés ?... Voyez la section 16 de la loi des Lettres de Radications dans le chapitre 36 des Statuts refondus.

lièrement, les sections 35 et 36 du chapitre XXXVII des Statuts Refondus conservent néanmoins l'ancienne disposition, par laquelle le juge qui nomme un tuteur ou un curateur à un interdit peut, sur l'avis des parens ou amis, lors de la nomination ou subséquemment, limiter l'hypothèque aux biens du tuteur ou curateur qui sont jugés une suffisante sûreté pour la personne incapable.

L'Ordonnance de 1841 vent pour l'hypothèque conventionnelle, comme pour l'hypothèque judiciaire, que la somme pour sûreté du paiement de laquelle des immeubles sont hypothéqués, soit exprimée et clairement déterminée ; et cette disposition se trouve répétée dans la section 45 du chapitre déjà cité des Statuts Refondus ; ce qui n'empêche pas que la section 20 du chapitre XXXVI intitulé Ratifications de Titres (loi des Lettres de Ratification) parle d'hypothèques conditionnelles et dont le montant n'est pas fixé, et qu'elle statue qu'elles seront évaluées.

Pour qu'une hypothèque quelconque obtienne son entier effet ou pour sa conservation, il faut qu'elle soit enregistrée au bureau d'enregistrement où sont situés les biens affectés au paiement.

Si divers immeubles, situés dans divers comtés, sont hypothéqués, l'hypothèque doit être enregistrée dans chaque comté respectif. Si non, elle sera exposée à se perdre sur les biens situés dans les comtés ou arrondissemens d'enregistrement où l'on n'a pas enregistré.

Les actes que l'on doit faire enregistrer sont énumérés par un acte de la 12<sup>e</sup> Vict. autrement que par l'Ordonnance, dont cet acte est un amendement.

On doit faire enregistrer tout les écrits, obligations, contrats, testamens, jugemens, nominations de tutelles et généralement tous actes translatifs de propriété ou créant une charge, une hypothèque, un droit ou une réclamation hypothécaire sur un immeuble.

Il n'est pas nécessaire de faire enregistrer les frais funéraires et de dernière maladie, les gages des serviteurs pour deux années, les frais d'inventaire, les arrérages de rentes ou redevances seigneuriales ou rentes constituées les représentant, ainsi que sept années de rentes foncières, les servitudes et les frais de poursuite

† 6 *Statuts* encourrus pour l'avantage commun des créanciers; †  
*Refondus* hap. 15, les baux pour moins de neuf années.

*Statuts* Les maris, tuteurs et curateurs sont tenus de faire  
*Refondus* enrégistrer sans délai le contrat de mariage et l'acte de  
*chapitre* XXXVII tutelle ou curatelle.  
*Sec. 1*

L'Ordonnance obligeait les parens et amis à défaut du tuteur et du subrogé tuteur.

L'acte 12 Vict., n'oblige que le subrogé tuteur à défaut du tuteur; mais la section 32 du chapitre XXXVII des Statuts Refondus porte que si un homme marié, tuteur, curateur ou subrogé tuteur néglige de faire les enregistrements prescrits, il sera permis à tout parent ou ami de tel homme marié ou de sa femme, du mineur ou de l'interdit, et aussi à telle femme et à tel mineur de faire les dits enregistrements.

Ainsi ces personnes incapables sont réputées capables pour cet acte particulier.

Les parens qui marient leurs enfans mineurs doivent aussi faire enrégistrer leur contrat de mariage, où a leur place, le tuteur; où ils feront tout au moins enrégistrer les hypothèques créées par le contrat de mariage; car, à défaut de ce faire, ils seront conjointement et solidairement responsables de tous dommages survenant aux mineurs à cause de cette omission. †

*Statuts* "Aucune action ne sera intentée ou maintenue par  
*Refondus* le mari pour aucune cause d'action dérivant de son  
*chapitre* XXXVII contrat de mariage, ou par le tuteur d'un mineur ou  
*Sec. 34.* curateur d'un interdit, qu'après l'enregistrement par sommaire ou au long de tel contrat de mariage ou de l'acte de nomination du dit tuteur ou curateur." †

† *Sec. 33* La conséquence du non enrégistrement d'un hypothèque dans le comté où sont situés les immeubles affectés, est que si le débiteur consent une autre hypothèque en faveur d'un tiers qui a le soin d'enregistrer, l'hypothèque de celui-ci passe avant l'hypothèque antérieure non enregistrée; et que, si avant que l'hypothèque constituée soit enregistrée, l'immeuble hypothéqué passe en main tierce, (surtout si l'acquéreur de bonne foi obtient un jugement de Ratification) les créanciers hypothécaires qui n'ont point enregistré perdent tout droit contre cet immeuble.

Mais quiconque sachant qu'un immeuble est déjà vendu, donné ou hypothéqué, ou affecté au paiement

une somme quelconque, et que l'acte constatant la vente, donation ou hypothèque n'a pas été enregistré, vendra, donnera ou hypothéquera de nouveau cet immeuble, sera coupable d'un *misdemeanour* et sujet à la contrainte par corps ou emprisonnement n'excédant pas douze mois.

“ L'enregistrement des hypothèques et des droits et réclamations hypothécaires, fait dans les dix jours qui précèdent la faillite du débiteur, ne donnera aucun droit de priorité ou créancier qui aura enregistré sa créance, sur les autres créanciers, et ne produira aucun effet quelconque.” †

† Sect. 7

Les actes antérieurs à l'Ordonnance du Conseil Spécial devaient être enregistrés dans les douze mois, et le délai a été prolongé depuis jusque au 1er Novembre 1844.

Quant aux actes subséquens, le délai ordinaire pour les enregistrer était de 30 jours, et il n'y avait guères d'exception que pour les donations et les testamens, mais le chapitre XXXVII des Statuts Refondus † ne paraît déterminer le délai de 30 jours que pour l'enregistrement du titre constitutif du droit de bailleur de fonds, et une couple d'autres exemples : *qui dicit de quibusdam, negat de aliis.* †

† Sect. 13

Nous ne voyons pas sans surprise que la section vingt-huitième soumet à l'enregistrement dans le comté ou division d'enregistrement où réside le donateur, les donations de meubles, et qu'elle paraît faire revivre l'insinuation des donations, que l'enregistrement avait été déclaré remplacer. (\*)

“ Toute donation entre-vifs de meubles et effets, sujette à l'insinuation, ou d'immeubles dans le Bas-Canada, sera considérée comme étant dûment enregistré et *insinuée*, pourvu qu'elle soit enregistrée par sommaire ou tout au long. ”

Il nous faut donc savoir qu'elles sont les donations de meubles qui ne sont pas sujettes à insinuation.

---

(\*) L'Ordonnance du Conseil Spécial ayant soumis à l'enregistrement les donations entre-vifs, il était facile de conclure qu'il n'était plus nécessaire de les insinuer, mais le législateur crut devoir le déclarer par un acte subséquent :

“ La donation de meubles non accompagnée de tradition réelle et actuelle est sujette à insinuation, dit M. de Férière, attendu que, quand on passe devant Notaires une donation de meubles qu'on ne livre pas, il en résulte une hypothèque que le donataire est en droit d'exercer sur les immeubles du donateur, pour le contraindre d'exécuter sa promesse. ”

Mais résulte-t-il une hypothèque d'une donation entre vifs depuis l'Ordonnance, de cela seul qu'elle est reçue devant Notaires ?

Quand aux donations d'immeubles, elles étaient toutes sujettes à insinuation, sous les Romains et depuis François Ier en France, à l'exception des donations en ligne directe et à titre singulier faites par les parents aux enfans en contrat de mariage.

Devons-nous en conclure que ces donations ne sont point sujettes à l'enregistrement ?... Nous pensons bien, que ceux qui ont compilé les statuts ne se sont point attendus à ce que l'on tirât une telle conclusion.

Si la section 28 semble revenir (ce n'est sans doute qu'un semblant) sur l'abolition de l'insinuation des donations entre-vifs, il est certain que l'insinuation des substitutions es abolie. La section 29<sup>e</sup> porte :

“ L'enregistrement des actes, donations et testaments portant substitution, fait dans les bureaux d'enregistrement dans la circonscription des quels les immeubles substitués sont situés (et dans le cas de substitution créée par acte de donation à cause de mort, si le domicile du testateur est situé dans les limites d'une division d'enregistrement différente de celle où les biens substitués se trouvent, un nouvel enregistrement dans le bureau d'enregistrement dans la circonscription duquel était situé le domicile du testateur) équivaldra et est substitué à toutes fins de droit, à l'insinuation dans les régîtres des cours, accompagnée de lecture et publication cour tenante, et telles insinuation, lecture et publication sont abolies. ”

Nous voyons par la section 28; qu'il y a deux modes d'enregistrement,— par l'inscription ou transcription au long et par sommaire ou bordereau. L'enregistrement primitif se faisait par sommaire ; il a été statué plus tard que le régistrateur pourrait avoir des livres pour l'in-

scription ou enrégistrement au long des testaments et de certains autres actes. Cet enrégistrement est préférable en soi, et si l'enrégistrement par sommaire semble primer celui-là dans la loi actuelle, puisque le législateur se croit obligé de déclarer que l'enrégistrement au long *sera suffisant*, (sec. XIII) ce ne peut être que parce que cet enrégistrement n'est qu'à facultatif; mais M. Mackay constate dans sa bonne Lettre au Procureur-général, que l'enrégistrement au long avait fini par prévaloir. (\*)

La loi actuelle des hypothèques suggère l'enrégistrement au long particulièrement pour les procurations et pour les actes translatifs de ou concernant les propriétés immobilières passés devant témoins (Section 20 à 24.)

Une hypothèque peut être constituée sur les terres tenues en franc et commun soccage par un acte devant témoins. (Sec. 58.)

L'enrégistrement pourra être renouvelé de temps à autre; ce qui se fera par le dépôt d'un avis qui renvoie à l'enrégistrement original, décrivant l'immeuble hypothéqué et indiquant le détenteur actuel. (Section 49.)

Tel enrégistrement renouvelé n'interrompra point d'ailleurs la prescription de l'hypothèque (*ibidem*); d'où l'on voit que, dans ces dispositions, le législateur n'a point porté ses vues fort loin.

L'hypothèque prend fin par le décret et les sentences de ratification, par la novation, par la négligence d'enregistrer, si l'immeuble hypothéqué vient à passer en main tierce, et de plusieurs autres manières subsidiaires, qu'on peut énumérer comme suit :

Si le créancier rend au débiteur son titre de créance, l'obligation secondaire ne pouvant subsister sans la principale.

---

(\*) There are now too many modes of registration. I wish you had abolished one of them, that by extracts. The other two are ample; in fact, the mode by transcription is so far superior to all others that it has been nearly universally adopted. Only in special cases is that by memorial resorted to. In Montreal, during twelve months, not one dozen memorials have been registered, exclusive of those for arrears of interest.

Par le consentement du créancier à la vente de l'immeuble hypothéqué, ou par sa ratification (*Papinien.*)

Si le créancier ayant permis de donner la chose, le débiteur l'a vendue, car, dit Ulpien, qui peut donner, peut d'autant plus vendre.

Si le créancier veut bien que le débiteur hypothèque l'immeuble à un autre, à moins que l'immeuble ne puisse supporter les deux hypothèques.

Par la confusion, comme si le créancier succède seul

† *Ad le-* au débiteur, dit Cujas. †

† *sen. 11, de* Et elle s'éteindra pour partie, s'il n'est pas seul héritier  
† *pign. et* ou légataire.  
† *hypoth.*

Encore, quant la réunion du domaine utile au domaine direct se fait pour une cause inhérente au contrat ;

*Secus*, quand la réunion arrive pour une cause qui lui est étrangère. (*Loyseau, † Henrys, Brodeau.*)

† *Dequer-*  
† *pussement*  
† *livre VI,*  
† *chap. 3.*

*Scolies.*

I.—Quand la vente est résolue, ou qu'ayant été faite avec pacte de réméré, il y a rachat, l'hypothèque revit. †

† *Tira-*  
† *queau, de*  
† *retractu.*

II.—Il faut une procuration spéciale pour renoncer à une hypothèque, le mandataire pouvant faire meilleure la condition du mandant, mais non la rendre pire. †

† *Léopold*  
† *Formules*  
† *de tous les*  
† *actes.*

III.—Le pupille ne peut renoncer à une hypothèque sans son tuteur.

La radiation est un moyen indiqué par notre législation des hypothèques pour en constater l'acquittement.

Dans le cas où une hypothèque a été payée en tout ou en partie, le régistrateur, sur production de la quittance, que le créancier est tenu d'accorder sous peine de dommages-intérêts, entre à la marge de l'enregistrement de l'hypothèque qu'elle a été acquittée en tout ou en partie.

Si la quittance a été refusée par le créancier, le débiteur pourra intenter contre lui l'action en radiation il lui signifiera le jugement ; et sur pareille signification, accompagnée d'un certificat que le délai pour

interjetter appel est expiré, le régistreur procédera à la radiation de l'hypothèque. (Sec. 43.)

Quant à l'ordre à garder dans le paiement des créanciers hypothécaires, il y a ou non, des créanciers privilégiés. *Si prius*, les créanciers privilégiés sont payés les premiers, et l'ordre dans lequel ils le sont doit découler de la qualité du privilège *quia non aestimantur ex tempore privilegia, sed ex causa*. † S'ils sont au même rang, ils sont colloqués par concurrence.

† Dig. l. 17 de pri-  
vil. cred.

Après les créanciers privilégiés, les autres créanciers hypothécaires sont colloqués suivant l'ordre et le rang de leurs hypothèques, † lequel ordre découle de la date de l'enregistrement, sans égard à la maxime *qui prior est tempore, prior est in pignore*, † qui ne peut valoir que si la date de l'enregistrement est la même ; une hypothèque enregistrée dans l'avant-midi prime une hypothèque enregistrée dans l'après-midi, du moins d'après l'Ordonnance de 1841.

† Statuts  
Rejondu  
chap. XX-  
XVI sec  
21  
† Chap.  
XXXV  
sec XXX.

Et si, après ces collocations, il reste encore des deniers, ils seront distribués entre les créanciers chirographaires opposans, avant et de préférence aux créanciers privilégiés et hypothécaires dont le régistreur n'est pas tenu de certifier les réclamations, qui ont négligé de faire opposition; †

† Chap.  
XXXVII  
sec XXI.

Les privilèges peuvent exister sur les meubles seulement, sur les immeubles, ou sur les uns et les autres.

Les privilèges sur les meubles peuvent aussi être généraux ou sur les meubles généralement, ou particuliers, sur certains meubles.

Voyons d'abord les privilèges particuliers. Ce sont :

Le privilège sur le gage dont le créancier est saisi, selon l'article 181 de la Coutume.

A ce privilège semble se rapporter celui des hôteliers sur les valises et effets des forains qu'ils hébergent, selon l'article 175.

Le privilège de celui qui a vendu une chose mobilière sans terme, espérant en être promptement payé (A. 176.) : ou même qui a donné terme, selon l'article, 177 ; il a droit de produire opposition, au cas que l'objet soit saisi par un autre.

Le premier saisant est privilégié et exclut tous les créanciers à l'exception du vendeur. (A. 173.)

A moins qu'il n'y ait deconfiture, auquel cas, il n'y a point de privilège, mais chaque créancier vient à contribution au marc la livre,

Mais les articles 182 et 183, venant à la suite de l'article 181, forment des exceptions à cette règle, en sorte que celui qui est nanti du gage ou dépôt ne vient pas à contribution.

Il y a encore le privilège de l'ouvrier sur l'objet qu'il a travaillé, ou du charretier sur les objets qu'il a voiturés.

Le privilège enfin du dernier équipeur.

On ne voit pas bien si l'on doit ranger parmi les privilèges généraux ou particuliers le privilège du bailleur sur les meubles *meublans* du locataire, — privilège qu'il conserve deux mois à dater du jugement, avec droit de suite durant huit jours. (A. 171.)

L'acte de la 2<sup>ème</sup> Vict. chap. 47 porte que les privilèges accordés par l'article 171 de la Coutume aux propriétaires d'immeubles dans les cités et les villes, seront accordés par extension aux propriétaires des campagnes. Voilà ce qui s'appelle législater *absque materia legislationis*. En effet l'article ne distingue pas entre les villes et les campagnes, en sorte qu'il n'y avait pas lieu à l'argumentation *a contrario sensu*. M. de Férière l'entend des campagnes comme des villes dans toute l'étendue de la Coutume. “ Ce privilège, sur les meubles et effets apportés par les locataires ou fermiers, est accordé, dit Claude Serres, † conformément à l'article 171 de la Coutume de Paris aux propriétaires des fermes et maisons des champs, tout comme aux propriétaires des maisons de villes, au lieu qu'à l'égard des fermes de la campagne, le droit Romain restreignait le privilège des propriétaires aux fruits qui se recueillaient dans la ferme, et ne l'étendait pas aux meubles, ustensiles et effets apportés dans la ferme.”

|| Institu-  
tion: du  
Droit  
Français.

Les frais funéraires, de dernière maladie et de justice sont des créances privilégiées dont le recouvrement se poursuit par préférence à tous autres créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles.

On n'est point tenu d'enregistrer les privilèges sur

les meubles; mais il faut en général enregistrer les privilèges sur les immeubles.

La section XXXVII des Statuts Refondus veut qu'on enregistre les réclamations privilégiées qui suivent :

I.—Le privilège du vendeur sur l'immeuble vendu.

II.—Le privilège de la personne par qui les deniers destinés à l'achat de l'immeuble ont été prêtés ou avancés, pourvu qu'il soit constaté par l'acte ou écrit qui fait foi du prêt, que ces deniers étaient destinés à cet emploi, et, par la quittance du vendeur, que le prix d'achat a été payé avec les deniers ainsi prêtés.

III.—Le privilège des co-héritiers et co-partageants, sur et à l'égard des immeubles de la succession, et des immeubles par eux possédés en commun, pour l'exécution de la garantie incidente au partage fait entre eux, et pour la différence et soulte et retour pour suppléer à l'inégalité des lots compris dans le partage.

IV.—Le privilège des architectes, constructeurs et ouvriers employés à la construction, reconstruction ou réparation de bâtisses, canaux ou autres édifices ou ouvrages; pourvu qu'il ait été fait un procès-verbal par un expert nommé par un juge de la Cour Supérieure du district dans lequel les bâtisses ou les biens sont situés, constatant l'état des lieux à l'égard des travaux qui doivent être faits; et pourvu aussi que dans les six mois à dater de leur achèvement, les dits ouvrages aient été acceptés et reçus par un expert nommé de la même manière.

V.—Le privilège de ceux qui ont avancé les fonds nécessaires pour payer les ouvriers, aux mêmes conditions qu'au numéro deuxième.

Si le privilège des co-héritiers ou co-partageants, ou celui des architectes, constructeurs et ouvriers, et de celui qui a avancé de quoi les payer, ne sont enregistrés dans les 30 jours, ils perdront leur nature de privilège, et vaudront seulement comme hypothèques à l'encontre des tiers à dater de l'enregistrement.

Par l'acte des Municipalités, section 67, §. 2 les cotisations sont une créance privilégiée sur le fonds, sans

qu'il soit besoin de la formalité de l'enregistrement pour sa conservation.

Il est naturel de faire suivre la matière des hypothèques de celle des oppositions.

Le décret des immeubles ne purge que les hypothèques non certifiées par le registraire ou pour lesquelles une opposition n'a point été produite ; mais il n'a jamais purgé les substitutions ni le domaine non ouvert, et désormais, il ne purgera pas non plus les servitudes.

“ Mais la sentence de ratification n'aura pas l'effet de donner aux acquéreurs, relativement à la propriété, aucun autre ou de plus grands droits réels, fonciers, ou servitudes, que n'en avaient les vendeurs ; et le seul effet de la sentence sera uniquement de purger les hypothèques. ” (Loi des Ratifications, Sec. I. §. 3.)

“ Nulle adjudication de biens immeubles par le shériff, ou adjudication dans un cas de licitation forcée, ne déchargera la propriété d'aucune servitude à laquelle elle était sujette jusque-là ; et toutes servitudes, en faveur d'une propriété ainsi adjudgée, passeront avec elle, et l'adjudicataire et ses ayant cause en auront la jouissance, et il ne sera maintenu aucune opposition pour conserver cette servitude, et si telle opposition est produite, elle sera renvoyée avec dépens. ” (Sec. XXVII.)

Il y a peut-être antinomie dans ce galimatias, mais il paraît certain que le législateur a voulu dire que le décret ne purge point les servitudes.

On vient de parler de certains certificats des Régistrateurs qui sont une innovation, et dont il faut, par conséquent, parler en détail.

Les sections VI et XXVI de la loi des Lettres de Ratifications *reproduite* portent que nulle opposition ne sera requise dans le cas de demande de ratification de titre d'acquisition, de vente d'immeubles par le shériff ou de licitation forcée, dans le but d'exercer recours sur le prix, à raison de toute hypothèque que le Régistrateur est tenu de mentionner dans son certificat. ”

Or, il n'est tenu de certifier que les entrées des dix dernières années écoulées à l'époque de la demande

**du certificat.**

Pour la conservation des droits des tiers dispensés de faire opposition, la procédure suivante sera observée :

Le shériff, avec le rapport de la vente ;

Le requérant ratification avec sa requête ;

Le demandeur en licitation; avec le produit de la vente, produiront respectivement un certificat du registraireur indiquant les hypothèques enregistrées comme suit :

1o. Contre la propriété ;

2o. Contre tout propriétaire durant les dix années précédentes ;

3o. Contre l'auteur immédiat de la partie qui possédait au commencement de ces dix années.

Le législateur semble croire dans les deux derniers alinéas que l'hypothèque est un droit personnel !

Les frais du certificat du registraireur seront privilégiés. Or, ces frais sont fabuleux. On cite la cause de Janotte *versus* Hanfield. Une petite propriété est vendue 168 piastres. Au nombre des frais de vente se trouvent ceux du registraireur pour certificat, qui s'élèvent à plus de 31 piastres, en sorte qu'avec les autres frais, il ne reste plus que 87 piastres à distribuer.

“ Rien de contenu dans les dispositions précédentes n'empêchera une partie de consentir à ce que le jugement de ratification soit rendu sujet à sa réclamation, ou de former une opposition, à peine de perdre sa réclamation à défaut de la produire, si telle réclamation est fondée sur une hypothèque que le registraireur n'est pas tenu de mentionner dans son certificat.” (Sec. XV.)

La section suivante impose cette obligation à toutes personnes, corps politiques ou corporations tant ecclésiastiques que civiles, femmes sous puissance de mari, mineurs, interdits et absents, afin de conserver leurs hypothèques, sans préjudice néanmoins aux substitutions et au douaire non ouvert, et sans diminution en cas de perte de l'hypothèque, de la responsabilité des administrateurs, maris, tuteurs ou curateurs en conséquence de la négligence.

“ La collocation en faveur d'une partie qui ne sera

pas opposante (c'est-à-dire sans doute dispensée comme plus haut de former opposition, et qui produit un certificat) lui appartiendra et à ses représentants légaux ou ayant cause, et le montant en restera entre les mains du protonotaire jusqu'à ce qu'elle en fasse la demande et en donne une quittance valable. (Sec. XXII.)

On cite à ce sujet deux causes récentes. Dans celle de Papineau *versus* Daoust, les frais du shérif et du régistrateur, et ceux du bailleur de fonds sont seuls compris dans la collocation. Quant à la balance des deniers elle restera, dit le jugement de distribution entre les mains du shérif, jusqu'à ce qu'il en soit ordonné autrement, vu les inscriptions hypothécaires contenues au certificat du régistrateur."

Dans celle de Couillard *versus* Duchêne, une balance est destinée à demeurer entre les mains du shérif en conséquence d'une obligation générale de 1844 contenue dans le certificat du régistrateur. Cette obligation est payée depuis quinze ans, dit-on de toutes parts, les intéressés sont morts et leurs représentants sont aux Etats-Unis. A ce compte, dans dix ans, le shérif sera le plus gros banquier du pays.

Le certificat du régistrateur fera preuve *prima facie*; mais on pourra prouver à l'encontre. (Sec. XIX § 2.)

Si le requérant jugement de ratification consent qu'il soit rendu sujet aux hypothèques certifiées par le régistrateur et à celles pour lesquelles des oppositions sont formées, il déposera au greffe une déclaration à cet effet. Sec. XII.

Mais s'il veut, au contraire, que le décret purge les hypothèques, il déposera en cour le prix mentionné (s'il y en a) dans le titre à ratifier; et s'il apprend d'après le certificat du régistrateur, qu'il n'y a pas de charges sur l'immeuble, et s'il n'y a pas d'oppositions de formées ou maintenues, ou que, s'il y en a, tel prix suffise pour payer toutes les charges mentionnées dans le dit certificat et dans les oppositions, ainsi que les frais, la sentence de ratification sera prononcée purement et simplement. § 2.

Les mots *s'il y a un prix* indiquent une vente sans prix! *Emptionis substantia consistit ex pretio*, dit Aver

ranus, *Preteritum autem certum esse debet. Alioquin si ita inter eos convenerit ut quanti Titius rem aestimaverit tanti sit empta, Labeo n' gavit ullum vim hoc negotium habere: quam sententiam et Cassius probat.* Le procureur-général a apparemment d'autres notions!

Quoi qu'il en soit, par la loi du jour, si le titre dont on demande ratification ne contient pas de prix, la cour nommera deux experts pour établir la valeur de l'immeuble.

Toutes rentes viagères ou hypothèques payables autrement qu'en argent, affectant un immeuble dont le titre doit être ratifié, seront évaluées en argent; on évaluera également toute hypothèque conditionnelle.

Tout acquéreur qui aura raison de craindre d'être troublé soit par action hypothécaire ou en revendication, pourra remettre de payer à un autre temps, à moins que le vendeur ne lui donne caution, jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si ce n'est qu'il ait été stipulé que l'acquéreur paiera, *nonobstant tel trouble ou crainte de tel trouble.*

Le procureur-général se serait exprimé d'une manière moins sujette à la critique, s'il eût dit que l'acquéreur ne pourrait pas différer le paiement dans le cas où il aurait été stipulé qu'il n'y aurait pas de garantie, car alors, les rédacteurs du *Pays* n'auraient point supposé qu'il croyait qu'il y a des contractants assez simples pour stipuler qu'ils paieront le prix *nonobstant éviction.*

Conformément aux articles 354 et 357 de la coutume il n'est pas nécessaire de former opposition pour droits seigneuriaux (Secr XVII) si ce n'est pour arrrages, conformément à l'article 355. Mais ces dispositions deviennent de jour en jour peu pratiques.

L'article 354 mentionne quatre espèces d'oppositions aux saisies réelles, *afin d'annuler, afin de distraire, afin de charge et afin de conserver.*

L'opposition afin d'annuler se fait ordinairement par le propriétaire pour cause d'irrégularité dans la procédure. Mais Pothier \* dit qu'elle peut être basée sur des moyens de fond comme de forme, comme si l'on prétend ne rien devoir.

\* *OEUVERES  
Posthumes  
Procédure  
civile.*

Il y a aussi des cas où elle peut être formée par un

tiers sur lequel on saisit mal à propos, parce qu'il n'y a point de nullité plus certaine que la saisie faite *super non domino*.

Lorsqu'un immeuble saisi est sujet à quelques charge réelle en faveur d'une tierce personne, elle a droit de s'opposer à la vente ou du moins de demander que l'immeuble ne soit vendu que sujet à la charge créée en sa faveur : — c'est l'opposition à fin de charge.

L'opposition afin de distraire a lieu si un meuble ou un immeuble appartenant à une tierce personne est saisi et annoncé pour être vendu comme appartenant au débiteur, car cette personne a droit de s'opposer à la vente ou du moins de demander que ce qui lui appartient soit distrait de la saisie.

Lorsque les meubles, en vertu d'un bref *de bonis*, ou les immeubles en vertu d'un bref *de terris*, ont été mis sous exécution ou saisie réelle, et qu'ils ont été vendus ou décrétés, les créanciers autres que le poursuivant ont le droit de demander d'être admis à la distribution des deniers provenant de la vente : c'est l'opposition afin de conserver.

Elle se subdivise en directe et en sous ordre.

La directe se forme par les créanciers de la partie saisie.

L'opposition en sous ordre se forme par les créanciers de quelque créancier de la partie saisie, afin d'être colloqués sur une partie du prix du bien saisi qui pourra revenir à leur débiteur, dans l'ordre d'hypothèque qu'ils ont sur les biens de ce débiteur, et être admis à la recevoir à sa place.

Depuis le *bill* de judicature Lafontaine, on est dispensé de suivre aucune forme particulière dans la rédaction des oppositions.

Mais l'opposant doit faire élection de domicile. (Art. 360.)

Conformément à l'article 354, l'opposition afin de conserver peut se faire subséquemment à la vente, (dans les deux jours qui suivent le rapport du bref) ; mais les autres oppositions doivent l'être avant.

L'opposition afin de conserver peut même être produite jusqu'au jugement de distribution exclusivement sur permis de la cour et en payant les frais.

Selon l'article 362, quand il y a différend entre quelques uns des opposans, le renvoi s'en fait leurs deniers réservés, et le reste du prix se distribue aux autres opposans.

Les autres oppositions doivent être formées ordinairement chez le shérif au moins quinze jours avant la vente, pour ce qui est des immeubles. (\*)

Le bref de *Fieri facias de Terris* signifie la saisie réelle, et c'est alors naturellement que sont formées les oppositions.

Le bref de *Venditioni Exponas* signifie la vente ou adjudication. On n'admet point alors, en général, d'oppositions, si ce n'est afin de conserver.

Jugé cependant en appel, Fournier, appelant, et Grace et Russell, intimés, qu'une opposition *afin d'annuler* peut être formée à l'encontre d'un bref de *Venditioni Exponas* en certains cas.

Quant aux meubles, les oppositions peuvent être déposées dans les mains de l'huissier qui a fait la saisie, en tout temps avant la vente.

Les oppositions susdites qui n'ont pas été formées quinze jours avant la vente, ne sont pas tout-à-fait perdues; mais on peut encore les faire valoir comme oppositions afin de conserver. (Art. 356.)

Dans le cas de demande de jugement de ratification les intéressés doivent former leur opposition huit jours au moins avant le jour fixé pour telle demande. (Ratif. Sec. 2, § 2.)

Le procureur qui néglige de faire opposition après avoir reçu les pièces, est tenu des dommages. Nous avons été témoin d'une semblable occurrence.

---

(\*) L'avis du shérif est actuellement comme suit:— Public notice is hereby given that the undermentioned lands and tenements have been seized, and will be sold at the respective times and places as mentioned below. All persons having claims on the same, which the registrar is not bound to include in his certificate under chapter thirty-six of the Consolidated Statutes for Lower Canada are hereby required to make them known according to law; all oppositions *afin d'annuler*, *afin de détruire* or *afin de charger*, except in cases of *Venditioni Exponas*, to which no such oppositions, are by law allowed, are required to be filed with the undersigned, at his office, previous to the fifteen days next preceding the day of sale. Oppositions *afin de conserver* may be filed at any time within two days next after the return of the writ.

## CHAPITRE IV.

### DES TUTELLES ET DES CURATELLES.

Ce chapitre est substitué au titre de la coutume *De garde noble et bourgeoise*.

Nous avons vu ailleurs que la coutume de Paris est proprement pour nous une loi écrite, et non un usage ; les tutelles et curatelles sont au contraire un usage proprement dit. C'est en ce sens que Cagnet dit : " Notre coutume donne aux mineurs des tuteurs pour être chargés de leur éducation et de la régie de leurs biens ; et la jurisprudence a établi les règles et les formalités qui y sont relatives."

Nous n'avons point toutes les tutelles des Romains, qui étaient la tutelle légitime, la tutelle testamentaire, la tutelle patronale et la tutelle dative.

La tutelle légitime consistait en ce que les parents les plus proches étaient de plein droit tuteurs de leurs enfants ou petits enfants.

La tutelle patronale se rapportait aux *libertini* ou affranchis : il appartenait honorifiquement au patron ou ancien maître de conférer la tutelle aux enfants mineurs.

ARTICLE I.

*Les tuteurs et curateurs en ce pays, doivent être nommés en justice, et ce, de l'avis d'une assemblée de parents ou de parents et amis.*

Cet article est fondé sur une ordonnance du 15 décembre 1721 et sur une déclaration du 1er. février 1743 qui veulent que désormais toutes les tutelles soient datives ; s'il reste quelque chose de la tutelle légitime, ce n'est qu'en ce sens que les parents peuvent se faire nommer de préférence.

Jugé en Cour Supérieure dans la cause de Fletcher *versus* Gatiouan qu'un parent s'intitulant seulement tuteur naturel ou légitime, ne peut pas représenter un mineur en justice. ( )

Il y a maintenant, comme sous les Français, deux manières de faire élection de tutelle. Autrefois les intendants, pour éviter les voyages aux Canadiens, donnaient des permis aux notaires et même aux missionnaires de recevoir les élections de tuteurs et de curateurs. En 1851, notre législature restitua ce privilège aux notaires pour le cas où les intéressés seraient éloi-

---

(\*) Par un privilège tout spécial " les commissaires chargés par le gouverneur de la surveillance de l'Hotel-Dieu à Québec, de l'Hôpital Général des Sœurs Grises à Montréal, de l'Hôpital Général à Québec, ou de toute institution qui reçoit des enfants trouvés dans le District de Trois-Rivières, sont les tuteurs légaux des dits enfants trouvés, et ils auront les mêmes pouvoirs qu'ils auraient eus s'ils eussent été nommés tuteurs suivant le cours ordinaire de la loi." (2 Guill. IV, chap. 34 Statuts Refondus chap. 34.)

gnés de cinq lieues des villes ; et depuis il leur a été donné sans distinction. Une délégation spéciale du juge était d'abord nécessaire ; elle ne l'est plus, mais celui-ci peut toujours, pour cause, refuser l'homologation de l'acte d'élection de tuteurs, subrogés-tuteurs ou

\* 18 Viet. curateurs, dressé par le Notaire.\*

c. 17, 14 §

15 Viet. c.

58.

Supposé que l'élection se fait devant le juge, voici la procédure qu'il faut observer :

Un des proches parents du mineur présente une requête au juge afin qu'il soit permis de convoquer les parents, ou à leur défaut les amis ou voisins pour élire un tuteur et un subrogé tuteur, celui-ci pour agir pour le mineur quand le tuteur est intéressé, et comme légitime contradicteur aux actes que doit faire le tuteur.

Les parents ou amis, au nombre de sept, paraissant devant le juge, commencent par faire serment de nommer celui ou celle qu'ils jugeront plus capable, puis ils s'entendent sur le choix à faire. Le juge avant d'homologuer l'avis de parents qui contient la nomination, fait prêter serment de bien gérer au tuteur et au subrogé tuteur s'ils sont présents.

Si l'élection se fait devant notaire, celui-ci est autorisé par la loi actuelle à recevoir le serment, et la seule formalité qu'il ait à remplir, est de faire homologuer en justice.

Si le tuteur a été présent, lors de l'élection et nomination, la tutelle est à ses risques du même jour ; mais si la nomination a été faite en son absence, il n'est responsable que du jour qu'elle lui a été signifiée par celui qui a convoqué l'assemblée de parens ; qui le doit en même temps sommer d'accepter et de venir prêter serment entre les mains du juge.

Il semble dur que l'on puisse forcer quelqu'un d'être tuteur ; mais c'est que la tutelle est de droit public, comme il est fort bien observé en une sentence rendue en la Prévôté de Québec, le 13 mars 1742.

Le tuteur nommé peut au reste proposer avec succès les excuses légales qui suivent : — l'âge de 70 ans, la gestion de trois tutelles ou curatelles, le nombre de cinq enfants, des inimitiés de familles.

Mais si les excuses qu'il propose ne sont pas admises sur le champ, il est obligé d'administrer durant son

appel de la sentence d'homologation. Tandis que si elles sont admises, on procède à une autre nomination.

Si le tuteur nommé s'obstine à ne point gérer, et qu'il devienne nécessaire dans l'intérêt du mineur, de nommer un tuteur, la tutelle demeure aux risques du tuteur récalcitrant. (\*)

• Arrêt du  
Conseil Su-  
périeur le  
27 fév.  
1741.

## ARTICLE II.

---

*Les tuteurs, après leur nomination, doivent au plus tôt, faire inventaire des biens des mineurs, en présence du subrogé tuteur.*

---

L'inventaire est de nécessité comme fondement du compte de tutelle.

Cet inventaire ne comprend-il que les meubles ?

Non, il comprend aussi les immeubles ; mais, dit Cugnet, comme les immeubles se retrouvent toujours, on n'en exige point la description entière, mais il suffit de les indiquer et de mentionner les titres.

Si le tuteur ne fait pas inventaire, il est tenu des dommages-intérêts du mineur selon l'estimation de la partie à laquelle le juge peut permettre le serment *in litem*, en haine de la fraude du tuteur.

S'il y a des tuteurs ou subrogés tuteurs de différents lits, il faut les appeler tous. Il a été rendu à ce sujet, le 16 juillet 1737, en la Prévôté de Québec, une sentence ordonnant nouvel inventaire faite d'avoir appelé le tuteur des enfans mineurs d'un premier lit, et enjoignant d'y procéder en sa présence et celle des subrogés tuteurs des deux lits.

L'inventaire n'est point la seule formalité importante qu'ait à remplir le tuteur : il doit faire enregistrer

l'acte de tutelle, et, à faute de ce faire, il perd les hypothèques qu'il aura sur les biens du mineur, il ne peut intenter les actions fondées sur sa nomination et il peut être poursuivi criminellement, étant coupable d'un *misdemeanor*.

L'Ordonnance du Conseil Spécial obligeait à l'enregistrement, à défaut du tuteur, le subrogé tuteur et tous ceux qui avaient concouru à la nomination. Les lois subséquentes, sans exonérer le subrogé tuteur, dispensent les parents et amis de cette responsabilité ; mais les Statuts Refondus portent qu'ils peuvent toujours faire enregistrer.

Le pupille lui-même est déclaré capable, à l'effet de faire enregistrer l'acte de tutelle.

### ARTICLE III.

*Le tuteur doit faire le plus d'emploi des deniers pupillaires et de l'excédant de ses revenus, lorsqu'ils se montent à une somme suffisante pour faire un emploi dans six mois ; et à faute de ce faire, il est tenu des intérêts à compter de l'expiration des six mois, à moins qu'il ne justifie par le témoignage des parents qu'il ne lui a pas été possible de*

§ Code Jus-  
tiniem. Ar-  
rêtés de  
Lamington  
Tutelle. 13  
97-101.

Pour parvenir à cet emploi, il a dû aussi faire vendre les meubles périssables en la manière accoutumée au plus offrant et dernier enchérisseur.

Quant à la manière de faire emploi, il a une latitude. Après la décharge des redevances, il peut acquérir au mineur des héritages, de l'avis des parent homologué en justice, ou placer l'argent, ou s'en servir lui-même, en tenant compte du capital et de l'intérêt à

cinq pour cent, selon l'ancien usage en France, et aujourd'hui sans doute à six pour cent, ce qui est notre taux légal.

Il ne peut vendre les héritages de son pupille que pour cause nécessaire avec l'avis des parents, après discussion du mobilier, décret du juge, publication et enchères. (\*)

Il serait à souhaiter que cela fut mieux observé.

Ces précautions prises, la vente est valide, sauf toujours au pupille à se faire restituer, s'il est lésé.

\* Arrêts  
de Papon  
c. XVIII.  
Arrêts de  
Lamoignon  
A. 85.

#### ARTICLE IV.

*La tutelle prend fin par la mort du tuteur ou du pupille, par le mariage du pupille, qui l'émancipe aussi bien que par l'émancipation en justice de l'avis des parents, et enfin par la destitution du tuteur.*

L'arrêt de règlement du Conseil Supérieur du 27 février 1741, règle les formes de destitution.

“ Le Conseil a donné défaut contre le dit Douaire, sa femme et Dauré, et pour le profit déclare le présent arrêt commun avec eux, et les condamne aux dépens du présent défaut; et faisant droit sur les conclusions du dit procureur-général du Roi, fait défense au dit substitut de requérir d'office la destitution d'un tuteur sur les seuls rapports de ses pupilles, lui enjoint de ne le faire que sur un avis des parents, assemblés à la requête d'un des dits parents, par lui préalablement avertis d'agir, à laquelle assemblée le dit parent qui l'aura provoquée, ou le dit substitut au dit cas de négligence, fera aussi appeler le tuteur pour y être présent et défendre, si bon lui semble, sur la dite destitution.”

“ Enjoint au lieutenant-général, commis sur la dite juridiction, et tous autres juges de n'ordonner la destitution d'un tuteur qu'en la forme et manière ci-dessus, en connaissance de cause et non sur la simple démission volontaire ou le simple acquiescement que le tuteur donnerait à la dite destitution ; comme aussi que le dit lieutenant-général commis, dans le cas où celui des parents appelés à l'assemblée d'iceux aurait été élu tuteur, et serait refusant d'accepter la tutelle à lui déferée, fera signifier à la requête de celui qui aura provoqué la dite nomination, l'acte de tutelle au tuteur refusant avec sommation d'accepter la dite tutelle, sinon qu'elle courra à ses risques, périls et fortune, et assignation au premier jour, par devant le dit lieutenant-général commis, pour le voir ainsi dire et ordonner et que si le tuteur défendeur n'a moyens légitimes de refus, le dit lieutenant-général commis rendra sa sentence conforme aux dites conclusions, laquelle sera aussi duement dénoncée au dit tuteur refusant avec itérative sommation sous les mêmes peines, sans prononcer d'autres contraintes ni pourvoir d'autre tuteur ou co-tuteur pour gérer la dite tutelle aux frais du dit tuteur refusant.”

Jugé en Cour Supérieure (1858) que l'action en destitution de tutelle ne peut être instituée par un étranger.

#### ARTICLE V.

---

*La tutelle étant finie, le tuteur doit rendre compte de sa gestion au mineur ou à ses héritiers, et en payer le reliquat selon la loi contenue au titre XX des Institutes qui est suivie en ce pays.*

---

La demande en reddition de compte ne peut être formée contre le tuteur qu'après la tutelle finie ; mais

de quelque manière qu'elle finisse, le compte peut être demandé au tuteur ou à ses héritiers.

Le compte de tutelle doit comprendre trois chapitres celui de la recette, celui de la dépense et celui de la reprise.

Celui de la recette comprend tout ce qui faisait partie des biens du mineur lors de la nomination, et ce qui y a été ajouté depuis.

Celui de la dépense contient toutes les dépenses encourues pour l'entretien ou réparation des propriétés, la défense des intérêts du mineur et les sommes payées pour son entretien et son éducation.

Chaque item doit être appuyé de reçus et autres pièces justificatives.

Le chapitre de reprise contient les sommes qui restent à recouvrer.

“On laisse au tuteur le temps de deux mois pour payer ce qu'il doit, et cet usage a toujours été observé en cette province en jugeant le compte de tutelle,” dit Cugnet.

Le tuteur ne fournit point caution comme chez les Romains ; mais le mineur a hypothèque sur les biens de son tuteur pour le reliquat de son compte du jour de la sentence de provision de tutelle.

Le tuteur, au contraire, n'a hypothèque sur les biens de son pupille pour ses avances utiles, et non voluptuaires, que du jour de la clôture de son compte. (†)

Et quoique l'intérêt du reliquat dû par le tuteur coure de plein droit du jour de la tutelle finie, le chancelier de Lamoignon tient que l'intérêt des avances du tuteur ne court que du jour de la demande qu'il en fait après la clôture de son compte.

† Duparc :  
Quest. XII  
Traité de  
Broussu  
II- c. 23.  
Pocquet et  
Livonière  
Règles du  
Droit  
Francois

## ARTICLE VI.

—

*Un tuteur ne peut demeurer tuteur ou du moins en faire les fonctions en même temps qu'il exerce un droit*

*l'action contre son pupille ; mais dans ce cas il doit le pouvoir d'un tuteur ad hoc, ou d'un subrogé-tuteur, qu'on nomme ordinairement dès qu'on élit un tuteur.*

---

La principale raison est que le mineur ne peut ester en jugement et qu'il faut quelqu'un pour le représenter.

De même qu'une femme mariée se peut faire autoriser en justice quand le mari refuse injustement, il ne semble pas douteux que le mineur le puisse aussi demander ; sentence conforme de l'intendant Dupuy du 10 avril 1727, qui, sur la représentation d'un mineur que son tuteur lui refusait son consentement pour l'acquisition d'une terre, l'autorise à l'acquérir, et condamne le tuteur à payer le prix d'achat.

#### ARTICLE VII.

---

*Lorsque la maladie de l'esprit ou le dérangement de conduite mettent une personne majeure hors d'état de se gouverner, on lui nomme un curateur, avec les mêmes formalités qu'on nomme les tuteurs.*

*On nomme aussi des curateurs ad ventrem aux absents,*

aux mineurs émancipés, aux femmes mineures sous puissance de mari, aux biens vacants, au délaissement par hypothèque et en quelque sorte aux faillites.

Cet article s'explique bien par les remarques qui sont faites dans l'*Extrait des Messieurs*.

La fonction du curateur au mineur émancipé ne consiste qu'à l'assister en jugement et à consentir aux aliénations nécessaires ; il en est ainsi encore de celle du curateur au prodigue ou conseil.

Les curateurs aux absents, aux biens vacants ou délaissés sont des administrateurs, et sont comptables comme le tuteur.

Les curateurs aux furieux et aux imbéciles sont mal nommés, car non-seulement ils administrent les biens, mais leur sollicitude s'étend à la personne à plus forte raison que celle du tuteur à la personne du pupille.

L'autorité des curateurs aux furieux, dit Olivier, est plus grande que celle du tuteur, tellement qu'aux actes, le consentement de l'insensé n'y est pour rien, tandis qu'il en est autrement du pupille, dont le consentement concourt avec celui du tuteur : *In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum. Furiosus contra-feri possunt. nam furiosus nullum negotium contrahere potest: pupillus omnia, tutore auctore, agere potest*, dit Paulus.

Quand une femme est encore mariée, on crée un curateur ad rem lors du décès de son mari et en son nom, et de même au posthume, afin d'agir pour les droits qui lui peuvent appartenir, en exerçant son droit au monde.

Sitôt que le posthume est né, la charge du curateur ad rem finit, il rend compte de sa gestion, et on

crée par avis de parents un tuteur à l'enfant, soit celui qui était curateur au ventre, ou un autre.

Quand un mineur se fait émanciper en justice, son tuteur prend ordinairement les fonctions de curateur.

Les curatelles du droit criminel français n'ont aucune application en ce pays, régi par le droit criminel anglais. En France, on donnait des curateurs aux prévenus sourds et muets ou qui ne voulaient pas répondre, aux biens confisqués, au cadavre de celui qu'on accusait de s'être détruit lui-même, etc.

### *Note sur le Retrait Lignager.*

---

Le retrait, en général, est le privilège de retirer un héritage aliéné.

Il y en a de trois sortes, le retrait conventionnel, le retrait féodal et le retrait lignager.

Le retrait lignager était un droit accordé à toute la famille c'est-à-dire au plus diligent et non au plus proche, de pouvoir dans l'an et jour de la vente, retirer un propre vendu par un parent du côté et de la ligne duquel on procède, à un acquéreur qui ne l'est pas, en le remboursant du capital de l'acquisition, frais et loyaux coûts, prêtant serment qu'on ne prête point son nom à un étranger, et en faisant les offres.

Là où le retrait lignager est en force, il est préféré au retrait féodal, et le conventionnel est préféré au lignager.

Le retrait féodal et le retrait censuel ont disparu avec les fiefs.

Le retrait lignager était connu chez les Juifs et chez les Romains aussi ; mais, comme l'observe Cujas, il fut aboli : *ut proximi extraneos ab emptione removerint abrogatur.*

Le statut provincial 18 Vict. chap. 105, porte :

“ Le retrait lignager et tout droit d'action, accessoires et conséquences en résultant, sont abolis et le septième titre de la Coutume de Paris et les articles qui le composent, sont supprimés et abrogés.”

Dès avant que cette loi ne fût portée, nous enseignions que le retrait lignager était en désuétude en Canada. On lisait dans nos conférences :

“ Nous avons expliqué ailleurs ce que c'est que la désuétude ou la cessation de la loi par l'accomplissement de son but. Il est des lois qui tombent d'elles-mêmes dès que la fin qui les a fait établir est consom-

mée. Le retrait lignager était fondé sur la raison du sang et n'était établi que pour conserver dans les familles les héritages, qui en sont le relief et qui forment une partie des marques de leur ancienneté, comme l'observe notre feudiste canadien Cugnet. Mais nous sommes aujourd'hui sous un gouvernement tout différent de celui qui avait implanté en Canada toutes les vieilles institutions françaises. Bien loin de se montrer jaloux de conserver les biens dans les familles, il a voulu qu'on pût deshériter ses enfants sans raison en faveur d'un étranger, sans que ces héritiers naturels pussent proférer la moindre plainte. Quelle que soit l'injustice d'une pareille législation, on ne saurait méconnaître l'action qu'elle a eu sur d'autres lois dont l'objet est connexe, et on a bien plus lieu de dire du retrait lignager, que n'a dit le juge Pike du régime féodal : *The policy of the ancient government has now been attained and must yield to a new policy.* Le retrait se trouve directement contraire au génie de nos compatriotes anglo saxons, qui les porte à éloigner tout obstacle à l'expédition assurée des affaires et des transactions, et un Anglais qui achète s'imagine bien devenir le propriétaire incommutable du fonds qu'il acquiert. Ainsi, s'ils ne nous ont point encore donné une loi abolissant expressément le retrait lignager, (\*) c'est que cette institution française, qui ne peut cadrer avec les nouvelles qu'on nous a données depuis 1774, ne leur a opposé dans le fait qu'un obstacle minime, ou, pour mieux dire, c'est qu'elle est en désuétude. Il est en effet bien difficile de trouver dans notre jurisprudence des exemples récents d'actions en retrait instruites avec succès. Les formalités que la loi requiert pour exercer ce droit, dit M. Doucet, en font une lettre morte. L'erreur la plus insignifiante, l'absence dans la copie d'une virgule qui se trouve dans l'original ou une virgule de plus dans la copie que dans l'original sont des erreurs fatales. Le cas de retrait s'est présenté rarement dans les cours de justice depuis bien long-

---

(\*) La loi des Lettres de Ratification a dû avoir une action efficace sur le retrait lignager.

temps, et les dernières fois qu'il s'est présenté, il a été *découragé* autant que possible.

Une raison plus puissante pour ne pas ranimer le retrait lignager, c'est que c'est un droit singulier établi à l'encontre du droit commun des contrats : *est quedam gratia contra jus commune*, dit Charles Dumoulin.

On ne pouvait pas en dire autant du retrait féodal qu'exerçait le seigneur dominant qui, par puissance de fief, réunissait à son domaine l'arrière-fief vendu par son vassal, car, comme dit Delhommeau, *est de rigore et competit jure investituræ feudalis.*"

### *Digression sur le Mariage.*

Nous ne venons point jeter dans le public un traité du mariage ; mais dans les graves occurrences où se trouve notre société, nous venons rétablir quelques principes et discuter certains faits. Cela est urgent, croyons-nous, car comme le dit un des plus éminents prélats du Canada :—" ce qu'il y a de plus regrettable, c'est que des hommes de loi cherchent à faire croire que tout mariage est valide dès qu'il a été fait selon la loi du pays où il se célèbre, *quoiqu'on n'y ait pas son domicile* ; et que la présence de ses pasteurs ne fait rien à la validité de cet acte essentiellement religieux. On peut donc craindre que les mariages clandestins se multiplient de jour en jour, si nos cours de justice finissent par les reconnaître pour valides, et si, surtout, ce qu'à Dieu ne plaise, on vient à légaliser le mariage civil." (\*)

Que comprend le mariage des Chrétiens, des Catholiques tel que maintenu dans ce pays en l'article 220 de la Coutume de Paris? . . . Il est un sacrement embrassant en lui-même, selon les théologiens, un contrat naturel, comme matière : C'est celui que Dieu lui-même a établi.

Mais selon les publicistes le mariage sera un contrat

*Mise  
en  
question  
sur le  
Mariage*

de droit des gens, et selon les simples légistes, la matière du sacrement ne sera plus qu'un contrat de droit civil ; — fausses notions, assurément, car selon Modestinus, le droit civil est celui qu'un peuple s'établit ou qui est propre à chaque cité ; or il est apparent que le mariage n'a point son origine dans cette législation casuelle.

Quoi qu'il en soit, dans cet écrit, quand nous parlerons du contrat de mariage, il ne sera question que des conventions matrimoniales et, partant, quand nous parlerons du sacrement, nous ne l'appellerons jamais contrat. " Contrat de mariage, dit M. de Fèrière, se prend quelquefois pour le consentement solennel prêté par le mari et la femme selon les lois de l'état, en face de l'église ; mais on entend plus communément par contrat de mariage l'acte ou contrat qui précède la bénédiction nuptiale, et qui contient les clauses et conventions faites relativement au mariage, et qu'on peut révoquer jusqu'à la célébration du mariage en face d'Eglise." Procéder autrement, ce serait s'exposer à ne point se comprendre et se jeter dans des complications qu'il faut éviter. Dantoine, très habile jurisconsulte distingue deux consentements :

" Deux espèces de consentement sont requises pour faire un juste mariage. Le premier consiste dans la promesse réciproque par laquelle les deux parties s'engagent à s'épouser en face d'Eglise, et c'est ce qu'on appelle consentement d'avenir, qui ne produit pas toujours un engagement durable, puisqu'il se peut rompre de la volonté des deux parties, et même de l'une malgré l'autre : *consensus per verba de futuro inducitur tantum sponsalia, quæ facile dirimi possunt.*

L'autre est un consentement de présent, qui fait la forme essentielle du mariage en sa perfection, et qui produit un engagement indissoluble : *consensus per verba de presenti, ex quo inducitur consortium omnis vitæ ; divini et humani juris consortium.* Le premier de ces consentements produit le contrat (*ex dictis*, le consentement d'avenir, qui est révocable) ; le second fait le sacrement ; car c'est dans ce double aspect qu'il faut regarder le mariage, *vel quatenus est contractus, vel quatenus est sacramentum.*" En voilà plus qu'il ne

faût pour autoriser le sens que nous attachons aux expressions dont nous nous servirons ; et la distinction qu'un des élèves de l'école de droit a établie dans une thèse publique entre le contrat et le sacrement, se trouve assez justifiée.

La saine doctrine dit que le sacrement de mariage est indissoluble, et le contrat naturel de mariage (\*) n'est pas moins indissoluble en lui-même : *matrimonium infidelium cui non obstat impedimentum aut naturalis aut divini juris validum est atque indissolubile*, disent les théologiens. Daguesseau, en parlant des législations de l'antiquité, dit que toutes ces lois, celles mêmes de Moïse, avaient pour défaut que, s'accommodant trop à la faiblesse humaine ou au penchant de chaque nation, elles s'éloignaient de leurs propres principes dans plusieurs conséquences et restaient imparfaites sans oser porter les choses au point où elles devaient être suivant leur nature. Le mariage, continue le Chancelier, est le plus important des engagements nécessaires à la société. Si on le considère dans le droit naturel et dans sa première institution, c'est une union sainte qui a Dieu lui-même pour auteur, perpétuelle, et qui doit durer autant que la vie. Si l'on consulte les principes généraux du droit civil, c'est un lien légitime qui forme dans toute la vie une liaison inséparable. Cependant les mêmes lois qui définissent ainsi le mariage, celles mêmes qui avaient été données aux Juifs et dont plusieurs dispositions avaient été concédées, à la dureté de leurs coeurs, permettaient de rompre cette union établie pour être inséparable et que les jurisconsultes romains regardent eux-mêmes comme perpétuelle, du moins dans le vœu et l'intention de ceux qui la forment. *Jesus-Christ, en marquant qu'il n'en était pas ainsi au commencement*, paraît avoir écarté par ce seul mot toutes les raisons qui avaient porté les anciens législateurs à permettre le divorce. En ramenant ainsi à sa première institution l'engagement qui est comme le principe et la pépinière des

---

(\*) *Matrimonium, in se spectatum, dit le P. Perrone, considerari potest vel prout officium naturæ, vel prout sacramentum.*

États, il a voulu encore le rendre sacré, non-seulement par le souvenir de son établissement, mais aussi par une bénédiction particulière et par un sacrement propre aux nations chrétiennes.”

Les Pandectes romaines définissent en effet le mariage, *nuptiæ: conjunctio maris et femine et consortium omnis vitæ.*

Nous voyons dans ce même code de lois les empêchements : *et naturale jus, et pudor inspiciendus est.*

*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt, connubium sit, et tam masculus pubes, quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui juris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.*

*Connubium est uxoris jure ducende facultas.*

*Inter parentes et liberos infinite enjuscumque gradus connubium non est.*

*Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant. (\*) Nunc autem, etiam ex tertio gradu licet uxorem ducere.*

*Nec filiam sororis aut neptem (petite fille) ducere possunt; proneptem (arrière petite fille) ætatis ratio prohibet.*

*Nec socram (belle-mère) nec nuram (bru) privignam (belle-fille) nec novercam aliquanto citra penam incerti ætatem ducere licet; sicut nec amatam (tante paternelle) aut matetram (tante maternelle).*

*Si quis cum quam non licet uxorem duxerit, incertum matrimonium contrahit, idque liberè in potestate ejus non fit, sed, quasi vulgo concepti, sparii sunt.*

*Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur; sed contracta non solvantur. Contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commotis præfertur. (\*)*

à Pithou,  
Eloge  
juris Civilis.

Nous voilà conduit tout naturellement à nous demander à qui il appartient d'instituer des empêchements de mariage.

Disons d'abord qu'il y a des empêchements dirimans c'est-à-dire qui empêchent qu'il y ait mariage, et des

---

(\*) Théodose, puis les canonistes ont rétabli l'ancien usage.

empêchements simplement prohibitifs, ou qui, sans annuler le mariage le rendent illicite.

Les principaux empêchements dirimans sont l'impuissance, la parenté ou l'affinité aux degrés prohibés, la crainte et la violence absolues et le rapt de séduction, l'erreur sur la personne, le vœu solennel de chasteté et la clandestinité, car nous prouverons que, soit que le concile de Trente soit reçu ou qu'il ne le soit point en Canada, les mariages clandestins ou non bénis par le propre curé sont nuls entre catholiques.

Maintenant, est-ce à l'Église ou à l'État . . . est-ce à tous les deux d'établir des empêchements dirimans de mariage ?

D'abord entre ces empêchements il y en a qui sont de droit naturel ; pour ceux-là ce n'est ni l'Église ni l'empire qui les ont établis ; les puissances humaines n'ont été que le pouvoir actif qui a fait respecter la nature.

Pour ce qui est des autres, *sciundantur doctores*

Un grand nombre de théologiens soutiennent qu'à l'Église ou à la puissance ecclésiastique seule appartient le pouvoir d'établir des empêchements dirimans de mariage. Tels sont Thomas d'Aquin, Bonaventure, le P. Perrone, Pie VII : — *Dicendum quod prohibitio legis humanæ non sufficeret ad impedimentum matrimonii, nisi interveniret ecclesiæ auctoritas, quæ idem etiam prohiberet*, dit le premier. *Tale impedimentum sua constitutione et approbatione sicut esse validum, alioquin non posset impedire*, dit le second. *Impedimenta a sola potestate civili constituta matrimonium christianorum quoad vinculum dirimere non possunt*, dit le troisième. Pie VII, s'adressant à l'évêque de Varovie, dit qu'un mariage auquel ne s'oppose aucun empêchement canonique, est bon, valide, et par conséquent indissoluble quel que soit l'empêchement que la puissance laïque y appose iniquement sans le consentement de l'Église ou de son chef. Mais celui qui a soutenu cette doctrine avec le plus grand courage est l'éminent théologien Gousset, puisqu'il l'a fait en face d'un gouvernement qui ne reconnaît que le mariage civil : « Il faut tenir pour certain, dit-il, que les mariages des catholiques contractés en France autrement que par devant le

curé et deux ou trois témoins sont nuls et quant au contrat naturel, et quant au lieu, qui ne peut résulter que d'une union légitime." (\*)

Sur ces trois témoignages, le moins positif ou le moins étendu est celui du P. Perrone.

La contradictoire de la doctrine de ces théologiens a été mise en avant par le synode de Pistoie et par le chancelier d'Aguessau :

« Les canonistes les plus célèbres, dit ce dernier qui ne les nomme pas, soutiennent que Jésus-Christ a laissé le contrat matrimonial tel qu'il avait toujours été à la seule disposition des princes, comme les contrats de vente, d'échange, etc. ; mais qu'il a établi un sacrement pour bénir et sanctifier le mariage. Donc, les souverains ont le droit exclusif d'établir, par le caractère propre de leur puissance sur le temporel, des empêchements dirimens.»

L'avocat-général Talon refuse également ce droit à l'Eglise, qui n'est à cet égard selon lui, qu'exécutrice des lois des empereurs et sous leur dépendance.

Nous ne nous occuperons point de ce sentiment, qui a été condamné par l'Eglise ; mais nous ne laisserons pas que d'y opposer de suite l'aveu de Dantoine qui, sur ce que le droit romain dit à l'égard des unions conjugales, que tout ce qui est licite n'est pas honnête, écrit que « les seules règles de bienséance que l'on observe à présent sont celles que les canons et l'usage de l'Eglise nous prescrivent, suivant lesquels tout ce qui est licite est honnête et rien n'est honnête que ce qui est permis. » Delhommeau dit également : (†)

« L'Ordonnance n'a point aussi lieu en promesse de mariage, qui est un sacrement institué de Dieu ; de sorte qu'en mariage on suit la loi de Dieu et non celle du prince, et se doivent traiter et décider les causes du mariage selon les constitutions canoniques.»

Non, le mariage n'est point un contrat ordinaire !

*Mixtes  
4 Droit  
français.*

---

(\*) Il est digne de remarque que Mgr. Bourget, qui écrit dans un pays où il n'y a pas proprement de mariage civil, va moins loin que Mgr. Gousset, qui écrit dans un pays où le mariage civil est le seul légal.

‘ Il n’en est pas du mariage, dit Mgr. Gousset, comme le contrat de louage, du bail à cheptel, contrats purement naturels et civils ; c’est un contrat divin, un pacte religieux. Ainsi que nous l’apprennent les Saintes Écritures, le mariage a été institué par le Créateur lui-même. D’ailleurs il a toujours été regardé même par les Juifs et les Gentils comme une chose sacrée.”

*Qui sane matrimonii naturam atque originem attentamente consideraverit, statim fateri cogetur contractum esse vere singularem, non ab hominibus sed a Deo immediate institutum, circa quem varias quoque ipse præscripsit regulas a nulla potestate humana immutandas aut relaxandas,* dit le P. Sanchez.

Un troisième sentiment est celui de ceux qui concèdent également à la puissance ecclésiastique et à la puissance séculière le droit d’établir des empêchements dirimans.

Quoique, comme on le verra, nous n’adoptons pas encore ce sentiment, il n’est cependant pas condamné : on peut s’y tenir en invoquant même la doctrine théologique du probalisme, et un théologien de la communauté de St. Sulpice, M. Carrières, l’a même enseigné. Il est vrai que sa doctrine ayant fait de la peine à la cour de Rome, il a ensuite embrassé une doctrine plus exclusive : mais les jurisconsultes seront sans doute plus empressés de prendre acte de son premier aveu, que de s’enthousiasmer de son acte d’obéissance. La doctrine contradictoire ne sera sans doute jamais définie, car c’est bien ici qu’on peut appliquer cette règle posée par l’abbé Fleury : *qu’il suffit qu’on sache le commencement d’une opinion pour être assuré qu’elle ne se sera jamais déclarée être de foi, quoiqu’en puissent dire ceux qui s’échauffent le plus à la soutenir.*

Il n’y a que le sentiment qui refuse à l’Eglise le pouvoir d’établir des empêchements dirimans de mariage qui ait été condamné : *Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia vel in iis constituendis errasse, anathema sit,* dit le concile de Trente. Depuis ce temps, Pie VI, s’adressant en particulier à des évêques, donne l’exclusion à la puissance séculière ; mais ce n’est point là une définition dogmatique.

Pothier a embrassé le sentiment qui ne donne point

l'exclusion au pouvoir séculier, et il a entrepris de l'établir.

“ Les plus anciens empêchements de mariage de droit positif ayant été établis, dit-il, par la puissance séculière, c'est à cette puissance à qui il appartient d'en dispenser ; car le législateur a seul le droit de dispenser de sa loi. Par exemple, l'empêchement de mariage qui était chez les Romains entre un homme de condition honnête et une femme qui avait fait le métier de comédienne, était un empêchement établi par la loi civile. Justinien permet à ces femmes après avoir quitté cet état, de s'adresser à lui pour obtenir dispense de cet empêchement.”

“ L'empêchement de mariage pour cause de parenté entre cousins germains ayant été établi par la loi de Théodose le Grand, et par conséquent par la puissance séculière, c'était aux empereurs à qui on devait s'adresser pour obtenir la dispense de cet empêchement : c'est ce que nous apprenons d'une constitution d'Arcade et Honorius.

“ Ces empereurs, après avoir, par le commencement de cette loi, défendu de s'adresser à eux pour avoir dispense d'épouser des filles sans avoir leur libre consentement et celui de leurs parents, et après avoir déclaré nulles et obreptices de telles dispenses si elles étaient obtenues, permettent ensuite, dans le cas auquel toutes les parties consentent au mariage, de s'adresser à eux pour obtenir des dispenses s'il est par eux jugé à propos, des autres empêchements et notamment de celui qui résulte de la loi de l'empereur, leur père, de triomphante mémoire, qui a défendu le mariage, entre cousins germains, duquel empêchement, disent-ils, ils n'avait pas défendu par sa loi de demander dispense : *exceptis his quos consobrinorum, hoc est quarto gradu conjunctionem. lex triumphalis memorie patris nostri indulgentum supplicare non vetavit.*

“ On ne voit pas que personne ait pensé alors que les empereurs, en se réservant d'accorder ces dispenses, aient excédé leurs pouvoirs et entrepris sur ceux de la puissance ecclésiastique.

“ Le roi Théodoric usait aussi des pouvoirs qu'ont les princes d'accorder des dispenses des empêchements

de mariage qu'ils ont établis. Cassiodore nous rapporte la formule d'une dispense pour un mariage entre cousins germains." Les empereurs Gordien et Justinien firent aussi des lois sur la substance du mariage.

Malgré cela, nous proposons une quatrième opinion, qui est que la puissance séculière a, soit expressément, soit tacitement et par ses propres faits, renoncé en faveur de la puissance ecclésiastique, à régler la substance du mariage. L'empereur Justinien dit, dans la préface de sa Nouvelle sixième : *Maxima quidem in hominibus sunt dona Dei, a superna collata clementia, Sacerdotium et Imperium ; et illud quidem divinis ministrans, hoc autem humanis presidens ac diligentiam exhibens.* Sans doute, le sentiment de ceux qui nient que la puissance séculière ait pu établir des empêchemens de mariage, ne me paraît point conforme à l'histoire et aux commencemens de l'Eglise ; mais d'un autre côté, Pothier, en invoquant ses annales en sa faveur, en a sincopé les enseignemens et rejeté, en se rendant coupable de ce qui est appelé *suppressio veri*, ce qui est contre lui. Cette maîtresse des temps, *magistra temporum*, comme l'appelle Cicéron, nous apprend que toutes choses n'ont pas toujours été dans le même état. Certes, l'Eglise des Catacombes, l'Eglise à son berceau, quand même elle n'eût pas eu à lutter contre le paganisme pour s'établir, ne pouvait s'emparer d'emblée d'abord de ce qui était alors l'organisation municipale et l'ordre public : c'est pourquoi les expressions de Mgr. Gousset, *par sa constitution native*, nous paraissent inexactes, quoique les mots, *jure proprio et originario* ne nous répugnent en rien. Il fallait attendre que ce droit pût s'exercer, et l'Eglise primitive se serait bien donné de garde de troubler les princes dans leurs prérogatives. Lors même que l'Auguste Constantin se déclara pour le Christianisme, l'Eglise ne pouvait être encore *qu'en protection* ; elle était *dans l'empire* selon l'expression d'Optat de Milève. Constantin, non baptisé, prenait le titre d'*Evêque Extérieur*. Ce prince les deux Théodose et Marcien, convoquèrent les premiers Conciles Généraux, et en confirmèrent les décisions. Les empereurs confirmèrent également l'élection des papes jusqu'à Grégoire VII inclusivement.

Quant au moyen âge, on y voit un travail confus de transformation avant qu'on n'en revienne à la distinction des deux puissances, qui, après s'être séparées par la force de circonstances providentielles, entreprennent d'abord à l'envi l'une sur l'autre. Si la puissance ecclésiastique, si nulle d'abord, que St. Paul appelle de la Synagogue à César, en vient à créer des rois, d'un autre côté, la collation des bénéfices aux militaires par les princes, les investitures, le parti pris par les princes séculiers de déposer Eugène IV. au Concile de Bâle, font bien voir que la puissance séculière sortait également de ses bornes. Toutefois, la juridiction ecclésiastique était maintenant en évidence, ce qui était dû à l'enseignement du droit canon, véritable triomphe du droit romain, son précurseur et son auteur. C'est dans le droit romain en effet qu'origine la juridiction ecclésiastique. L'empereur Honorius constitue à l'évêque une cour de conciliation ou arbitrale. Une constitution d'Arcade et Honorius attribue aux évêques la connaissance exclusive des causes concernant la religion. " Si le crime est ecclésiastique dit Justinien en 539, l'évêque le jugera sans que les juges civils s'en mêlent, car nous ne voulons point qu'ils prennent connaissance de ces sortes d'affaires, qui doivent être examinées ecclésiastiquement et les peines imposées selon les canons, que nos lois ne dédaignent pas de suivre." Le droit canon a été plus ou moins accepté par les princes séculiers ; c'est ce que ne niera point même un légiste anglais expérimenté, les Commentaires de l'honorable juge Blackstone à la main : car on y voit la liste des livres du droit canonique, et les tribunaux où l'on s'en sert ; et ces tribunaux ecclésiastiques de la Grande-Bretagne conservent encore, à peu de chose près, la même physionomie que dans le moyen âge. Or, qu'est-ce encore une fois que le droit canon ? . . . c'est le droit romain, le plus beau monument de l'intelligence humaine, conservé à l'Europe par le clergé, sauf les modifications exigées par la différence de condition entre l'Eglise et l'Empire ; mais c'est le même fond, c'est la même terminologie, et ce droit à ses indults, ses brefs et ses constitutions comme son type ; mais comparez

plutôt vous-mêmes les livres correspondants du *Corpus Juris Civilis* et du *Corpus Juris Canonici, de Regulis Juris*.

Pothier dit bien que le mariage n'étant soumis à la puissance ecclésiastique qu'en tant qu'il est sacrement et nullement en tant que contrat civil, les empêchements que l'Eglise établit, seuls et par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le sacrement, et ne peuvent, seuls et par eux-mêmes, donner atteinte au contrat civil ; mais outre qu'une telle doctrine serait moins trange, inconséquente et paradoxale dans la bouche d'un auteur écrivant sous l'empire du droit napoléonien, puisque le mariage civil n'est point connu dans l'ancien droit, nous répétons ce que Dantoine, non moins bon jurisconsulte que Pothier, a déjà dit, " que seules règles que l'on suive sont celles que les canons et les usages de l'Eglise prescrivent." Mais il y a un passage de Pothier lui-même, qui, à son insu, vient singulièrement à notre appui. " Quoique l'empêchement de parenté entre cousins-germains ait été établi par une loi de Théodose, et celui de l'alliance spirituelle, par une loi de Justinien, et par conséquent par la puissance séculière, ils sont néanmoins regardés comme des empêchements de discipline ecclésiastique pour la dispense desquels il est d'usage de se pourvoir devant les supérieurs ecclésiastiques. La raison est que les peuples qui se sont établis sur les ruines de l'empire romain n'ayant jamais été soumis aux lois des empereurs, ne se sont soumis à ces empêchements de mariage, lorsqu'ils ont embrassé la religion chrétienne, que parce que ces empêchements se trouvaient faire partie de la discipline de l'Eglise." . . . De quel poids immense ne doit pas être ce témoignage involontaire et inconséquent ? . . . Oui, vraiment, l'histoire est la maîtresse des temps, *magistra temporum*. La police du monde n'était plus identique, assurément, et Louis le Grand lui-même, ce monarque si jaloux de la prérogative des princes, ne pût s'empêcher de se surprendre scrupuleux au sujet de l'appellation d'*Evêque Exalté-rieur*, qui n'avait point paru étrange du temps de Constantin, et que le chancelier d'Aguesseau voulait faire revivre pour son maître. Il y a plus en faveur

du sentiment de notre adoption ; les princes ont jugé bon que l'Église se créât un for contentieux, et il leur a rendu d'immenses services dans un temps où la justice séculière était devenue silencieuse au milieu de rixes continuelles qui avaient lieu entre ces tyranneaux qu'on appelait pairs, ducs, comtes ou barons. L'Église a défini que c'est à elle à juger ses causes, et la jurisprudence le concède expressément.

“ Il est reçu d'un consentement unanime, dit Van Espen, que les causes des sacrements sont purement ecclésiastiques, et que, quant à la substance de ces sacrements, elle regarde exclusivement le juge ecclésiastique et que le juge séculier ne peut rien statuer sur la validité ou invalidité, parce que, de leur nature, ces causes sont purement spirituelles.”

“ Les juges d'Église sont seuls compétents pour connaître directement des causes de mariage par rapport à leur validité,” dit M. de Férière.

“ C'est à l'Église, dit Mirabeau lui-même, à régler la manière de juger ses causes.”

Mais la juridiction ecclésiastique dépend-elle nécessairement de l'attirail entièrement complet d'une cour de justice ? . . .

Il fallait répondre à cette question, car après la conquête, on n'entend plus parler en Canada de l'Officialité de Québec, qui existait sous les Français.

Non, certes ! l'évêque est de plein droit *Ordinaire* dans son diocèse. Le roi d'Angleterre, qui surroge la suprématie religieuse même dans l'Acte de Québec, s'y réserve le droit d'ériger des tribunaux ecclésiastiques ; il n'apparaît point que cela ait jamais été fait formellement, et cependant, le lord évêque de Québec nommé en 1793, institua des Officiaux pour le Bas et pour le Haut-Canada ; il ne pût le faire que sur le principe que l'évêque est de fait *Ordinaire* dans son diocèse. “ Il y a deux sortes de juridiction, dit M. de Férière, la juridiction ecclésiastique et la juridiction séculière. Ces deux juridictions ont la même origine, puisqu'elles sont émanées de Dieu ; mais elles sont distinctes et séparées en ce qu'elles ont différents objets ; c'est pourquoi chacune se doit renfermer dans les bornes qui lui sont prescrites et ne pas s'étendre

au-delà : c'est le cas où l'incompétence de juridiction *ratione materiæ* peut être alléguée." Si donc il a fallu une loi expresse (31, Geo. III chap 6.) pour transmettre à nos tribunaux certaines attributions judiciaires des Cours d'Intendance et Conseil Supérieur, qui est-ce qui sera assez téméraire pour affirmer que les pouvoirs de l'Officiariat de Québec, de juger en matières ecclésiastiques, ont été transmises, *ipso facto* à nos tribunaux civils?... Ces tribunaux doivent donc se déclarer incompétents en pareilles matières. Ils se sont bien abstenus de prononcer dans la cause de Nau *versus* Lartigue ; ils s'en tireraient ainsi avec plus d'honneur qu'ils ne l'ont fait de fraîche date.

Si nous n'avons pas cru devoir faire aux plus grands empereurs chrétiens l'injure de croire qu'ils auraient attenté aux droits de l'Église, nous ne déduirons pas moins de la modification que l'histoire apporte à la doctrine de Pothier, des conséquences qui ne sont pas d'une médiocre importance ; car c'est cette modification qui nous permet de souscrire aux propositions suivantes de Moser, de Pie VII, et de Mgr. de Montréal :

*Impedimenta a sola potestate civili constituta matrimonium Christianorum, quovis vinculum, dicere non possunt.*

"Le mariage une fois contracté selon les formes établies par l'Église, il n'y a pas de puissance sur la terre qui en puisse rompre le lien."

"Aucune puissance sur la terre n'a le pouvoir d'annuler le mariage des chrétiens qui, en dépit de tous les empêchements civils, sera toujours valide et indissoluble, dès qu'il a été reçu suivant les formes usitées par l'Église. Tandis qu'au contraire, le mariage regardé comme valide par la puissance civile, mais frappé de nullité par l'Église, est nul de plein droit."

Or, à moins de tenir compte de la modification de la police du monde, après les premiers empereurs chrétiens avec la coopération des princes séculiers eux-mêmes, on ne saurait souscrire à cette doctrine, puisque l'Église primitive adhérerait par son silence à un ordre de choses tout opposé.

Et le nombre d'opinions juridiques d'accord au

moins implicitement avec notre doctrine, n'est point aussi limité qu'on pourrait bien le croire. Louet, Peregrinus, Dantoine, Delhommeau, Montrallon, Férière ne s'en sont pas beaucoup éloignés. L'opinion du premier est constatée par la Congrégation du Saint-Office dans une réponse à l'évêque de Québec: *Quæritur primo, sit ne validam matrimonium a duobus catholicis natu minoribus secundum formam ab Ecclesia præscriptam contractum, sed tamen invitis parentibus? . . . Respondetur affirmative. Nec enim dissensus parentum nec ætas minorum inter impedimenta matrimonium continentia ullo possunt modo nostris hisce temporibus recenseri. Leges Casarum et jussa principum huic adversa sententia non morantur. Illa nempe, aut de civilibus tantum effectibus sunt intelligenda, sicut de Edicto Henrici Tertii Regis Ch. illustrissimi, a Ludwico XIII confirmato, consentiunt protestantes viri Loretus, in Parisiensi Senatu Consularius, Hubertus, episcopus Vabriensis, Cabassutus, Gerlasius, Natalis Alexander aliique; aut, cum id statuerant quod secularis prægrætur potestatis limites, sunt omnino rejiciendo. Circa ea quæ ad rationem pertinent sacramentorum, non principibus secularibus, sed soli Ecclesie plena est definiendi potestas.*

Louis XIII ayant en effet porté en 1629 un édit contraire à la doctrine du concile de Trente sur le mariage des mineurs, les commissaires royaux répondirent aux humbles remontrances des archevêques et évêques assemblés à Paris: — *Voces valide et invalide, quoad contracta matrimonia nullo alio modo sunt intelligenda quam per relationem ad civilem contractum per laicos judices.*

« Si l'un des conjoints tombait dans un dérangement total de raison, cet événement, à la vérité, ne serait pas capable de rompre le lien du mariage en tant qu'il est sacrament, *quatenus est sacramentum*; mais il pourrait donner lieu à la séparation de corps et de biens.»

*Contractum vero civilem rescindere potuit regia potestas, non sacramentum*, dit Montrallon (\*) à propos de mineurs. En effet, quoique plusieurs légistes aient dévié de ces principes, et qu'ils soient encouragés par la jurisprudence du règne de Louis XIV, peut-on dire que les mariages des mineurs sont nuls quant au lien ?

(\*) *Epi-  
to ar Juri-  
B.*

Nous disons que non. On a vu la réponse des commissaires royaux aux évêques, et M. de Férière est obligé d'étayer la nullité qu'il prétend sur la présomption que tels mariages sont entachés du vice de séduction.

“ Pour mieux saisir le sens de la réponse des commissaires, dit Mgr. Bourget, il faut remarquer que déjà, en 1606, Henri VI avait modifié l'édit de Blois, en déclarant que la peine de nullité qui y était portée était précisément celle portée par les conciles : *Quandoquidem pena hoc per concilia indicta est ac decreta*. Or, le concile de Trente, auquel cet édit fait allusion, n'a point frappé de nullité les mariages des mineurs, mais uniquement les mariages clandestins et ceux qui auraient été contractés à la suite du rapt. (\*) Il semble donc, d'après les décisions rapportées, que le mariage des mineurs n'est réputé nul par loi que pour les effets civils, par exemple le droit d'héritage et de succession mais nullement pour les effets spirituels, par exemple, le droit de cohabiter et les devoirs imposés aux époux par les Saintes Écritures. Cependant nous lisons dans le second tome des *Edits et Ordonnances* un arrêt du Conseil Supérieur, prononcé en 1741, déclarant non valablement contracté le mariage du sieur René Ovide Hertel de Rouville, mineur, avec demoiselle Louise André, parce qu'il s'était fait sans le consentement de la mère, tutrice, et chose étrange, défenses sont faites aux parties de se haïter et fréquenter sous les peines de droit. Ainsi, aux termes de l'arrêt, la loi aurait aussi des effets spirituels, puisqu'elle prive les époux du droit qu'ils avaient de cohabiter et qu'elle les empêche d'accomplir un devoir qui leur est imposé par la religion.”

Voilà ce qui a fait dire à ce prélat en parlant du mariage des mineurs : “ Cette grave question est d'autant plus embarrassante que la loi civile de notre pays n'est point d'accord avec la loi canonique, et qu'ainsi, on ne voit pas comment on peut remédier à ce mal, qui

---

(\*) Et les conciles ne présument pas que tous les mariages des mineurs sont entachés du vice de séduction, puisqu'ils les déclarent valides.

se propage d'une manière alarmante. Il nous fait donc considérer les difficultés qui surgissent de la loi civile qui nous régit, afin de voir ce qu'il y a à faire pour éviter tout contact compromettant avec le pouvoir temporel. »

Nous ne sommes nullement surpris qu'en présence d'un fait tel que l'arrêt de 1741, et tel que celui d'une sentence plus récente, le prélat se défie de la conclusion à laquelle il avait tendu à en venir, savoir que la loi ne prive les mariages des mineurs que des effets civils. Mais heureusement qu'il est malaisé de faire revivre en Canada des lois tout-à-fait contraires à la liberté, telles qu'il y en a eu de portées en France dans les temps où les familles ne faisaient pas de mariages d'affection, mais d'arrangement, lois qui ont été faites particulièrement aussi pour la noblesse. On ne peut s'empêcher de taxer d'excès des princes qui ont voulu aller plus loin que les empereurs romains: *jure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur*, dit comme on l'a vu, Paulus. *Intelligitur autem patrem consentire, nisi evidenter dissentiat*, c'est-à-dire bien que le mariage ne soit nullement de son goût, pourvu qu'il ne formule pas un refus. Voilà la sagesse législative ! Aussi avons-nous vu les princes ou avouer que leurs lois ne regardaient que le temporel du mariage, ou prétendre que les Conciles avaient frappé de nullité les mariages des mineurs, quand, dans le fait, ils ne parlaient que du cas de rapt de séduction, ou enfin confondre ces deux sortes de mariages en supposant gratuitement que tout mariage de mineurs est entaché du crime de séduction. Il serait à souhaiter, dit d'Hericourt, que nos Ordonnances s'expliquassent plus clairement. Nous voyons aussi l'inconsistance de la jurisprudence de notre pays, car dans un cas, la cause de Larocque *versus* Michon, la Cour du Banc de la Reine tient la main à ce qu'on ne marie point les mineurs dans le pays même, tandis que dans un autre cas, la cause de Languedoc *versus* Laviolette, elle ne voit pas de mal à ce qu'ils passent la frontière pour le faire, et les récompense même par la plénitude des effets civils. Mais nous citerons une autorité tirée aussi du deuxième volume des Edits et Ordonnances

Royaux, et qui prouve que la législation peu naturelle de Louis XIV ou l'opinion de ses hommes de lois n'ont pu prendre de profondes racines dans la Nouvelle-France. Le 6 février 1727, l'intendant de justice Dupuy, dans une Ordonnance pour défendre à tous notaires et ecclésiastiques de passer outre au mariage du sieur Berthelot, mineur, avec demoiselle Roussel, s'exprima ainsi : " Nous avons fait venir pardevant nous la mère de la demoiselle avec la demoiselle sa fille, et séparément le dit sieur Berthelot, auxquels ayant représenté les défenses qui étaient faites aux ecclésiastiques de marier des fils de famille sans avoir leur extrait baptistaire et sans voir le consentement des pères et mères (\*) des dits enfants ; les peines d'exhérédation prononcées contre les dits enfants au sujet de tels mariages, la perte des effets civils et de tous les droits stipulés pour l'un et l'autre des conjoints dans le contrat de mariage."

Le mariage est donc valide *quoad vinculum*.

Les effets civils sont en effet tout ce que peut toucher le pouvoir séculier selon le célèbre jurisconsulte Peregrinus aussi bien que Montvallon : *Sciendum est autem, dit Peregrinus ( ) legitimationum plures esse species ; prima, per quam disponitur super radice matrimonii, et hanc principes temporales facere nequeunt, quia super matrimonio, uti re spirituali decernere non valent, sed solus ecclesiasticus, et per eam filii efficiuntur vere legitimi. Secunda est legitimatio restitutiva, per quam illegitime natus, restituitur primis naturalibus et antiquæ ingenuitati, remota omni natiuitatis macula ex legibus inducta, et hanc supremus princeps in statibus suis, etiam temporalis, et Palatini ab eò auctoritatem habentes, conferre possunt quoad omnes temporales effectus, præsertim succedendi ab intestato et ex testamento.*

(\*) De  
Pater  
commissis

Cette doctrine est résumée par le Concile de Trente :  
*False affirmant matrimonia a filiis familias sine*

---

(\*) Le droit romain qui n'a point les cognats en grande considération, ne veut que le consentement du père ; le droit français désire le consentement des deux, mais quand celui du père y est et que celui de la mère a aussi été demandé, peu importe qu'elle refuse.

*consensu parentum irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse*, répond d'après lui la Congrégation du Saint-Office à l'évêque de Québec.

Le deuxième concile de Québec ne pouvait embrasser une doctrine différente ; mais il a adopté les précautions suivantes, *ne matrimonia careant effectibus civilibus, vel alia inde eveniant incommoda* : le consentement par écrit du père ou tuteur avant la publication des bans ; renvoyer les mineurs par devant la cour par le ministère de quelque homme de loi pour les faire pourvoir de tuteurs, s'ils n'en ont point. Les exhorter à se soumettre aux justes raisons que peuvent avoir leurs parents ou administrateurs ; mais si ceux-ci n'en ont pas, tout employer au contraire, pour les amener à consentir et à éviter scandale. Ainsi, quoique puissent penser nos légistes, du mariage des mineurs en Canada, il y a lieu d'espérer que les occasions de conflit se trouveront éloignées.

On examine à présent si les mariages clandestins sont bien nuls en Canada ?... et l'on dit qu'ils sont nuls et par le droit canonique et par le droit civil, soit que le concile de Trente qui les annulle, y soit ou n'y soit pas publié. Le rituel de Québec prouve que le décret *Tametsi* a été publié canoniquement dans le Bas-Canada. Si à cela les publicistes nous disent qu'il fallait de plus la publication civile ou l'enregistrement dans les cours de justice en vertu de Lettres Patentes, sous le nom d'*executur*, de *placitum Regium*, de lettres d'attaché ou de *pareatis*, nous dirons que le décret en question a été incorporé dans les Ordonnances du royaume de France, et que la jurisprudence de ce royaume a outrepassé le décret ou a enchéri sur son dispositif. En effet le Concile se contente de dire *a proprio parocho* ; tandis qu'on exigeait en France, le concours ou le consentement du curé de chaque partie. Aussi lors de l'arrêt rendu par la Grand Chambre le 4 février 1732, le premier président Portail avertit le barreau, par ordre de la cour, qu'elle déciderait toujours pour la nécessité du concours des deux curés. Or la jurisprudence du Parlement de Paris est une partie intéressante de notre système de lois, et l'article 220 de la coutume de Paris nous dit aussi qu'elle est la

nature du mariage en Canada, c'est le mariage en face d'église : *Et commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale*. C'est le consentement des parties qui est la matière du sacrement ; la bénédiction est la solennité de cet acte, qui le rend conforme aux rites de l'Eglise et public aux yeux de l'état : *matrimonia probantur benedictione sacerdotali*, dit Louet. Le sacrement absorbe le contrat civil, puisque de l'aveu de Férière, il est révocable jusqu'à la bénédiction, que la plupart des unions conjugales se font sans conventions matrimoniales, et que, dans le cas où il y en a, la communauté ne commence jamais du jour du contrat, mais du jour de la bénédiction.

Qui est le ministre du sacrement?... Est-ce le propre curé?... sont-ce les parties elles-mêmes?

L'Eglise n'a rien défini à cet égard, et l'opinion la plus commune parmi les théologiens est, que ce sont les parties mêmes, et que le propre curé est le témoin nécessaire.

On peut objecter qu'il y faut des témoins, autrefois trois ou quatre et aujourd'hui au moins deux, non moins que les paroles *ego conjungo vos*, que prononce le prêtre.

Quoi qu'il en soit, la manière d'agir du pouvoir séculier semble basée invariablement sur le sentiment que le propre curé est le ministre, tandis que celle de l'Eglise accuse le sentiment que les parties s'administrent à elles-mêmes le sacrement. Ainsi, elle admet comme valide le mariage où le consentement est donné en dépit, mais en présence du curé, qui n'a voulu ni bénir l'anneau ni prononcer les mots *ego conjungo vos*. (\*)

“ Tous les mariages faits avant le concile de Trente ou dans les lieux où il n'est pas publié canoniquement sont valides quoiqu'illicites.”

“ Quand on est dans l'impossibilité de se présenter au prêtre, tous conviennent que le mariage est valide, pourvu que le consentement ait été donné en présence de deux témoins.”

“ Dans les lieux où le décret *Tametsi* n'est pas encore publié, le mariage des Catholiques est sans aucun doute valide, quoique fait sans prêtre ni témoins, pourvu qu'ils aient eu une véritable intention de s'unir pour toujours dans le mariage.”

(\*) M<sup>r</sup>. Bourget. Question sur le mariage

“ Lorsqu'ils se sont mariés de la sorte, on peut bien bénir leur mariage, s'ils le désirent, mais alors il n'est pas permis de leur faire renouveler le consentement : *Responderunt eminentissimi Patres monendos esse Missionarios ut in casu de quo agitur, doceant conjuges benedictionem ad ritum unice, non ad validitatem pertinere*, porte une réponse du cardinal Somaglia, Préfet de la Propagande, à Mgr. Plessis en 1824.

“ Comment faut-il considérer les mariages mixtes qui se font sans dispense de l'Eglise et en présence de quelque ministre ou officier civil ? ”

“ Il faut considérer ces mariages comme valides, mais en même temps comme gravement illicites. ”

On ne retrouve pas le même libéralisme dans la jurisprudence française, et nous en concluons que l'état présume le prêtre véritable ministre du sacrement. Il ne reconnaît nullement les mariages clandestins, ni les autres mariages dont on vient d'entendre parler, et si nous ne contestons pas aux théologiens la validité de ces unions *quoad sacramentum*, nous ne doutons pas d'un autre côté, que le pouvoir séculier, a le droit d'exiger que les mariages soient accompagnés de solennité et d'authenticité avant de leur concéder le moindre effet civil.

Comment se prouvent les mariages ? . . . “ Le mariage, dit M. de Ferrière, ne se prouve pas par témoins afin que la vérité du mariage, qui est le fondement des familles et la partie la plus essentielle de l'ordre public, ne dépende pas de la foi douteuse et suspecte des témoins, et qu'il ne soit pas à la liberté des particuliers d'être mariés ou de ne l'être pas, selon qu'il leur plait de faire parler des témoins séduits par l'attrait de l'amitié ou de l'intérêt. ”

“ Les preuves de l'âge, des mariages, et du temps du décès seront reçus par des registres en bonne forme, qui feront foi et preuve en justice, ” dit l'article 7 du titre XX de l'Ordonnance de 1667, enregistrée à Québec. Voir aussi le chapitre XX des *Statuts Refondus*.

Si donc, en certaines circonstances, les mariages se prouvaient par témoins, ce ne serait toujours qu'à défaut de registres.

On ne faisait pas en France de conventions matrimo-

niales devant témoins; mais il fallait les faire devant notaires. Cela n'était pas toujours facile dans la Nouvelle-France, à cause de la pénurie de notaires. Aussi, le roi étant informé que les colons faisaient ces conventions sous seing privé et se contentaient de les déposer chez le notaire le plus voisin, régla par la Déclaration de 1733 que, là où il n'y avait point de Notaires, les conventions matrimoniales pourraient être reçues par le curé ou par le capitaine en présence de deux témoins dont un au moins saurait signer, à la charge de les déposer chez le notaire le plus voisin, qui devrait sur-le-champ dresser l'acte de dépôt contenant la date des jour, mois et an que les conventions lui ont été remises.

Cet ordre de choses a bien pu continuer sous la domination anglaise et nous hésiterions à dire que les conventions matrimoniales qui seraient encore faites devant témoins seraient nulles dans tous les cas. La question s'est présentée pour les conventions matrimoniales de feu l'honorable Joseph Mason, qui équivalaient à un acte, sous seing privé, n'ayant pas été contractées par un second notaire, et des légistes ont été consultés. M. le Bâtonnier Peltier a tenu telles conventions pour nulles, avec MM. Cherrier et Cartier, et MM. Lafontaine et Caron, croyons-nous, les ont tenues pour bonnes.

M. de Férière, cité touchant la preuve des mariages, dit encore qu'une sentence *in causa matrimonii* ne passe jamais en chose jugée.

Les lois concernant le mariage étant des lois personnelles, elles suivent la personne et l'obligent en quelque lieu qu'elle aille: elle ne cesse de la lier que lorsqu'elle s'est acquis dans le lieu où elle se transporte un domicile. Les auteurs en tombent unanimement d'accord, à l'exception, pourrait-on croire, de ceux d'Angleterre, mais ce n'est qu'en apparence, car, s'ils disent que *lex loci contractus* shall be permitted to prevail, ils ajoutent aussitôt: unless when repugnant to the settled principles and policy of its own laws. (Story.)

“ It is not admitted when the parties have no *bona fide* domicile *in loco contractus*, but have resorted thi-

ther to evade a prohibitory law in force in the place of their actual domicile," dit Burge.

La présence ou le consentement du propre curé est tellement nécessaire, dit Guyot, que ce serait vainement qu'on chercherait à l'éviter, en se transportant dans un pays étranger, où les formalités introduites parmi nous ne sont point usitées. Pothier n'est pas moins formel sous les numéros 225 et 363 du traité du mariage. Cochin l'avait fait établir avant eux, et les auteurs qui ont écrit sous le nouveau droit n'ont pas suivi d'autres principes quant à l'obligation de se soumettre aux lois de son pays sur cette matière. L'article 170 du Code Napoléon est exprès. Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage, dit le publiciste Félix, appartiennent sans doute au statut personnel, et par conséquent, le mariage contracté en pays étranger par un Français n'est valide qu'autant que ce dernier n'a point contrevenu aux dispositions des articles 144 et 164 du Code Civil; c'est ce que porte l'article 170 du même code, et ce texte est conforme aux maximes du droit international."

Il dit ailleurs: "La loi de la nation à laquelle un individu appartient régit la validité intrinsèque et les effets du mariage quant aux personnes."

"La forme du contrat, dit Portalis, est réglée par la loi du lieu où il est passé. Mais tout ce qui touche à la substance même du contrat continue d'être gouverné par les lois françaises."

L'article 34 du Code Civil d'Autriche est conforme aux dispositions du Code Napoléon.

Cela posé, il ne nous reste plus qu'à prendre à partie les sentences rendues contre les grands principes que nous avons développés. Mais nous dirons d'abord que dans la cause de Languedoc *versus* Laviolette, il y a dans la plaidoierie des avocats canadiens-français de ce dernier, des choses regrettables, et qui prouvent que pour le solliciteur tous les moyens sont bons pourvu qu'ils servent sa cause, soit que ce soit la demande ou la défense qui tombe à son lot. Non, je le vois, le but de la profession d'avocats n'est point la recherche de la vérité! Il faudrait, dit Le Camus, qu'ils fussent en état de ne postuler que pour l'honneur d'avoir des

clients, et nous, nous disons qu'on devrait exiger d'eux comme autrefois à Rome, le *juramentum calumniæ*.

“ Toutes les lois, disent les avocats de Laviolette, faites à ce sujet depuis l'Ordonnance de 1622, révoquant l'édit de Nantes de 1598, étaient des lois politiques dues à l'esprit du temps et à l'état de société qui régnait alors en France, et n'ont point d'application au Canada, devenu colonie anglaise. S'il en était autrement, comment les sujets protestants pourraient-ils s'affranchir de ce qui est prescrit par ces ordonnances ? ”

Il n'est pas malaisé de répondre à cette interpellation. Il n'y a qu'à faire comme on faisait en France avant la révocation de l'édit de Nantes. L'équité veut que les mots *benediction nuptiale* et encore mieux *épousailles* de l'article 220 de la Coutume de Paris s'entendent aussi du mariage fait devant un recteur ou autre ministre du culte, car c'est un mariage religieux et non un mariage civil. L'Église elle-même ne se montre pas plus exigeante. Dès 1741, Benoît XIV reconnaît comme *valides* les mariages qui seront contractés en Hollande et en Belgique entre les protestants ou entre eux et les catholiques, quoique les formes prescrites par le concile de Trente ne soient point gardées. Clément XIII en fit autant pour le Canada en 1764, et Liguori, théologien si prudent, raisonnant *a simili*, le réduit en principe pour tous les pays protestants. Mais selon l'Église, la partie protestante communique à la partie catholique son immunité, et nous ne nous oublions jamais jusqu'à dire avec les avocats dont nous parlons, que ce que les époux languedociens ont fait aux États-Unis, ils pourraient le faire en Canada devant tout ministre d'un culte protestant quelconque ayant autorité de tenir des registres. Je touche à l'occasion de revenir sur cet avancé malséant, basé sans doute sur cette maxime du droit, *qu'on peut faire tout ce que la loi ne défend pas expressément*, qui doit avoir pour modératrice cette autre maxime, *omne quod licitum non semper honestum*, comme disent sur le mariage, les Pandectes Romaines.

*Considerans des Juges.*

*Réfutation.*

*Day J.* —The only difficulty in my mind from the beginning has been as to the right of the tutor to raise such an issue. As a general rule the defendant would have no legal quality in that capacity to raise such a question, but he is here sued personally and not as a tutor.

On ne voit pas comment un tuteur qui est poursuivi en reddition de compte, n'est point poursuivi és qualité de tuteur.

The defendant is not contesting the validity of the Plaintiff's marriage, on the contrary, is maintaining and simply contending for the nullity of the contract entered into as if it was legally solemnized.

Ce n'est pas merveille, à présent qu'il y trouve son intérêt. Mais il avait agi auparavant, au sujet de ce mariage, comme étant non valable ; il l'avait traité comme nul, en assistant sa pupille au second. La qualité de *legally solemnized* concédée par l'honorable juge au premier mariage est contre les principes des légistes anglais eux-mêmes ; et selon le droit canonique et civil, il était nul comme entaché du vice de rapt de séduction.

Now, as to the proof of the first marriage, *two witnesses* swear to the ceremony and to its being performed in all respects accordance with the laws of the state of New-York,

M. le juge Day nous dit que le mariage a été prouvé par deux témoins ; M. le juge Chabot dit au contraire qu'on n'a produit qu'un seul témoin. Ensuite n'est-il pas étrange que M.

where the marriage was celebrated. The only question which can arise there-fore, is as to the legal effect of such a marriage on the civil rights of the parties, and it has been well settled, that the matrimonial domicile of the parties must govern the determination of the question. In the present case, not only was the matrimonial domicile in Lower Canada; but the parties themselves resided there immediately before and subsequent to the marriage; so that, there can be no doubt that the effect of the marriage was to establish a *communauté de biens* between the contracting parties. As to the ground contended for by the plaintiffs, that these parties should have been married by the *curé* of their parish, and that no marriage otherwise celebrated could produce any civil effect, it is undoubted that such was formerly the law of France, but it is equally undoubted that that law was based on a union of civil and ecclesiastical rule, which was peculiar to France and which never obtained in this country. Here, there is an absolute freedom as regards thoughts and forms of reli-

le juge Day applique la doctrine de la loi du domicile aux effets civils qui sont l'accessoire, et qu'il ne l'applique point au mariage en lui-même, qui est le principal!... Il voit une loi politico-religieuse particulière à la France et qui n'a jamais été en vigueur en Canada. Mais un tel système de loi n'était-il pas plus particulier à l'Angleterre qu'à la France?... et n'a-t-elle pas manifesté par l'acte de Québec même la volonté de le soutenir en Canada? Le Roi ne s'y réserve-t-il pas la suprématie religieuse? Le but des lois touchant les registres a-t-il été effectivement de permettre aux curés de marier les protestants ou *vice versa*? Assurément que non, car avec un tel esprit comment pourrait-on constater le nombre respectif des communions de chaque religion: ne s'en suivrait-il pas une confusion que l'Écclé ne peut désirer? Et si M. le juge Day a mal débattu l'esprit de la loi, il a erré davantage en attribuant à la loi un langage exprès car telle permission n'a jamais été formée. L'honorable juge doit saluer en outre que *consultatio legem imitatur et pre-*

gion. There is nothing to prevent a protestant getting married by a Romish churchman, and *vice versâ*. The acts of Parliament, authorizing all sorts of sects to marry, are in no way restrictive as to the peculiar religion of the parties. *The law gives them full power in broad language to marry.* And then, as to the fact of the marriage having been celebrated in one of the adjoining states, there can be no doubt that according to the law of nations, if the marriage were legally contracted and celebrated there, it is binding here.

Moreover, the consent on the part of the tutor or guardian, which has been so much relied upon, cannot legally be urged by the parties themselves, but only by some standing *in loco parentis*.

*lege custoditur et que,* selon le jurisconsulte Paulus; *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus.* Quand donc nos curés consentiront à marier deux protestants et que nos citoyens profiteront de la complaisance plus empressée des ministres sectaires, alors, mais alors seulement, l'honorable juge pourra tirer de pareilles inductions de ce que les statuts ne contiennent pas de défense expresse. Mais de telles suppositions sont, je l'avoue, plus regrettables dans la bouche des avocats de Laviolette et d'un des juges canadiens que dans celle de M. le juge Day. C'est gratuitement qu'ils ont affirmé que les lois contre la clandestinité des mariages sont des lois politiques, puisqu'elles sont fondées sur la doctrine du Concile général de Trente. Ils ne se rejettent point sur la politique quand il s'agit d'empêcher de marier les mineurs: ils le feraient pourtant à bon droit. Encore une fois, les lois ne peuvent rien contre les mœurs ou l'opinion. Même en France, où le sentiment religieux n'est pas très fort, le gouvernement n'a pu

encore rallier l'opinion au mariage civil.

“ La part si restreinte faite par la loi civile au côté religieux du mariage, dit M. de Richcourt, — cette sorte de défiance avec laquelle elle semble même l'envisager, les situations fâcheuses qui, dans le sens des idées catholiques, en sont le résultat inévitable, la contradiction qui, sur ce point, est flagrante entre les idées et les mœurs d'une part, et la loi de l'autre, voilà le terme fréquent de discussions ravivées dans ces derniers temps en France, par les luttes qu'a soulevées la réforme de la législation du mariage en Piémont. Et comme une grande nation ne peut avoir des lois qui soient une insulte à sa croyance, des voix nombreuses ont réclamé, au nom de la liberté, contre cet ordre de choses.”

Quant à M. le juge Day, malgré son tolérantisme, plus que parfait, il ne va pas jusqu'à prétendre nous donner le mariage civil, et nous lui en savons gré. Mais nous revenons sur son avancé que les lois de l'ancienne monarchie française en fait de mariage n'ont jamais été en vigueur ici, et nous argumentons comme suit : Le statut de 1849

supprime les oppositions aux mariages, et le jugement de la Cour du Banc de la Reine dans la cause de Larocque *versus* Michon veut qu'on tienne la main à la publication des bans. Cela ne prouve-t-il pas contre M. le juge Day que ces lois sont en force ? . . . En effet, dit le jurisconsulte Modestinus, *derogatur legi aut abrogatur. Derogatur cum pars detrahitur, abrogatur cum prorsus tollitur.* On abolit les oppositions au mariages ; or cela ne peut se faire sans que l'on confirme de cela seul toute la législation sur la même matière : *cum pars detrahitur, exceptio firmat regulam.*

Quant à la maxime du droit des gens, *qu'un mariage contracté dans un pays vaut dans tous les autres*, l'honorable juge ne sait point l'appliquer. En la comparant avec le principe que *le mariage des individus d'une nation se règle par la loi du domicile*, admise par lui-même, il ne s'y serait pas laissé prendre. Et pour son avancé que les parties elles-mêmes n'ont pu prétendre la nullité de leur premier mariage, il est détruit par les arrêts rapportés par Denisart : quand les vices sont absolus, tout

le monde peut les invoquer.

*Mondelet J.*—Le premier mariage est bon, car si un mariage est contracté dans un pays civilisé, d'après les lois de ce pays, il est considéré bon par le droit des gens. Même fausse application d'un principe incontestable, si incontestable qu'il n'est pas même besoin pour le pas même besoin pour le domicile que le mariage ait été contracté dans un pays civilisé, quoiqu'en dise l'honorable juge.

La déclaration de 1697 Si cela est, ne devient-il est la seule loi en France pas d'autant plus étonnant qui prononçait la nullité du que la Cour du Banc de la mariage lorsqu'il avait été Reine tienne si fort à la fait sans publication de bans publication des bans. Mais ou dispense d'iceux, ou sans ce moyen de procureur est le consentement des père repoussé par cet autre, que et mère ou du tuteur pour la jurisprudence du parle- le marié des mineurs ; ment de Paris forme une mais elle n'est pas en force partie de notre système de en Canada vu qu'elle n'a lois. Mais il n'est pas né- pas été enregistrée au Cou- cessaire, car qu'importe que seil Supérieur de Québec... M. le juge Mondelet trou- Mais en supposant même ve que Pothier n'a pas que ces ordonnances com- réussi à induire une nullité portaient une nullité à l'é- absolue des termes de l'Or-poque de leur promulgation donnance de Blois, quand qui était plus ou moins rap- celle de Louis XIII, de l'an- prochée de celle de la révoca- 1629, que l'honorable juge tion de l'édit de Nantes, il ne devait point ignorer, faut admettre que deux déclare que les mariages Français catholiques qui contractés contre la teneur auraient dépassé la frontiè- de la dite Ordonnance de re et qui se seraient mariés Blois seront déclarés non en Angleterre sans publi- valablement contractés ? La- cation de bans devant le déclaration de 1697 n'est curé de leur paroisse ou un done pas la seule loi qui autre prêtre, l'auraient été prononçait la nullité des valablement ; car ces or- mariages clandestins. Et donnances ne s'appliquaient quant aux mariages qui

qu'aux mariages contractés auraient été contractés par en France, et l'on peut se des Français à l'étranger, convaincre de l'existence et non par conséquent de cette doctrine en référant au traité de Pothier, se, comme le suppose l'honorable juge ; Pothier, sous No. 348, où il rapporte ce qui s'est passé dans le concile de Trente au sujet des mariages clandestins.

Un des effets civils qu'a produits le premier mariage des demandeurs dans l'état de New-York, est la communauté de biens entre eux, La Coutume de Paris, en déclarant la nullité des contre-lettres, frappe de nullité le contrat de mariage qui a été fait après ce premier mariage. Il ne peut y avoir qu'un seul mariage qui puisse produire des effets civils et non un second, si l'un est en conflit avec l'autre. La présence du tuteur au second mariage ne peut pas avoir eu l'effet de valider ce qui ne peut pas produire d'effets civils.

lui faire dire. Les lois entre la clandestinité ne sont point des lois politiques. Cette condition (le ministre du propre curé) qui a été introduite par le concile de Trente, dit Férière, est requise par les Ordonnances de 1629, et de 1639, et du mois de mars 1697, qui font très expresses défenses à tous curés de célébrer aucuns mariages que entre leurs vrais paroissiens, demeurant actuellement dans leur paroisse et depuis un temps suffisant.” Quoique ce ne soit pas précisément ce que dit l'honorable juge, il est certain qu'on ne se marie pas deux fois. Mais si le premier mariage était nul, il n'y avait pas communauté de biens, et le second vençait le premier. On n'entend sans doute pas par lettres le mariage lui-même mais les conventions matrimoniales ; le premier mariage, fait sans conventions matrimoniales, n'était donc pas une lettre, et par conséquent le contrat de

mariage devant notaires, exprimant séparations de biens, n'était pas non plus une contre-lettre. Mais il n'est pas exact de dire que la Coutume de Paris n'admet point les contre-lettres. L'article 251 porte : *Toutes contre-lettres faites à part et hors la présence des parents qui ont assisté au contrat de mariages, sont nulles.*

Les parents, dit sur cet article Eusèbe de Laurières; sont les pères, mères aïeuls et aïeules, auxquels il faut joindre les tuteurs. Or le tuteur a assisté sa pupille au mariage régulier.

L'article de la Coutume s'entend des mineurs.

Quant à ceux qui sont majeurs, dit le même auteur, ils pourront changer leur contrat à volonté et y déroger par contre-lettres (avant la célébration) sans appeler ceux qu'ils ont fait signer par bienséance.

*Sir L. H. Lafontaine, Baronet, Juge-en-chef.* — C'est au contraire ce dont il s'agit précisément, à moins que la poursuite n'ait été intentée non en reddition de compte, ni de savoir s'il y a lieu à compensation de compte, mais en la seule question que nous demandé de nullité de mariage. " Il est de l'intérêt des nations chrétiennes d'invalider les mariages," dit Sir L. H. Lafontaine, Juge-en-chef. Il est bien

Canada est nul ou non. La douteux qu'il soit de l'inté- doctrine que le mariage, rêt du christianisme de va- pour être valide, doit être l'ider le mariage civil, puis- célébré devant le propre que l'auteur du christianis- curé, si elle était admise, me a élevé le mariage au devrait s'appliquer aux ma- rang de sacrement. C'est jeurs comme aux mineurs, plutôt de l'intérêt bien ou et si le mariage célébré mal compris du droit des autrement était radicale- gens. Et pour la maxime- ment nul, nous aurions dû ainsi corrigée, elle s'appli- le dire dans la cause de que aux mariages contrac- Larocque et Michon ; ce- tés dans leur pays par des pendant la cour a, dans étrangers qui viennent ha- cette dernière cause, été biter ailleurs, et non à ceux d'opinion que le mariage qui vont s'unir clandesti- était *valable*. L'intérêt des nement dans un autre pays nations chrétiennes est de en fraude des lois du leur, reconnaître et valider les car chaque pays tient avec mariages. Quant à l'autori- raison à ses réglemens- té de Troplong, qui a été municipaux en fait de citée, elle ne s'applique mariage ; ce qu'il y a d'é- qu'aux dispositions du Code tonnant, c'est que quatre Civil, et nullement à l'an- juges aient pu s'accorder à l'an- cien droit. Je dis que si le commettre un tel contre- défaut d'autorisation n'en- sens. Un élève brillant de traîne pas la nullité, l'ab- l'Ecole de Droit a fait jus- sence du curé ne peut avoir tice de l'avancé que les plus d'effet. auteurs admettent en gé-

Mais nos lois pronon- néral la validité de ces cent-elles en ce cas la mariages. L'opinion de nullité absolue du mariage? Peregrinus, Louet, Dantoi- Les anciens auteurs le re- ne, Charondas, Delhomeau, connaissent *valable* en thè- Coochin, Monvallon, d'A- se générale ; cependant la- guesseau, Pothier, Férière, nullité peut en être deman- Denizart, Guyot, Séguier, dée par le père, la mère, le Merlin ; Portalis, Félix, tuteur ou curateur, et sur Dalloz, Troplong, Burge, appel, tels mariages pou- forme en notre faveur un vaient être déclarés abusifs argument de prescription. et nuls. S'il faut juger que Mais la maxime citée de- le mariage fait hors de la vient tout à fait *irrélevante*, présence du propre curé est un peu ironique même dans

nul, que de mariages, en l'expression, quoique non ce pays, qui seront sans pas sans doute dans l'inten-  
effet! Le contrat de maria- tion si, comme dans l'espè-  
ge est dn droit des gens et ce dont il s'agit, les parties  
on doit l'admettre lorsqu'il ont de bonne foi reconnu  
est contracté suivant l'usa- la nullité d'une telle union  
ge du lieu où il est célébré; fortifiées dans cette bonne  
c'est ainsi qu'on admet les foi par la conduite d'un  
mariages faits chez les Sau- tuteur, jusqu'au moment  
vages quoique dépourvus où, poursuivi en reddition  
des formalités prescrites par de compte, il devient inté-  
nos lois. Mais on dit que le ressé à penser autrement.  
mariage aux Etats-Unis a Le juge en chef dit que  
été fait en fraude de nos si le défaut d'autorisation  
lois. Je ne vois pas com- n'entraîne pas la nullité, le  
ment. Si ce mariage eût défaut de présence du pro-  
eu lieu au pays, il eût été pre curé ne peut avoir plus  
également frauduleux. Ce d'effet. Mais non, puisqu'il  
n'est pas parce qu'il a été déclare lui-même que les  
contracté à l'étranger, mais parents ou le tuteur au-  
seulement parce qu'il l'a raient pu invoquer la nul-  
été sans le consentement lité du mariage aux Etats-  
du tuteur, que la nullité en Unis. D'ailleurs l'article  
pourrait être demandée, et 220 de la Coutume ne  
par le tuteur seul. Les de- mentionne-t-il pas que le  
mandeurs ne se trouvent mariage religieux? Le sens  
dans aucun des cas où la contraire de *parochus pro-*  
loi leur permettrait de le *prius* est *parochus non*  
faire. En l'absence des *proprius* et non un juge à  
père et mère, qui sont dé- paix américain.  
cédés, le tuteur aurait pu la  
demander, mais, loin de là,  
il en réclame le maintien.  
Je ne prononce aucune opi-  
nion sur la demande qui en  
serait faite par une person-  
ne de compétence, non plus  
que sur celle de savoir si,  
en déclarant le mariage  
aux Etats-Unis valable, les  
cours ne doivent pas venir  
(cependant) au secours des

mineurs. Nous adjugons seulement sur la contestation telle que soulevée en confirmant le jugement de la Cour de première instance.

*Caron J.* — Les questions que nous avons à juger se réduisent à deux, savoir : le mariage invoqué dans la déclaration des demandeurs en Cour Inférieure est-il valable et l'intimé pouvait-il, lui, invoquer sa nullité dans l'action portée contre lui ?

Si la première question était posée par le père ou la mère, je serais à peu près décidé à dire que le mariage pouvait être mis de côté comme *fait pour éluder la loi*, et conséquemment nul, et que les tribunaux ont droit de prononcer cette nullité. Je suis d'avis avec le juge en chef que l'absence du curé ne rend pas le mariage radicalement nul. Mais ces nullités ne peuvent être opposées par les collatéraux. Je pense également que des mariages contractés au pays, dans les mêmes conditions, ne pourraient être déclarés nuls.

Il y a une anomalie en cette cause ; c'est que ce sont les époux eux-mêmes qui réclament la nullité du

Si tels mariages ne peuvent être déclarés nuls au pays même, c'est qu'il n'y a point de loi qui leur soit contraire, et s'il n'y a point de loi, comment l'honorable juge a-t-il pu dire que le mariage contracté à Champlain pouvait être mis de côté comme contracté *in fraudem legis* ? Mais M. le juge Caron sait-il comment ce mariage a été contracté ? ... Pour moi, je ne le sais pas car le *Lower Canada Jurist* dit que c'est devant un ministre de l'Évangile, tandis que les *Décisions des Tribunaux* disent que c'est devant un juge à paix. Il semble cependant que ce ne soit pas trop demander à nos cours que de faire

mariage, pendant que le tuteur, dont les droits ont été violés, ne la demande pas.

Mais admettant la validité du premier mariage, sera-t-il permis à l'intimé d'invoquer, comme il l'a fait, la nullité du second mariage, le seul qui soit allégué dans la déclaration des demandeurs?... J'avoue que la conduite de l'intimé ne mérite pas l'approbation, mais ici, nous n'avons pas à prononcer sur cette conduite et sur la punition due à ce tuteur ; cette question viendra lorsque le jugement sera rendu.

Le troisième paragraphe de l'honorable juge réfute son second. Les époux ne réclament point la nullité du premier mariage ; ce qu'il est vrai de dire qu'ils n'invoquent que le second, ce qui est bien autre chose. L'anomalie n'est donc pas difficile d'explication. Le tuteur jette le voile sur la violation de ses droits ; ce n'est pas merveille à présent qu'il est dirigé par un intempérance sordide. Mais il avait vengé ses droits violés en faisant faire le second mariage, et toutefois on veut bien l'admettre à revenir sur ses pas, bien qu'on le reconaisse blâmable ! La cour n'a pas mission de repousser un tuteur impudent, mais celle de frustrer une mineure ! Le tuteur sera le personnage auquel on n'appliquera point l'aphorisme *nemo potest mutare consilium in alterius injuriam* ! L'anomalie n'est point dans la cause, elle est dans la sentence, car on voit les juges catholiques décider comme on déciderait M. le juge Aylwin, et M. le juge Aylwin décider comme on aurait pu s'attendre que décideraient les juges canadiens.

La Cour du Banc de la Reine a encouru la dénonciation contenue dans les conclusions remarquables de MM. Cherrier et Dorion contre la Cour Supérieure.

“ Par son jugement, la cour a déclaré qu'un mariage célébré dans l'état de New-York entre deux personnes domiciliées en Canada, dont l'une était mineure et n'était pas autorisée par son tuteur, serait valable, même sur la preuve que les parties ne s'étaient déplacées que pour éluder les lois du pays où ils n'auraient pu se marier, c'est-à-dire que la Cour Inférieure a solennellement prononcé qu'il était permis à des sujets anglais résidant dans le pays, non-seulement de se soustraire à l'opération de ses lois en allant dans un pays limitrophe faire des actes qu'elles réprouvent ; mais encore, revenir demander à nos tribunaux de sanctionner ces actes qui sont contraires aux lois qu'ils sont chargés d'administrer.”

Rapportons aussi l'opinion lumineuse de deux des honorables juges. Quant à M. le juge Duval, il est à regretter qu'il ait donné un vote silencieux, car il s'agissait d'une mineure, et dans la cause de Larocque et Michon, il avait été le plus enclin à la sévérité envers un curé qui avait marié un mineur !

“ La présente action, dit M. le juge Chabot, est en reddition de compte portée par les demandeurs contre le défendeur, comme ci-devant tuteur de la demanderesse. Le défendeur, par sa défense invoque la nullité du second mariage, et celle du contrat de mariage des demandeurs, vu l'existence d'un premier mariage dans l'état de New-York qui a eu lieu devant un ministre protestant et sans aucune autorisation du tuteur. Le défendeur était présent à ce second mariage qui a eu lieu devant un prêtre catholique, et je considère qu'il ne peut pas attaquer ce mariage. Le mariage célébré dans l'état de New-York a-t-il produit des effets civils ? Pour pouvoir décider cette question, il aurait fallu que ce mariage eût été prouvé ; or, il ne l'a été que par un seul témoin, qui a identifié les parties, et les procureurs ont consenti à ce que cette déposition valût comme deux dépositions dans la cause. (\*)

(\*) Ce consentement des procureurs a été la cause efficiente de la perte du procès.

“ Je considère ce consentement nul, vu qu’il s’agit d’établir une question d’ordre public, car il en est de même de la preuve de tout fait qui a rapport à une séparation de corps et au cas où le divorce est prononcé, dans les pays où il a lieu.

“ Je suis d’opinion que le mariage donne droit à la reddition de son compte, et que les conclusions qui ont été prises par les demandeurs sont suffisantes.”

*Aylwin J.* — “ L’appelante en cette cause, mineure de dix-sept ans, et sous la puissance de l’intimé, qui était marié à la mère de l’appelante, s’échappe du domicile de son tuteur, passe la ligne, et fait avec l’appelant la cérémonie du mariage, puis tous deux reviennent en Canada. Un mois après, les conventions matrimoniales ont lieu, et prenant le contre-pied de la farce jouée aux Etats-Unis, on procède convenablement au mariage, qui est précédé d’un contrat, auquel était présent l’intimé, tenant la place de père et donnant sa sanction. Plus tard il est appelé à rendre compte à cette mineure de l’administration qu’il avait eue de ses biens ; il en rend deux qui sont impués d’inexactitude, en sorte que les appelants sont obligés de se pourvoir en justice, et de là la présente action portée par les appelants, et dans laquelle ils n’invoquent que le mariage célébré en second lieu.

“ Quelle défense fait Laviolette ? . . . Il oppose une fin de non recevoir dans laquelle il admet bien que le mariage allégué a eu lieu en effet, mais qu’il est nul, en autant qu’un autre mariage avait été consommé avant. Et ce n’est pas là une subtilité, dit-il, car le mari me doit £ 2000, et j’ai intérêt à ce qu’il y ait communauté de biens entre les appelants ; et quoique j’aie été le gardien des intérêts de la mineure, j’entends me faire payer à ses dépens, des créances que j’ai contre son mari. Il conclut à ce que le mariage allégué dans la déclaration soit déclaré nul, et que l’action soit déboutée avec dépens.”

“ En supposant la prétention de l’intimé bien fondée l’action ne devait pas être déboutée, le mariage étant

admis, mais l'intimé devait rendre compte sauf à com-  
penser. La qualité essentielle des appelants pour  
porter l'action, était celle de mari et femme ; cette  
qualité existait indépendamment de la forme du con-  
trat, et cependant la cour inférieure a renvoyé l'action  
sans adjuger sur la matière mise en question par cette  
action. Cette circonstance seule suffirait pour faire  
renverser le jugement de la cour inférieure, car le seul  
jugement qu'elle pouvait et qu'elle devait rendre, était  
d'obliger l'intimé à rendre compte. Mais il y a une  
autre question à juger, c'est de savoir qu'elle est la  
valeur des mariages contractés comme celui qui est  
allégué par l'intimé. On ne doit certainement pas  
les envisager ici comme en Angleterre, mais les juger  
suivant les lois du Bas-Canada, qui diffèrent des lois  
d'Angleterre. En effet, la légitimation par mariage  
subséquent, qui a lieu ici, n'est pas reconnue en An-  
gleterre, et les mariages de Gretnagreen, tolérés en  
Angleterre, ne pourraient valoir ici. Burge donne  
comme une règle que le mariage est régi par le domici-  
le d'origine : nous n'avons pas d'autre règle ici. Il  
existe une autre règle sur le continent de l'Europe, qui  
est inconnue en Angleterre, et qui frappe de nullité  
tout mariage contracté en fraude des lois de son pays.  
Voyez Hubertus, Pothier, Voet, Burgundus, Bowyer's  
Public Law, Wheaton's Elements of International  
Law.

“Comment cette cause doit-elle être décidée sous  
les lois du Bas-Canada? . . . Les appelants étaient  
tenus de célébrer leur mariage devant leur propre  
curé. Sous l'ancien Droit Français, on trouve une  
foule de cas où les cours ont prononcé la nullité abso-  
lue de mariages célébrés devant un autre que le curé  
des époux. Je ne puis comprendre qu'une mineure  
allant aux États-Unis, et y séjournant un demi-heure,  
puisse par là se soustraire aux lois de ce pays et s'allier  
ainsi à un homme sans aveu, et le faire entrer ainsi  
dans une famille qui jamais n'aurait voulu l'admettre.  
Il aurait fallu, dit-on, faire déclarer nul le premier  
mariage. Mais comment s'y serait-on pris ? En France  
on procédait par l'appel comme d'abus : dans le cas  
actuel ceci ne pourrait avoir lieu, et je ne vois pas

comment on aurait pu procéder, nonobstant le cas cité de M. de Rouville, rapporté à la page 40 des jugemens du Conseil Supérieur, en date du 12 juin, 1741.

Je suis convaincu que l'acte fait aux Etats-Unis, était en fraude de nos lois, et que lorsqu'on en appelle aux lois étrangères, ce doit être à condition qu'elles ne soient contraires ni aux nôtres, ni aux bonnes mœurs.

Il y a un trait remarquable dans la réponse de l'intimé à l'allégation de sa connivence et coopération au second mariage. Il dit qu'il ne s'est jamais opposé au premier mariage, et ne l'a jamais contesté, et qu'il n'a signé l'acte et les stipulations du second mariage que pour faire plaisir aux appelants. Je n'hésite pas à dire qu'il n'y a jamais eu pareil exemple de cynisme. Quoi ! un tuteur qui a prêté serment de veiller aux intérêts de la pupille qui lui est confiée, ne craint pas de dire qu'il lui est loisible de faire déclarer nul le mariage de cette pupille, mais que si ses intérêts peuvent en être affectés, il ne le fera pas ? Ce procédé est une insulte jetée à la face de la justice. C'est pour ainsi dire un vol commis au détriment de sa pupille. Oui, il avait droit de demander la nullité de ce mariage, mais seulement dans l'intérêt de la mineure, et non autrement, et il ne pouvait invoquer l'absence de cette demande en nullité pour toucher, sur les biens de celle qu'il devait protéger, une somme aussi considérable que celle qu'il réclame aujourd'hui.

“ Cette demande en nullité devait être portée dans l'intérêt exclusif de la demanderesse ; c'était l'intérêt de sa pupille qu'il aurait dû voir à conserver lui-même. L'acte de conventions matrimoniales qu'il a signé doit être regardé comme une transaction, c'est le meilleur jugement que l'appelant pouvait avoir. La règle qui veut que les conventions matrimoniales précèdent la célébration n'est pas absolue, il y a des cas d'exception où la partie peut être relevée pour cause de lésion, et elle a dix ans à compter du jour de sa majorité pour se pourvoir. Mais celui qui, comme l'intimé dans le cas actuel, aura signé l'acte, pourra-t-il demander d'être soustrait aux conséquences d'une fausseté qu'il a signée ? Non, certainement. J'aurais pour ma part,

renversé le jugement dont est appel ici, ordonné à l'intimé de rendre compte et repoussé toute tentative de l'intimé de compenser le reliquat de compte par le moyen des créances qu'il avait contre le mari."

Voilà d'un côté, le langage net et ferme d'un esprit du premier ordre et d'une aperception singulière, en opposition au langage collectif mais décousu d'hommes d'un mérite plus ordinaire. Selon les uns, il n'y a pas de lois, selon les autres, il y en a, mais elles ne sont point exécutoires. Selon le juge en chef le mariage de Champlain n'a pas été fait en fraude des lois du Canada, le juge Caron maintient cependant que oui. Le juge Mondelet prétend qu'on admet les mariages célébrés dans les pays civilisés ; le juge en chef admet même ceux qui sont célébrés chez les Sauvages. Dans la cause de Larocque et Michon, on sévit contre les ecclésiastiques qui se présumeront de marier les mineurs dans le pays, et dans celle de Languedoc et Laviolette, on proclame que les filles mineures peuvent se marier en franchissant la ligne pour une demi-heure. On ne sait pas même de quoi il s'agit dans la cause, et l'on adjuge *super non petita*. On ne juge pas sur la reddition de compte, qui est l'objet du litige, mais sur des questions de droit public et canonique. Est-ce un mariage civil ou un mariage religieux que ce mariage de Champlain ? A-t-il été prouvé ? On ne voit clair nulle part. Aussi si quelque chose peut nous sauver, ce ne sont pas certes les oracles de ces archipéracites, mais plutôt ce que nous dit M. de Férière, que dans les causes matrimoniales, les sentences ne passent pas en chose jugée.

"Un des honorables juges, dit Mgr. de Montréal, regarde avec raison ce mariage d'une mineure, contracté dans un pays étranger, comme *une farce*. Il cite Burge, qui donne comme une règle que le mariage est réglé par le domicile d'origine. Il invoque Pothier et autres auteurs, pour prouver que tout mariage contracté en fraude des lois de son pays, est frappé de nullité. Il cite la pratique des cours qui, sous l'ancien droit français, dans une foule de cas, ont prononcé la nullité absolue des mariages célébrés devant un autre que le curé des époux. Il fait voir clairement qu'une

mineure qui va séjourner une demi-heure aux Etats-Unis, pour s'y marier ne peut pas se soustraire aux lois de son pays, en s'alliant à un homme sans aveu, et en le faisant ainsi entrer dans sa famille, qui jamais n'aurait voulu l'admettre. Il est convaincu que cet acte fait aux Etats-Unis, était en fraude de nos lois et contre les bonnes mœurs. Ces conclusions de l'honorable juge sont en parfaite harmonie avec notre jurisprudence canonique."

On pourrait croire que M. le juge Aylwin n'a point adhéré aux mêmes principes dans la cause de la reine *versus* Leblanc, si la légère peine infligée ne donnait lieu de penser que ce magistrat n'a pas pris effectivement la bigamie bien au sérieux. En effet, *fraudis interpretatio non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur*, nous dit le jurisconsulte Papinien, ce qui est en parfaite harmonie avec le refrain continu de la criminalité anglaise *with a felonious intention*, qui ne peut exister eu même temps que la bonne foi.

## CHAPITRE V.

---

### DE LA COMMUNAUTÉ DE BIENS ENTRE EPOUX.

---

#### PRÉAMBULE

---

La communauté entre conjoints dit Denizart, est une société qui se forme entre eux par le mariage ; et, ajoute Cujas, il est de mœurs dans la plupart des lieux de la France que les époux soient associés quant aux biens, à moins qu'ils ne conviennent du contraire.

Mais la communauté n'est pas particulière à la France.

L'origine de son institution est assez obscure.

Selon les uns, la communauté est une institution romaine, selon d'autres, c'est une institution celtique et selon la plupart c'est une institution germanique.

Nous croyons pouvoir écarter sans inconvénient tout d'abord la question de savoir si la communauté ne pourrait pas être une institution celtique. Grossley et Pardessus ont soutenu l'affirmative, et ce dernier s'est appuyé d'un texte du livre sixième des Commentaires de César. Mais Dubois rejette ce texte comme peu concluant, et Fleury repousse également l'origine celtique de la communauté conjugale.

En effet, nous connaissons très peu les Celtes, et ce serait témérité de tirer aucune conclusion d'un texte isolé tiré des Commentaires, lequel ne désigne pas clairement notre communauté conjugale. Quelques débris de la langue des Celtes, quelques traits de leur caractère, quelque lointain écho des chants de leurs bardes, quelque autel druidique bordant encore les chaussées de la vieille Gaule ou des Iles Britanniques, là sont pour nous les seuls vestiges de la civilisation celtique.

Ceux qui soutiennent que la communauté est une institution du Droit Romain, ont en leur faveur ni plus ni moins une espèce de société, ou une société véritable si l'on veut, car les époux pouvaient contracter société comme les étrangers; mais ce n'est pas là notre communauté conjugale. M. de Laurière est du petit nombre des jurisconsultes qui veulent que la communauté vienne du Droit Romain, mais après avoir cité un premier texte qui ne prouve pas, il se replie sur le douaire, qui n'est pas la communauté. Quelques passages du Digeste, de Dion, d'Halicarnasse, de Columelle ne font pas plus d'impression sur M. de Ginouilhac, Dubois et Kœnigswarter, adversaires de cette opinion, que n'en fait sur nous le texte de M. de Laurière. Les époux pouvaient s'associer comme les autres; mais s'il faut une espèce de société pour constituer la communauté, cela ne la fait pas dériver nécessairement du Droit Romain, quand même la société serait le seul élément de la communauté, parce que la société n'était pas particulière aux Romains, mais a dû exister chez tous les peuples; toute communauté est une société mais toute société n'est pas une communauté, du moins conjugale, qui requiert d'autres élémens que la société.

M. Edouard Laboulaye ne s'en est pas tenu à une même doctrine dans son livre des *Institutions Germaniques* et dans celui de *La Condition de la Femme*. Dans celui-ci, il n'est pas éloigné de faire de la communauté une institution romaine, et il paraît résulter de ses recherches que Coquille n'en était pas non plus éloigné. Mais on peut voir le contraire dans sa Question LXIV, où il n'est pas éloigné de l'opinion de Pardessus et cite comme lui le texte de César.

En lisant l'excellent article de M. Troplong sur les différents ordres d'épouses chez les Romains, on verra qu'il n'y avait que la *matrona* qui ne fût pas réduite à la condition d'enfant. Le génie rude des lois des anciens Romains n'a rien de la communauté, dit M. Dubois. Dans les premiers temps de la République Romaine comme aux temps héroïques de toutes les nations, la famille est constituée avec une âpre et sauvage énergie : elle forme un état dans l'état. Le père est tout, le reste n'est que son domaine. Empreint d'une majesté féroce, il résume en lui la double force que la théocratie et l'aristocratie donnent aux gouvernements primitifs ; il est le pontife et le roi du foyer domestique. La charte qui régit son autorité est concise, mais d'une clarté féroce : *jus vitæ necisque*. Il n'y a sous son toit d'autre droit que le sien, d'autre justice que la sienne.

M. Troplong est l'auteur qui a le plus généralisé, et qui, par conséquent, s'est le moins compromis. Il nous dit dans sa préface au contrat de société :

« C'est surtout le moyen-âge qui fut une époque prodigieuse d'association. C'est lui qui donna naissance à la société conjugale. »

Nous n'avons plus qu'à analyser ce qu'ont dit les légistes qui veulent que la communauté soit une institution germanique ou une institution féodale.

M. Laboulaye, dans ses *Institutions Germaniques*, soutient que la communauté est d'origine germanique. M. Esfonère, historien du Droit Français, en fait une institution proprement féodale.

Mais il s'appuie sur ce que la faculté de renoncer à la communauté vient directement de la féodalité et ne fut d'abord accordée qu'aux femmes nobles.

M. Dubois lui observe avec raison que la renonciation n'est pas un élément constitutif de la communauté, qui a existé sans ce privilège ; qu'il n'a pas lieu dans toutes les coutumes et qu'il est même un moyen d'éteindre la communauté. Il pouvait donc conclure que la féodalité combat la communauté.

C'est en Normandie que la féodalité a reçu sa perfection ; or, la Coutume de Normandie excluait la communauté.

En Belgique, où la communauté était de droit commun, les fiefs en étaient exempts.

La communauté n'est donc pas une institution féodale, mais roturière.

M. Dubois est l'auteur qui a le mieux établi l'origine germanique de la communauté.

Les documents contemporains de la loi salique et les lois de quelques tribus germaniques parlent de droits appartenant à la femme sur les biens acquis durant le mariage, *bonorum in matrimonio quesitorum*, dit aussi Cujas, et on lit dans ces documents les mots *conquisita* ou bien *quod simul acquisi runt*. Dans ces biens provenant de la commune industrie, la loi des Ripuaires accordait le tiers à la femme, comme cela est encore observé en Angleterre. Dubois cite ensuite les lois des Burgondes, des Bavarois, des Saxons, des Visigoths, qui assignent aussi à la femme le tiers ou la moitié dans certains biens.

Si l'on objecte à M. Dubois que ces lois et les capitulaires n'indiquent qu'un droit éventuel de survie, et non une participation, ni une co-proprière, une communauté en un mot, il se défend avec des documents, par exemple des actes de dernière volonté de femmes disposant de leur part dans les *conquisita* comme de choses à elle appartenant ; et il finit au reste par dire que, quand même la survie de la femme aurait été en effet une condition *sine qua non*, c'en est assez pour sa thèse : c'est une communauté éventuelle. — le germe de l'institution est là. Il y a seulement danger, ajoutons-nous, que l'on confonde le douaire avec la communauté.

Pardessus nous dit que les livres IV et V de la compilation des Capitulaires font voir que le tiers de la femme fut porté à la moitié sous la seconde race. “ Ce qui allait anciennement au tiers pour la femme, par succession de temps est allé à moitié ” dit Pasquier.

Nous faisons avec M. Dubois la part de l'élément germanique dans l'institution de la communauté de biens entre époux.

“ La communauté est en germe dans les premières institutions de la Germanie, ” dit M. Laboulaye.

*De la Communauté.*

—

Pour bien donner la clef du titre dixième de la Coutume, qui répond à notre présent chapitre, il faut considérer quatre périodes ou phases de la communauté conjugale.

I. Quand la communauté se contracte ou est présumée par la loi.

II. Depuis la célébration jusqu'à la dissolution.

III. Sa dissolution par mort ou autrement.

IV. Sa continuation en certains cas.

On divisera ce chapitre en autant de sections qu'il y a de phases à considérer dans la communauté.

SECTION PREMIÈRE.

---

*Comment se forme la communauté et de quels biens elle consiste.*

---

ARTICLE I.

---

Cet article est le 220<sup>ème</sup> de la Coutume et il porte :  
*Homme et femme conjoints par mariage sont communs en biens meubles et conquets immeubles, faits durant et constant le dit mariage. Et commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale.*

---

La communauté est naturelle au mariage, et doit être exclue nommément pour qu'elle n'ait pas lieu. Beaumanoir disait en effet : " Sitost comme mariage est fest, le bien de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage."

On voit que cet article ne mentionne que les meubles et conquets immeubles faits constant le dit mariage, sur quoi il y a deux choses à remarquer :

1<sup>o</sup>. Que les mots *faits constant le dit mariage* s'ap-

pliquent aux conquets et non aux meubles, car ce sont principalement les meubles que possèdent les époux avant le mariage qui entrent en communauté, si on ne les réalise par une stipulation.

2o. Que les immeubles donnés aux conjoints en ligne collatérale entrent aussi dans la communauté, selon l'article 246.

Des mots *constant le dit mariage*, on peut encore tirer le corollaire, que les conquets d'un précédent mariage n'entrent pas dans la communauté d'un second.

Le mot *meuble* en cet article, ne comprend pas seulement les meubles meublans, mais tout ce qui a nature de meuble, comme les obligations, cédules, créances, excepté les rentes constituées, dit Férière, et ajoute (Gugnet, (\*) les pensions viagères, reliquat de compte, legs à une fois payer, etc.

\* *Traité des anciens lois de propriété.*

On n'y comprend pas les rentes constituées, parce que le capital tient lieu de fonds; mais quand la rente est rachetée par les conjoints ou l'un d'eux, elle est réputée conquet de la communauté suivant l'article 244.

S'il y a des conventions matrimoniales, elles sont irréformables dès qu'elles sont confirmées par la célébration.

## ARTICLE II.



Cet article est le 236ème de la Coutume, et il porte :

*Que chose immobilière donnée à l'un des conjoints pendant leur mariage, à la charge qu'elle sera propre au donataire, ne tombe en communauté. Mais que si elle est donnée simplement à l'un des conjoints, elle est commune, à moins qu'elle ne soit donnée en ligne directe, car telle donation ne tombe en communauté.*

Cet article contient une règle et deux exceptions.

*Règle.* — Les immeubles donnés à l'un des conjoints durant le mariage tombent en communauté.

*Exception I.* — Elle a lieu lorsque, comme dit l'article, la donation est faite à la charge qu'elle sera propre au donataire nommé, et cela à cause de la loi du contrat *conventio dat legem contractui*. Mais la clause doit être expresse, et il ne suffit pas par exemple, comme l'observe M. de Férière, que le nom de la femme ou *nice versè* soit omis, pour empêcher l'immeuble d'être réputé conquet.

*Exception II.* — Si les immeubles donnés tombent en général en communauté, ceux qui sont donnés en ligne directe n'y tombent pas. quand même, dit toujours M. de Férière, il serait donné à l'un et à l'autre des conjoints, s'il n'est dit expressément qu'ils seront communs au mari et à la femme.

—

En résumé, voici en premier lieu les biens qui entrent dans la communauté légale :

Meubles, conquets, donations collatérales et fruits ou revenus des propres.

Et voici en second lieu ceux qui n'y entrent pas :

Acquets et propres, y compris les donations en ligne directe.

Nous disons la communauté légale, car la communauté contractuelle peut se régler autrement : on y fait des réalisations de meubles, et des ameublissements d'immeubles *ad lictum*.

SECTION II.

---

*Des effets de la Communauté.*

---

ARTICLE I.

---

*Comment les conjoints sont tenus des dettes  
l'un de l'autre.*

---

Cet article comprend les 221 et 222èmes articles de la Coutume.

Il porte :

Qu'en raison de la communauté, le mari est tenu personnellement de payer les dettes mobilières de sa femme, contractées avant le mariage, de manière à pouvoir être poursuivi durant la communauté, et que pareillement la femme est tenue, mais après le trépas du mari seulement, de payer la moitié des dettes mobilières faites et accrues avant et durant le mariage, à concurrence néanmoins de la communauté, selon l'article 221.

Cela aurait lieu quand même les époux seraient convenus par le contrat de payer leurs dettes séparément, s'il n'y a inventaire préalablement fait.

Mais s'ils ont fait l'inventaire ordonné par la loi, ils sont quittes des dettes l'un de l'autre.

---

Tous les effets mobiliers des conjoints tombant en communauté, il n'est pas déraisonnable que leurs dettes mobilières y tombent également et qu'elles soient acquittées par la communauté; et comme nous verrons que le mari est le maître de la communauté, c'est à lui naturellement que les créanciers de la femme doivent s'adresser pour être payés. On ne peut au contraire s'adresser à elle durant le mariage pour ses dettes ou celles de son mari, parce qu'elle n'est pas *persona sui juris*, et que nous verrons son incapacité és articles 223, 224 et 225.

## ARTICLE II.

---

Cet article comprend les 223 et 225èmes articles de la Coutume, et il porte :

1o. Que le mari est seigneur des meubles et conquets immeubles de la communauté, en telle manière qu'il peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donations ou autres dispositions *faites entre vifs*, à son plaisir et volonté, (\*) sans le consentement de sa femme, à personne capable et *sans fraude*.

2o. Qu'il est seigneur des actions mobilières et possessions de sa femme, posé c'est-à-dire quand même les dites actions possessoires ne regarderaient que la femme

(\*) Pothier a été immoral une fois : il a eu le cœur à poser en corollaire, que le mari peut laisser périr par la prescription les droits qui dépendent de la communauté, dégrader les héritages, briser les meubles, tuer par brutalité les chevaux, et autres animaux dépendant de la communauté !! Cela est heureusement faux, car ces actes sont des causes de séparation en justice, et nos statuts punissent la cruauté envers les animaux, aussi bien que les anciennes lois de police de la colonie.

selon ces mots *procedant du côté de la femme*, et qu'il peut les poursuivre sans elle.

Le premier membre de notre article n'est pas seulement contraire à la nature du contrat de société, qui ne permet pas que l'un des associés puisse disposer à son plaisir des fonds de la société ; mais il est également contraire au principe admis par tous les jurisconsultes, que le mari n'est propriétaire que de sa moitié.

Les mots *dispositions entre vifs* marquent que le mari ne peut tester de la communauté, à même la part de la femme, et cela, *quæ vivit ut dominus, moritur ut socius*.

On trouve dans l'*État civil des Messieurs* l'explication des mots *sans fraude*. Ils signifient que le mari ne peut pas, par exemple, donner à ses enfants nés d'un précédent mariage ou à des personnes interposées, afin qu'après la dissolution de la communauté, par sa mort ou celle de sa femme, les choses données lui soient rendues ou à ses héritiers au préjudice de la femme ou de ses héritiers.

Au demeurant, on voit que, comme l'observe Pothier, le droit de la femme se réduit, tant que la communauté dure, à une simple espérance de partager les biens qui se trouvent la composer lors de la dissolution : *maritus vixit ut dominus, moritur ut socius*.

Quant au second membre de notre article (A 233 de la Coutume) il borne le pouvoir du mari à intenter les actions mobilières et possessoires, en sorte qu'il peut intenter seul les actions de la femme pour sommes dues, ainsi que la complainte et la réintégrande, mais non les actions réelles au pétitoire.

Il peut également, dit Pothier, défendre seul aux actions mobilières et possessoires intentées contre la femme.

Mais le créancier de la femme a intérêt d'assigner le mari et la femme, afin que la condamnation qu'il obtiendra contre le mari et la femme lui donne une hypothèque sur les biens de la femme. (\*)

\* Communauté No. 473.

Quoique le mari puisse seul intenter et défendre, la femme peut cependant intervenir : *potest uxor intervenire, etiam invito marito auctoritate a judice, in propriis suis ne colludatur*, dit Charles Du Moulin, et après lui, Eusèbe de Laurière.

Pour la même raison, si le mari néglige de poursuivre les dites actions, la femme peut se faire autoriser en justice pour les poursuivre.

Elle peut plus ; — elle peut poursuivre en séparation son mari dissipateur, et cette faculté a fait un remède contre l'article 225, s'il était ordinaire aux femmes de connaître et de savoir faire valoir leurs droits.

Cagnet (\*) et les auteurs en général, disent que si la femme est mineure et qu'elle ait des propres, il doit lui être nommé un curateur autre que son mari, lorsqu'il s'agit d'héritages propres et droits réels à elle appartenant, le mari ne pouvant point faire les fonctions de curateur à sa femme.

Mais, *malheureusement*, la pratique ne paraît pas toujours conforme à ces principes salutaires, et Pothier dit positivement (\*) que le mari majeur peut être curateur à sa femme mineure.

### ARTICLE III.

#### *Suite des Incapacités de la femme.*

Cet article comprend les articles 224 et 223 de la Coutume :

10. — La femme mariée ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari si elle n'est autorisée ou séparée par justice, et la dite séparation exécutée.

10. — La femme mariée ne peut vendre, aliéner ni hypothéquer ses héritages sans l'autorité et le consentement exprès de son mari; et si elle fait aucun contrat sans ce consentement, elle ne peut être poursuivie même après la trépas de son mari, son acte étant absolument nul.

On concevra l'importance des mots *et la dite ratification exécutée*, qui sont dans le premier membre de notre article dans l'explication de l'article VIII.

On demande si dans le cas où la femme fait en effet quelque contrat sans le consentement exprès de son mari, le contrat est validé par la ratification du mari, au moins quand il est au profit de la communauté ?

Il y a à ce sujet deux opinions.

D'abord, tout le monde convient que le mari ne peut pas ratifier un acte de sa femme en fraude de ses créanciers.

Passons au point controversé.

Jacques Godefroi dit que le mari ne peut pas ratifier du tout, ou que la ratification du mari ne valide point l'acte en question, qui doit être renouvelé, s'il y a lieu, avec l'autorisation du mari. Il s'appuie de la règle posée par le jurisconsulte Ulpien : *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*. Voilà la doctrine qui a prévalu.

Comme la doctrine contradictoire ne manque pas de raisons solides, nous ne laisserons pas que de l'exposer.

A ne consulter en effet que la raison et le motif de la loi prohibitive, il semble qu'il est juste que la femme soit tenue de son contrat quand il tourne au profit de la communauté, et disent les auteurs qui sont favorables à cette opinion, il n'y a pas de preuve plus certaine qu'il est au profit de la communauté, que quand il est ratifié par le mari ; car le consentement du mari n'est si précisément requis qu'afin que la femme ne puisse pas, en contractant, préjudicier aux affaires communes, ou à son mari qui a l'usufruit des propres *ad sustinenda matrimonii onera* ; et la ratification ne doit-elle pas effacer tout le vice de l'acte, puisque ce n'est que l'autorisation du mari qui y a manqué. Il devrait donc valoir à dater du jour de sa passation, à cause de cette autre maxime du jurisconsulte Ulpien : *ratihabitio*

*mandato comparatur*. Ces raisons ont prévalu dans les lois espagnoles ; *El marido pueda ratificar*, lit-on au titre 3 du livre V des *Constitutiones Hispaniæ*.

Lebrun enseigne une doctrine médiane, dans son traité de la communauté, en disant que le contrat de la femme est valide, mais du jour de la ratification seulement.

La femme mariée n'a besoin d'autorisation que pour les actes qu'elle fait en son propre nom : lorsqu'elle contracte comme fondée de procuration, soit de son mari, soit de quelque autre personne que ce soit, il n'est pas besoin d'autorisation ; car ce n'est pas elle, en ce cas, qui contracte, c'est celui qui lui a donné la procuration qui contracte par son ministère.

Il y a aussi quelques exceptions à la règle que la femme mariée, commune ou non, est incapable de contracter.

En effet les auteurs sont unanimes à dire qu'elle peut contracter pour sa nourriture et son entretien ou celui de sa famille, si son mari les lui refuse injustement, et à plus forte raison, s'il n'est pas sur les lieux.

Les auteurs français la disent aussi capable de contracter pour tirer son mari de prison, et il y en a qui veulent qu'elle le soit également pour les conventions matrimoniales de sa fille, ce qui est un cas plus douteux, bien que cette doctrine se trouve reproduite dans la compilation canadienne intitulée *Extrait des Messieurs*.

#### ARTICLE IV.

---

Cet article, qui comprend les 234, 235 et 236èmes articles de la Coutume, porte :

1o. Que la femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet ou marchande publique.

20. Que la femme marchande publique se peut obliger sans son mari touchant le fait et dépendance de sa dite marchandise.

30. Que la femme n'est réputée marchande publique pour débiter la marchandise dont le mari se mêle, mais est réputée marchande publique quand elle fait marchandise séparée et autre que celle de son mari.

40. Auquel cas elle s'oblige et son mari, touchant le fait de sa marchandise. (Voir l'Art. 234, *in fine*.)

Par conséquent, comme on parait dire Eusèbe de Laurière, sur l'article 234, si la femme est séparée par coït, il est vrai de dire qu'elle pourra s'obliger et ester en jugement tant pour ses immeubles que pour ses meubles; et c'est ainsi qu'on a entendu cette coutume avant la réformation, ce qui nous est marqué précisément par *Tincpneau*. (\*)

Les réformateurs l'entendent bien aussi de la même manière, puisqu'ils disent: *si elle n'est séparée en marchande publique*. Cela est remarqué expressément par Pallas qui, après avoir parlé de l'incapacité de la femme en France, ajoute: *Id tamen nuncupation intelligunt, nisi facta fuerit bonorum separatio; Uxor enim eis licet contrahere et litigare sine consensu vel autoritate mariti. Nequismodè enim sunt, inter ceteros, Parisiensis, Blesensisque consuetudines.*

*Facta separatio mariti non est amplius in potestate mariti*, dit Charles Dumoulin; et Gousset, sur Chaumont, ajoute que, par la séparation, *cait extra potestatem viri, sui jurisque personæ spectat*.

Les Coutumes de Nédun, de Lorris et de Bourbonnais avaient aussi des dispositions conformes.

Mais la jurisprudence des arrêts a perverti ces principes et fait prévaloir une doctrine contraire, selon laquelle la séparation de biens n'a en faveur de la femme que le même effet qu'à l'émancipation en faveur des mineurs, c'est-à-dire qu'elle ne l'autorise qu'à l'administration de ses biens et à la jouissance de ses revenus.

La jurisprudence est allée encore plus loin : elle a annulé des aliénations faites par la femme qui avait stipulé dans son contrat qu'elle ne serait point commune en biens, et qu'elle pourrait en disposer librement ; et elle a fait cela en dépit de la règle que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de clauses et que la clause en question fût une condition sans laquelle la femme ne se serait point mariée . . . Qui a à se plaindre ? . . . le mari qui a consenti à une telle stipulation ? . . . sans doute que non, puisqu'il en a connu la conséquence.

Quand à l'incapacité de la femme séparée par effet d'aliéner et d'hypothéquer établie par la jurisprudence des arrêts, elle n'est que trop autorisée par l'inconsistance de rédaction des articles 223 et 224 de la Coutume : en effet, si l'article 234 porte d'abord les termes, *si elle n'est séparée par effet et marchande publique*, il porte ensuite les termes *au quel cas au singulier*, et l'article 223 parle de la femme mariée sans distinction comme incapable. Ainsi ces articles ne sauraient être plus mal conçus. On a apparemment profité de ces obscurités pour empiéter sur les droits de la femme.

La femme mariée même majeure ne peut, sans l'autorisation de son mari ou de la justice faire aucuns actes particuliers de commerce. ( )

Mais lorsqu'elle est commerçante de profession, une autorisation spéciale n'est pas requise pour chaque transaction : on présume qu'elle en a reçu une générale pour les faire tous, disent les mêmes auteurs et d'autres sans doute ; quant à nous, nous croyons l'autorisation générale du mari de contracter hors de cause et bien superflue, puisque c'est la loi elle-même qui déclare capable la femme une fois qu'elle a qualité de marchande publique.

Autre chose est de dire que la femme mariée, séparée ou commune, ne peut être marchande publique sans le consentement exprès ou tacite de son mari, ou même, comme le prétend encore Pardessus, qu'il peut lui faire cesser son commerce, quand même elle aurait été marchande publique lors du mariage : le consentement du mari ne s'applique toujours qu'à la qualité et non aux actes, puisque la loi déclare capable de

P. 1. s.  
L. 1. c. 1.  
C. de mar.  
p. 1. s. 1. c. 1.  
L. 1. c. 1. s. 1.  
art. 2. s. 1.  
63.

contracter la femme marchande publique, et qu'il n'y a que les incapables qui aient besoin d'autorisation. Femme mariée ne se peut obliger sans l'autorisation de son mari si elle n'est séparée par effet ou marchand de publique, dit la Coutume.

Nous disons que ce consentement du mari à ce que la femme soit marchande publique peut être exprès ou tacite. Pothier ne demande pour que la femme soit marchande publique, que de faire le commerce *au vu et au sçu* de son mari ; et Pardessus ajoute que le mari, qui tient de la loi la puissance sur sa femme, en souffrant qu'elle fasse le commerce, est censé l'y autoriser.

Une femme n'a pas la qualité de commerçante, par le seul fait qu'elle exerce le commerce de l'aveu de son mari. Il faut que celui-ci ne soit pas lui-même commerçant : ou s'il l'est, il faut que la femme ait un commerce distinct et séparé. D'où il suit que si une personne du sexe se mariait sous le régime de la communauté, et sans stipuler que le commerce qu'elle exerce restera sous son nom, elle cesserait d'être commerçante, parce qu'elle est présumée avoir conféré en communauté son commerce, qui devient celui du mari.

En France, où l'on suit le Code Napoléon, il n'est plus nécessaire que le commerce de la femme soit autre que celui de son mari, mais nous voyons qu'il n'en est pas ainsi par la Coutume de Paris.

Les circonstances peuvent seules déterminer qui du mari ou de la femme est commerçant. Il suffit de dire que quand le mari l'est, et que la femme n'a pas un commerce séparé et différent, la femme, en faisant des actes de commerce, n'agit que comme préposée *contrahit tanquam institrix non tanquam mercatrix*. Pour s'obliger elle-même, il lui faudrait une autorisation. Telle distinction a surtout son importance en cas de faillite.

De ce que nous avons établi que la femme qui est marchande publique au vu et au sçu de son mari, est capable, s'ensuit-il qu'elle puisse s'associer quelqu'un dans son commerce sans le consentement exprès ou présumé du mari ? . . . Nous ne doutons pas que non.

L'obligation de la femme marchande publique

envers ses créanciers commerciaux est directe ou personnelle, et elle ne pourrait, au cas où elle est commune, s'en affranchir au moyen de la renonciation. (\*)

Les engagements commerciaux de la femme obligent <sup>Pardessus</sup> son mari, lorsqu'il y a communauté entre eux. Le <sup>No. 66.</sup>

commerce ne se composant que de choses mobilières, et le mobilier qu'une femme acquiert par son industrie pendant le mariage, tombant dans la communauté dont le mari est le maître, la communauté doit supporter les suites des engagements commerciaux qu'elle contracte.

Par cela même que la femme doit avoir un commerce séparé de celui de son mari, celui-ci, s'il fait le commerce, et sans doute quand même il ne le ferait pas, ne peut l'obliger par les engagements commerciaux qu'il ferait, à moins d'une procuration expresse ou présumée, ou que les marchandises soient entrées dans les magasins de la femme à son vu ou sçu.

La femme marchande publique est capable de contracter pour le fait de son commerce selon la disposition de la Coutume. Or, qui peut faire le plus peut faire le moins : *qui potest plus, potest minus*. La femme commerçante devrait donc pouvoir ester en jugement sans son mari pour le fait de son commerce. Cela est statué dans plusieurs Coutumes, mais de ce que la Coutume de Paris ne s'en explique pas expressément, Pothier conclut qu'elle n'a point entendu conférer ce privilège à la femme, et bien que cette raison ne soit point solide, puisque ce privilège s'induit par un raisonnement infaillible de logique judiciaire, la pratique (1) paraît cependant conforme à ce sentiment, que le Code Napoléon a transformé en loi pour la France. Dans quelque circonstance que ce soit, la femme ne peut paraître en justice sans l'assistance de son mari, ou l'autorisation du juge à son refus ; ce qui toutefois ne lui interdit pas de faire des actes extrajudiciaires, préparatoires ou conservatoires, tels que prêtets, etc., dit Pardessus. (\*)

No. 69.

---

(1) Jugé en Cour Supérieure le 23 octobre 1849, par les juges Rolland, Day et Smith, que la femme marchande publique mais commune en biens, ne peut pas poursuivre sans son mari. *Quid si elle était séparée ?*

Il importe peu, en thèse générale, que la femme marchande publique soit majeure ou mineure, les mineurs n'étant pas incapables de faire le commerce.

ARTICLE V.

Cet article est le 239ème de la Coutume.

*Homme et femme conjoints par mariage sont réputés usants de leurs droits pour avoir l'administration de leurs biens, et non pour vendre, engager ou aliéner leurs immeubles pendant leur minorité.*

Il n'est vrai de dire de la femme qu'elle n'est usante de ses droits à l'effet d'avoir l'administration de ses biens, que s'il y a séparation contractuelle, puisque la femme mineure ne saurait avoir des droits que n'a pas même la femme majeure.

Il s'agit dans cet article du cas où les conjoints sont mineurs tous les deux.

Si le mari seul est mineur, il est de principe qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit majeur pour autoriser sa femme majeure, et les auteurs sont unanimes à dire qu'il le peut faire en vertu de la maxime franque ou du droit français, que le mari, n'importe son âge, est *bail* de sa femme.

Mais que dire de cette disposition sur laquelle les auteurs ne sont pas moins d'accord, savoir que s'il est lésé par l'autorisation qu'il a donnée, il peut demander la rescision de l'acte qu'il a autorisé ? . . . Nous dirons que cette disposition vient mal à propos se heurter

contre la précédente, et qu'elle est une preuve que les coutumes sont un galimatias de maximes empruntées souvent sans concordance aucune et au droit Romain et aux lois des barbares.

Si la femme seule est mineure, et qu'elle ait des propres, on a vu qu'il fallait la pourvoir d'un curateur.

#### ARTICLE VI.

[ Cet article, ou le 226ème de la Coutume, dit :

*Que le mari ne peut vendre, échanger, charger, obliger ni hypothéquer le propre héritage de sa femme, sans son consentement, icelle par lui autorisée à cette fin.* (la propriété des choses ne pouvant être transférée que par ceux qui en sont propriétaires, et capables de contracter.)

C'est le lieu de traiter du emploi des propres, statué par l'article 232 de la Coutume.

Il y a lieu au emploi des propres quand un propre a été aliéné par les conjoints, soit sans cause, soit pour acquittement de dettes ou obligations.

Une aliénation des propres de la femme par le mari serait nulle de plein droit, si la femme n'y avait point parlé, dit Cugnet. Si elle a consenti et signé, et qu'elle ait été autorisée, elle est valide, et cependant, lors de la dissolution de la communauté et du partage, elle a une action contre la succession "*pour le emploi du propre héritage aliéné par le mari et par la femme,*" et elle reprend pour lors le prix de vente de son héritage, sur la communauté, et s'il n'y a pas assez, sur les biens du mari, comme l'observe Eusèbe de Laurière.

La section 34 de l'Ordonnance des Bureaux d'hypothèques pouvait avoir l'effet d'abolir le remploi des propres ; mais cette section a été abrogée subséquemment.

On voit par l'article 232, que le mari a également le remploi. " Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints . . . . est repris sur les biens de la communauté au profit de celui auquel appartenait l'héritage ou rente, encore qu'en vendant n'eut été convenu de remploi." Mais le cas est moins pratique.

*Scolie.*

---

L'article 227 ne regarde pas le Canada, et comme il statue pour la ville de Paris nommément, il semble singulier que Cugnet, dans son traité des *Anciennes Lois de propriété*, répète que le mari peut faire baux de six ans dans nos villes, comme ils le faisaient à Paris, et de neuf ans pour les héritages des campagnes. Mais on ne saurait lui contester que, de droit commun, le mari est l'administrateur des propres de sa femme commune, et qu'il jouit des revenus, droits et honneurs y attachés, comme l'observent Lebrun et Renusson.

M. de Férière avertit que la femme peut faire annuler tout bail fait pour un plus long temps que celui qui est marqué par la loi, et tout bail fait en fraude, comme ceux, dit-il, qui sont faits six mois avant l'expiration du bail précédent, ou à vil prix.

ARTICLE VII.

Cet article, qui est le 228ème de la Coutume, porte :  
*Que le mari ne peut, par contrats et obligations faits devant ou durant le mariage, obliger sa femme sans son consentement, plus avant que jusque à concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté. Pourvu toutefois qu'après le décès de l'un des conjoints soit fait loyal inventaire et qu'il n'y ait faute ni fraude de la part de la femme ou de ses héritiers.*

En faisant inventaire et en rapportant aux créanciers ce qu'elle a eu de la communauté, la femme sera déchargée des dettes pour lesquelles elle n'est pas obligée personnellement. (\*)

La femme commune s'oblige personnellement quand elle est marchande publique et qu'elle contracte pour le fait de son commerce.

Elle s'oblige aussi personnellement quand elle cautionne pour son mari.

Par l'Ordonnance des Bureaux d'hypothèque la femme mariée ne peut cautionner pour son mari que si elle est commune en biens : elle ne le peut pas faire si elle est séparée ou non commune.

• Louet et Brodeau, Lettre C, chap. 54.  
Lebrun, Commun. Liv. III, chap. 2, sect. 2.  
Renusson, Commun. Seconde Partie, chap. 1.

SECTION III.

*Dissolution et partage de la Communauté.  
Renonciation.*

ARTICLE VIII.

Cet article comprend les articles 229, 230 et 231 de la Coutume et contient quatre dispositions :

*I. — Après le décès de l'un des conjoints, la communauté se divise en sorte que la moitié appartient au survivant et l'autre moitié aux héritiers du trépassé.*

*II. — Le moitié des conquets advenue aux héritiers du trépassé est leur propre héritage, tellement qu' s'ils meurent sans hoirs de leurs corps, icelle moitié retourne à leur plus proche héritier du côté et ligne de celui des dits conjoints (leur père et mère) par la mort duquel leur est advenue la dite moitié.*

*III. — Toutefois les père ou mère (le survivant) aieul ou aieule, jouiront par usufruit leur vie durant. (\*)*

---

(\*) Les termes *succédant à leurs enfants* ne serviraient qu'à embarrasser pour le présent, d'autant plus qu'il paraît que *succéder en usufruit* n'est point succéder véritablement et que la Coutume elle-même ne donne le nom d'héritier qu'au plus proche du côté et ligne.

Et quant aux mots *au cas qu'il n'y ait aucun descendant de l'acquéreur*, ils forment une répétition inutile.

IV.—*Les fruits des héritages propres pendant par les racines au temps du trépas de l'un des conjoints appartiennent à celui auquel advient le dit héritage à la charge de payer la moitié des labours et semences.*



Le premier membre de cet article n'a besoin d'aucun commentaire.

Le second et le troisième membres seront *exemplifiés* si l'on peut s'exprimer ainsi, dans le chapitre des successions.

Le fardeau imposé par le quatrième membre à l'héritier d'un propre, qui hérite aussi des fruits pendant parce qu'ils font partie du fonds, de payer les semences et labours, paraît singulier; mais cela est juste, puisque les frais qui ont été faits pour la culture des héritages l'ont été à même la communauté.

Si la femme renonce à la communauté, on ne peut pas lui devoir les labours et semences, puisqu'elle n'a aucun droit dans la communauté.

Mais elle peut les devoir elle-même, si ses héritages ont été labourés et ensemencés eux dépens de la communauté, parce qu'en renonçant, il faut qu'elle rende toute la communauté.

Cet article serait peu instructif, si on y n'ajoutait les diverses manières dont la communauté se dissout.

Or, la communauté se dissout par la mort, soit naturelle soit civile et par la séparation en justice.

La communauté peut se dissoudre par la mort civile : mais il a été jugé en Cour Supérieure, dans une cause de Rochon, etc., qu'une communauté de biens qui a constamment été traitée comme subsistant par les parties intéressées malgré sa dissolution légale par mort civile, purgée subséquemment par le pardon, peut être considérée comme ayant existé sans interruption depuis le mariage.

Quant à la séparation, il y en a de deux espèces, — la séparation contractuelle et la séparation judiciaire,

qui se subdivise en séparation de corps et de biens, et en séparation de biens simple.

Commençons par dire un mot de la séparation contractuelle, bien qu'elle ne soit pas en rapport avec la dissolution de communauté.

Y a-t-il une différence entre l'exclusion de communauté et la séparation de biens ?

La bonne foi des contrats dit qu'il ne devrait pas y en avoir, puisque quand une fille stipule qu'il n'y aura pas communauté, elle entend sans doute avoir l'administration de ses biens ; mais les praticiens la lui ont escamotée par une subtilité bien digne d'eux, et ils distinguent de la simple exclusion de communauté, la séparation contractuelle, qui n'a lieu, de par leur bon plaisir, que quand la femme a eu soin de dire qu'elle voulait avoir elle-même la jouissance et l'administration de ses biens. (\*)

Quelle sera donc pour elle l'avantage de la simple exclusion de communauté ?

Ce sera uniquement de n'être point tenue des dettes de son mari.

Et de plus, si le mauvais état des affaires du mari met ses propres en péril, elle pourra en poursuivre la restitution durant le mariage.

Puisque nous en sommes sur les propres, on peut demander qu'elle différence il y a quant à ces biens entre la femme vraiment séparée et la femme commune.

La femme commune n'en a que la nue propriété ; la femme séparée en a la jouissance et la propriété suspensive, ne pouvant, durant la vie de son époux, les aliéner sans son autorisation.

Passons à la séparation judiciaire, que la femme peut demander en s'y faisant autoriser par le juge.

La séparation de corps qui comporte toujours la séparation de biens, quand elle n'avait pas déjà lieu par le contrat, peut être demandée par la femme pour mauvais traitements et autres sévices, tels qu'atteintes injustes à sa réputation, et encore pour vices honteux

---

(\*) Jugé en Cour Supérieure : *Séparation contractuelle* is not effected by providing in a contract of marriage merely for exclusion of community.

du mari qui rendent son contact dangereux pour elle et ses enfants.

La séparation de corps est le plus grand relâchement de lien adopté par l'ancienne loi française ; et encore tout retournera-t-il à l'état primitif si les époux viennent à retourner ensemble.

La femme peut demander la simple séparation de biens pour dissipations du mari, *quando annuatim impendit plus quam ex réditu*, que ses biens deviennent sujets à se perdre, *si appareat mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere*.

La femme séparée en jugement jouit de ses biens, peut aliéner ses meubles et ester en jugement sans l'autorisation de son mari ; quoique non pas engager ou aliéner ses immeubles sans l'autorisation maritale, ou à son défaut, celle du juge.

La femme séparée de corps et de biens n'a en aucun cas besoin de l'autorisation de son mari.

Il s'agit toujours d'une séparation effective ou exécutée, même quand il n'est question que de la simple séparation de biens en justice, car elle est révocable, à la différence de la séparation contractuelle.

Charles Du Moulin, Eusèbe de Laurière et Férière s'accordent à dire que la séparation est censée exécutée quand il y a eu partage et inventaire. (\*)

Pothier et Férière concourent à prétendre que la femme séparée contractuellement ou judiciairement peut-être obligée de payer une pension à son mari, et nous croyons que cela s'est pratiqué ; mais c'est une prétention incompatible avec les vrais principes, car c'est à l'homme à chercher à vivre à la femme : *inter ipsos conjuges ea est obligatio, ut vir teneatur uxorem alere*, dit le Droit. Les Francs, tout barbares qu'ils étaient, n'ont point pensé autrement dans le principe, quand ils ont établi le douaire. Aussi, M. Huerne de La Mothe (\*) dit-il que l'épouse doit constamment recevoir la vie et l'entretien de la main et des biens de son mari. " La séparation de biens ne rompt pas cet accord ; elle donne bien lieu à la femme de demander à son mari cette même vie et ce même entretien ; la femme n'en est pas saisie de plein droit pour en jouir divisément d'avec son mari ; aussi la jurisprudence

Laurière  
Commentaires  
sur

FA. 224.

Férière

Dict. de

Droit et de

Pratique

Séparation

Essais de

Jurispru-

dence étone

IV.

accorde-t-elle à la femme une pension alimentaire que le mari doit lui payer tant qu'il vit ; ou, comme autrefois, le mi-douaire. En un mot, soit comme pension alimentaire, soit comme mi-douaire, termes synonymes, il faut à la femme sa vie et son entretien, dont le mari est toujours tenu sur ses propres biens."

#### ARTICLE IX

Cet article est le 237<sup>ème</sup> de la Coutume :

*Il est loisible à toute femme de renoncer à la communauté après la mort de son mari, les choses et ont entières ; et, ce faisant, elle demeure quitte des dettes mobilières dues par son mari au jour de son décès, pourvu qu'elle ait fait l'oy il inventaire.*

#### Corollaire.

Ce droit passe aux enfants de la femme quand leur mère est prédécédée : *consentiunt unques.*

La Coutume n'a marqué ni le temps que la femme a pour renoncer, ni le délai qu'elle a pour faire inven

taire. Mais l'Ordonnance de 1667, au Titre VII, Des Délais pour délibérer, a établi que la femme, interpellée comme commune, aurait trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer.

Cette limitation de temps n'est pas même fatale, et en justifiant que l'inventaire n'a pu être fait, elle peut obtenir un nouveau délai en justice; mais s'il a été achevé avant les trois mois, les quarante jours pour délibérer comptent du jour qu'il a été achevé.

Au reste on peut fort bien se demander si le procureur-général Cartier, sans abolir ces privilèges de la femme, ne les a point rendu illusoire en exigeant dans sa loi de judicature, que la femme qui excepte, produise simultanément ses défenses.

La faculté de renoncer est un bénéfice de la loi auquel on ne peut déroger, et l'on ne peut par conséquent stipuler dans les conventions matrimoniales que la femme ne pourra pas renoncer.

L'effet de la renonciation est de libérer la femme des dettes contractées par le mari avant ou pendant le mariage, et qu'elle n'a pas cautionnées, comme le lui permet l'Ordonnance des Bureaux d'Hypothèques.

Si elle avait soustrait quelque chose de la communauté, elle serait déchue du droit de renoncer, aussi bien que si elle récelait quelque chose lors de l'inventaire.

La renonciation peut se faire par acte au greffé ou devant notaires, et ne se fait guères probablement que de cette dernière manière.

On demande maintenant quelle différence il peut y avoir entre la renonciation et la clause des contrats de mariage, que la femme pourra renoncer et reprendre franchement et quittement tout ce qu'elle justifiera avoir apporté à la communauté ?

Dans la renonciation ordinaire après la dissolution, la femme n'a droit qu'à son deuil suivant son état, et perd tout ce qu'elle a mis dans la communauté, le tout allant aux héritiers du mari.

Au lieu qu'en vertu de la clause de reprise, elle reprend tout ce qu'elle a apporté dans la communauté ou ameubli.

SECTION IV.

*De la continuation de Communauté.*

ARTICLE UNIQUE.

Il comprend les articles 240, 241, 242 et 243 de la Coutume, et porte :

*I. — Que quand l'un des conjoints meurt laissant des enfants mineurs du dit mariage, si le survivant ne fait faire inventaire avec personne capable et légitime contradicteur des biens qui étaient communs durant le dit mariage et au temps du trépas, soit meubles ou conquets immeubles, l'enfant ou les enfants survivants, peuvent si bon leur semble, demander communauté en tous les biens meubles et conquets immeubles du survivant, posé qu'ice-lui survivant se remarie.*

*II. — Que pour la dissolution de communauté, saut que le dit inventaire soit fait et parfait, et à la charge de faire clore le dit inventaire par le survivant trois mois après qu'il aura été fait : autrement, et à faute de ce faire par le survivant, est la communauté continuée si bon semble aux enfants.*

*III. — Que si le survivant se remarie, la dite communauté est continuée entre eux pour un tiers, tellement que les enfants ont un tiers, le mari et la femme chacun*

in tiers. Et si chacun d'eux a enfants d'autre précédent mariage, la dite communauté se continue par quart, et est la dite communauté multipliée s'il y avait d'autres lits et se partit également.

IV.—Que si aucun des enfants qui ont continué la communauté meurt, ou tous fors un, le survivant ou les survivants d'iceux enfants continuent la dite communauté et prennent autant que si tous les dits enfants étaient vivants.

Ces articles de la Coutume sont extrêmement mal rédigés et conséquemment difficiles d'explication.

La continuation de communauté a-t-elle lieu de plein droit, faute d'inventaire, ou bien si elle ne saisit pas et est une nouvelle communauté? Evidemment le texte de la Coutume fournit le moyen de soutenir l'une et l'autre doctrine d'une manière plausible.

Selon notre procureur-général Cugnet, pour le cas où les parties intéressées se taisent et où le survivant ne fait pas inventaire et continue d'administrer les biens, "de la même manière que la société se dissout lorsque chacun des associés *separatim agere cepit*, suivant la loi *itaque* contenue au Code; aussi, lorsque la société est gérée et administrée confusément par le survivant, il y a continuation."

Au contraire, comme le remarquent les commentateurs cités par Pocquet de Livonière sur l'article 240 (\*) Règles de  
Droit  
Français. la continuation de communauté est de pure faculté, et les enfants mineurs ont l'option ou de s'en prévaloir ou de demander le partage de la communauté en l'état qu'elle se trouvait lors du décès du prédécédé, et la liberté d'en vérifier la consistance, la quantité, la qualité et la valeur tant par témoins que par titres.

Malgré les vétilles de Pothier, Eusèbe de Laurière établit d'une manière solide que la continuation de communauté n'est plus une même communauté. La communauté se dissout de plein droit par la mort de l'un des conjoints, comme toute société. De plus, la continuation de communauté est tellement différente de celle qui était entre les deux conjoints, qu'elle se

régit par des principes différents, et qu'elle n'est pas composée des mêmes choses.

En effet dans la continuation, qui est une peine infligée au survivant qui néglige de faire inventaire, tous les biens qui adviennent au survivant pendant la continuation et qui seraient entrés dans la première communauté, entrent dans la seconde.

Il en est autrement des enfants. Il ne tombe dans la continuation que les meubles de la première communauté, les fruits et revenus de leurs propres, y compris ceux de la moitié de la communauté qui leur est advenue du prédécédé et qui leur sortit nature de propres ; mais ce qu'ils possèdent d'ailleurs et tout ce qu'ils acquièrent à quelque titre que ce soit durant la continuation n'en est point conquet et n'y tombe ni pour le fonds ni pour le revenu. (\*)

*Pothier,*  
*Commun.*  
*Nº 772.*

Renusson et Lebrun remarquent que bien que la continuation n'ait été introduite qu'en faveur des mineurs, les majeurs peuvent y participer quand les mineurs le demandent.

Et c'est la principale preuve, — la preuve décisive que la continuation est une autre communauté et ne saisit pas ; car si elle saisissait, on ne ferait aucune distinction entre les majeurs et les mineurs, et on ne dirait pas que les majeurs ne peuvent point prendre l'initiative, et qu'il faut que les mineurs demandent pour que les majeurs participent au privilège.

Pothier en tombe au reste d'accord. " Tant que les enfants ou leurs représentants n'ont pas paru user de cette faculté que la Coutume leur donne, et qu'ils n'ont pas demandé au survivant la continuation de communauté, on ne peut dire qu'il y ait eu continuation ; car il est de la nature de tous les droits qui consistent dans une faculté, qu'ils n'ont lieu que lorsque les personnes à qui la faculté est accordée en veulent user." (\*)

*Commun.*  
*Nº. 800.*

Les charges de la continuation de communauté sont :

1o. Les dettes mobilières de la première communauté.

2o. Les arrérages de rentes constituées, tant celles dues par la première communauté que par la continuation.

3o. Toutes les dettes contractées par le survivant.

durant la continuation, pourvu qu'elles l'aient été pour l'avantage de cette seconde communauté.

40, comme l'observe Bacquet, de nourrir et entretenir le survivant et ses enfants.

Mais la continuation n'est point tenue des dettes résultant du délit du survivant, ni de sa prodigalité, et d'autre part, comme le survivant est le chef de la continuation, les enfants n'ont le droit de contracter aucune dette. Mais il n'est qu'un chef responsable.

Eusèbe de Laurière observe que la continuation n'est point interrompue par l'arrivée des enfants à l'âge de majorité tandis qu'elle court.

La continuation a été introduite non seulement en haine du survivant qui néglige de faire inventaire, mais pour prévenir les contestations qui peuvent naître entre lui et ses enfants, et empêcher les actions fâcheuses de recelé ou soustractions d'effets que ceux-ci pourraient intenter à leurs parents. (\*)

Si le père survivant a intérêt de faire inventaire, pour prévenir une demande en continuation, la femme en a un double ; elle doit le faire dans ce but, et aussi pour savoir si elle doit accepter ou renoncer à la communauté. Quant au mari, il est évident qu'étant le chef de la communauté avec pouvoir d'en user et abuser, il ne saurait avoir la faculté d'y renoncer.

Pour ce qui est des formalités de l'inventaire, on tenait en France qu'il doit être fait *coram procuratore regio* ; mais Cugnet nous avertit que cela n'a jamais été observé en Canada.

Il doit être fait pardevant deux notaires ou un notaire et deux témoins, en présence du subrogé tuteur.

La clôture d'inventaire est un acte particulier et distinct de la confection de l'inventaire, et n'est requise, comme le remarque Eusèbe de Laurière que dans le cas proposé dans cet article.

“ L'usage est, dit Cugnet, que le temps de trois mois déterminé par cet article pour la clôture de l'inventaire, doit être aussi observé pour sa confection à compter du jour du décès, et que la clôture doit être

---

(\*) Malgré ces motifs, le Code Napoléon a aboli en France la continuation de communauté.

faite dans autres trois mois à compter du jour qu'il a été fait et parfait. Cette clôture doit être faite au Greffe, et contenir une simple affirmation du survivant que l'inventaire est fidèle."

M. de Férière prétend que le terme de trois mois pour clore n'est pas rigoureusement observé, pourvu que l'inventaire ait été fait et parfait dans les trois mois ; Cugnet veut au contraire que le terme de trois mois soit fatal.

Une autre et plus grande difficulté résulte des termes *posé qu'icelui survivant se remarie*.

Selon le procureur général Guérin, ils signifient que la communauté ne continue qu'au cas que le survivant se remarie et non autrement.

M. de Férière taxe d'erreur cette opinion, et Eusébe de Laurière dit que les mots *posé que le survivant se remarie* signifient *quoique le survivant se remarie*.

L'article 241 décide la question en faveur de nos deux commentateurs, en disant que, au cas où il se remarie, la communauté se continue par tiers ; c'est donc uniquement faute d'inventaire et avant un second mariage que la continuation a lieu pour moitié.

M. de Férière fait sur l'article 241 une remarque qui pourrait créer de l'embarras ; c'est que la seconde femme ne peut prétendre aux acquets immeubles (*conquets immeubles*) (\*) de la première communauté, pour l'excellente raison tirée d'un précédent article, qu'ils sont le propre héritage des enfants et doivent retourner à leurs héritiers du côté et ligne.

Nous ignorons si les réformateurs avaient le dit article présent à la mémoire quand ils rédigèrent l'article 241 ; mais selon la rédaction du dit article, il faudrait dire, selon nous, que le tiers de la femme doit être parfait, s'il est possible, à même les meubles.

L'article 243 n'offre aucune difficulté ; car c'est un principe du droit, nous dit Duaren *de jure accrescendi*, que les successions sont déférées solidairement, d'où suit le droit d'accroissement. Si donc un des héritiers meurt sa part va aux autres par égales portions ; et s'ils meurent tous, excepté un, le survivant recueille toute la succession.

---

(\*) Les acquets n'entrent jamais en communauté.

## CHAPITRE VI.

---

# DU DOUAIRE.

---

### PRÉAMBULE.

---

Le douaire, tel qu'il est connu parmi nous, est d'origine germanique, et diffère de la dot des Romains.

*Dos est pecunia marito nuptiarum causa data vel promissa* dit Cujas ; et la loi dernière au titre deuxième du livre 22 du Digeste, ajoute : *omnino paternum officium est dotem dare.*

C'est donc à tort que quelques légistes, entre autres Huerne de La Mothe, confondent le douaire avec la dot.

Tacite, *de moribus Germanorum*, remarque que ces peuples venus du Nord ne recevaient point de dot de leurs femmes : *dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*, et cette coutume passa dans les Gaules avec les Francs.

Le douaire n'est pas un don que le mari fait à la femme *in pretium defloratae virginitatis*, comme le disent beaucoup d'auteurs, puisque si le douaire n'a pas lieu *ex pacto*, il a lieu *ex lege*, selon le droit français ;

mais ces auteurs confondent le douaire avec une institution germanique plus ancienne qui n'est pas encore le douaire.

Cette institution est le *morgengabe* ou don du matin : la femme recevait du mari, à l'heure de son premier réveil, le don matutinal comme prix de sa virginité sacrifiée ; mais il était à la discrétion du mari, et la femme ne l'avait ordinairement qu'en usufruit.

Tacite appelle le *morgengabe* dot, frappé de la grande ressemblance de ces deux choses.

L'Eglise mêla les deux institutions de la dot et du *morgengabe*, et créa quelque chose de mixte, empruntant à la dot son caractère de nécessité, et au *morgengabe* sa nature ordinaire d'usufruit ; ce quelque chose fut la dot canonique, *doarium*, le douaire. Tous les meilleurs auteurs sont d'accord là dessus. Le *pretium nuptiale* attribué à la femme devient le douaire, dit M. Dubois. Dans les coutumes franques, le *morgengabe* s'est perdu dans le douaire, dit M. Laboulaye. Toutes les formules de mariage selon la loi salique, nous représentent cette union contractée *per solidum et denarium* dit Pardessus. C'est par le sou et le denier que les envoyés de Clovis fiancèrent Clotilde. Plus tard, cette somme ne devint plus qu'un symbole, ayant été remplacée par des biens territoriaux.

En l'année 524, les Pères du Concile d'Arles ordonnèrent, conformément au code Théodosien, qu'il ne se ferait à l'avenir aucun mariage sans dot, (douaire) : *nullum sine dote fiat conjugium* ; et les rois de la seconde race confirmèrent ce décret par leurs capitu-

† *Lib. VII, laires.* \*

cap. 7<sup>o</sup>.

Ce douaire consenti à la porte de l'Eglise, et dont on exigea ainsi la constitution avant le mariage, avait pour but de pourvoir à l'entretien de la femme et des enfans avenant le trépas du chef de famille : *Dos*, dit le légiste anglais Bracton, *est id quod liber homo dat sponsæ suce ad ostium ecclesiæ. . . . ad sustentationem uxoris et educationem liberorum cum fuerint procreati, si vir memoratur.*

Définitivement, le douaire accordé en usufruit à la femme et en propriété aux enfans, fut fixé par la loi à la moitié des immeubles possédés par le mari lors du

mariage et de ceux acquis depuis en succession en ligne directe, comme il est dit ès articles, 247 et 248, au cas qu'il n'eût été stipulé aucun douaire dans le contrat de mariage, d'où ce douaire fut appelé coutumier, par opposition au douaire contractuel, qui fut appelé préfix, et dont la quotité était à la discrétion des contractans, du moins dans les derniers tems ; car anciennement, c'était une maxime du droit français que *mari ne puet doer femme de plus qu'il n'a vaillant* ; mais Eusèbe de Laurière nous dit qu'elle était tombée en désuétude.

Ainsi nous voyons ce qu'est, en général, le douaire coutumier ; mais il a ses modalités, indiquées ès articles 253 et 254 de la Coutume.

“ Quand le père a été marié plusieurs fois, le douaire coutumier des enfans du premier lit est la moitié des immeubles qu'il avait lors du dit premier mariage, et qui lui sont advenus pendant icelui mariage en ligne directe : et le douaire coutumier des enfans du second lit est le quart des dits immeubles ; ensemble, moitié, tant de la portion des conquets appartenant au mari, faits pendant le dit premier mariage, que des acquets par lui faits depuis la dissolution du dit premier mariage, jusque au jour de la consommation du second, et la moitié des immeubles qui lui échéent en ligne directe pendant le dit second mariage, et ainsi conséquemment des autres mariages.

“ Si les enfans du premier mariage meurent avant leur père pendant le second mariage, la veuve et autres enfans du dit second mariage les survivant, n'ont que tel douaire qu'ils eussent eu si les enfans du dit premier mariage étaient vivans. Tellement que par la mort des enfans du dit premier mariage, le douaire de la femme et enfans du dit second mariage n'est augmenté.”

Le douaire préfix a cela de commun avec le douaire coutumier, qu'il est, *selon la Coutume*, la propriété des enfans ; mais il en diffère en d'autres points, outre que la quotité n'en est point fixée par la loi. Comme l'observe Cugnet, le douaire coutumier donne aux enfans *depuis la célébration*, un droit de propriété dans chaque immeuble, en sorte que ce droit ne peut être compensé

par exemple, par l'affectation subséquente d'un fonds dont la valeur équivaldrait au droit acquis des enfans sur la masse des immeubles, tandis que le douaire préfix ne crée qu'une hypothèque générale. Les enfans, dit Férière, faisant opposition pour leur douaire coutumier obtiennent distraction de la moitié des biens du père, tandis que pour le préfix, ils viennent à contribution avec les autres créanciers selon l'ordre de leur hypothèque ; mais tandis que l'hypothèque du douaire coutumier n'a lieu que du jour de la célébration, Bouguier, Chopin, Denizart et Laurière conviennent que celle du douaire préfix a lieu du jour du contrat, quand il est confirmé par la célébration.

L'Ordonnance des Bureaux d'Hypothèques est, au reste, venue renverser presque de fond en comble, les principes fondamentaux de la législation coutumière en fait de douaire.

En effet, si l'article 249 de la Coutume dit que le douaire coutumier est le propre héritage des enfans, et qu'il ne peut être aliéné, ni hypothéqué à leur préjudice, la section XXXV de l'Ordonnance porte que la femme âgée de 21 ans ou plus, peut intervenir, en parlant pour elle-même, avec son mari, dans la vente ou aliénation que celui-ci peut, de cette manière faire des biens affectés au douaire, pour renoncer au dit douaire soit sur la totalité ou une partie des biens vendus, auquel cas elle n'a, non plus que ses enfans, aucun droit sur les autres biens du mari pour indemnité. (\*)

Et la section XXXVII porte que le douaire ne pourra être acquis aux enfans, et exercé par eux, que sur les biens sujets au douaire dont le père sera saisi et en possession au jour de son décès, ou que la femme n'aura pas affranchis du douaire durant le mariage.

Ces dispositions ne s'étendaient qu'au douaire coutumier. Le but de l'Ordonnance avait été de faire dis-

---

(\*) Quoiqu'il ne soit pas dit dans l'Ordonnance que la femme pourra consentir à ce que les biens affectés au douaire soient hypothéqués, on aurait pu l'induire en raisonnant *a majori ad minus* ; mais l'acte 16 Vict. chap. 206, a eu soin de le statuer. Par l'acte 8 Vict. chap. 27, la femme peut affranchir les biens du douaire par un acte postérieur à l'aliénation.

paraître un obstacle réel à l'aliénation des propriétés foncières, parce que celui qui achetait pouvait être évincé, ou du moins lésé par l'action révocatoire des douairiers, qui contrariait singulièrement les Anglais ; on a prétendu depuis qu'il y avait analogie de raisons pour le douaire préfix, et un amendement à l'Ordonnance a étendu ses dispositions au douaire préfix. \*

† 8 Viet.,  
chap. 27,  
sec. 3,  
*Statuts*  
*Rejoindus*,  
chap. 27  
sec. 54.

## PARATITRE DU TITRE XI DE LA COUTUME DE PARIS CONCERNANT LE DOUAIRE.

---

I.—Le douaire coutumier ou préfix va aux enfans libre d'aucunes dettes créées par le mari depuis le mariage, et se partit également au cas qu'ils renoncent à la succession. (A. 250.)

II.—Car nul ne peut être héritier et douairier ensemble. (A. 251.)

III.—Or, dit l'article 278, au titre des Donations, meubles et immeubles donnés par père ou mère à leurs enfans, lors de leur mariage ou autrement, sont réputés donnés en avancement d'hoirie.

IV.—Donc celui qui veut avoir le douaire, doit rapporter les avantages qu'il a reçus, ou moins prendre du douaire. (A. 252.)

V.—Douaire coutumier ou préfix saisit sans qu'il soit besoin de le demander en jugement, (en sorte qu'on peut intenter la complainte pour l'un et pour l'autre,) et courent les fruits et arrérages du jour du décès du mari (A. 256) ; c'est-à-dire quant aux héritiers, car le tiers acquéreur de bonne foi gagne les fruits en délaissant avant contestation en cause, selon l'article 103.

Il y a encore à considérer plusieurs phases du douaire, et par rapport à la femme et par rapport aux enfans.

VI.—Femme douée de douaire préfix ne peut demander le douaire coutumier s'il ne lui est permis par son traité de mariage. (A. 261.)

Ce qui veut dire qu'on peut, par les conventions matrimoniales, lui donner l'option entre le douaire préfix et le douaire coutumier, et qu'alors les enfans sont

obligés de s'en tenir au choix de leur mère, comme l'observe Eusèbe de Laurière.

VII.—Douaire préfix, soit en rente ou deniers, se prend sur la part du mari dans les biens de la communauté sans aucune confusion et hors part. (A. 260.)

VIII.—Et s'il y a don mutuel, (c'est-à-dire que la part du prédécédé dans la communauté doive aller au survivant) la femme jouit en vertu du don mutuel de la moitié des meubles et conquets de la communauté appartenant au mari, et prend le douaire préfix sur les propres (A. 257.) sans aucune diminution du don mutuel.

Le don mutuel n'a lieu qu'en usufruit.

Pour se faire un don mutuel, il faut que les époux soient en communauté et sains de corps ou en santé.

Il a lieu même quand la femme renoncerait à la communauté ; mais non au cas que la communauté ne subsistât plus lors du décès du premier mourant.

Le don mutuel ne saisit point et est sujet à demande en justice.

Le survivant qui veut en jouir doit donner bonne et suffisante caution de sa restitution, et ne gagne les fruits que depuis lors.

Il faut encore, pour qu'il ait lieu, qu'il n'y ait lors du décès du premier mourant aucun enfant, soit des conjoints, soit de l'un d'eux. \*

L'article 284 de la Coutume dit, qu'après l'insinuation, le don mutuel n'est révocable que du consentement des deux conjoints. Le don mutuel doit aujourd'hui être enregistré, ce qui remplace l'insinuation.

† Langlois  
Petit Cou-  
tunier.

IX.—La femme qui prend son douaire coutumier est tenue de faire les réparations d'entretien, mais non les grosses réparations. (A. 262.)

X.—S'il n'y a pas d'enfans, le douaire *en espèce*, (\*) rente ou deniers n'est qu'à la vie de la femme et retourne aux héritiers du mari, s'il n'est stipulé sans retour.

---

(\*) Jouissance d'un immeuble déterminé : *dos prefixa in specie, non in genere, usufructus quotæ bonorum*, dit Charles Dumouliu, sur l'article 79 de l'ancienne Coutume.

Au cas de telle stipulation, la femme a le douaire en propriété s'il n'y a pas d'enfans, et elle le transmet à ses collatéraux, si elle ne le reçoit pas elle-même, comme l'observe M. de Férière.

Si même il y a enfans, mais qu'ils acceptent la succession, elle garde son douaire et peut en disposer, comme dit M. de Laurière, ce qui est une suite de l'article 251.

XI.—Si la douairière se remarie, elle est tenue suivant l'article 264 de fournir bonne et suffisante caution qu'elle rendra le douaire en bon état, tandis que par faveur, il l'en exempte si elle demeure veuve, quoique tous les usufruitiers soient tenus de donner caution quand on l'exige,—à la seule charge de sa caution juratoire, c'est-à-dire de prêter serment qu'elle administrera sagement, formalité qui n'est pas même toujours fidèlement observée et qui est improprement appelée caution, puisqu'il n'intervient point de fidéjusseur.

XII.—Si nous parlons maintenant du douaire quant aux enfans, l'article 253 a prévu le cas où un père se marie plusieurs fois, et décide que le douaire des enfans du premier lit n'est pas diminué par le douaire des enfans des autres lits.

XIII.—Et l'article 254 décide que si les enfans du premier lit meurent avant leur père, durant le second mariage, le douaire des enfans des autres lits n'en est point accru.

La raison est que les enfans prennent le douaire *jure contractus*, non *jure successionis*, et que par conséquent, il n'y a pas lieu au droit d'accroissement.

XIV.—L'article 253, qui est fort embarrassé, dit que le douaire des enfans du second lit est le quart des immeubles que le mari possédait lors du premier mariage (s'il les a encore, d'après l'Ordonnance,) avec la moitié de sa portion des coquets du premier mariage, c'est-à-dire la moitié de la communauté libre du douaire,— la moitié des immeubles qui lui échéent en ligne directe durant le second mariage, et la moitié des acquets qu'il a faits depuis la dissolution du premier mariage jusque à la célébration du second.

XV.—Par l'article 259, le douaire consistant en une somme de deniers à une fois payer perd sa nature de

douaire aussitôt qu'il est advenu aux enfans, et est réputé mobilier, de manière qu'il va aux plus proches héritiers mobiliers.

*Questions sur le Douaire.*

---

*Quæritur primo* : Quelle différence y a-t-il entre le douaire et la communauté ?

Comme on le voit en l'article 260, le douaire n'est pas incompatible avec la communauté et se prend hors part.

L'un et l'autre diffèrent d'ailleurs grandement.

Le mari, selon la Coutume du moins, ne peut vendre, aliéner ni hypothéquer les fonds sujets au douaire ; il en est autrement de la communauté.

La communauté consiste en meubles et immeubles ; tandis qu'il n'y a que les héritages qui soient affectés au douaire.

Les fonds du douaire ne sont sujets ni à dettes mobilières, ni à dettes immobilières contractées depuis le mariage.

Les fonds de la communauté y sont sujets.

Les fonds du douaire ne sont sujets ni à la rigueur des décrets, ni à la dureté de la prescription.

Les fonds de la communauté sont sujets à ces évènements.

Le douaire diffère aussi du préciput en ce qu'il se prend sur les héritages et qu'il est nécessaire : "Femme mariée est douée de douaire coutumier, posé que par exprès au traité de son mariage ne lui eût été constitué et octroyé aucun douaire."

Le préciput n'a point lieu s'il n'est stipulé, et est un avantage *réciproque* qui se prend par le survivant en deniers ou en meubles jusque à une certaine somme sans confusion ou diminution de la part en la commu-

nauté. Mais il ne se prend que sur les biens de la communauté et que quand la communauté a lieu. Il diffère du don mutuel en ce que la femme qui renonce ne peut prendre le préciput, et que le mari ne le peut prendre si les héritiers de la femme ont renoncé à la communauté. Il est sujet aux dettes comme la communauté, si on n'a soin de stipuler le contraire, ce qui se peut faire, à moins que le préciput ne fût de tous les effets mobiliers, car alors le survivant prenant le préciput à titre universel, serait obligé de contribuer *pro modo emolument*. \*

Férier, *Préciput*  
*Préciput*  
*Préciput*  
*Préciput*  
*Préciput*

---

*Quæritur secundo.—Le douaire coutumier subsiste-t-il de nos jours en Canada ?—*L'Ordonnance et les Statuts Refondus appellent indistinctement *douaire légal ou coutumier*, le douaire qui est l'opposé du douaire préfix. Malgré cette terminologie, nous enseignerons que le douaire coutumier ne subsiste qu'*éventuellement*, au cas ou aucun des héritages affectés au douaire en vertu de la coutume n'aura été aliéné, et qu'il est remplacé généralement par le douaire légal, qui est proprement le douaire de l'Ordonnance, qui ne se prend que sur les immeubles restant à la mort du mari, et qui est à peine le propre héritage des enfans, puisque les parens le peuvent aliéner. En effet, le douaire coutumier est une chose et non pas une autre chose. Il se prend sur les biens existant lors du mariage, et non pas seulement sur ceux qui seront encore invendus lors du décès. La femme n'ayant que l'espérance de l'usufruit, ne pouvait prêter la main à l'aliénation des fonds du douaire suivant la règle toute simple : *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*. A présent, ce n'est plus cela ! rien n'a gêné Sir James Stuart, le rédacteur putatif de l'Ordonnance. " Si le mari avait la faculté de dissiper les biens affectés au douaire de la femme, il faudrait convenir que cette loi du douaire serait une loi dérisoire, dit M. Huerne de La Mothe, \* puisqu'elle pourrait être impunément transgressée. Il faudrait convenir que

Essai sur  
Jurisprudence

cette loi serait nulle, puisqu'elle pourrait être réduite à n'avoir aucun effet. Il faudrait convenir enfin que cette loi serait inutile, puisqu'elle serait dans le cas de perdre sa force à la volonté et au caprice d'un mari dissipateur."

Le douaire coutumier n'est donc plus de loi ; le législateur n'a aucune sollicitude pour sa préservation, et l'abandonne à la chance des transactions. Il donne même au mari toute latitude quant à l'aliénation du douaire, en statuant que, même au cas où il vendrait seul, l'épouse pourra affranchir du douaire les biens ainsi vendus par un acte subséquent. Ce n'est donc que par abus qu'il continue d'appeler douaire coutumier le douaire de sa création, qui peut être aliéné, et qui ne se prend que sur les biens restant à la mort. On peut tout au plus l'appeler douaire légal. Le douaire coutumier n'est plus qu'un douaire *casuel*, qui existera en faveur des enfans si les parens résistent toute leur vie au désir naturel des transactions. Leur droit de propriété n'est qu'*eventuel*, et la loi ouvre toutes les voies au divertissement du douaire, tandis que la Coutume en faisait une propriété sacrée.

---

*Quæritur tertio.*— Pour avoir le douaire, faut-il renoncer expressément à la succession, ou s'il suffit d'une renonciation tacite ou présumée ?

La Cour de Circuit a jugé en 1854, dans une cause de Crochier contre le Séminaire, que la renonciation formelle est nécessaire, en se basant, comme la défense de MM. Cherrier et Dorion, avocats de Simon Valois, vendeur et garant du Séminaire, sur ce que les demandeurs *n'ont pas renoncé* et qu'ils ont par conséquent fait acte d'héritier.

Un tribunal plus élevé avait jugé contradictoirement en 1850.

La Cour Inférieure a été induite en erreur en prenant le mot renoncer des auteurs trop à la lettre, et en négligeant ceux qui en ont donné l'explication. Elle

n'a pas fait attention que la renonciation, comme la plupart des actes, peut être formelle ou virtuelle.

L'avocat des demandeurs, Mr. O. A. Richer, a cité le No. 332 du traité du Douaire de Pothier, ainsi conçu :

“ Lorsqu'un enfant se met après la mort de son père en possession d'un héritage sujet à son douaire, sans déclarer si c'est en qualité d'héritier ou en celle de douairier, il ne fait point acte d'héritier, car l'article 317 de la Coutume de Paris, qui dit que celui qui appréhende les biens d'un défunt, fait acte d'héritier, ajoute, *sans avoir autre qualité ou droit de prendre les dits biens*, car l'enfant qui avait le choix de la qualité d'héritier ou de celle de douairier, lorsqu'il s'est mis en possession des héritages, sujets à son douaire, avait une autre qualité que celle d'héritier qui lui donnait le droit de s'en mettre en possession, savoir celle de douairier. On ne peut donc pas dire qu'il ait fait acte d'héritier en s'en mettant en possession. . . . A l'égard de ceux qu'il a aliénés de son vivant, ils ne peuvent pas en être saisis dès l'instant de la mort de leur père, qui n'a pu leur transmettre à sa mort, une possession qu'il n'avait plus lui-même. Ils ne peuvent en devenir possesseurs que par le délaissement qui leur en sera fait par le détenteur, sur la demande qu'ils intenteront contre lui.”

Appuyée sur cette autorité infaillible autant qu'intelligible, la Cour Supérieure avait jugé qu'il suffit de la renonciation présumée, dans la cause de Lefebvre *versus* Demers. Les questions qui s'étaient présentées alors, étaient de savoir s'il y avait eu confusion des qualités d'héritier et de douairier ; s'il est nécessaire que l'héritier renonce *formellement*, et si l'option qu'il avait faite équivalait à une renonciation. L'action fut maintenue sur la citation de l'autorité de Pothier et la Cour Supérieure jugea qu'il n'est pas besoin d'une renonciation formelle, que la virtuelle suffit, et que l'option faite par le douairier est cette renonciation virtuelle.

M. le juge Bruneau ne daigne pas faire mention de ce jugement qui lui est produit ; il convient que le No. 332 de Pothier est en faveur des demandeurs, mais il trouve que cet auteur paraît revenir plus bas sur ce

qu'il a écrit plus haut, pour ne pas dire qu'il s'est contredit. Il cite le No. 334 ainsi conçu :

“ *Dans les coutumes qui ne saisissent pas de plein droit la femme de son douaire, les enfans douairiers ne le sont pas non plus ; ils n'ont, de même que la femme, qu'une action pour le demander, laquelle action ils peuvent intenter contre les héritiers de leur père ou le curateur à la succession vacante, après qu'ils auront renoncé à la succession pour prendre la qualité de douairiers.* ”

L'honorable juge s'imagine-t-il que le douaire ne saisit pas dans la Coutume de Paris ?

Pothier cite lui-même l'article 256, qui dit que le douaire soit préfix, soit coutumier, saisit de plein droit dans cette coutume, et cela en tête même du No. 332 précité, ce qui montre bien clairement que son No. 334 ne parle que du cas exceptionnel des Coutumes où le Douaire ne saisit point ; or *exceptio firmat regulam*.

D'abondant, Pothier ne dit point *après qu'ils auront renoncé formellement*. Nous citerons enfin, à l'appui de la renonciation virtuelle ces termes de l'article 250 de la Coutume : “ *Si les enfans venant du dit mariage ne se portent héritiers de leur père et s'abstiennent de prendre la succession.* ”

---

*Queritur quarto.*—L'héritier sous bénéfice d'inventaire, peut-il, en renonçant, revenir au douaire ?

Charondas, Tronçon, Ricard, Brodeau, Tournet, Auzanet et Laurière s'accordent à dire qu'il ne le peut pas.

La raison que donne Tournet est, que l'enfant héritier *bénéficiaire* ne peut plus être créancier de son douaire, parce que *aditione hereditatis fit confusio obligationis*.

C'est-à-dire que l'enfant succédant à son père et étant par conséquent une même personne morale avec lui, ne peut plus être créancier de son douaire, car en ce cas, il serait créancier de lui-même ou son propre débiteur.

Mais d'abord, il ne remarque pas qu'autre chose est se porter héritier pur et simple, et héritier bénéficiaire. Aussi, n'est-ce pas pour les mêmes raisons que Tournet et Laurière se sont rangés du même avis.

Le bénéfice d'inventaire, introduit par Justinien, dit ce dernier, règle comme le remarquent Bacquet et Auzanet, qu'il ne se fait pas confusion des sommes que le défunt devait à l'héritier bénéficiaire "de sorte que si l'enfant héritier bénéficiaire était aussi créancier de son douaire, il ne le confondrait pas."

L'effet du bénéfice d'inventaire, dit l'article 802, du Code Napoléon, est de donner à l'héritier l'avantage de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer ses créances.

Eusèbe de Laurière pense que, s'il n'y avait que la raison apportée par Tournet, l'enfant pourrait être en même temps douairier et héritier sous bénéfice d'inventaire.

Mais la raison pour laquelle il croit que l'héritier bénéficiaire ne peut, en renonçant, revenir au douaire, c'est que, selon lui, (contrairement à la maxime du droit coutumier, qu'il n'y a pas d'héritiers nécessaires, *il n'est héritier qui ne veut.*) l'héritier bénéficiaire est toujours un héritier, et continue de l'être quoiqu'il vienne à renoncer.

Mais, objectera-t-on, dit-il, l'héritier bénéficiaire n'est-il pas admis tous les jours à renoncer en rendant compte aux créanciers ?

Il répond qu'il est admis à renoncer à l'administration des biens qu'il a eus du défunt, mais qu'il n'est pas admis à renoncer à la succession, parce qu'il n'est pas possible de renoncer à une succession qui n'est plus, que le curateur qui est donné est mal appelé curateur à la succession vacante et qu'on devrait l'appeler curateur aux biens vacants.

Mais M. de Laurière n'entasse-t-il pas singularités sur singularités ? Il veut que l'héritier, même bénéficiaire et qui vient à renoncer, continue d'être héritier, et cependant, que la succession ne soit plus !... Il fait ensuite une pétition de principe en disant que la succession n'est plus, et il soutient enfin une absurdité.

en disant que l'héritier bénéficiaire qui renonce, renonce à l'administration et non à la succession ; car on renonce à un avantage ou à ce qui aurait pu en être un, mais non à un fardeau ; or l'administration est une charge et non un avantage. Il n'y a que M. de Laurière à qui il soit venu à l'esprit que ce n'est pas à la succession qu'on renonce, car la loi, les auteurs et la pratique disent le contraire.

L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, dit l'article 785 du Code Napoléon.

Pendant les délais pour faire inventaire et pour délibérer ; l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, dit l'article 797.

Enfin si l'héritier bénéficiaire était héritier quand même, comme le prétend M. de Laurière, il y aurait effectivement confusion, ce qui n'a pas lieu par le nouveau droit romain, admis en France sous l'ancienne monarchie comme sous l'empire quant au bénéfice d'inventaire.

Laurière et Tournet se sont donc l'un et l'autre appuyés de mauvaises raisons.

Nous hésiterons néanmoins à décider que l'héritier bénéficiaire peut, en renonçant revenir au douaire parce que la plupart des auteurs semblent penser autrement, et peut-être parce qu'il peut paraître juste pour la sûreté des créanciers qu'une fois le douaire ouvert les enfans y renoncent ou l'acceptent catégoriquement. Il est toutefois très dur de décider, comme on ne peut l'éviter en se rangeant de cet avis, que l'héritier qui renonce quand il s'aperçoit que la succession est plus onéreuse que lucrative, sera encore privé du douaire, qui lui aurait été une sorte de compensation. Mais ce qui est plus propre à trancher la question, c'est le fait que notre législation actuelle est défavorable au douaire.

## CHAPITRE VII.

---

### Des Donations entre vifs, Testamentaires et à cause de Mort.

---

Ce chapitre répond aux titres XIII et XIV de la Coutume.

#### § 1.—*Donations Entre Vifs.*

Avant l'empereur Justinien, qui éleva la donation au rang de contrat, elle ne produisait point d'action.

La donation entre vifs, *proprement dite*, peut se définir : *contractus quo quis ex mera liberalitate irrevocabiliter dominium rei suæ alteri confert acceptanti.*

Quant au mot *actualiter* du droit, on verra que la Coutume lui donne un tempéramment.

On a dit : *ex mera liberalitate*, parce que la donation entre vifs est essentiellement une libéralité même quand il y a des conditions : *et propter nullam aliam causam quam ut munificentiam exercere possit*, dit la loi première de *donatione* aux Pandectes. (\*)

---

(\*) *Donatio habet semper causam liberalitatis, quæ eam sustinet*, dit Averranus.

Si les conditions sont trop onéreuses, les jurisconsultes de tous les pays conviennent qu'il n'y a point de donation, mais quelque autre contrat déguisé. Voyez Bracton, Puffendorf, Heineccius, Blackstone.

Mais Pothier va trop loin en disant que si les conditions sont un fardeau, il y a un contrat onéreux, ordinairement de vente au prorata du fardeau, et de donation pour le reste ; d'abord, la vente n'est pas un contrat simplement onéreux ; c'est plus que cela, c'est un contrat commutatif, et ensuite, c'est nier absolument la donation onéreuse que tous les jurisconsultes admettent, voire Pothier lui-même. Il est en effet de maxime qu'il est libre à celui qui donne de mettre à son don les conditions qui lui plaisent, ou d'en fixer le mode.

*Sequuntur donationes impropriae ideo dictae, quod non ex sola liberalitate fiunt, sed admixtum habeant causam aliquam singularem, easque vel antecedentem, sicut donatio remuneratoria, vel subsequentem, sicut donatio nuptiarum causa, sub modo, conditionalis et mortis causa.*

On demandera à présent, qui peut donner et à qui, et ce que l'on peut donner.

+ Hoffacker, *Principia Juris Civilis*.

Tous ceux-là peuvent donner que le droit naturel ne rend point incapables, ou que la loi ne déclare point inhabiles.

Les insensés et les enfans en bas âge, sont incapables de donner de droit naturel : *natura prohibentur infantes et furiosi*. (Hoffacker.)

Le droit civil déclare inhabiles à donner les prodiges interdits, les mineurs non émancipés, les femmes mariées non autorisées : *lege, prodigi, pupilli et minores, ob defectum status, tutores et curatores, ob limites potestatis administratorie*. (Hoffacker.)

Les mineurs émancipés peuvent donner entre-vifs leurs meubles, *pourvu qu'il ait 20 ans*, selon l'article 272.

Selon la loi 33<sup>ème</sup> de donatione, les sourds et les muets peuvent donner, et même les sourds et muets, selon la loi X, pourvu qu'ils ne le soient pas de naissance, et qu'ils soient instruits, *et litteras sciunt*. (\*)

---

(\*) On n'aurait donc que retrouvé le secret d'instruire ces personnes ?

Il est dit dans la loi seizième que la vieillesse n'est pas un empêchement de donner.

Mais, selon l'article 277 de la Coutume, "*toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites par personnes, gisans au lit malades, de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et non entre vifs.*"

Quant à l'incapacité de recevoir, elle est absolue ou relative :

L'incapacité absolue se décrit : *inabilitas quæ efficit ut quis a nemine et per neminem accipere possit.*

Et l'incapacité relative : *ea qua quis, per se, et a quibusdam nihil, quamvis ab aliis et per alterum aliquid accipere possit.*

Qui sont ceux qui ne peuvent recevoir absolument ?

Ce sont : 1o les enfans non encore conçus.

A moins que la donation ne se fasse par contrat de mariage au profit des enfans à naître, ou que la donation ne contienne une substitution : dans ce dernier cas, il suffit que le donataire existe à l'époque où il doit recevoir la donation par l'ouverture de la substitution en sa faveur.

2o. Ceux qui sont morts civilement par suite d'une condamnation capitale, si ce n'est à titre d'alimens.

3o. Les congrégations, corporations religieuses ou civiles, ou tous gens de main-morte, qui sont incapables de recevoir des immeubles ou rentes foncières et constituées à moins d'un acte de la législature, les autorisant à acquérir. Cette autorisation, qui équivaut aux lettres d'amortissement soit partiel, soit général de l'ancien droit public de la colonie, se fait d'ordinaire en même temps que l'acte qui reconnaît les congrégations, communautés, etc., comme corporations, *corpora incorporata*.

Qui sont, en second lieu, ceux dont l'incapacité de recevoir n'est que relative ?

Ce sont, premièrement, les insensés, qui ne peuvent évidemment pas recevoir par eux-mêmes, quoiqu'on puisse leur donner par le ministère de leur curateur.

Certains interdits sont dans le cas des mineurs, non en bas âge, dont on peut dire qu'ils ne sont en aucune manière incapables de recevoir ; *populo placuit melio-*

*rem quidem conditionem licere eis facere etiam sine tutoris autoritate*, dit l'empereur Justinien. Cependant, quant aux interdits, il est bon de donner, dans la plupart des cas, par le ministère de celui qui est conseil judiciaire, comme l'on donne aux enfans, en bas âge, par le ministère des parens ou des administrateurs légaux.

20. Les tuteurs pédagogues, administrateurs et leurs enfans, relativement aux pupilles, élèves et administrés, de qui ils ne peuvent rien recevoir que quand ils sont devenus majeurs, aux termes de l'article 276 de la Coutume.

Cet article excepte le cas où le tuteur est ascendant de l'enfant, et pourvu qu'il lui ait rendu compte et qu'il n'ait pas convolé en secondes noces.

30. Les médecins, confesseurs, en un mot, tous ceux qui ont une trop grande influence présumée sur la personne.

40. Les époux entre eux, si ce n'est par contrat de mariage ou par don mutuel, aux termes des articles 280 et 282..

Suivant l'article 283, un des conjoints ne peut, constatant le mariage, donner aux enfans d'un premier lit de l'autre conjoint.

50. Les enfans adultérins et incestueux ne peuvent recevoir de leurs auteurs, si ce n'est à titre d'alimens, des donations entre-vifs, du moins si l'on s'en tient à l'ancienne jurisprudence.

60. La donation faite par l'interposition d'autrui, *personis interpositis*, est également nulle, quand la personne à qui la donation est vraiment faite, est incapable de recevoir.

Sont réputées personnes interposées, l'épouse et la famille du tuteur.

On peut donner tout ce qui est dans le commerce des particuliers et qui est à soi.

On demande distinctement quelles sont les formalités voulues par la loi pour les donations entre vifs !

Il y a d'abord à faire une distinction entre la donation des immeubles et la donation des meubles.

Pour la donation entre vifs des immeubles, il faut à peine de nullité :

10. Que la donation soit passée par devant notaires

et non en brevet, c'est-à-dire qu'il faut que minute en soit gardée.

20. Acception expresse et formelle du donataire.

30. Il fallait autrefois que la donation fût insinuée ès greffe dans les quatre mois. (\*) L'enregistrement, dans le même délai, de la donation au bureau d'enregistrement du comté ou des comtés où sont situés les biens donnés, remplace aujourd'hui l'insinuation. On pouvait le conclure de l'Ordonnance des bureaux d'hypothèques de cela seul qu'elle établissait l'enregistrement des donations ; mais on a fait un statut exprès pour le déclarer.

Si l'on demande à présent quelles sont les formalités requises pour les donations de meubles, nous dirons que, s'il y a tradition réelle, comme c'est ordinairement le cas, il n'est besoin d'aucune formalité, selon ces deux maximes du chancelier D'Aguessau : *le cas de la tradition réelle n'a besoin d'aucune loi ; en fait de meubles possession vaut titre.*

Si la tradition réelle n'a pas lieu, il sera bon de faire ces donations avec quasi le même soin que les donations des immeubles, puisque le *bill* des hypothèques Cartier les soumet à l'enregistrement ; et bien que nous n'observions pas en Canada, l'Ordonnance des Donations, un bon notaire, quand il recevra telles donations, ne manquera point de garder l'article XV, qui veut qu'un inventaire exact des objets donnés soit annexé à l'original, quand l'objet de la donation est multiple.

Disons aussi quelque chose de conditions de la donation qui ne sont pas proprement des formalités.

Il faut tradition soit réelle, soit feinte, à cause de l'axiome de l'article 273 de la Coutume, *donner et retenir ne vaut*, qui signifie que si le donateur retient ce qu'il donne, il ne se dépouille pas et partant ne donne point. Cette maxime a cette étendue qu'elle annulle non-seulement les donations où le donateur se réserverait le pouvoir de disposer de la chose donnée, mais toutes celles où il se rencontrerait des circonstan-

---

(\*) On voit, du reste, par les archives des anciens tribunaux, que le Conseil Supérieur de Québec relevait avec une extrême facilité de la formalité de l'insinuation.

ces qui marqueraient que le donateur ne se serait pas dépouillé, et que le donataire n'eût pas été rendu irrévocablement le maître de la chose, dit Domat. \* † *Lois Civiles, Lit.*

Cependant, l'article 274, qui est le complément du *ivre* 1er. précédent, le rend fort élastique, car il explique ainsi ce que c'est que donner et retenir : *c'est donner et retenir* quand le donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement de la chose donnée, *ou qu'il demeure en possession jusques au jour de son décès.*

Il est plusieurs cas de tradition feinte. Ainsi l'article 275 porte que ce n'est point donner et retenir quand il y a rétention d'usufruit ou clause de constitut et de précaire.

En effet, la rétention d'usufruit doit valoir délivrance, car celui qui ne se réserve que l'usufruit abandonne par là même son titre de propriété.

Et la clause de constitut et précaire vaut aussi délivrance, parce qu'alors le donateur ne possède plus *animo domini*, mais pour le donataire et sous son bon plaisir.

Il faut que la donation soit irrévocable en règle générale ; on citera plus bas des exceptions à cette maxime.

Que le donateur soit en santé et qu'il ne donne pas en contemplation de la mort.

Les donations faites ès contrats de mariage ne sont pas rigoureusement assujetties à toutes les conditions et formalités des autres donations entre vifs. La loi fait plusieurs exceptions en vue du mariage et en faveur des enfans qui en naîtront.

1o. La tradition n'est point requise sous peine de nullité.

2o. Il n'est pas besoin d'une acceptation formelle.

3o. Cette donation n'est pas essentiellement irrévocable.

4o. La donation des biens présents et à venir, est certainement valide dans ce cas, quoique les biens futurs ne puissent être en général l'objet de la donation entre vifs, selon Barthole, Cujas, Domat, Ricard et Férière, contre Laurière. Ce légiste invoque bien pour lui le témoignage de Cujas ; mais ce jurisconsulte dit préci-

sément dans un passage que Laurière n'aurait pas dû citer :

*Si donatio perficitur traditione corporali, ut voluit Constantinus, ut veteres voluerunt et usus magis probat, evidentissimum est non consistere rerum futurarum donationem, quia rerum quæ nondum sunt nulla fieri potest traditio.*

M. de Férière dit qu'il y a donation entre vifs des biens présents et à cause de mort des biens à venir ; ce qui n'est pas selon Laurière, qui prétend que le donataire a action pour se faire livrer les biens à mesure qu'ils échéent au donateur.

Quoi qu'il en soit, l'Ordonnance des Donations, qui n'est pas observée ici, en défendant sous peine de nullité de faire à l'avenir, des donations entre vifs des biens présents et à venir, excepté par contrat de mariage, ne fait rien moins que se prononcer contre le sentiment de la minorité des jurisconsultes qui prétendent telle donation valide.

Un autre privilège des donations es contrats de mariage était qu'il n'y avait pas besoin d'insinuer les donations faites par les ascendans aux conjoints. Aujourd'hui ceux-ci doivent faire enregistrer leurs conventions matrimoniales, ou leurs parens pour eux, s'ils sont mineurs.

Toutes les autres donations faites aux conjoints par d'autres parens ou par les conjoints, l'un à l'autre, par leurs conventions, étaient sujettes à insinuation.

De ce que l'on a agité la question de savoir si l'on pouvait donner ses biens présents et à venir, cela suppose que l'on peut certainement donner tous ses biens présents ; et en effet, l'article 272 porte qu'une personne majeure et saine d'entendement peut donner entre vifs tous ses meubles et héritages propres, acquets et conquets à personne capable.

Bien que l'article ne contienne aucune restriction, les légistes sont unanimes à dire, en se fondant sur l'article 298 au titre des testamens, qu'il y a lieu à la réduction de la donation pour trouver la légitime des enfans.

La réduction est une diminution, un retranchement

fait à quelques dispositions entre vifs pour les rendre conformes à la loi.

La donation entre vifs (et il en était de même du testament avant l'acte impérial de Québec) est donc réductible par le droit commun, toutes les fois que le donateur a des descendans, surtout si elle empêche que la réserve faite par la loi en leur faveur demeure intacte.

Or, la légitime des enfans est de la moitié des biens restant après les dettes payées, et elle s'impute sur les biens donnés comme s'il n'y avait pas eu de donations.

“ La légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eût eu en succession des dits père et mère, ayeul ou ayeule, ou autres ascendans, si les dits père et mère ou autres ascendans n'eussent disposé par donations entre vifs, ou dernière volonté, sur le tout déduit les dettes et frais funéraires.”

On demande à présent dans quel ordre se fait la réduction ?

Ou il y a des donataires universels ou il n'y en a pas.

*Si prius*, il faut déduire la légitime des enfans au prorata seulement, de ce que les dits donataires amendent de telle donation à titre universel.

*Si posterius*, ou si les biens donnés à titre universel ne suffisent pas pour former la légitime, la réduction se fait à commencer par la donation à titre particulier la plus récente, et ainsi de suite, jusque à la première, si besoin est ; ce qui se pratique ainsi parce que les donations les plus récentes empiètent plus sur la légitime que les anciennes, auxquelles on ne devra peut-être pas toucher, parce que la légitime étant recouvrée, il se trouve qu'au delà de ce qui avait été donné, avait été bien donné.

De là, si le plus nouveau donataire a reçu 10,000 francs, et que cette somme soit nécessaire pour constituer la légitime, il sera tenu de la restituer, y eût-il des donataires à titre particulier comme lui qui auraient reçu davantage, mais antérieurement.

Dans la réduction, les biens retournent généralement aux descendans exempts de toute charge : M. Langlois nous dit cependant, dans son petit Coutumier, qu'on déduit les frais funéraires et de dernière maladie.

Le même auteur nous dit qu'il y a encore lieu à la réduction, lorsque les enfans renoncent à la succession de leur père et se portent donataires, avec cette différence que, si le douaire est préfix, la réduction se doit faire comme dans le cas de la légitime, en commençant par les dernières donations ; au lieu que, s'il est coutumier, la réduction ne se fait que sur les donations de biens qui étaient sujets au douaire.

Comme on ne peut donner que *deducto aere alieno*, il y a aussi réduction à cause des dettes, en sorte qu'un donataire à titre universel est tenu de toutes les dettes, si elles sont proportionnées à la donation, et que les donataires universels qui ont reçu la moitié, le quart, paient *pro modo emolumenti* ; et les donataires à titre particulier, à défaut des donataires à titre universel, paient dans le même ordre que pour la réduction pour trouver la légitime.

Si le donateur a confirmé ses donations par testament, il n'y a plus lieu à la réduction pour restitution de légitime, parce que ce cas tombe sous le statut impérial de la 14e Geo. III, qui permet de tester de tous ses biens sans égard à la légitime.

La réduction pour légitime a été accordée par la Cour Supérieure, dans la cause de Quintal dit Dubois *versus* Senécal, mais refusée en appel par la Cour du Banc de la Reine, qui a déclaré mal jugé dans la sentence de la Cour Inférieure. Cependant, on avait toujours pensé comme celle-ci en Canada. Aussi, disons-nous que c'est sans aucun doute dans la sentence de la haute cour que git le *mal jugé*, pour les raisons très fortes que nous donnons sur le champ. On se fonde sur l'acte impérial de la 14e George III, qui ne mentionne que les testamens, en prétendant qu'il y a même motif de décider ou analogie de raisons pour les donations entre vifs ; mais non, parce que les donations entre vifs et les testamens sont deux sortes de dispositions dont le but est différent ou opposé : *la donation entre vifs n'a aucun rapport avec les legs*, dit l'empereur Justinien. Ajoutez à cela que les statuts sont un genre de loi dans lequel on n'a pas l'habitude de suppléer au texte, ce qu'on s'imagine y manquer. Il n'y a donc jamais eu de meilleure occasion pour appliquer la règle

*inclusio unius fit exclusio alterius*, ou *qui dicit de donationibus causa mortis, negat ipso facto de donationibus inter vivos seu liberalitatis causa*. Les membres du haut tribunal se sont d'autant plus compromis, qu'en jugeant de la sorte, ils auraient dû être prêts à affirmer, que la donation entre vifs n'est pas, non plus, révoquée pour survenance d'enfans.

Une autre preuve qu'on n'a pas eu deux manières de voir en Canada sur ce sujet, c'est que l'usage y a été de confirmer par testamens, pour les rendre valides, les donations entre vifs faites au préjudice de la légitime des enfans.

Maintenant, quelle est la valeur précise du jugement de la Cour du Banc de la Reine ?... Ici, il faut bien distinguer entre *jurisprudence* ou série de jugemens conformes sur une même matière, et *chose jugée*. Le jugement de la Cour d'Appel provinciale est chose jugée entre les parties au procès, si elles n'ont pas appelé en Angleterre, mais c'est tout : *res inter alios judicata aliis non præjudicat*... *quamvis eodem vel simili negotio*.

Et ce qui prouve finalement, que la manière de voir des membres de la Cour du Banc de la Reine n'est point notre loi, c'est que, dans la dernière session de la législature, l'honorable M. Sicotte a proposé, bien à tort suivant nous, un *bill* pour assimiler la loi quant aux donations, à celle des testamens et pour faire disparaître la légitime, et que ce *bill* n'est point devenu loi. Espérons qu'il ne le deviendra jamais !

La Coutume exclut de la faculté de donner les époux entre eux, si ce n'est par don mutuel fait par leur contrat de mariage, par un acte particulier durant le mariage pourvu qu'on soit en santé, ou en fin, par le contrat des enfans que l'on marie, ou les grevant.

En effet, outre le don mutuel proprement dit, l'article 281 porte que les conjoints mariant leurs enfans peuvent convenir que leurs dits enfans laisseront pour le survivant de leurs père et mère, pourvu qu'il ne se remarie, des meubles et conquets du prédécédé (dont ils sont saisis par la règle : *le mort saisit le vif*) ; et n'est réputé tel accord avantage entre les dits conjoints.

Comme on l'a déjà dit au traité de la Communauté,

Le donataire mutuel ne gagne les fruits que du jour qu'il a offert en justice, bonne et suffisante caution, c'est-à-dire un fidéjusseur, par opposition au serment appelé par la Coutume, *caution juratoire*.

Le don mutuel, comme le remarque Pontanus sur Blois, ne saurait saisir et est sujet à délivrance, puisque la mort du prédécédé ensaisine ses héritiers : il n'était pas même irrévocable avant l'insinuation, ou aujourd'hui avant l'enregistrement.

Selon l'article 286, le donataire mutuel n'est exempt que de payer les legs et autres dispositions testamentaires, et non la moitié des dettes communes, puisqu'on ne peut donner que *deducto ere alieno* : il paie aussi les funérailles au besoin.

Et selon l'article 287, il fait les réparations viagères et paie les arrérages de rentes.

Conformément à la loi *hac edictali* au Code, *de secundis nuptiis* et à l'Édit de 1560, dit l'Édit des Secondes Noces, qui adopte cette loi romaine, l'article 279 de la Coutume, porte que les femmes convolant en secondes noces, (ou autres à plus forte raison.) ne peuvent avantager leurs seconds maris de plus que d'une part d'enfant dans leurs propres et acquets, et ne le peuvent pas du tout à même leurs conquets, auxquels leurs enfants issus des premiers mariages succèdent, avec cependant ceux des subséquens, comme *vice versa*, ceux des premiers mariages succèdent avec ceux des subséquens dans les conquets d'iceux.

Bien que l'article ne mentionne que les femmes, les légistes paraissent avoir été unanimes à étendre la prohibition aux hommes avec l'Édit, et M. Cugnet, en particulier, a pris sur lui de compléter le texte de l'article 279 dans l'article 58 de sa Coutume ou traité des anciennes lois de propriété.

Mais on doit remarquer que l'Édit et la Coutume se contredisent en beaucoup de choses, par exemple, en ce que le second chef de l'Édit mentionne les biens acquis par dons et libéralités du mari, desquels la femme qui convole en secondes noces ne peut disposer, tandis que la Coutume mentionne les conquets, sur quoi le procureur-général Cugnet ne sait trop si l'on doit dire que la Coutume est plus sévère que l'Édit en voulant

dire que la femme ne peut disposer *même* des conquets, ou bien que la Coutume explique l'Edit, qui aurait entendu désigner les conquets par libéralités du mari " la femme prenant sa part de la communauté de la libéralité du mari " ; mais voilà une explication un peu trop hardie, et bien qu'il ne soit que trop vrai que le mari peut disposer de la communauté, la femme a sa part en vertu de la loi et non par la libéralité du mari. L'Edit ne sert donc qu'à nous embrouiller, et comme l'article de la Coutume est postérieur, nous devons nous y tenir.

Il est dit à la fin de l'article 279, que la prohibition portée contre la femme d'avantager son second mari, cesse s'il n'y a pas d'enfans des précédens mariages ou qu'ils décèdent, et qu'alors elle peut disposer des propres et acquets comme de sa chose.

L'Edit porte enfans ou petits enfans, ce qui est juste, puisque les petits enfans succèdent par représentation ; et les légistes comprennent les meubles parmi les biens à même desquels la femme ne peut avantager son second mari, quoique la Coutume ne les mentionne pas : c'est ainsi que pensent entre autres, Eusèbe de Laurière et Cugnet. C'est à notre jurisprudence à fixer ce point. Pour nous, *quando Consuetudo dicit de propriis et acquisitis, negat de mobilibus*, sans compter que les prohibitions se restreignent et ne s'étendent point, en interprétant les lois. Il est vrai que Toullier au numéro 302 de son dixième volume, voudrait que l'on bannît du barreau la règle *qui dicit de uno, negat de altero* ; mais il faut distinguer : quand il s'agit d'une disposition favorable, on doit l'étendre à tous les individus qui sont pareillement situés ; c'est ainsi qu'en Angleterre on a appliqué à tous les évêques, une faveur accordée par Édouard III à l'évêque de Norwich en particulier. Mais serait-il bien raisonnable que quand il s'agirait de lois prohibitives, on vint dire *inclusio unius aut quorundam, fit inclusio alterius aut plurimorum . . . qui dicit de singulo dicit de pluribus . . . qui dicit de quibusdam, dicit de omnibus* ! Ce sont les contradictoires de ces propositions que la raison sanctionne.

L'effet de la donation est la translation du domaine ; mais le donateur n'est point tenu d'assurer la possession

tranquille, à moins qu'il ne se soit obligé expressément à la garantie : c'est la disposition du Code de Justinien *de donatione, de evictione*.

La donation ne se présume pas facilement : *donatio non facile admittitur, quia donare est perdere*, dit Averrarius.

Bien que la donation entre vifs soit irrévocable par sa destination, on excepte trois cas qui la font révoquer :

1o. La survenance d'enfans.

2o. L'ingratitude notable du donataire. (\*)

3o. La négligence du donataire de remplir les charges imposées par le donateur.

Quant à l'ingratitude, le Code de Justinien, *de revocatione donationum*, mentionne les mauvais traitemens et les pertes considérables causées au donateur par fraude.

“ Quoique les causes d'ingratitude qui peuvent suffire à la révocation de la donation, dit Domat, soient bornées par la loi dernière, (†) au Code, de *revoc. don.* à celles qui y sont exprimées, on les met seulement pour exemple, car il peut y en avoir d'autres qui mériteraient qu'une donation fût révoquée, comme si, par exemple, le donataire refusait des alimens au donateur réduit à la nécessité.”

On peut citer aussi le cas où le donataire citerait en justice le donateur ; mais en ce cas particulier, le donateur seul peut demander la révocation, bien qu'une fois la révocation demandée en justice, ses héritiers puissent continuer la poursuite.

La révocation ne peut être accordée si le donateur a donné des marques de réconciliation, ni après l'an écoulé avant la poursuite, selon la loi dernière.

La loi dix-neuvième porte, que le donateur n'est tenu

---

(\*) On peut citer entre autres décisions juridiques le jugement de la Cour d'Intendance du 15 Avril 1721, révoquant pour cause d'ingratitude, la donation consentie par Louis Civalier et sa femme à Antoine Civalier, leur fils, insérée à son contrat de mariage avec la sauvagesse Marie *Toumango*.

(†) Pénultième.

d'acquitter la donation qu'autant qu'il le peut, sans être réduit à la nécessité ; et la loi vingt-deuxième, qu'il ne doit point d'intérêts pour son retard, à moins de clause spéciale. *Divus Pius rescripsit eos qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos.*

§ 2.—*Donations Testamentaires.*

---

Le testament peut d'autant mieux se ranger dans un même chapitre que les donations, ainsi que le legs, que chez nous il ne comprend pas nécessairement une institution d'héritier et l'universalité des biens, comme chez les Romains, et sous ce point de vue, il est surprenant que la Coutume, qui fait bon marché de l'institution d'héritier, parle du testament dans un titre séparé, et ne dise rien des legs, auxquels notre manière de tester semble se rapporter plutôt qu'au testament, car le legs est une manière d'acquérir à titre singulier, et la loi 116 *de legatis* le définit : un retranchement fait sur l'hérédité par lequel le testateur ôte quelque chose de l'universalité qui appartiendrait à l'héritier pour le conférer à quelque autre.

Avant d'entrer en matière, on peut demander quelle est l'origine du droit de tester.

Les docteurs sont partagés. Les uns disent qu'il vient du droit naturel, d'autres, du droit des gens, et d'autres enfin, du droit civil.

Ceux qui disent que ce droit vient de la nature ou du droit des gens, se fondent également sur ce que l'usage de tester est partout en vigueur et qu'il répugne que le père de famille ne puisse pas disposer de ses biens en faveur de ses enfants.

Ceux, au contraire, qui disent que les testaments sont de droit civil donnent pour principale raison que, le

testament ne transférant le domaine qu'après la mort du testateur, ne peut être de droit naturel, parce que personne ne possède après sa mort.

† *Esprit des Loix, liv. XXV, Chap. 6.* “ La loi naturelle, dit Montesquieu, \* ordonne aux pères de nourrir leurs enfans, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers. Le partage des biens, les lois sur ce partage, les successions après la mort de celui qui a eu ce partage ; tout cela ne peut avoir été réglé que par la société, et par conséquent par des lois politiques ou civiles.”

Voilà qui prouve que le testament n'est point de droit naturel, ni même du droit des gens nécessaire, qui en découle.

Les adversaires de cette opinion ont été dans l'erreur en disant que l'usage des testamens a été universel. Il y a eu des lieux où ils n'étaient point connus, et en particulier l'empire des Incas au Pérou.

Il ne faut point confondre, au reste, le droit de tester du père de famille et le droit des enfans de succéder, qui nous paraît être de droit des gens quasi nécessaire, bien que Montesquieu semble le nier. Le droit romain lui-même admettait la succession légitime découlant d'un droit naturel : *tulibus hereditas jure quasi etiam naturali debetur* ; bien que ce même droit permit de se donner d'autres héritiers et que, par conséquent, la succession testamentaire fût préférée à la légitime. Il suffit qu'il reconnaisse que la succession vient en quelque sorte de la nature ; s'il y déroge le droit des races germanes y est plus fidèle dans sa maxime ; *le mort saisit le vif*, qui est elle-même toute naturelle, car ce n'est pas seulement par une fiction légale que les enfans, sont censés une même personne avec leurs parens, mais ils sont aussi matériellement leur continuation, pourquoi l'arbre généalogique est analogue à l'arbre qui pousse et fructifie en terre. Aussi l'avoyer De Vattel \* dit-il que “ les enfans ont naturellement le droit de succéder avec égalité aux biens de leur père.”

† *Droit des Gens, Liv. 1, Chap. XX § 256.*

Le jurisconsulte Ulpien dit que, *testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.*

En vertu de l'acte impérial de Québec, on peut tes-<sup>1145</sup>

ter en Canada suivant les formes françaises ou suivant les formes anglaises à volonté, quoiqu'il n'y ait guères que les premières qui y soient usitées en effet.

Cela nous permet de conserver la division que faisaient les Romains, des testamens en testamens écrits, et en testamens non écrits : *per scripturam et sine scriptis testamenta conficiuntur*.

Le testament non écrit des Romains était le testament nuncupatif, qui n'était en usage en France que dans les provinces de droit écrit. Nous avons en Canada un testament nuncupatif, mais c'est celui des Anglais, qui ne requiert pas autant de témoins.

Le testament nuncupatif ou testament proprement dit, ne comprend que les biens meubles et effets mobiliers, *personal estate*, (\*) et est une déclaration devant trois témoins (†) (qui ne sont pas requis si les objets n'excèdent pas trente louis) que la donation est l'acte des dernières volontés du testateur, à quoi il faut ajouter que la dite déclaration sera mise par écrit postérieurement.

Cet acte ne comprend pas les immeubles, parce que c'est une maxime très expresse du droit anglais que la propriété des biens réels ne se transfère point sans écrit ; et aussi parce que le testament nuncupatif découle seul de la loi commune d'Angleterre. (§)

Comme ce testament, qui était beaucoup plus en usage avant l'expansion de l'instruction primaire que de nos jours, où il n'est en faveur aux yeux de la loi même, que dans le cas d'une personne surprise par une maladie violente et soudaine, peut occasionner beaucoup de fraudes, il est de loi :

---

(\*) A will and a testament, strictly speaking, are not words of the same meaning, dit Jacob, dans son Dictionnaire des Loix ; a will is properly limited to land, and a testament, only to personal estate : and the latter requires executors.

(†) En Angleterre, aujourd'hui, on se contente de deux témoins.

(§) Wills, by which lands are disposed of, are a conveyance unknown to the old common law, which permitted a man only to dispose of his goods or his personal property. (Jacob.)

10. Qu'un testament écrit ne saurait être révoqué par un testament nuncupatif postérieur, à moins qu'il n'ait été mis par écrit du vivant du testateur, qu'il lui ait été lu, et qu'il l'ait approuvé ; et à moins de preuve par la déposition sous serment de trois témoins qu'on a agi de la sorte.

20. Que dans le cas où la valeur des effets excède trente louis, aucun testament nuncupatif ne vaudra, qui ne sera point prouvé par la déposition sous serment de trois témoins au moins, qui aient été présents à sa confection ; ni à moins qu'il ne soit prouvé que le testateur, quand il a prononcé ses dernières volontés, a pris les personnes présentes ou quelques-unes d'elles, à témoin que son discours était son testament ; ni à moins que tel testament nuncupatif n'ait été fait dans la dernière maladie du testateur, à sa résidence, ou au lieu où il a résidé, au moins dix jours avant de tester, à moins qu'il ne soit tombé malade hors de chez lui et soit mort avant son retour.

30. Que le testament nuncupatif ne peut plus être prouvé *vid testium*, après six mois écoulés de sa vocifération, à moins qu'il n'ait été couché par écrit, au moins en substance, dans les six jours qui ont suivi les paroles.

\* 20. Charles II, ch. 3, § 19.

40. Qu'il ne peut y avoir *probate* d'un testament nuncupatif avant les quatorze jours du décès, ni sans que la veuve et les héritiers les plus proches aient été appelés.

Jacob, Law Dictionary.

Voici comment Jacob résume les conditions du testament nuncupatif.

“ Les mots par lesquels la donation est faite, doivent être prononcés avec l'intention de tester, *bequeath*, et le moribond doit appeler des témoins ; le testament doit être fait au foyer domestique, au milieu de la famille et des amis, si ce n'est en cas fortuit, afin de prévenir les impositions des étrangers ; ce doit être dans la dernière maladie, car si le testateur recouvre, il peut altérer son testament, et il a le temps de faire un testament écrit. Ce testament ne doit pas être prouvé trop longtemps après la mort du testateur, de peur que le discours n'échappe à la mémoire des témoins, qui peuvent obvier à cet inconvénient en le couchant par écrit dans

les six jours. Cela ne doit point se faire cependant trop hâtivement et sans notice, de peur que la famille du testateur ne soit surprise.”

Le testament que les Anglais appellent *Will, Devise*, comprend proprement les immeubles, bien que, par accessoire, il puisse comprendre aussi les effets mobiliers, comme le dit Blackstone : *all personal estate of every description, as goods and chattels, things in action, as debts and other monies. . . . may be disposed of by will*. Ce testament peut même ne comprendre que des effets mobiliers. *The word Devise seems most properly applicable to the disposition of lands by Will ; and Bequest or Legacy to that of personal estate. But in a course of time the words have come to be applied indifferently to a disposition of lands or goods, which are frequently and continually distributed and devised, at the same time, by the same Will*, dit Jacob.

Le même auteur nous dit que si ce genre de testament ne comprend que des effets mobiliers et qu'il soit écrit de la main du testateur, il vaudra, bien qu'il ne l'ait signé ni scellé, et bien qu'il n'y ait pas appelé de témoins, si l'écriture peut être prouvée ; ou même quand il ne l'aurait point écrit de sa main, pourvu qu'on puisse prouver qu'il a été écrit par un autre, suivant ses instructions, et qu'il l'ait approuvé. Seulement, notre auteur ajoute qu'un tel testament est loin d'être dans une forme digne d'approbation, en autant qu'il peut occasionner des erreurs, pour ne pas dire des malheurs.

Le chapitre 3 du statut 29, Charles II porte que tout testament qui comprend des terres, *lands and tenements*, doit, sous peine de nullité et au profit de l'héritier légal, être fait par écrit, et signé par le testateur ou par quelque autre en sa présence, en vertu de ses instructions expresses, à laquelle signature il faut ajouter celle de trois ou quatre témoins croyables, *credible*, en la présence du testateur.

Mais dans la pratique, on s'est départi en plusieurs cas de la sévérité du texte légal.

On veut que les témoins voient le testateur signer ; mais on n'exige point qu'ils connaissent le contenu du testament, pourvu qu'ils puissent ensuite certifier que

le papier qui leur est exhibé est le même qu'ils ont vu signer.

On veut aussi que les témoins signent en présence du testateur, pour empêcher la substitution possible d'un testament à un autre ; mais on n'exige pas qu'ils signent ensemble, et il n'est pas nécessaire que le testateur les voie signer.

Les témoins doivent être des témoins désintéressés. (Jacob.)

On a adjugé que le nom du testateur écrit par lui-même en tête du testament, comme suit : “ *I John Mills do make my last Will and Testament*, est une signature suffisante sans apposer le nom au bas. Cela, à moins que le testament ne soit tout écrit par le testateur, demeure néanmoins douteux aux yeux de Jacob, qui dit, que pour être régulier, le testament doit être signé à la fin, et même au bas de chaque page, s'il y en a plusieurs, au vu des témoins. Quant à eux, il suffit qu'ils signent sous l'attestation, au bas de la dernière page. Le sceau du testateur, qui est aussi d'usage à chaque page et à la fin, n'est pas absolument requis en loi.

Toute personne peut faire un testament anglais, excepté les femmes mariées, à ce non spécialement autorisées, les enfans, les insensés et les idiots, et les personnes qui n'ont point une mémoire saine, *non sane memory*, non plus que celles qui n'ont pas été suffisamment libres, ou dont le testament n'a pas été spontané, c'est-à-dire qu'il faut avoir *liberum animum testandi*. Il faut en dire autant de ceux qui n'ont pas ou qui ont perdu la vie civile.

Un aveugle peut faire un testament nuncupatif ; ou même un testament écrit, pourvu qu'il lui soit lu en présence de témoins et qu'il le reconnaisse pour sa dernière volonté.

Les mêmes précautions peuvent être requises à l'égard de ceux qui ne savent pas lire.

On peut tester de tous ses biens en faveur de qui que ce soit, les corporations exceptées, sans égard aux héritiers naturels, *pourvu qu'on laisse un dwelling à chacun d'eux*, selon une coutume qui n'est qu'un préjugé populaire, si on en croit Blackstone ; mais qui n'en est pas

moins réelle et qui devrait faire toucher du doigt aux Anglais qu'ils ont singulièrement dévié du droit naturel. Il n'en a pas toujours été ainsi, et c'est ce qui fait dire à Jacob : *some have questioned whether this restraint was not founded upon truer principles of policy, than the power of wantonly disinheriting the heir by Will. and transferring the estate, through the dolage or caprice of the ancestor, from those of his blood to utter strangers.*

Et notons bien que, suivant le légiste anglais Blackstone, \* le testament aurait beau être fait *ab irato*, cela n'y ferait rien, et il n'y aurait pas lieu à ce qu'on appelle dans le droit romain *querela inofficiosi testamenti*. La captation seule, peut être plaidée contre l'exécution du testament.

Et pourtant, le mariage et la survenance d'enfans produit une révocation présumée de testament de la part de celui qui n'était pas marié quand il a fait son testament, à moins qu'il n'apparaisse qu'il n'a effectivement pas changé de volonté. \*

Le testament anglais ne fait point preuve par lui-même, et se prouve en Angleterre, en cour ecclésiastique de *Probate*.

Pour le Canada, le statut provincial de la 41e George III, chap. 4, déclare que la preuve faite devant un ou plusieurs juges des cours civiles d'un testament fait selon les formes anglaises aura la même force que si elle avait été faite devant une cour de *Probate*.

Le testament anglais doit être daté, car si le testateur a laissé deux testamens non datés, il meurt ordinairement intestat, parce que le plus souvent, il n'apparaît pas quel est le dernier. (*Jacob.*)

Les Anglais ont encore des donations à cause de mort distinctes des testamens, des codicilles et des legs.

Nous ne parlerons en ce lieu que du legs, qui, chez eux, ne comprend que des meubles. *A legacy is a bequest, or gift, of goods and chattels by testament*, dit Blackstone ; et il n'est point parfait sans l'assentiment de l'exécuteur testamentaire, et le légataire ne peut en prendre possession, parce qu'il faut que celui-là voie si le legs payé, il reste de quoi payer les dettes : *de bonis defuncti primo deducenda sunt quæ sunt necessitatis. et postea quæ sunt utilitatis et ultimo quæ sunt robun-*

† *Commentaires II, chap 32, No. 602.*

† Blackstone, *lococo citato* ; *Jacob, Law Dictionary.*

tatis, dit Bracton. Cela prouve de plus en plus que la Cour du Banc de la Reine a mal jugé dans la cause de Quintal dit Dubois, bien qu'il ne soit pas sûr que le legs selon les formes anglaises, ou ne pouvant contenir que des meubles, soit de loi ici, l'acte de Québec ne le nommant pas. C'est en Angleterre à l'exécuteur testamentaire à faire délivrance des legs, qui ne comprennent que des meubles, parce que l'exécuteur est chargé de rassembler ces objets pour remplir les volontés du testateur. Si les légataires, *legatees*, ont été payés, et qu'il n'y ait pas de quoi couvrir les dettes, il y a lieu à la réduction des legs généraux par concurrence, et on ne réduit un legs particulier que si les legs généraux ne suffisent pas. S'il y a de quoi payer, et que l'exécuteur refuse néanmoins la délivrance d'un legs, il peut être contraint à livrer soit en cour ecclésiastique, soit en cour d'équité ; d'où l'on voit que ceci est toujours propre à l'Angleterre.

Dans le droit français, on ne connaît que le testament écrit, qui se divise en testament olographe et en testament solennel.

Le testament olographe est celui qui est écrit en entier et signé de la main du testateur.

Ces deux conditions sont requises sous peine de nullité.

Il est prudent de dire que c'est son testament que l'on veut faire.

Le testament doit avoir la date des mois, ans et jour où il a été fait ; mais seulement *ad melius esse : cum in testamento dies et consules adjecti non sunt, non nocet quominus valeat testamentum.*

Cependant, si l'on tombe sur deux testaments du même testateur non datés, les mêmes inconvéniens peuvent résulter que dans le testament anglais.

Les ratures faites de la main du testateur sont bonnes, et annulent ce qui est raturé.

Dans le cas où l'on soupçonnerait qu'une rature a été faite par le légataire, parce que le testament serait en sa possession, les tribunaux pourraient conserver les clauses raturées, si elles demeuraient lisibles ; sinon, ils pourraient même annuler le testament.

Les interpositions ou interlignes de la main du tes-

tateur, sont bonnes à plus forte raison que les ratures, parce qu'il y a moins de danger qu'on soit trompé, étant d'ordinaire, facile de voir si l'écriture est la même.

Une interligne d'une main étrangère, mais non approuvée, sera négligée ; mais approuvée par le testateur, elle pourra faire annuler le testament, parce qu'il n'est plus dès lors un testament olographe, c'est-à-dire écrit entièrement de la main du testateur.

Ce que nous venons de dire des ratures et interlignes dans les testaments olographes peut se dire également du testament solennel, c'est-à-dire qu'elles y sont bonnes, mais à condition qu'elles soient approuvées par ceux qui doivent signer le testament.

Soit qu'il s'agisse du testament olographe ou du testament solennel, personne ne peut tester, s'il n'est sain d'esprit : *In eo qui testatur integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.*

Le testament solennel, est celui qui est reçu par devant deux notaires ensemble présents, ou un seul avec deux témoins ; ou encore par le curé et un notaire, ou le curé seul, assisté de trois témoins idoines, selon les articles 289 et 290 de la Coutume, qui entend par témoins idoines, des témoins mâles, âgés de vingt ans accomplis et non légataires. Il faut ajouter qu'ils ne doivent point être trop proches parens, et doivent jouir pleinement de l'état civil.

Quand le curé reçoit un testament accompagné d'un notaire, c'est lui qui doit garder le testament, et l'article 291 l'oblige à en déposer une copie au greffe, s'il n'en a fait qu'un, ou copie de son registre, s'il en a fait plusieurs, et ce dans les trois mois et à peine de dommages.

L'article 290 étant accompagné de conditions qui ne s'observeraient guères, il est douteux qu'un vicaire puisse recevoir un testament en Canada :

*Sont tenus iceux curés de bailler lettres de vicariat général, et icelles faire enrégistrer ès greffes royaux pour le regard des paroisses assises ès villes où il y a juge royal : et ès autres lieux en la justice ordinaire d'iceux, avant que les vicaires puissent recevoir aucun testament.*

Il doit être dit que ce sont ses ordonnances de dernières volontés que le testateur veut faire.

Le testament doit être *dicté et nommé* par le testateur aux notaires et *depuis à lui relu en la présence d'iceux notaires, curé et témoins*, et mention être faite au dit testament qu'il a été ainsi *dicté, nommé et relu*.

L'article XXIII de l'Ordonnance des testamens dispense des mots *dicté, nommé, lu et relu* ; mais cette Ordonnance n'est point observée en Canada.

L'article 289 porte, quant à la signature, que le testament doit être *signé par le dit testateur, et par les témoins, ou mention faite de la cause pour laquelle ils n'ont pu signer*.

Il n'est point parlé des notaires : il ne faut point conclure néanmoins qu'ils ne soient pas tenus de signer leur acte. Eusèbe de Laurière dit qu'il faut qu'ils le datent sous peine de nullité.

† Dictionnaire de Droit et de Pratique.

Et quant aux témoins, M. de Férière dit qu'il faut, sous peine de nullité, qu'il y ait au moins un témoin qui puisse signer ; \* et ce qui prouve que ce n'est point sur l'Ordonnance des testamens, qui n'est pas observée ici, qu'il se fonde pour cette exigence, c'est qu'une ordonnance de l'intendant Begon, du 30 avril 1722, prouve que la juri-prudence était établie sur ce point en France, car ce magistrat adjuge *à cause de l'ignorance des habitans*, que le testament fait par le curé ou vicaire n'était pas moins solennel, quoique les témoins n'eussent pas signé, pourvu qu'il fût mentionné pour quoi. Il faut donc conclure *a contrario sensu* qu'on aurait été plus exigeant si l'éducation primaire eût été dès lors répandue dans la colonie.

Le testament solennel fait preuve par lui-même ; quant au testament olographe, il doit être prouvé en justice par la déposition de deux témoins, ou par comparaison et vérification d'écriture et de signature.

Les mineurs qui n'ont pas encore atteint l'âge de vingt ans accomplis ne peuvent tester même de leurs meubles, à moins qu'ils n'aient été émancipés en justice.

Mais selon l'article 293, après leur vingtième année accomplie, ils peuvent disposer par testament de leurs biens meubles et des immeubles par eux acquis hors mariage, ou des conquets, quoique non pas des propres ou immeubles advenus par succession ou donation en

ligne directe ; à moins, selon l'article 294, qu'ils n'aient ni meubles, ni acquets, ni conquets, auquel cas exceptionnel, ils peuvent tester de leurs propres à vingt ans accomplis.

Le Conseil Privé d'Angleterre a respecté le privilège porté en l'article 293, dans la cause d'Alexandre Du-rocher *et alii* versus Benjamin Beaubien et Louis Guy.

Par ces articles de la Coutume et par le 292<sup>e</sup>, les majeurs ou les mineurs de vingt ans, ne pouvaient tester que du quint des propres, le reste étant affecté à la légitime des enfans. On a déjà dit, que même au cas où l'on teste suivant les formes françaises, on peut tester des propres sans restriction, en vertu de la disposition de la loi anglaise, qui est condamnable. " On peut, dit l'avoyer De Vattel, \* établir des lois particulières sur les testamens et les héritages, en respectant toutefois les droits essentiels de la nature. Tout homme peut naturellement choisir celui à qui il veut laisser ses biens après sa mort, autant que son droit n'est point limité par quelque obligation indispensable, comme par exemple, celle de pourvoir à la subsistance de ses enfans."

† *Droit des Gens, Liv. 1<sup>er</sup>, Chap. XX, § 25.*

Bien qu'en pays de droit écrit, on ne donnât le nom de testamens qu'aux actes dans lesquels il y avait institution d'héritiers, conformément au droit romain, et que ceux qui ne contenaient que des legs ou fidéicommis s'appellassent codicilles, en pays coutumier, on confondait le testament et le codicille, qui demandaient les mêmes formalités ; mais les codicilles, proprement dits, sont des actes postérieurs, complémentaires ou en confirmation du testament.

Etant cependant la suite et l'accessoire du testament le codicille participe de sa nullité, et partant, ne peut confirmer un testament nul. \*

Cela n'est pas une règle absolue pour le codicille anglais, qui requiert aussi les mêmes formalités que les testamens, bien qu'on n'y nomme point d'exécuteurs, et qu'on puisse seulement y substituer aux exécuteurs nommés par testament.

† Henrys : Tome III, Liv. 5, ch. 1, Quest.

*Whenever a codicil is added to a Will or Testament, and the testator declares that the will shall be in force, in such case, if the will happens to be void, for want of the*

*forms required by law in the execution, or otherwise, yet it shall be good as a codicil*, dit Jacob.

Parlons du testament révoqué et du testament non venu.

On lit dans les Règles d'Ulpien : *testamentum jure factum infirmatur duobus modis : si ruptum aut irritum factum sit. Rumpitur testamentum mutatione, id est, si postea aliud testamentum jure factum sit. Irritum fit testamentum si testator capite diminutus fuerit, aut si, jure facto testamento, nemo extiterit heres.*

Un testament peut être révoqué jusque à la mort du testateur explicitement et implicitement ou tacitement. Explicitement, par un testament postérieur, même invalide, parce qu'il suffit que le changement de volonté soit constaté. Ainsi décident les jurisconsultes Ulpien et Pomponius, et le code Théodosien. (\*) *Voluntas qualis sit declaratur etiam ex actu nullo*, dit Peregrinus.

Tract. de  
relecom-  
nibus.

Le testament est révoqué tacitement, si le testateur a montré clairement par sa conduite qu'il avait changé de volonté. Ainsi, si Jacques lègue à Jean, une maison qu'il avait d'abord léguée à Paul, ce nouveau legs implique révocation du premier, et le révoque quand même il serait nul lui-même *ex defectu formalitatum*, parce qu'il suffit d'un acte de volonté, sinon pour faire un testament valide, du moins pour révoquer, et qu'on a surtout égard à la volonté du testateur, comme dit Paulus à Sabinus.

---

[\*] On lit cependant chez Pithou, [*Juris Civilis Ecloga*] : *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere : usque adeo ut, si quis, post factum prius testamentum, posterius facere cœperit ; et aut mortalitate fuerit præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, non perfecerit, Divi Pertinacis oratione cautum sit ne tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint ; nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

Mais jugé dans la Cour Supérieure dans la cause de Fisher versus Fisher, qu'un testament fait devant un notaire et deux témoins, peut être révoqué par un testament où il n'y avait qu'un témoin seulement, et jugé également dans la cause de Lambert, appelant et Gauvreau, répondant, qu'un testament nul, comme testament solennel, peut valoir et être prouvé comme testament selon les formes anglaises.

Il faut observer toutefois que si le premier testament n'est pas révoqué explicitement, il n'y a de réputées nulles que les dispositions du premier testament qui ne peuvent subsister avec le second.

Ainsi, Pierre a donné sa maison à Paul, par un premier testament. Par un second, il institue François, son légataire universel, ne disant rien de la maison : le legs fait à Paul pourrait subsister, parce que rien n'empêche qu'il ait la maison, et que François soit cependant légataire universel ; car on appelle légataire particulier, celui d'un objet particulier, et légataire universel, non seulement celui de tous les biens, mais celui de tout un genre de biens, ou même d'une part quelconque, ne consistant pas dans un objet particulier.

On ne peut faire un testament irrévocable, parce que le droit suprême de tester est un bénéfice de la loi auquel on ne renonce pas : *For this*, disait le chancelier Bacon, *would be for a man to deprive himself of that, which of all other things is most incident to human condition, that is, alteration or repentance.*

Quant à l'interprétation des testaments, les paroles doivent s'entendre *in sensu lato*, à moins qu'il ne paraisse que le testateur veut qu'on les interprète strictement.

2o. Lorsque les testaments sont ambigus, on les interprète selon la volonté apparente ou raisonnablement présumée du testateur, parce que la loi veut, en ce cas, s'attacher à la volonté plutôt qu'à l'expression, comme dit Ulpion à Sabinus.

C'est pourquoi, quand même le sens naturel signifierait quelque chose de contraire, les mots doivent être entendus selon la volonté connue du testateur.

Quand le testament comprend et mentionne les meubles, cela veut dire tous les biens meubles corporels ou incorporels, à moins qu'il ne paraisse que le testateur n'a pas voulu donner tous ses biens meubles.

Quand le testament dit simplement les meubles, l'argent, les marchandises, ne sont pas compris.

Les règles d'interprétation du testament anglais ne diffèrent guères de celles des Romains. On prête aussi une attention religieuse à la volonté du testateur.

Lorsque l'intention est claire, il ne faut pas s'atta-

cher trop strictement à la signification précise des mots, *nam qui hæret in litera, hæret in cortice.*— *Mala grammatica non vitiat chartam.*

Le testament ne serait pas nul parce que le testateur ne se serait servi que du mot "property." *That "property" is a term sufficient to pass real estate when used in a last will, cannot now be disputed,* dit lord Ellenborough.

L'interprétation doit découler du testament entier et non de ses parties disjointes, *nam ex antecedentibus et consequentibus fit optima interpretatio.*

Il faut néanmoins, s'il est possible, que chaque partie ait son effet : *nam verba de'ient intelligi cum effectu, ut res magis valeat quam pereat.* \*

Black-  
one, loco  
tato, No.  
10.

L'acte provincial de la 41e Geo. III défend de tester en faveur des corporations et gens de main-morte, à moins qu'ils n'aient pouvoir par la loi le recevoir.

L'Ordonnance des bureaux d'hypothèques pourvoit à ce que les testamens soient enrégistrés par sommaire ou en bordereau, pour qu'ils demeurent valides à l'encontre des tiers acquéreurs, donataires et créanciers privilégiés ou hypothécaires subséquens et de bonne foi.

Mais le statut 12 Vict., chap 48, établit un autre mode d'enrégistrement, l'enrégistrement au long, et selon les statuts refondus, on peut enrégistrer aujourd'hui, soit par sommaire, soit au long.

L'inscription doit être faite dans les six mois du décès, si le testateur est mort en Canada. S'il y a des obstacles, on peut en enrégistrer déclaration, ce qui prolonge le délai de six mois encore.

Le délai est de trois ans, si le testateur n'est pas mort dans la Province, et de cinq ans, en cas de recélé ; mais après les cinq ans écoulés, aucun acquéreur de bonne foi ne pourra être troublé, ni un demandeur en justice débouté, ni un créancier privilégié ou hypothécaire perdre sa créance par suite d'aucune disposition contenue dans le testament non enrégistré dans ce dernier délai.

L'Ordonnance des bureaux d'hypothèque ne mentionne l'enrégistrement que des testamens et legs translatifs de propriété immobilière ; mais le chapitre

XXXVII des Statuts Refondus ne fait aucune distinction.

En vertu du chapitre 90 des Statuts Refondus ; une expédition de tout testament, exécutée dans les possessions de Sa Majesté ou dans un pays étranger, sous le sceau de la Cour où est déposé le testament original, ou sous la signature du juge, *surrogate* ou greffier de telle cour, ou du gardien de tel testament, sera reçue dans les cours du Bas-Canada, comme preuve *prima facie* de l'exécution de tel testament ; - et la vérification de tel testament, sous le sceau d'une cour quelconque de juridiction compétente, sera reçue comme preuve *prima facie* du contenu d'icelui, et aussi de la mort du testateur, à moins qu'il ne soit fait preuve au contraire.

Parlons finalement des exécuteurs testamentaires.

Le soin d'accomplir les dernières volontés du défunt, dit M. de Férière, regarde véritablement l'héritier, qui est saisi de plein droit de tous les effets de la succession.

Mais en pays contumier, où les héritiers regardent avec chagrin les testaments dont les dispositions ne leur sont pas favorables, il arrive souvent qu'ils font tout ce qu'ils peuvent pour en éluder l'exécution ; c'est ce qui donne lieu aux testateurs de nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires.

Mais, si l'exécuteur est requis dans le testament anglais, à l'exception du *divorcé*, (\*) qui n'est pas, à proprement parler, un testament ; pour ce qui est du testament français, lorsque un testateur n'a point nommé d'exécuteur, on présume qu'il s'est confié aux héritiers du sang.

Dans ce droit, la qualité d'exécuteur n'est point incompatible avec celle de légataire.

Comme l'exécution des testaments n'est pas une charge publique, mais un office d'ami, n'accepte cette charge qui ne veut. Il a été jugé en Cour Supérieure, le 29 mai 1858, que l'hypothèque sur les biens d'un exécuteur ne remonte point à l'enregistrement du testa-

---

(\*) Il ne faut pas confondre tout-à-fait *ex dictis*, *divorcé* avec *Wid.*

ment, mais seulement à l'enregistrement d'un acte authentique constatant que l'exécuteur nommé a accepté la charge.

Toute personne jouissant des droits civils, homme ou femme, peut être exécuteur testamentaire ; mais si le testateur, autre que l'époux, nomme une femme mariée ou non usante de ses droits, il ne peut y avoir de la part de cette femme aucune ingérence dans l'exécution avant qu'elle ait été autorisée par son mari.

Par l'article 297 de la Coutume, *les exécuteurs testamentaires sont saisis durant l'an et jour du trépas du défunt des biens meubles demeurez de son décès pour l'accomplissement de son testament, si le testateur n'avait ordonné que ses exécuteurs fussent saisis de sommes certaines seulement. Et est tenu le dit exécuteur de faire inventaire en diligence, sitôt que le testament est venu à sa connaissance, l'héritier présomptif présent ou dûment appelé.*

La charge de l'exécuteur est donc limitée à l'an et jour à compter du décès, bien que ce délai puisse être prolongé pour de justes causes, par exemple, si les contestations que les héritiers auraient faites à l'occasion de la délivrance des legs ou de la vente des meubles, avaient empêché l'exécuteur d'accomplir les volontés du défunt dans cet espace de temps.

Sa charge expirée, comme susdit, il doit rendre compte de son exécution et payer le reliquat aux intéressés.

Le compte de l'exécuteur, comme celui du tuteur, consiste en recette, dépense et reprise.

La recette est composée du contenu en l'inventaire et dans le procès-verbal de vente ; en un mot, dans tout ce qui a été reçu en argent ou autres effets par l'exécuteur.

La dépense comprend tout ce qu'il a été obligé de payer pour les frais funéraires, ceux d'inventaire et vente des meubles, pour les frais des procès qu'il a dû essayer, pour le paiement des legs et pour les dettes qu'il a été contraint d'acquitter.

La reprise est composée de tout ce que l'exécuteur était chargé de recevoir, et qu'il n'a pas reçu, à cause

de l'insolvabilité des débiteurs et sans qu'il y ait de sa faute.

Comme il a couché ces sommes en recette, on les lui déduit.

Enfin, déduction faite de tout ce qui se trouve dans le chapitre de dépense et dans celui de reprise, ce qui reste du chapitre de recette non déduit, fait ce qu'on appelle reliquat de compte, dont le comptable se trouve redevable et reliquataire.

Il doit payer le reliquat à l'héritier et remettre entre ses mains tous les effets qui lui resteraient de la succession, sans retenir le fonds des legs qui ne sont pas échus.

C'est donc à l'exécuteur de payer les legs, et c'est en cela proprement que consiste sa charge ; mais comme l'héritier peut avoir de justes causes de contester ces legs, il ne doit point les payer sans l'avertir, à peine d'être dans le cas de l'exécuteur que les Anglais appellent *exécuteur de son tort*, comme celui qui ferait au défunt des funérailles extravagantes, ou qui, en payant les dettes, ne ferait pas attention à la priorité des créanciers suivant la loi.

Quant à l'exécuteur du droit français, il n'est tenu de payer les dettes passives de la succession qu'autant qu'il en est chargé expressément par le testament ; et il ne doit, en tout cas, en payer que du consentement de l'héritier, pour ne pas courir le risque de payer de fausses dettes.

Il se trouve, au reste, souvent dans la nécessité de payer par suite des saisies que les créanciers font entre ses mains.

Il doit agir pour percevoir les créances mobilières de la succession.

### § 3.--*Des Substitutions.*

---

*Heredes aut instituti aut substituti dicuntur. Instituuntur primo gradu ; substituuntur secundo vel tertio scripti*, dit un fragment édité par les Pithou.

La Coutume ne dit mot des substitutions, et il ne faut point s'en étonner, puisqu'elle fait si peu de cas de l'institution d'héritier, et que, comme dit Heinecius, \* La substitution est l'institution d'un deuxième, troisième, quatrième ou autre héritier à défaut du premier.

† *Recueil  
des  
Hé-  
ritiers.*

Les substitutions sont donc proprement d'usage, en Canada, tandis que la Coutume de Paris y est un statut écrit.

Il s'agit, dans nos définitions, de la substitution proprement dite, et non du fidéicommiss.

La substitution se divise en effet principalement, en substitution vulgaire et en substitution fidéicommissaire.

La substitution vulgaire ou directe des Romains est celle qui est faite à un héritier institué, en cas qu'il ne soit point héritier ; en sorte que, dans cette substitution, le substitué prend directement les biens de la main du testateur, comme se trouvant subrogé au premier héritier, qui n'a pas voulu ou qui n'a pu hériter, et que cette substitution devient caduque et s'évanouit dès que l'institué a recueilli la succession.

Le fidéicommiss ou substitution oblique, est au contraire une substitution dans laquelle le substitué ne prend pas directement les biens de la main du testateur, mais d'un précédent individu nommé avant lui et qui recueille les biens pour les remettre au substitué ; en un mot, c'est une substitution dans laquelle le testateur ne cherche pas simplement à se donner un autre héritier à défaut d'un premier, mais à conserver ses biens, et à les faire passer successivement sur la tête de plusieurs personnes, appelées les unes après les autres, comme dit Claude Serres. \*

† *Institu-  
tions du  
Droit  
Français.*

L'empereur Justinien donne une autre différence, et dit qu'on ne substitue qu'aux impubères et non aux pubères, qu'on peut seulement charger par fidéicommiss de remettre la succession à un autre en tout ou en partie.

Dans cette substitution, le premier effet est donc que le substitué succède quand le grévé doit lui remettre le fidéicommiss, soit à l'époque fixée par le testateur, soit après sa jouissance viagère, comme c'est plus dans l'u-

âge aujourd'hui ; et le second est d'empêcher que le grévé, qui serait héritier du sang, dissipe les biens au préjudice de celui au profit de qui la substitution est faite, la volonté du testateur étant que le substitué en jouisse au moins à son tour.

Ainsi une telle substitution comporte une prohibition absolue d'aliéner ni engager, tant qu'il y a des degrés suivans de personnes substituées qui ont espérance d'être un jour appelées à cette substitution ; car quand l'ouverture s'en fait, les substitués, dit Férière, prennent les biens sans aucune charge des dettes des précédens institués ou substitués, comme s'ils les prenaient de la main du défunt ; et ils sont en droit de revendiquer les biens substitués qui auraient été aliénés au préjudice de la substitution.

Quelle est donc la nature du domaine du grévé de substitution ?

† *Dictionnaire de Droit et de Pratique.*

“ Celui qui est chargé d'une telle substitution, continue M. de Férière, doit donc être considéré comme un simple usufruitier, quoique néanmoins son droit soit plus grand au cas que les personnes appelées après lui à la substitution viennent à décéder avant lui ou ne naissent point ; car pour lors le possesseur qui est chargé de la substitution dont l'ouverture ne peut plus arriver, devient propriétaire incommutable des biens substitués, et il en peut librement disposer, tant *entre vifs* que par dernière volonté, et ne l'ayant pas fait, il les transmet à ses héritiers suivant l'ordre légitime des successions.”

Il ajoute qu'il en est ainsi quand même le substitué, mourant, laisserait des enfans.

Ici, il est bon de noter que M. de Férière et les auteurs français qui s'expriment comme lui, parlent d'après l'Ordonnance des substitutions, de 1747, qui n'a pas été enrégistrée en Canada, et non d'après le droit Romain, duquel nous tenons les substitutions.

Selon le droit, il faut distinguer entre le fidéi-commis pur et simple, et le fidéi-commis conditionnel, auquel seul s'applique ce que disent les auteurs français, parce que le fidéi-commis pur et simple est acquis au fidéi-commissaire dès le décès du testateur.

† *Institu-  
tions du  
Droit  
Français  
suivant  
l'ordre des  
Institutes  
le Justi-  
rien, Liv.  
II, Tit.  
XXIII.* “ Les fidéi-commis, dit Claude Serres, \* qui sont  
laissés purement, sans terme ni condition, étant acquis  
au fidéi-commissaire dès le moment de la mort du tes-  
tateur, il s'ensuit que quoique le substitué vienne à  
décéder peu après le testateur, avant de l'avoir reçu ou  
même demandé, il en transmet néanmoins le droit et  
l'utilité à ses héritiers ou successeurs, qui sont fondés  
à en demander la délivrance.”

“ Lorsque le fidéi-commis est fait au contraire sous  
quelque condition il n'est dû, et le droit n'en est ac-  
quis au substitué que lorsque la condition arrive, de  
sorte que, si le substitué meurt avant l'événement de  
la condition, il ne transmet aucun droit à ses héritiers.  
le fidéi-commis devient caduc et de nul effet par son  
prédéces, et il demeure acquis à l'héritier institué. (\*)  
Il en est de même lorsque le fidéi-commis est fait ou  
laissé à jour ou terme incertain.”

“ Mais si le fidéi-commis est laissé à un jour ou ter-  
me fixe et déterminé, comme par exemple, pour être  
payé ou rendu lorsque le substitué aura atteint vingt-  
cinq ans ; en ce cas le fidéi-commis est ouvert, d'abord  
après le décès du testateur, étant regardé comme pur  
et simple, parce qu'il l'est en effet, et il suffit que le  
substitué survive au testateur ; car quoiqu'il meure  
avant l'héritier et avant le terme auquel le fidéi-com-  
mis devait lui être restitué, il est clair que le droit lui  
en était déjà acquis, et était ouvert avant son décès,  
n'y ayant que le temps de la restitution qui fût différé ;  
en sorte que ce substitué prédeceant, transmet néan-  
moins son droit à ses successeurs ou héritiers, qui pour-  
ront le demander à échéance.”

On jugeait en pays de droit écrit, que la transmis-  
sion aux héritiers du fidéi-commissaire avait lieu, en  
ligne directe, même pour le fidéi-commis conditionnel ;  
mais ajoute Claude Serres, cela est changé par l'Or-  
donnance des Substitutions, titre I, A 20, qui, en se  
conformant à la pureté du droit, veut que la transmis-  
sion du fidéi-commis conditionnel n'ait plus lieu même  
en ligne directe ; ce qui ne saurait s'appliquer, ni aux

---

(\*) Grévé de substitution.

fidéi-commis purs et simples ou laissés pour être rendus à un jour, terme ou âge fixe et certain, ni aux substitutions fiduciaires, parce que le substitué fiduciaire est héritier pur et simple et que son droit est ouvert dès la mort du testateur.”

“ On reconnaît l'héritier fiduciaire, qui n'est proprement qu'un simple dépositaire des biens, à ces deux circonstances, savoir : s'il est étranger ou collatéral, et le substitué descendant du testateur ; s'il est chargé de rendre à un temps ou âge fixe et certain pendant lequel il y aurait à craindre que le substitué dissipât les biens. Mais qu'est-ce qui suffit pour que le fidéi-commis soit réputé conditionnel ? Il suffit, selon le même Claude Serres, que le testateur ne charge le grévé de remettre qu'à sa mort, et comme M. de Férière constate qu'en pays coutumier, on ne voyait plus guères que de ces fidéi-commis, la doctrine des légistes français qui ont dit que le fidéi-commis est caduc par le prédécès du substitué, mène à moins d'inconvéniens que si les fidéi-commis à terme fixe étaient aussi usités que chez les Romains.

Le fidéi-commis, même conditionnel, laissé par donation, ne devient pas caduc par le prédécès, et passe aux héritiers du prédécédé, parce que, comme dit Claude Serres, “ quand le fidéi-commis est dû en vertu d'un contrat, quoique le substitué meure avant le terme ou la condition, il ne laisse pas que de transmettre son droit à ses successeurs.”

Ainsi, quoique le grévé de substitution soit le plus souvent situé plus favorablement que l'usufruitier ordinaire, il n'a toujours qu'une espérance vague d'une propriété contingente et qui arrive rarement. Il n'est pas propriétaire, parce que pour l'être, il faut d'abord posséder *animo domini*, et que le grévé ne possède au contraire qu'à titre précaire. “ Fidéi-commis, dit encore M. de Férière, est une libéralité que nous exerçons envers quelqu'un, *verbis indirectis et precariis*, par le ministère de notre héritier ou d'un autre qui reçoit quelque avantage de notre dernière volonté, pour en faire la restitution au total ou en partie.” Le terme *fidéi-commis*, indique aussi un mandataire : il transmet les biens, mais il n'en fait pas cession et transfert : *D'institue Titius, et le prie de restituer ma succession à*

*Sempronius* ; le grévé succède en usufruit, si tant est qu'il n'ait pas été chargé de remettre à une époque déterminée, comme il était plus ordinaire chez les Romains, dont nous tenons les substitutions.

Enfin, la propriété n'existe que quand il y a domaine direct et plein, *jus uti et abuti*. Quand même l'on concéderait que le fidéi-commissaire participe en quelque chose des droits du propriétaire, cela ne suffirait point pour en faire un propriétaire, s'il ne réunit pas les plus essentiels, et même s'il ne les réunit pas tous, parce que le tout n'est point compris dans la partie ou le général dans le particulier, — argumentation dont nous nous serions exempté si nous n'avions vu cette question, si c'en était une, présentée sous un faux jour au sein du comité des examinateurs.

M. de Férière dit que la substitution précaire ne saisit point et que c'est au substitué à se pourvoir au besoin contre le grévé ou ses héritiers par action en ouverture de substitution.

C'est une question de savoir si la substitution vulgaire saisit : elle saisissait bien dans les provinces de droit écrit ; mais M. de Férière hésite à dire qu'il en fût ainsi dans les provinces régies par des coutumes : « la substitution directe saisit de plein droit, *du moins en pays de droit écrit*.

On pouvait chez les Romains, substituer à l'infini, ainsi qu'en France, avant l'Ordonnance de 1560 : *jus ita est ut liceat in infinitum substituere*, disait Cujas sur la Nouvelle 159. Mais la dite Ordonnance d'Orléans, article 59 réduit les substitutions fidéi-commissaires, soit contractuelles, soit testamentaires à deux degrés, l'institution non comprise, ce qui comporte prohibition de faire davantage des fidéi-commis perpétuels, ou à l'infini, ou même au delà du second degré.

Il n'en est pas ainsi de la substitution vulgaire, si toutefois elle existait en Canada, car après avoir cité les Institutes, qui portent qu'on peut substituer directement autant de personnes que l'on veut, M. de Férière ajoute : cela est observé en France dans les pays de

droit écrit, où la substitution vulgaire a lieu ; (\*) car ni l'Ordonnance d'Orléans, ni celle de Moulins, qui règlent les degrés de substitution, n'ont lieu que pour les substitutions fidéi-commissaires, et non pas pour les directes, qu'on peut faire jusqu'à l'infini. La raison est que, comme la substitution directe s'éteint par l'adition d'hérité, il n'y a jamais qu'un degré de substitution qui puisse réussir ; les autres qui suivent sont éteints de plein droit à l'instant que la succession est appréhendée par celui qui était avant."

Les Romains avaient, outre la substitution vulgaire et le fidéi-commiss, la substitution pupillaire, qui était fondée sur la *patna potestas*, qui n'a jamais existé dans les coutumes.

Et cependant, on ne rejetait pas, selon Férière et autres, la substitution exemplaire, quoiqu'elle dérivât de cette puissance paternelle.

La substitution exemplaire, est celle par laquelle on substitue à son enfant privé de sens, imbécile, furieux ou sourd et muet de naissance.

Il est vrai qu'Heineceus juge que cette substitution se base encore plus sur la sagesse des parents que sur la puissance paternelle. Cela est si vrai, qu'à Rome, la mère pouvait substituer exemplairement, quoiqu'elle ne pût le faire pupillairement, n'ayant point ses enfans en sa puissance.

Cette substitution se distingue en ce qu'elle ne pouvait être faite en faveur d'un étranger, et qu'elle s'évanouissait quand celui auquel on substituait recouvrait ses facultés.

M. de Férière applique la substitution exemplaire au prodigue, parce qu'aux Pandectes romaines, il est assimilé au furieux : *prodigus furiosum rerum suarum facit exitum*. Ceci est si vrai, ajoute-t-il, que même en pays coutumier, on a tiré de la loi si *furioso* la substitution accordée aux parens contre la dissipation de

---

(\*) Ne peut-on pas conclure que M. de Férière est d'opinion à contrario sensu que la substitution vulgaire n'avait point lieu dans les pays coutumiers ? — Il le dit au reste oralement dans le *Parfait Notaire*.

leurs enfans. Ils ont en Canada plus que cela, c'est-à-dire l'exhérédation complète en vertu de l'acte de Québec, ce qui peut rendre la substitution moins pratique, sans compter que Claude Serres est d'opinion que la substitution exemplaire n'était pas reçue en pays coutumiers.

L'Ordonnance de 1735, soumet la substitution aux mêmes formalités que les testamens ; mais elle n'est pas en force en Canada. Claude Serres nous dit dans ses Institutions, qu'avant on en admettait la preuve testimoniale. L'usage est assez conforme aux exigences de l'Ordonnance.

#### § 4.—*Des Donations à cause de mort.*

Peut-il y avoir en Canada des donations à cause de mort, distinctes des testamens ?

Les légistes ont été partagés d'opinion ; mais d'abord, ils ne se sont pas entendus sur la définition, qui doit être prise du droit romain, puisque la donation à cause de mort, nous vient de lui ; c'est que quelqu'un transfère actuellement en vue de la mort, le domaine à un autre qui l'accepte, sous la condition qu'il lui soit restitué, s'il vit et qu'il le redemande : *ut si quid humanitas ei contigisset, haberet is qui accepit ; sin autem supervenisset, is qui donavit recipret.*

Domizart a donné une fausse définition, et Merlin, tout en donnant l'idée romaine, s'en éloigne ensuite pour donner une définition de sa façon : *et pour n'avoir lieu qu'après le décès du donateur*, ce qui implique qu'il n'y a point tradition. Celui qui donne à cause de mort ne veut point se déposséder, dit Férière ; le donateur n'y peut jamais être contraint de son vivant.

Nous venons de voir au contraire, dans les Institutions, qu'il y a tradition actuelle. Le droit anglais admet la donation à cause de mort. *This method of donation*, dit Blackstone, *might have subsisted in a state*

*of nature, being always accompanied with delivery of actual possession.*

M. de Férière retrouve, au reste, la vraie nature de la donation à cause de mort, dans sa grande Coutume, où il en distingue trois espèces : *la troisième, lorsque celui qui se trouve dans une juste crainte d'une mort prochaine, donne et fait en même temps au donataire, la délivrance de la chose donnée. En ce cas, la donation est parfaite, quoiqu'elle soit conçue à cause de mort ; mais elle se résout sous cette condition : si le donateur évite le danger de la mort.*

Maintenant, la Coutume de Paris admet-elle les donations à cause de mort distinctes des testamens. . . . le droit français les admet-il ?

Nous avons cité déjà l'article 277, ainsi conçu : *toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre vifs, faites par personnes gisant au lit malades de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et non entre vifs.*

M. de Férière, dans son Commentaire, fait la remarque que ce texte a donné lieu à deux opinions parmi les légistes, et il penche vers ceux qui disent qu'il y a des donations à cause de mort, distinctes des testamens.

Comment se fait-il donc qu'on lit dans son Dictionnaire : *dans la Coutume de Paris, les donations à cause de mort ne sont pas distinctes des donations testamentaires, et requièrent les mêmes formalités que les testamens ?*

Pour sûr, les donations dont parle l'article 277, comme réputées à cause de mort, ne sont point revêtues des mêmes formalités que les testamens, puisque le texte porte les mots, *quoique conçues entre vifs.*

Il faut croire que c'est M. de Férière, fils, éditeur du Dictionnaire qui a parlé, car voici ce que dit Férière, commentateur :

“ Cet article semble s'expliquer clairement en faveur de la donation à cause de mort distincte des testamens car il serait absurde qu'une telle donation fût réputée à cause de mort et testamentaire, si notre coutume n'admettait point les donations à cause de mort.”

Cet article nous fait voir qu'il y a trois espèces de donations, dit notre compatriote Cugnet, savoir, entre vifs, à cause de mort et testamentaires.

*Consuetudo Parisiensis eas reipsa admittit*, disent les Conférences de Montréal.

Eusèbe de Laurière dit bien :

“ Les mots *sont réputés* font voir que ce n'est que par fiction que l'on regarde ces donations comme testamentaires et à cause de mort. Elles demeurent des donations entre vifs. Donc la coutume de Paris n'admet pas les donations à cause de mort.”

Mais ce raisonnement est vraiment par trop absurde ! comment, en effet, oser venir dire que quand la coutume dit que les donations entre vifs faites par un moribond seront réputées à cause de mort, cela signifie qu'elle n'admet point ces mêmes donations à cause de mort ! !

Mais les termes *et testamentaires* sont ce qui a donné lieu de douter. A cela nous dirons que, si la coutume n'est pas tout-à-fait claire, le droit français en général prouve jusque à l'évidence l'existence de la donation à cause de mort, distincte des testamens.

Avant l'Ordonnance de 1731, dit Merlin, toutes les provinces qui suivaient le droit écrit, et même quelques coutumes voisines, telle que celle d'Auvergne, admettaient expressément les donations à cause de mort, distinctes des testamens et codicilles.

‡ *Donations*, A. 29.

Il est porté aux Arrêts de Lamoignon, \* qu'il ne serait fait à l'avenir aucunes donations à cause de mort, et qu'elles ne vaudraient ni comme donations entre vifs, ni comme donations à cause de mort. Mais remarquons bien les mots à l'avenir.

Maintenant, l'Ordonnance de 1731, abolit ou n'abolit pas les donations à cause de mort. Quand même elle le ferait, cette ordonnance n'est point observée en Canada.

Mais cela n'est pas, comme le disent fort bien Furgole, Merlin et les Conférences de Montréal. *Quantvis edictum aliquis fecerit mutationes circa formas, illas donationes reipsa admittit*, dit l'abbé Villeneuve. Il ne faut pas se figurer, dit Furgole, que notre ordonnance retranche les donations à cause de mort ; elle en fixe seulement les formalités extérieures, qu'elle veut être les mêmes que celles des testamens et des codicilles.

Mais s'il est bien décidé qu'il peut y avoir en Cana-

da des donations à cause de mort, distinctes des testaments, est-il aussi sûr que l'on peut s'y dispenser des formes testamentaires ?

Non, et il serait plus prudent de les observer, parce que le droit romain est notre raison écrite, et que l'empereur Justinien dit que ces donations sont rédigées en tout comme les legs, parce que les jurisconsultes ne sachant trop où les ranger, leur trouvant de l'analogie et avec les donations et avec les legs, et les rapportant, les uns à la donation, les autres aux legs, il aurait été bll qu'elles seraient plutôt assimilées aux legs : *ut per omnia fere legatis connumerentur*.

Ce n'est pas que nous croyions qu'on pourrait à bon droit annuler une donation à cause de mort non revêtue de ces formes ; car, premièrement, l'Ordonnance de 1731, en ordonnant que ces donations soient revêtues des formes testamentaires, suppose qu'on n'y était pas astreint avant cette législation.

Et en second lieu, M. de Férière convient qu'il y a des légistes qui soutiennent que les donations à cause de mort sont reçues, et qu'elles se font selon les formes des contrats, c'est-à-dire devant notaires. L'article 277 semble, dit-il, s'expliquer clairement en faveur de cette dernière opinion, (\*) et cette interprétation est autorisée par plusieurs arrêts dont le principal est l'arrêt de 1568, en robes rouges, vulgairement appelé l'Arrêt de Thiouast.

Nous répéterons donc que la conséquence de ces autorités et de la non observance de l'ordonnance en ce pays, est qu'on ne devrait pas, le cas se présentant, infirmer les donations à cause de mort, parce qu'elles ne seraient point revêtues des formes testamentaires.

Mais ces donations, si on en faisait, ne seraient-elles pas réductibles au quint des propres ?

On doit décider que oui, et parce que l'acte de Québec ne les dénomme pas : *qui dicit de singulis donationibus, non dicit de omnibus* ; et parce que nous voyons qu'en Canada, les donations à cause de mort ne s'assimilent pas nécessairement aux testaments.

---

(\*) Quoique corcues entre vifs.

## CHAPITRE VIII.

---

### DES SUCCESSIONS, *ab intestato*.

---

Nous avons déjà remarqué, en analysant les Institutes de Justinien, que les successions des Romains n'étaient point les mêmes que les nôtres, particulièrement à cause de la différence de l'état des personnes.

D'abord, *nemo potest mori partim testatus et partim intestatus*, dit Pomponius.

C'est pourquoi s'il y avait deux héritiers institués et que l'un précédât ou refusât, l'autre ne pouvait accepter sa portion propre et refuser l'autre qui était vacante ; il fallait qu'il prît tout ou refusât tout, et c'est de là que le droit d'accroissement a tiré son origine, dit Dantoine.

La loi des XII Tables déférait la succession, en premier lieu, aux enfans constitués en puissance paternelle, appelés en droit *sui hæredes*, et à leur défaut, aux plus proches parents paternels appelés *agnati*, sans avoir aucune considération pour les cognats, qui ne pouvaient point prétendre aux successions *ab intestato* : *Cognati erant pen tus ignoti ab intestato, quia non habent gentem neque familiam. — Intestatorum hæreditas primo suorum hæredum, velint nolintve, sunt, suis deficientibus, primus agnatus familiam habeto*, disent les XII Tables.

L'empereur Justinien abrogea cet ancien usage dans sa Nouvelle 118, pour en établir un plus naturel, partageant les successions *ab intestato* en trois ordres, savoir, des ascendans, des descendans et des collatéraux, et c'est ce que nous observons, en préférant qui doit être préféré, non-seulement par rapport aux susdits trois ordres, mais encore par rapport au degré de parenté dans chacun d'eux.

La loi des XII Tables était injurieuse envers les parens naturels. On violait les droits du sang et de la nature par une fausse politique, car nos parens du côté de la mère ne sont pas moins nos parens que le sont ceux du côté du père. Cette réflexion pleine d'équité porta les préteurs à établir la succession prétorienne appelée *bonorum possessio*, en faveur des parens maternels, et à leur adjuger la succession à défaut des parens paternels, ce qui fut confirmé par les proconsuls, comme le remarque le jurisconsulte Gaius sur l'Edit Provincial : *Proconsul, aequitate naturali motus, cognatus omnibus promittit bonorum possessionem, quia eos sanguinis ratio ad hereditatem vocat, licet jure civili deficiat.*

Mais ce n'était pas assez et le dernier coup était réservé à Justinien qui, pour lever les embarras de cette jurisprudence, abrogea par les Novelles toutes les différences que l'on faisait entre les agnats et les cognats.

Depuis lors, les parens maternels concourent avec les parens paternels, et même si le parent maternel est plus proche, il exclut le parent paternel : *sola gradus prerogativa inter eos inspectur.*

Si, dans le droit romain, on ne pouvait décéder partie testat et partie intestat, c'est que le testament comprenait nécessairement toute l'hérédité.

¶ Chez nous, le testateur a disposé de tous ses biens par testament, ou d'une partie seulement ; où il n'a point fait de testament.

Si le testateur a disposé de tous ses biens en faveur de personnes capables, on observe l'ordre prescrit dans le testament.

Quand il y a plusieurs donataires, on les appelle légataires soit particuliers, soit universels.

Les légataires à titre particulier, c'est-à-dire ceux qui reçoivent un objet particulier *absque ulla universa-*

*Actis nota*, comme une maison, une bibliothèque, doivent recevoir leurs legs intègres de la main des héritiers ; aussi bien les légataires universels, quoique l'on puisse citer quelques sentences des tribunaux canadiens au contraire, car les principes sur ce point sont constans. “ Suivant notre droit, dit Eusèbe de Laurière, ce n'est pas le légataire qui est saisi ; c'est l'héritier.”

“ Le legs universel, dit Férière, est sujet à délivrance même au pays coutumier, où l'institution d'héritier n'a point lieu.”

“ Il n'y a point de confusion des biens du testateur et du légataire universel, celui-ci étant obligé de demander la délivrance de son legs à l'héritier.”

“ Quoiqu'ils (les légataires universels) soient en quelque sorte *heredes loco* ils ne sont point saisis ; ils doivent demander à l'héritier la délivrance de leur legs,” dit Pothier. • Nos jugemens ne sauraient donc  
† *Supplément*, p. 25.  
prévaloir contre la règle coutumière constante et absolue *le mort saisit le vif* ; aussi, dans la cause de Blanchet *versus* Blanchet, les deux plus éminens juges ont-ils opiné pour la saisine.

Les légataires universels, c'est-à-dire de tous les biens, de tout un genre de biens, ou d'une partie et quotité quelconque, comme la moitié, le quart, un sixième ou même un huitième, c'est-à-dire *saltem cum aliqua universalitatis nota*, sont tenus des dettes, et ce n'est qu'autant qu'il n'y aurait pas assez pour payer, que les légataires à titre particulier, seraient tenus de contribuer.

Les légataires universels doivent aussi faire inventaire pour éviter d'être tenus au delà de l'émolument.

Si le testateur n'a disposé que d'une partie de ses biens, ou soit pour cette partie les dispositions du testament, et les autres biens sont partagés entre les héritiers naturels selon les règles qui vont être exposées tout à l'heure.

Si les parens n'ont pas fait de testament, ou que celui qu'ils ont fait soit nul, toute l'hérédité va aux héritiers naturels.

L'ordre dans lequel se fait ce partage est ce qui reste à déterminer.

L'article 318 porte la maxime : *le mort saisit le vif*, son hoir plus proche habile à succéder.

Si donc le défunt a des enfans, ils lui succèdent également comme étant tous au plus proche et même degré ; à moins qu'il y ait des parens plus éloignés qui viennent par représentation à la succession.

Ainsi, Pierre décédé intestat saisit ses enfans bien qu'il ait des petits enfans, parce que les enfans sont plus proches.

Mais si un ou plusieurs des enfans sont morts, ils sont représentés par leurs propres enfans, en sorte que les petits-fils succèdent avec les enfans par représentation.

Mais les représentans succèdent par souches, *per stirpes*, tandis que les enfans succèdent par têtes, *per capita* ; c'est-à-dire que, comme l'enfant mort n'aurait pris qu'une part égale aux autres, il n'a pu communiquer aux siens plus de droit qu'il n'en avait lui-même, et quelque nombre d'enfans qu'il ait, ils ne prennent pas plus que la souche n'aurait pris.

La représentation en ligne directe a lieu à l'infini.

Ce qui s'entend théoriquement, car en pratique, on ne saurait compter qu'un certain nombre de degrés : *Successionis ideo gradus septem constituti sunt, quia ulterius per rerum naturam nec nomina inveniri, nec vita succedentibus prorogari potest*, disent les Institutes.

Selon l'article 304, les enfans venans à la succession, doivent rapporter pour être mis en partage, ce qu'ils ont reçu en avancement d'hoirie, ou en rendre compte, ou moins prendre ; ou s'abstenir tout à fait de l'hoirie pour s'en tenir à leur don, selon l'article 306.

L'article 307 étend l'obligation de rapporter aux petits enfans.

Selon l'article 310, la part des renonçans accroît aux acceptans.

Les enfans succédans également sont tenus aux dettes également, selon l'article 332, à moins qu'ils n'aient dans leurs lots des héritages hypothéqués, auquel cas ils sont tenus hypothécairement, sauf le recours contre leurs cohéritiers que leur accorde l'article 333 ; et selon l'article 334, s'ils succèdent les uns aux meubles, acquets et conquets, les autres aux propres, ils paient à

concurrency de ce qu'ils amendent de la succession.

L'article 340, fait voir que la Coutume de Paris n'était point une coutume de double lien ; car il porte que frères et sœurs, même au cas qu'ils ne soient que de père ou de mère, ne succèdent pas moins avec les autres, du moins aux meubles, acquets et conquets.

On voit par l'article 311 que si les enfans décèdent sans hoirs de leur corps, c'est-à-dire sans enfans ou descendans, les meubles, acquets et conquets, vont à l'ascendant ou aux ascendans les plus proches.

Donc, le père et la mère vivant, excluent les aïeux et les aïeules.

Donc, en second lieu, si les père et mère sont morts, l'aïeul et l'aïeule succèdent pour chacun la moitié.

Pour le tiers s'ils sont trois.

Quant aux propres, ils ne remontent point, selon l'article 312.

Mais cette maxime de notre coutume n'a point l'étendue qu'elle paraît avoir. Baldus dit que c'était une maxime que *fundum non ascendit*. Cujas remarque que cela fut étendu aux aïeux, et c'est apparemment pour cela que Bracton dit : *descendit itaque hæreditas, et nunquam reascendit ea via qua descendit*. Mais selon Fèrière et Laurière, la règle *propres ne remontent point* ne signifie plus rien, si ce n'est que l'on observe la règle du droit romain, *paterna paternis, materna maternis*, de sorte que le père, l'aïeul paternels ne succèdent point aux propres maternels, et *vice-versa*.

“ En succession de propres, dit Cugnet, les collatéraux sont préférés aux ascendans qui ne sont pas de la ligne, en sorte que le survivant des père et mère, et autres ascendans ne succèdent point à leurs enfans dans les propres venant d'une autre ligne.”

Cependant, le père ou la mère ont l'usufruit des biens acquis durant leur mariage advenus aux enfans par le décès de l'un d'eux, et délaissés par la mort des enfans sans hoirs de leur corps, encore qu'ils leur soient propre (naissant), selon l'article 314.

Les ascendans succèdent donc en propriété quand ils sont de la ligne d'où sont échus les héritages, ou quand il n'y a point de parens collatéraux du côté et ligne. “ Les biens vont aux ascendans en ligne droite,

ou aux collatéraux du côté et ligne *ex qua veniunt bona propria*, dans le cas où il n'y a point de descendans habiles à succéder," disent les Conférences Théologiques de Montréal.

Donc, ajoutent-elles, les biens du fils qui lui viennent du côté maternel, retournent aux parens du côté de sa mère, selon la règle des Romains.

Mais les biens donnés par contrat de mariage ne sont pas sujets à cette règle.

Donc, disent encore les Conférences, si le donataire meurt sans enfans, les biens donnés retournent aux parens immédiatement, et si le donataire laisse un enfant, et qu'il meure, les biens retournent également aux donateurs, doctrine conforme aux articles 312 et 313 de la Coutume, en tant qu'il s'agit du cas où les ascendans sont donateurs, ce qui s'appèle droit de succession selon la Coutume et les commentateurs, mais *droit de retour*, selon Tournet, qui y voit ainsi un emprunt au droit romain.

Quand nous avons dit que les enfans partageaient également, cela s'entend en roture, et non pour les biens nobles.

En succession *ab intestato*, l'aîné mâle (car l'article 19 de la Coutume n'admet point le droit d'aînesse entre filles), prend pour préciput, selon les articles 13, 14, 15, 16, 17 et 18, le principal manoir et l'arpent contigu, s'il y en a, sinon, un arpent à choisir ailleurs, ainsi que le corps du ou des moulins, en chacune des successions de père ou de mère, outre la moitié de tous les autres héritages tenus noblement, s'il y a plusieurs enfans, les autres prenant pour eux l'autre moitié.

Et s'il n'y a que deux fils, l'aîné prend les deux tiers, outre les manoir et arpent contigu, et le cadet prend l'autre tiers. (A. 15.)

Les profits et les frais du moulin sont communs.

S'il y a plus d'un arpent contigu au manoir, l'aîné peut tout prendre en récompensant ses puînés.

Il en était de même des profits de la banalité.

Si toute la succession consiste dans le manoir et arpent contigu, l'aîné l'a, sauf aux autres à prendre dessus leur légitime et le douaire coutumier ou préfix. Il est bien entendu qu'on parfait ces choses aux dépens du

préciput de l'aîné quand les autres biens ne suffisent point. (A. 17.)

Selon l'article 324, les enfans du fils aîné, soit mâles ou femelles survivant à leur père et venant à la succession de leur aïeul ou aïeule, représentent leur dit père au droit d'aînesse ; et s'il n'y a que filles, elles représentent leur père toutes ensemble pour une tête au dit droit d'aînesse, et sans droit d'aînesse entre elles.

L'aîné, après avoir pris son préciput sur les biens nobles, partage également les autres biens avec les autres enfans.

Nos tribunaux se sont montrés dernièrement hostiles au droit d'aînesse ; mais dans la cause de Damont, M. Black, de Québec, et l'auteur de ces *Commentaires* ayant donné leur opinion légale à l'encontre de la décision des tribunaux du pays, les parties en sont venues à un compromis, qui a évité l'appel par devant le Conseil Privé d'Angleterre.

Si nous passons au cas où le défunt n'a que des collatéraux, ils succèdent aussi selon leur degré.

En ligne collatérale, la représentation n'a lieu qu'en un cas, selon l'article 320, conforme à la Nouvelle 318 de Justinien, et ainsi conçu :

“ Représentation a lieu quand les neveux ou nièces viennent à la succession de leur oncle ou tante avec les frères et sœurs du décédé. Et au dit cas de représentation, les représentans succèdent par souches et non par têtes.”

Toutes les fois, dit Cugnet, que les neveux viennent par représentation à la succession de leur oncle ou tante, et qu'ils concourent avec un frère du décédé, tous ensemble ne sont qu'une tête ; mais lorsqu'un oncle meurt ne laissant point de frère, sa succession passe au second degré, c'est-à-dire aux neveux, qui viennent alors de leur chef, et partagent par têtes et non par souches.”

C'est la décision de l'article 321, conforme à l'opinion d'Azon, qui prévaut sur celle d'Accurse, après trois siècles de discussion dans le barreau et dans l'école.

La matière des degrés de parenté commençant dès

à présent à se compliquer, il paraît nécessaire de placer ici la manière de les compter.

On compte autant de degrés que de générations en ligne directe, comme dit Pothier. \* Cela ne souffre aucune difficulté et le droit canonique s'accorde avec le droit civil.

<sup>† Succes-</sup>  
<sup>sions. Ch.</sup>  
<sup>I. A. 2.</sup>  
<sup>Sec. 3.</sup>

Mais en ligne collatérale, le droit civil et le droit canonique ne comptent point de la même manière. Nous donnerons les deux manières, d'après Durand de Maillane. \*

“ Le droit civil compte autant de degrés entre deux collatéraux en ligne égale ou inégale qu'il y a de personnes engendrées de l'un et de l'autre côté issues de la même souche, la dite souche non comprise.”

<sup>‡ D'etc-</sup>  
<sup>nante de</sup>  
<sup>Droit Ca-</sup>  
<sup>nonique.</sup>

“ Exemple de la ligne égale : Jacob et ses deux enfans, Joseph et Ruben, sont trois personnes. Jacob est la souche commune, je la retranche ; il reste deux personnes, Joseph et Ruben, et, par conséquent deux degrés. Joseph est donc parent de son frère Ruben au second degré, et par la même règle, deux cousins germains le sont au quatrième.”

“ Exemple de la ligne inégale : Titius laisse deux enfans, Caius et Mævius. Caius meurt et laisse un fils appelé Rufus. Rufus se trouvera parent de Mævius, son oncle, au troisième degré, parce que remontant à la souche (*Titius*), et la retranchant, restent trois personnes engendrées, savoir, Mævius, Caius défunt et Rufus. Il faut faire la même supputation à l'égard des petits neveux, des nièces et des tantes.”

“ Le droit canonique, plus naturel que le droit civil, fournit deux règles pour compter les degrés en collatérale, une pour la ligne égale et l'autre pour la ligne inégale.”

“ En ligne égale : *quoto gradu uterque distat a stipite, eodemque gradu inter se distat*, c'est-à-dire que le droit canon, dans ce cas, compte par générations, de même qu'en ligne directe, en sorte que deux frères sont au premier degré de parenté.”

“ En ligne inégale : *quoto gradu remotior distat a communi stipite, eodem quoque gradu inter se distat*.”

“ Exemple : l'oncle et le neveu sont inégalement éloignés de la souche commune, qui est l'aïeul du ne-

veu et le père de l'oncle ; le neveu en est éloigné de deux degrés, et l'oncle d'un seulement. L'oncle et le neveu seront donc parens au second degré : *remotior trahit ad se proximorem.*"

Selon le droit français qui nous régit, les tribunaux peuvent suivre le comput civil en matière de successions ; mais ils suivent le comput canonique en matière de mariage, sinon de récusation de juges, etc., d'où la maxime : *ius canonicum dicitur reformare ius civile*, souvent produite par M. de Férière.

L'oncle succède au neveu avant le cousin germain selon l'article 333, étant plus proche en degré.

Selon le 339<sup>ème</sup>, l'oncle et le neveu d'un défunt, qui n'a laissé ni frères ni sœurs, succèdent également comme étant en même degré.

S'il y avait des frères ou des sœurs, dans le cas même où ils renonceraient, le neveu serait seul héritier, à l'exclusion de l'oncle, parce que la succession était dévolue aux frères et sœurs, et au neveu par représentation, selon l'article 318, qui dit que l'héritier est saisi dès l'instant de la mort du défunt, et que la part des renouans accroît aux acceptans, selon l'article 310, dit M. Doucet. \*

† *Fundamental Principles of Civil Law of Coult.*

L'article 336 porte que les parens des Evêques et autres gens d'église séculiers, leur succèdent ; en d'autres termes, que la succession des gens d'église autres que religieux profès, se règle comme celle des autres citoyens.

Mais les canonistes distinguent aux ecclésiastiques deux sortes de pécule ou de biens : *adventitia*, qu'ils acquièrent en leur particulier ou par succession, et *profectitia*, tels que le revenu de leurs bénéfices, etc.

Il est à remarquer, quant à ces derniers biens, que le droit canonique ne leur en reconnaît point le domaine parfait et ne les regarde que comme usufruitiers.

Et dans le fait, l'article de la Coutume n'a pas nécessairement trait à ces biens, et il est même naturel de penser qu'il ne concerne que le patrimoine des ecclésiastiques.

Même quant aux biens *profectives*, Liguori et Benoit XIV décident que les héritiers ne seraient point tenus de restituer l'argent reçu par le défunt à l'occasion des

messes. parce que cet argent est un don absolu du paroissien.

Nous avons dit, excepté les religieux profès. En effet, l'article 357 porte : Religieux et religieuses profès ne succèdent à leurs parens ni le monastere pour eux.

On doit conclure, par un argument *a contrario sensu*, de ces termes que les religieux non-profès peuvent succéder : *inclusio solemnibus votis abstrictorum fit exclusio non abstrictorum.*

Les qualités d'héritier et de légataire sont incompatibles (A. 390), puisque le legs est sujet à dévancee par l'héritier saisi de la succession.

On ne peut pas non plus être héritier et donataire en ligne directe, parce que, comme on l'a déjà vu, il faut rapporter ou s'en tenir à son don.

Mais, comme le porte l'article 301, on peut être en même temps héritier et donataire en ligne collatérale, parce que dans cette ligne on ne rapporte point.

Indépendamment de la faculté de s'en tenir à son don, *il ne se porte héritier qui ne veut*, selon l'article 316.

Il est difficile de bien sentir la portée de cet article, combiné avec le 318, sans se reporter aux origines germaniques et coutumières. Cette combinaison, essayée de nouveau dernièrement par M. Renaud, professeur à la faculté de Berne, en Suisse, offre d'intéressants résultats. Fixons, d'abord, à l'aide de ses travaux et de ceux d'autres savans, le sens des deux maximes de notre Coutume.

*Li usages si est, que le mort sesit le vif*, disent les Etablissements de Saint-Louis.

*Mortuus saisinat vivum*, dit Paul de Castres. *quod est vocabulum gallicanum, et importat quod hæres succedit in possessionem defuncti, que transfertur in eum sicut ei dominium.*

Le mort saisit le vif sans aucun ministère de son fait, dit l'article 235 de la Coutume de Normandie.

*Saisina facit stipitem*, dit le droit anglais; dans le cas où le défunt n'a pas de fils, le passage immédiat de la saisine à ses plus proches parens lui fait une postérité, dit Phillips *apud* Savigny.

Il y a trois espèces de possession suffisante à saisine, dit le Grand Coutumier : par occupation, *par succession*, et par tradition de fait.... En titre de succession, le hoir se peut dire incontinent après la mort de son prédécesseur, en possession et saisine des biens du trépassé dont il se dit hoir, *quia saisina defuncti descendit in vivum* ; et si momentanément.... il se appert aucuns opposans, icelui peut contre eux intenter libelle et soi aider de la saisine.

Quand, dit Chauffour, le droit romain eut pénétré en France, comme dans toute l'Europe centrale ; quand toute la jurisprudence se fut revêue des formes romaines, il fallut que les actions résultant de la saisine prissent aussi le caractère des actions romaines possessoires et pétitoires. Alors, la règle *le mort saisit le vif* dut signifier qu'à la mort du *de cuius*, non-seulement la propriété de ses biens, mais encore la possession, passait immédiatement aux héritiers. C'est ce qui fait dire à Jean Faber, dans ses *Institutes* : *licet vere possessio non transferatur ul' heredem, fingit ut tamen transferatur, et per hoc potest excusari stylus Curie Franciæ, ubi heredes se dicunt saisitos et turbati, et possessione concludunt ex cisu novitatis*. Et il ajoute du cas de nouveleté : *et hoc est fere interdictum Ut Possidetis*.

Le texte du Grand Coutumier, dit le professeur de la faculté de Berne, montre l'importance du principe de la transmission immédiate de la possession aux héritiers.

Mais il ajoute, avec raison, que ce principe est opposé à la théorie romaine, qui n'admettait l'acquisition de la possession par les héritiers qu'après son appréhension de fait : *possessio nisi naturaliter comprehensa, ad nos (heredes) non pertinet*, disent les *Pandectes*. Dans notre droit, au contraire, comme on l'a vu par l'article de Normandie, et comme dit Tiraqueau : *mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione*. On n'avait donc fait jusque là qu'attacher à la règle coutumière une procédure romaine, sans adopter la théorie du droit romain en fait de succession.

Mais on ne resta pas sans en emprunter quelques principes qui parurent équitables. Suivant l'ancien droit germanique, les obligations du défunt ne se trans-

mettaient point sans restrictions aux héritiers. Ce principe paraît avoir été modifié de bonne heure en France, et avoir fait place au principe de la succession universelle : *hæreditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hæreditatem*, disent également Pomponius, Julien, Paulus et Ulpien. Ainsi, à la mort du défunt, les héritiers devenaient saisis des biens sans aucun acte de leur part, mais encore, en général, tenus des dettes même *ultra vires hæreditarias*. Mais en adoptant la rigidité du droit romain, on adoptait aussi ses tempéramens. Là venait se placer, dit M. Renaud, un principe d'équité emprunté aux idées romaines, et suivant lequel l'héritier était autorisé à renoncer à sa qualité d'héritier, droit exprimé par Loysel dans la règle fameuse : *il n'est héritier qui ne veut*, et traduit en ces termes par les légistes de l'école romaine : *il n'y a point en France d'héritiers nécessaires*.

Il y a ici obscurité chez le savant jurisconsulte de l'Helvétie. Le principe d'équité emprunté aux Romains est celui d'où découle le bénéfice d'inventaire, et non précisément le droit de renoncer à la qualité d'héritier, puisque ceux qui étaient, chez les Romains, sous la puissance d'autrui, étaient héritiers nécessaires, s'ils étaient institués, et que les enfans non émancipés, en particulier, étaient appelés par rapport au père, héritiers siens (*sui hæredes*) et nécessaires.

Sauf cette explication, le savant professeur dit avec raison qu'il est bien connu que la règle *il n'est héritier qui ne veut* de Loysel, qu'il trouve mieux exprimée dans l'article 316 de la Coutume (*il ne se porte héritier qui ne veut*), ne doit pas s'entendre au pied de la lettre. On était héritier sans aucun fait de sa part : seulement, on n'était pas tenu de conserver sa qualité. L'héritier demeurait saisi sans aucune acceptation (*adition* selon la terminologie romaine), et jusque à renonciation, laquelle importait une aliénation de la saisine déjà acquise, ce que ne paraît pas avoir entendu parfaitement Eusèbe de Laurières.

L'acceptation dont parlent les sources n'était autre chose que l'abandon fait par l'héritier de son droit d'abstention, ou sa renonciation au droit de répudier la succession.

“Ainsi, l'héritier est saisi de la succession jusque à ce qu'il fait *expressément* répudiée : c'est la conséquence nécessaire, logique de la règle *le mort saisit le vif* combinée avec la règle *il n'est héritier qui ne veut*,” selon M. Renaud.

Cependant, les légistes français de l'école romaine firent prévaloir partiellement une doctrine médiante. Ils enseignèrent que jusque à l'acceptation ou l'immixtion, l'héritier appelé le successible n'était pas encore l'héritier réel du défunt ; en d'autres termes, que jusque à la répudiation ou l'acceptation, tout demeurait en suspens. Cette doctrine fut accueillie dans la rédaction de plusieurs coutumes. Ainsi, l'article 278 de Poitou porte : *il n'est héritier qui ne veut, et n'est tenu de renoncer ni faire autre déclaration, s'il n'était ajourné pour déclarer s'il se veut porter héritier*. Et l'article 43 des Placites de Normandie : *l'héritier présomptif, encore qu'il n'ait pas renoncé à la succession, n'est pas censé héritier s'il n'en a fait acte ou pris qualité*. — Selon d'Argentré, sur l'article 509 de Bretagne, l'héritier, avant l'acceptation, n'était pas saisi passivement de la succession, c'est-à-dire qu'il n'était pas tenu des dettes. On tenait, au contraire, dans le ressort du Parlement de Besançon, que l'héritier non-renonçant représentait le défunt vis-à-vis des créanciers, bien qu'il n'y eût que l'acceptation qui lui donnât qualité vis-à-vis des héritiers.

A Paris, il paraît que l'on distinguait entre les héritiers de la ligne directe et ceux de la ligne collatérale. En directe on reconnaissait le plein effet de la saisine, en sorte que les plus proches étaient les héritiers réels du défunt jusque à renonciation ; tandis qu'en collatérale, tout devait demeurer en suspens jusque à l'acceptation ou la renonciation. †

1<sup>re</sup> de  
oriété  
Chate-  
du 24  
let  
2.

L'article 252 de La Marche, et l'article 54 du chapitre 22 d'Anvergne, tenaient rigoureusement à la maxime *le mort saisit le vif*.

“Aucun n'est recevable de soi dire n'être héritier d'aucun, s'il ne répudie, et renonce expressément à la succession.”

Ainsi, la combinaison assez délicate des deux maximes a été essayée de bien des manières. Le professeur

de Berne tient pour la lettre de la maxime *le mort saisit le vif*, et prétend qu'il est impossible de la concilier scientifiquement avec l'opinion des légistes qui disent que jusque à l'acceptation ou l'immixtion, le successible n'est pas l'héritier réel du défunt. Selon lui, de deux choses l'une : ou bien la saisine des biens du défunt passe au moment même du décès à l'héritier, et alors, selon le principe de la succession universelle empruntée au droit romain, l'héritier est immédiatement tenu des dettes ; ou bien, au contraire, l'héritier n'est pas immédiatement saisi des biens du défunt, et alors il n'est pas non plus tenu des dettes jusque à l'acceptation.

Cette doctrine, à laquelle M. Renaud est venu apporter l'appui de la science, est peu répandue en France, et les savans traducteurs de Zachariæ n'ont pas craint de la traiter de paradoxale, dit la Revue de Wollowski.

En effet, le dilemme n'est pas concluant, et l'on peut aisément en sortir, en disant que le saisine est *in favorem heredis*, mais non *in odium*.

En faveur, c'est-à-dire que l'enfant étant la continuation du père, a le droit de se dire saisi, et d'intenter la complainte si l'on appréhende la succession à l'encontre de son droit. Mais, secondement, la loi lui accorde un droit, et ne lui impose pas un fardeau. Cela est évident, puisqu'elle lui accorde le privilège d'accepter ou de répudier.

Dans l'opinion du professeur de Berne, elle pourrait lui accorder celui de répudier, mais non pas celui d'accepter, car il serait réputé héritier sans acceptation. Or, elle le met effectivement à même d'accepter, et veut qu'il ne soit lié que dans ce cas, du moins avant les délais marqués. Eusèbe de Laurières et notre procureur-général Cugnet ont passablement exprimé ces choses, le premier quand il dit : " Par le 318ème, le mort saisit le vif, et par celui-ci le vif n'est saisi par le mort que quand il veut bien être héritier du mort ;" et le second " quoique l'héritier soit saisi de droit, il n'est pas pour cela héritier nécessaire, et il est en sa liberté de se porter héritier ou de s'abstenir de la succession *rebus integris*."

Le professeur Renaud avoue lui-même qu'en pratique, que les deux théories se dépouillent passablement de la discordance qu'il leur trouve. Seulement, suivant la sienne, les créanciers pourraient, aussitôt après le décès, poursuivre l'héritier, à moins qu'il n'eût *accepté* (renoncé) ; lequel peut couper court aux poursuites en renonçant, s'il n'a point fait acte d'héritier ; tandis que, dans l'opinion contraire, les créanciers ne pourraient poursuivre l'héritier présomptif qu'après son acceptation expresse ou tacite ; mais ce principe serait tempéré en ce qu'après l'expiration d'un certain délai l'héritier serait tenu de déclarer, le cas échéant, s'il accepte ou renonce ; en sorte que la seule différence est, que selon une doctrine, l'héritier peut être forcé immédiatement à prendre qualité, tandis que, selon l'autre, ce n'est qu'après un certain délai. C'est le parti adopté dans le Code Civil ou Ordonnance de 1667, et celui que nous devons suivre, par conséquent en Canada, si tant est du moins que le Procureur-Général Cartier ait voulu le respecter dans la clause de sa loi de judicature qui concerne les plaidoyers préliminaires. Maintenant, l'acceptation est expresse ou tacite, pure et simple ou sous bénéfice d'inventaire.

Elle peut se faire tacitement, c'est-à-dire que la gestion *pro herede* a le même effet que l'*adition*.

“ Si aucun appréhende les biens d'un défunt ou partie quelle qu'elle soit, sans avoir autre qualité ou droit de prendre les dits biens, il fait acte d'héritier, et s'oblige, en ce faisant, à payer les dettes du défunt ” dit l'article 317 de notre coutume, en tête.

*S'il n'a autre qualité* veut dire s'il n'est pas exécuteur testamentaire ou héritier bénéficiaire, car l'un ou l'autre ont l'administration à charge de rendre compte.

Selon la suite de l'article 317, s'il avait quelque réclamation contre la succession, il lui serait imprudent de se payer lui-même : “ Supposé qu'il lui fût dû aucune chose par le défunt, il le doit demander et se pourvoir par justice ; autrement et s'il prend de son autorité, il fait acte d'héritier.”

Mais les actes purement conservatoires, de surveillance, etc., ne sont pas des actes d'adition d'hérédité, si l'on n'y a point pris qualité.

Ni même la vente des objets susceptibles de déperir ; mais Pothier veut qu'il se fasse autoriser en justice. †

Il en est encore de même d'un acte d'humanité, comme de payer les funérailles.

† Successions, chap. III, Sec. 3, A. 3.

L'effet de l'acceptation, soit simple, soit sous bénéfice d'inventaire, remonte à l'ouverture de la succession.

L'acceptation expresse se fait ou directement, par un écrit à cet effet, ou occasionnellement, dans un acte judiciaire.

La renonciation se fait aussi par écrit, les choses étant entières, car le recélé ou dévertissement fait déchoir du droit de renoncer.

Le bénéfice d'inventaire fut établi pour la première fois par l'empereur Gordien en faveur des militaires, et fut étendu aux autres héritiers par l'empereur Justinien, dans la loi *Scimus*, au Code.

Il fut admis en France où celui qui voulait en user devait prendre des lettres de bénéfice d'inventaire en Chancellerie. En Canada, où il n'y avait point de Chancellerie, on les obtenait du Conseil Supérieur de Québec. Les premières furent accordées à Gédéon Petit, le 5 juillet 1683. Il fallait prendre aussi des lettres spéciales d'émancipation, de rescision. Les lettres de bénéfice d'inventaire ne paraissent pas s'être plus conservées que celles-ci. (\*)

Par l'Ordonnance de 1667, titre VII, article 1, l'héritier a trois mois pour faire inventaire depuis l'ouverture de la succession, et quarante jours pour délibérer, lesquels comptent de l'inventaire parachevé, s'il l'a été avant les trois mois.

Par l'article IV, il obtiendra de nouveaux délais, s'il justifie que l'inventaire n'a pu être fait au temps dit.

Mais il y a des auteurs qui demandent si celui qui n'a pas pris qualité dans les délais de l'Ordonnance, est héritier ou non.

---

(\*) La Cour Supérieure a le pouvoir d'accorder l'émancipation des mineurs sur avis de parens ou amis, et de rescinder tous contrats ou actes de la même manière que si les lettres spéciales d'émancipation ou de rescision avaient été obtenues en première instance, comme il était d'usage sous l'ancien gouvernement, avant la conquête de ce pays," dit l'acte 34 Geo. III, cap. 6.

† *Loi dernière, Code de jure delib. heraudi.* Selon le droit Romain l'héritier était réputé héritier pur et simple après les trois mois †; et l'Ordonnance a bien l'air de confirmer cette jurisprudence.

Pendant M. de Laurière dit que la dite loi romaine n'a pas été suivie, et il ne trouve point l'Ordonnance explicite; comme, dit-il, elle ne s'est pas expliquée sur la qualité qu'aura l'héritier après les délais, le mieux est de dire que l'héritier qui a omis de se déclarer pourra renoncer en tout temps, étant poursuivi par les créanciers, et qu'il aura trente années pour se porter héritier, si quelqu'un s'est mis à son préjudice en possession de la succession, suivant la loi *hereditas* Code, de *petitione hereditatis* et d'après Cujas.

Cela paraît paradoxal a première vue, et, par là même que la loi dit que l'héritier aura trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer, il semble qu'après ce terme il devrait être obligé de se prononcer; mais tout le but de la loi est d'empêcher que l'héritier puisse être contraint de prendre qualité avant les délais, sans rien statuer pour le cas où il n'y a point de poursuite.

“ Pendant la durée des délais pour faire inventaire et délibérer, dit l'article 797 du Code Napoléon, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, et il ne peut être obtenu contre lui de condamnation. (\*) ”

Il peut donc être contraint après les délais, par une poursuite, car autrement : “ la faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers ” dit l'article 789.

Et voilà sans doute pourquoi on n'entend point parler de lettres spéciales de bénéfice d'inventaire, bénéfice qui existe sans doute de plein droit, tant qu'on n'a point pris qualité ou qu'on ne s'est pas immiscé.

L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage :

1o. De n'être tenu des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a

---

(\*) Ne pourrait-il pas en être obtenu, en certains cas, en vertu du *bill* de judicature Cartier.

recueillis, et même de pouvoir se décharger du paiement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires.

20. De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances.

L'héritier pur et simple exclut le bénéficiaire en collatérale, mais non en ligne directe, selon l'article 342 de la Coutume, parce qu'en ligne directe, la succession est de plein droit.

\* Comme la disposition de la loi pour l'exclusion de l'héritier bénéficiaire par l'héritier pur et simple, a été introduite pour que les créanciers soient payés, l'article 343 porte que le mineur, héritier pur et simple, ne peut exclure le bénéficiaire, au moins s'il est en plus proche degré que lui, parce que le mineur conserve la faculté de se faire restituer contre l'adition d'hérédité. (\*) Cependant Denizart prétend qu'en donnant sûreté de ne point se faire restituer de son acceptation, il peut exclure le bénéficiaire, et il cite un acte de notoriété du Châtelet de Paris.

De ce que l'héritier bénéficiaire administre les biens, il suit qu'il peut vendre les meubles.

Quant aux formalités de la vente, nous avons le long article 344; mais Eusébe de Laurière et M. Sauvau d'Aramont, annotateur de Férière, nous disent que ces formalités étaient tombées en désuétude, et qu'il suffit que la vente soit faite en lieu public, les principaux créanciers présents ou appelés.

Cugnet réduit l'article de la Coutume à celui-ci :

“ L'héritier par bénéfice d'inventaire ne peut vendre les biens meubles de la succession qu'en faisant publier la vente.”

Conformément à des règles exposées par Merlin, M. Doucet écrit que l'ouverture de la succession a lieu

10. Dans la paroisse ou le township ou le défunt

† *Fundamental Principles of the Law of Canada.*

---

(\*) Nous entendons donc par bénéficiaire celui qui n'a pas accepté expressément ou tacitement, et héritier pur et simple, celui qui l'a fait.

résidait, s'il avait un domicile ou résidence fixes dans la province.

20. Dans la province ou le township où il avait des immeubles, s'il n'avait ni domicile ni résidence dans la province.

Et s'il a des effets dans différentes paroisses ou townships, dans le lieu où il apparaît par l'inventaire, qu'il avait le plus d'effets.

30. Dans la paroisse ou le township où il est mort, s'il n'avait pas de résidence fixe.

Pour être habile à hériter, il faut et il suffit que l'on existe lors de l'ouverture de la succession.†

Pothier, *cons.*  
98, § 1<sup>er</sup>.  
Sec. 2. Ainsi il suffit que l'enfant soit conçu, car l'on espère naturellement qu'il viendra au monde.

Dans les pays où il y a de grandes fortunes, on nomme un curateur *ad ventrem*. On le fait plus rarement en Canada.

Il est nécessaire, dit Toullier, que l'enfant sorte vivant du sein de sa mère, car on ne peut pas dire que l'enfant mort-né ait hérité. *Qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur*, dit le jurisconsulte Paulus.

L'existence de l'enfant se constate plutôt par la respiration que par la palpitation de ses membres.†

Orfila, *cons.*  
Médé-  
le Lé-  
le, Vol.  
233, 339. Les causes d'indignité de succéder sont à peu près les mêmes que pour l'indignité de profiter d'une donation. Plusieurs de ces causes citées par Pothier semblent liées au droit criminel français, que nous n'avons point; telle est par exemple l'indignité encourue pour n'avoir point révélé le meurtre du défunt, quoiqu'on le connaît. Au reste ces indignités n'étaient point *latae sententiae* mais *ferendae* seulement, après citation et audition de la cause, et les enfans de la personne déclarée indigne étaient admis à succéder de leur chef, comme disent Pothier et Toullier.

On admet partout la loi *unde vir et uxor* par laquelle le survivant des époux succède à l'autre qui n'a point d'héritiers légaux, de préférence aux fisc.

Il n'y a point de successions irrégulières dans le Bas-Canada, c'est-à-dire que les bâtards ne succèdent point du tout, si ce n'est par testament, ou à moins qu'ils ne soient légitimés par le mariage subséquent de leurs

parents, bien qu'ils succédassent en certains cas sans légitimation chez les Romains ; et leurs ascendans et collatéraux ne leur succèdent point non plus, dit Bacquet ; mais leur mariage leur donne rang dans la société, et ils ont des enfans légitimes qui leurs succèdent.

Outre le mariage subséquent des parents, on était légitimé chez les Romains par rescrit du prince, et en France par lettres du monarque ; mais c'est à tort que l'abrégiateur Desrivières-Beaubien les mentionne, car il n'en a plus été question ici depuis que les monarques français n'ont plus régné sur le pays.

Lorsque après les délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession, qu'il n'y a point d'héritiers connus, ou que les héritiers connus y ont déjà renoncé ; cette succession est réputée vacante.

Il est alors nommé un curateur à la succession vacante sur la demande des intéressés.

Le curateur à une succession vacante est tenu d'en faire constater l'état par un inventaire ; il en exerce et poursuit les droits : il répond aux demandes formées contre elle ; il administre à charge de rendre compte à qui il appartiendra.

---

## TITRE III.

### DE LA PROCÉDURE CIVILE.

La procédure est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, juger, exécuter.

La procédure, en ce pays, se fonde sur le Code Civil, ou Ordonnance de 1667, enregistrée au Conseil Supérieur de Québec en 1677.

Sur l'Ordonnance du Conseil Législatif de la Province de Québec de 1785 ou de la 25ème année de George III, qui établit la preuve anglaise en fait de commerce, et le jury civil quand il est demandé.

Sur l'acte provincial 41 Geo. III, chap. 7, qui autorise nos tribunaux à faire des Règles de Pratique, qui ont de l'analogie avec ce qu'étaient les Constitutions du Châtelet de Paris.

Cet acte déroge à l'acte de la 31ème Geo. III, qui, en transmettant à nos tribunaux les prérogatives de la Prévôté, du Conseil Supérieur et de la Cour d'Inten-

dance, en exceptent les prérogatives de ces anciens tribunaux qui avaient une nature législative.

Sur la loi de judicature La Fontaine, ou de la 12<sup>ème</sup> année de Victoria.

Enfin, sur les deux lois de judicature Cartier, réunies en une dans les Statuts Refondus.

Cette loi modifie beaucoup notre loi de la preuve, pour l'assimiler de plus en plus à la pratique anglaise. Pour notre part, nous aurions désiré que le procureur-général actuel eût fait montre de plus de respect pour les traditions des L'Hôpital et des d'Aguesseau.

Indépendamment de ces actes peu canadiens, et de l'Ordonnance de 1785, les Règles de Pratique, l'usage insensiblement établi, donnaient déjà à notre procédure un caractère mixte.

Cela rend à propos de signaler la différence majeure qu'il y a entre la procédure française et la procédure anglaise, considérées séparément.

Dans la procédure anglaise, la preuve orale, *par oral evidence*, domine, tandis que, dans la procédure française, c'est la preuve écrite.

La procédure *par défaut* est française; la procédure *ex parte* est proprement anglaise. (\*)

Nous avons des requêtes et des motions, des jugemens interlocutoires et des règles ou ordres de cour.

Les requêtes et les jugemens interlocutoires appartiennent à la procédure française, quoique ceux-ci ne soient point inconnus en Angleterre.

Les règles de cour et les motions, qui ont fini ici par dominer sur les requêtes, sont proprement anglaises.

En France, les procédures commencent par l'exploit du sergent; elles commencent ici par le bref (*writ*) royal.

Il y a des brefs de sommation, d'exécution, de saisie, de *certiorari*, de *pareatis*, de *capias*, de *mandamus*, de *adimus potestatem*, de *quo warranto*.

Quelques-uns demandent de nous une description.

---

(\*) On trouve dans la procédure française le défaut de comparaître, le défaut de plaider, et le congé de la demande, qu'obtient le défendeur.

Un bref de *certiorari* est un bref d'évocation, plutôt que d'appel, bien qu'il s'y rapporte comme l'espèce au genre, la technicité ayant en vue d'en faire un remède distinct de l'appel proprement dit, qu'elle refuse ordinairement dans les cas de *certiorari*.

Le *certiorari* a été surtout établi en faveur de ceux qui sont lésés par les jugemens sommaires des Cours des Commissaires et du *Recorder* ; mais on l'obtient aussi pour évoquer les causes instruites en Cour de Circuit.

Il s'obtient par motion, soit pour incompétence du tribunal, soit pour refus ou négligence d'examiner les faits ou certains faits, et la motion doit être motivée, c'est-à-dire que l'on doit y exposer pour quel ou pour quels griefs on le sollicite.

En Angleterre, le bref de *certiorari* émane de la Cour de Chancellerie, dans les affaires criminelles comme dans les affaires civiles ; et il en est sans doute de même ici en vertu de la loi de judicature Cartier, qui permet à la Cour du Banc de la Reine d'évoquer par devers elle les causes criminelles commencées devant les Cours Supérieures de districts.

Le bref de *capias*, au civil, se divise en *capias ad respondendum*, qui émane avant jugement contre le marchand qui refuse de faire cession de biens, étant en décomfiture, ou contre le débiteur endetté d'une somme de dix louis, qui est sur le point de quitter la province ou de dissiper ses effets, afin de le forcer à répondre à la demande de sa partie ; et en *capias ad satisfaciendum*, qui émane après jugement dans les cas où notre loi a établi la contrainte par corps, qui existe aussi en Angleterre, comme l'indique ce bref.

On ne peut obtenir un *capias* contre un ecclésiastique, contre une femme. Ainsi une femme, fût-elle marchande publique, n'y serait point sujette.

L'usage du bref de *mandamus* est de sommer une corporation quelconque de remplir ses obligations.

Par le bref de *quo warranto*, on poursuit un fonctionnaire, — un député, un maire, etc., — pour s'être immiscé sans mandat suffisant dans la charge qu'il remplit. Il y a le cas récent de M. Pope, à Québec, quoique les prétentions de ses adversaires aient été jugées mal fondées.

Les commissaires itérativement désignés en Canada pour veiller à la construction et réparation des églises agissaient d'après un mandat royal de *dedimus potestatem* ou *per dedimus potestatem*.

Le *pareatis* (par exemple, *pareatis fieri facias*) est français, et est imité des Lettres de *Parcatis*, par lesquelles on mande d'exécuter dans un autre lieu — dans un autre district.

Les brefs sont adressés au shériff, ou, s'il est intéressé, au coronaire.

Si un premier bref ne peut être exécuté, on émane un *alias* bref, ou *pluries*, si le second bref n'a pu être exécuté.

Nous avons mentionné ailleurs le bref de possession, *breve possessionis*; nous en mentionnerons d'autres en droit criminel.

De droit commun, le demandeur a d'abord à assigner le défendeur devant le juge compétent, c'est-à-dire qui a juridiction pour juger le cas, et qui est le juge du domicile de l'accusé, selon cette règle du droit: *actor forum rei sequitur*.

Il s'en faut de beaucoup, au reste, que cette maxime ait été invariablement suivie dans cette province.

Le statut 4 Geo. IV, chap. 17, permettait au Demandeur, quand il y a plusieurs défendeurs résidant dans des districts différents, et que l'action est réelle, de l'intenter dans le district où est l'objet, ou dans le district ou juridiction de n'importe quel défendeur. En matière de succession, dans la juridiction où la succession est ouverte.

L'acte 4 Guill. IV chap. 4 a permis d'instruire l'action, quand elle est hypothécaire, dans le district où le ou les défendeurs résident *hic et nunc*, et poursuivie dans le même lieu, quand même il y aurait changement de domicile.

Enfin, par la section 14<sup>ème</sup> de la loi de judicature La Fontaine, il suffit qu'il y ait un défendeur domicilié dans le district où l'action est instruite (\*) ; et si la de-

---

(\*) On y trouve même les expressions "une des parties," qui sont sans doute une erreur cléricale.

mande est signifiée personnellement, le demandeur peut faire venir le défendeur où il veut, pourvu que ce ne soit pas hors du district.

L'assignation se fait en anglais ou en français<sup>(\*)</sup> (Statuts Refondus), et peut avoir lieu de la part de l'huisier en quelque lieu convenable que l'huisier choisit contre la personne qu'il veut assigner.

Quand l'assignation n'est point faite à la personne, elle doit être faite au vrai domicile.

Il est des cas où il faut que le service soit personnel; d'autres où cela est régulier; et d'autres où cela est avantageux.

Par exemple, on ne peut obtenir jugement par défaut si le service n'a pas été personnel.

Il est régulier de servir personnellement une règle de cour, des interrogatoires sur faits et articles.

L'acte 9 Geo. IV, chap. 28 exigeait que le service à un tiers-saisi fût personnel.

Il peut aussi lui être fait au bureau du protonotaire où le bref doit être rapporté, selon la clause 57 du chapitre 85 des Statuts Refondus.

Voici la clause 59 de ces statuts, quant au service :

« Aucune personne contre laquelle un bref de prise de corps, ou un bref de saisie-arrêt, ou en main-tierce, a été donné pour saisir les biens, créances et effets d'aucun débiteur ou autre défendeur dans aucune action dans aucune des dites cours, ne sera tenue et déclarée être personnellement responsable ou condamné comme le débiteur de tel défendeur, à moins que la signification de tel bref n'ait été faite personnellement, ou à moins que la cour de laquelle tel bref aura été émis, ne soit satisfaite sur preuve par un ou plusieurs témoins dignes de foi que telle personne se cache<sup>(\*)</sup> à l'effet d'empêcher que la signification de tel bref lui soit faite en personne, dans lequel cas la signification d'icelui faite à son domicile, sera considérée et

---

(\*) Nos anciens statuts exigeaient avec raison que la sommation fût dans la langue du défendeur.

(\*) Un rapport de *latitat* aura été fait dans ce cas.

tenue être une signification bonne et suffisante de tel bref de prise de corps, saisie-arrêt ou en main-tierce, comme susdit.”

La clause 61 règle la signification aux absents.

En cas de rapport de *non est inventus*, le défendeur, par ordre de la cour, pourra être assigné par avis public dans deux papiers-nouvelles anglais et français désignés; à deux reprises.

L'assignation doit se faire de jour, avant le coucher du soleil, selon la maxime du droit : *solis occasus suprema tempestas esto*.

Le rapport de l'huissier doit contenir ses noms et surnoms, le lieu de sa demeure, et sa signature; ainsi que la juridiction où il est immatriculé.

Il doit faire mention de la personne (raisonnable) à qui il a laissé l'assignation. †

La déclaration doit contenir le nom, la qualité et la demeure du demandeur. †

On indique la paroisse.

On signifie une copie à chaque défendeur; mais quand ce sont des héritiers, Jousse pense qu'il suffit de servir la copie à l'un d'eux.

Le bref doit être servi dix jours pleins, le jour de la signification et celui du rapport non-comptés, avant le rapport (return); si la distance n'est pas de plus de cinq lieues; et il est accordé un jour de plus pour chaque cinq autres lieues à parcourir.

La partie n'est pas tenue de paraître *in curia*; mais elle peut le faire par elle-même ou par son procureur au bureau du protonotaire, le jour fixé pour le rapport ou le premier jour juridique suivant, et non plus tard, à moins de permis de la Cour.

Celui qui a comparu personnellement est censé avoir élu son domicile chez le protonotaire, en sorte que l'avocat de l'autre partie peut lui faire servir là tous les papiers qu'un procureur *ad litem* est tenu de signifier.

Le terme de défense est ou étendu, comme dans l'article cinq du titre cinquième du Code Civil, ou restreint. Le dit article comprend, parmi les défenses, les fins de non-recevoir, nullité des exploits et autres exceptions péremptoires, à l'exemple des Anglais, qui

† Code  
Civil, Tit.  
II, AA, 2,  
3.  
† AA, 2 et  
16.

n'ont que le mot générique *plea*, et qui disent *plea in bar* pour exception : ils n'ont fait, au reste, que rétenir l'expression originale de la procédure française, car on lit dans les Constitutions du Châtelet de Paris, *barroyer* pour *excepter*.

En sens restreint, on appelle proprement défenses les moyens particuliers et directs qui attaquent le fond de la demande.

Nous traiterons ici des actions et des exceptions.

Et d'abord, il ne faut point confondre action et instance. Action est le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû ; l'instance est la poursuite même, ou la série de procédés qui y ont lieu, distinction qui est d'autant plus pratique que tous ceux qui ont action ne poursuivent point, et qu'il peut y avoir instance sans qu'il y ait vraiment action, puisqu'il y a de téméraires plaideurs. Il peut même arriver par le fait que celui qui n'a pas action gagne, et que celui qui l'a succombe, puisqu'il y a des sentences erronées.

Chaque action avait, chez les Romains, son nom propre et particulier, ce qui subsista même après que les formules de ces actions eurent été mises de côté comme trop gênantes par le titre du Code de *formulis et impetr. actionum*. " Il était nécessaire dans chaque affaire de savoir, dit Claude Serres †, quelle était l'action à laquelle on devait recourir ; mais en France, toutes les actions y sont les mêmes quant au nom et à la forme, et il suffit qu'elles soient intentées devant le juge compétent." Il dit ailleurs : " En France, on n'a en général que le nom d'action et de demande qui est commun pour toutes les actions qu'une partie peut tenter." *Nos actions ne sont point nommées*, observait le juge Rolland à Mr. R. Mackay, qui citait Pothier au sujet des actions directe et contraire. Mais ces maximes ne doivent pas être prises trop à la lettre.

Il est plus certain que la distinction romaine *actionum quædam bonæ fidei sunt quædam stricti juris* n'est point reçue, et que toutes nos actions sont de bonne foi ; tandis qu'à Rome, dans les actions sur contrats unilatéraux ou *stricti juris*, la lettre de l'instrument devait lier le juge.

Selon nous, la maxime que *nos actions ne sont point*

Instituti-  
ns du  
droit  
français,  
01.

nommées veut seulement dire que nous ne nous attachons pas à la multitude de divisions qu'adoptaient les Romains ; car quant aux principales catégories indiquées par le droit romain, elles sont dans la nature des choses.

Ainsi, il faut bien adopter la division des actions en réelles, personnelles et mixtes : *aut in rem sunt, aut in personam*. Par l'action réelle, on poursuit le *jus in re*, et elle s'appelait vindication ; par la personnelle, on poursuit le *jus ad rem*, et elle s'appelait *condiction*.

Les Pandectes admettent des actions mixtes, qui tiennent de l'une et de l'autre.

La principale division des actions, dit Claude Serres, est en personnelles et réelles, et l'effet en est différent ; les actions personnelles sont celles qui sont attachées à la personne obligée, et passent contre ses héritiers ; on y conclut toujours à ce qu'elle soit condamnée à bailler ou à faire quelque chose, — *ad dandum vel faciendum*, comme dit Loysau sur le déguerpissement.

Les actions réelles, au contraire, sont celles qui suivent uniquement la chose sur laquelle on prétend avoir droit ou propriété, en quelque main qu'elle se trouve (\*), de sorte que l'action n'est jamais formée contre le possesseur qu'à raison de sa détention, et que s'il vient à l'abandonner ou à cesser de la posséder sans dol ni fraude, il se met, selon la Coutume de Paris, au titre des Actions Personnelles et d'Hypothèques, à couvert de l'action qui avait été dirigée contre lui.

Il ne faut pas confondre ensemble le déguerpissement et le délaissement par hypothèque.

D'abord, le déguerpissement n'a lieu qu'aux rentes foncières et charges réelles, tandis que le délaissement n'a lieu qu'aux simples hypothèques et aux rentes constituées.

Le délaissement se fait aux simples créanciers ; le déguerpissement, à celui qui a été seigneur, ou au bailleur de fonds.

Celui qui déguerpit ne quitte pas seulement la pos-

---

(\*) C'est ce que le droit romain exprime bien, en appelant ces actions *rei persecutoriae*, persécutoires de la chose.

cession, mais aussi la propriété, tandis que celui qui délaisse conserve la propriété jusque à ce que l'héritage soit adjudgé par décret. Et si celui auquel le déguerpissement est fait peut accepter et s'approprier l'héritage, celui auquel le délaissement est fait ne peut prendre l'héritage pour sa créance ; mais il est obligé de le faire adjudger.

Bien que notre Coutume appelle actions d'hypothèques les actions réelles, l'action hypothécaire des Romains, admise parmi nous, n'est qu'une espèce d'action réelle. " Puis donc, dit Heineccius, que les actions sur la chose naissent *ex jure in re*, et que le droit en la chose est l'effet du domaine plein, ou nu, ou de l'hérédité ou de la servitude (\*) ou de l'hypothèque, il suit qu'il y a tout autant d'espèces d'actions réelles."

L'action pétitoire s'appuie sur des titres de propriété ; on y conclut à ce que la propriété contentieuse soit déclarée nous appartenir.

Quant à l'action hypothécaire, elle est de deux sortes : hypothécaire proprement dite, ou contre celui qui a constitué l'hypothèque, et en déclaration d'hypothèque, contre le tiers détenteur d'un héritage hypothéqué.

Dans l'action hypothécaire contre le débiteur, on conclut à ce que le défendeur soit condamné à acquitter l'hypothèque, avec intérêt, s'il en est dû, si mieux n'aime délaisser l'héritage pour être vendu en la manière accoutumée, et aux dépens.

Dans l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, on conclut à ce que l'héritage soit déclaré affecté et hypothéqué à la dette, et à ce que le possesseur soit condamné à l'abandonner, au cas qu'il ne voudrait point acquitter l'hypothèque et droits échus depuis sa détention, et aux dépens.

Les actions mixtes tiennent à la fois de l'action réelle et de l'action personnelle. Celui qui intente une telle action revendique ce qu'il prétend lui appartenir, et soutient que la partie adverse est obligée person-

---

(\*) Claude Serres dit que, contrairement au droit romain, on considère comme personnelles ou mixtes les actions pour servitudes. On peut bien en dire autant de l'action hypothécaire. 1509

ellement à l'indemniser par rapport au gain, au dommage et aux impenses faites dans la chose dont il est question.

On conclut à ce que le défendeur nous restitue ce qui nous appartient, en quoi l'action est réelle, et à ce qu'il soit condamné à nous payer ce qu'il nous doit à raison de fruits ou de dommages, en quoi l'action est personnelle; et ce qui fait voir que l'action n'est pas purement réelle, c'est que le détenteur aurait beau abandonner, il ne se mettrait point à couvert de l'action personnelle de dommages.

On met au nombre des actions mixtes la pétition d'hérédité, l'action en partage d'une succession (*familix eriscundæ*), ou en partage d'une chose particulière indivise (*communi dividundo*), et l'action en bornage ou *finium regundorum*.

Cette division des actions est nécessaire à connaître dans l'usage, dit Claude Serres, parce que l'action réelle doit être intentée devant le juge du lieu où la chose contentieuse que l'on poursuit est située.

Mais Vinnius a prétendu, avec quelques autres, qu'elle peut aussi l'être devant le juge du domicile du défendeur à l'option du demandeur.

Le statut précité de George IV, au lieu de suivre Vinnius pour l'action réelle, donne cette option au demandeur pour l'action mixte, bien que Thévenau, Bornier, Serres et les auteurs soient unanimes à dire que l'action mixte, comme l'action personnelle, doit être exercée dans le domicile du défendeur, *ob vim personalitatis potiore*.

Les interdits des Romains ont aussi été imités dans les actions possessoires du droit français.

Les interdits, dit Heineccius, sont des actions extraordinaires et sommaires sur la possession.

Nous avons touché dans le titre de la Coutume touchant la division des biens, la différence qu'il y a entre le possessoire et le pétitoire.

Il y a, ajoute Heineccius, des interdits pour acquérir la possession, pour la conserver, pour la recouvrer.

“ Un interdit était une ordonnance spéciale du préteur rendue sur la demande et en présence des parties sans administration préalable d'aucune preuve

1. *Revue de* dit § M. Seligmann, juge suppléant à Meaux, et il  
*Legisla-* n'en mentionne que deux sortes.  
*tion de* “ Les interdits étaient de deux sortes, conservatoires  
Wollows- ou *retinenda possessionis*, et récupérateurs ou *recuperan-*  
ki *da possessionis causa*.

Les premiers s'accordaient à ceux qui avaient été troublés dans la possession sans l'avoir perdue tout-à-fait.

Il y avait deux interdits *retinenda possessionis*, — *uti possidetis*, pour les immeubles, et *utribi*, pour les meubles.

L'action appelée en droit *interdictum uti possidetis* est ce que nous appelons complainte, dit Pothier.

On peut cependant se plaindre pour universalité de meubles, selon la Coutume.

La réintégrande, dit encore Pothier, est une action possessoire par laquelle celui qui a été dépossédé par violence de quelque héritage, conclut à y être rétabli. On appelle en droit cette action *interdictum unde vi*.

L'article de la Coutume qui défend, en se plaignant, de cumuler le pétitoire avec le possessoire, est confirmé par le Code Civil, titre xviii, a. 5. C'est pourquoi, dit Pothier, lorsqu'une demande en complainte ou réintégrande a été formée, on ne peut point tenter de demande au pétitoire, c'est-à-dire, former aucune contestation sur la propriété de l'héritage ou du droit dont la possession est contestée, jusqu'à ce que l'instance sur le possessoire ait été entièrement terminée.

On a déjà dit que la maxime que les actions ne sont point nommées dans le droit français ne devait pas être prise trop à lettre ; et en effet, il est certain que nous avons encore l'action rescisoire, l'action redhibitoire, résultant des vices cachés de la chose, bien qu'elle se prescrive par neuf jours, tandis qu'à Rome elle durait un an ; l'action *negotiorum gestorum*, en dommages ou *in factum*, l'action *institorie*, que l'on a pour forcer le commettant d'exécuter l'obligation dont il a chargé quelqu'un à sa place.

On ne voit pas pourquoi nous n'aurions pas aussi l'action préjudicielle ou concernant l'état de la personne, par laquelle on repousserait, à raison de sa bêtise,

ardisé, un bâtard qui se serait mis en possession d'une hérédité, confessoire, pour réclamer une servitude, négatoire par laquelle, quand on est troublé par la prétention à une servitude, on assignerait le prétendant pour voir dire que notre héritage en est libre.

On entend parler de l'action *condictio indebiti* ; ne peut-on pas dire aussi bien *condictio certi* pour la demande dont l'objet est déterminé et liquide ?

On ne voit pas non plus pourquoi on ne dirait pas avec les Romains que les contrats unilatéraux ne produisent qu'une action, et les contrats bilatéraux deux, appelées directe pour chaque partie, si elles se sont obligées au même instant, tandis que, si l'une s'est obligée dès le principe, et l'autre seulement après coup, l'action contre la première partie s'appellera directe, et l'action contre la seconde, contraire.

Ainsi il y avait les actions directes et contraires *ex mutuo*, prêt de consommation, *ex commodato*, prêt à usage, *ex deposito*, *ex pignore*, *ex mandato*, *ex negotiorum gestione*, *ex tutela*.

Ces distinctions sont au reste nécessaires pour l'intelligence de Pothier.

Passons aux exceptions.

L'exception est un moyen de droit imaginé par le préteur romain pour tempérer la rigueur du droit.

Pothier dit que l'exception attaque moins le fond de la demande qu'elle ne tend à établir que le demandeur ne doit pas être reçu à la proposer.

Cela ne définit point l'exception ; pour nous, nous appelons défenses les moyens directs qu'on oppose à la demande, et exceptions, les moyens indirects.

Il y a deux espèces d'exceptions,—péremptoires et dilatoires.

Ces dernières se subdivisent en exceptions dilatoires proprement dites, et en exceptions déclinatoires.

Le but de l'exception péremptoire est de faire exclure la demande.

Les unes concernent la forme ; d'autres le droit.

Les exceptions péremptoires à la forme tendent à faire exclure de la demande à cause de quelque nullité dans la forme du bref ou de l'exploit de demande.

Elles doivent être proposées *a limine litis* et non après avoir défendu au fond.

Elles n'ôtent point l'action au demandeur, qui n'a, qu'à recommencer.

Les exceptions péremptoires en droit ou fins de non recevoir, sont celles qui, sans entrer dans le mérite de la demande, tendent à prouver que le demandeur n'y est point recevable, soit parce que le temps est écoulé, soit parce qu'il y a eu une transaction, etc.

Selon la loi VIII au Code, *de exceptione*, cette exception peut être opposée jusque au jugement exclusivement, parce qu'elle détruit la demande et que, selon le jurisconsulte, *actio exceptione infirmata pro nulla est*.

Les exceptions dilatoires, qui sont peut-être celles qui ont le plus d'analogie avec le *demurrer* anglais, tendent cependant uniquement à retarder la poursuite de l'action.

Cela s'entend également des déclinatoires.

Ces exceptions doivent donc être proposées *a limine litis*. Elles ne peuvent l'être après contestation en cause.

Celui qui en a plusieurs doit les proposer toutes par un même acte ; ce qui s'entend des dilatoires proprement dites, car si il y en a de déclinatoires, on peut les proposer séparément.

Il ne faut pas confondre avec l'exception déclinatoire la récusation de juge, qui s'y rapporte, mais qui est moins étendue, parce que le mot récusation ne s'applique ordinairement pas à tout le tribunal.

Le Code Civil ordonne au juge de s'abstenir s'il est intéressé directement ou indirectement, s'il est héritier ou présomptif, s'il est parent jusque au quatrième degré canonique en collatérale, si sa femme est parente d'une des parties ; s'il est membre d'un corps qui est partie au procès, s'il a des rapports notables d'amitié ou de haine avec un des collitigants, si l'un d'eux lui est soumis ; et s'il ne s'abstient pas, les parties peuvent le récuser avant contestation en cause ; ou en tout état de cause, si elles n'ont pas connu avant la cause de récusation.

Il faut aujourd'hui que le juge soit plus proche parent.

“ Dans toute cause, il n'y aura pas lieu à récusation à raison de parenté ou alliance de l'un des juges avec

"l'une des parties, à un degré plus éloigné que *consin-germain*," dit la section troisième du chapitre 81 des Statuts Réformés.

Il nous faut ici en venir quant aux plaidoyers préliminaires, les sections 73 et 74 du chapitre 83 de cette même codification.

"Lorsqu'un défendeur produit une exception à la forme, une exception declinatoire, ou une exception dilatoire, le demandeur pourra, avant d'y répondre, demander au défendeur son plaidoyer à l'action (\*) ou au mérite; et si le dit plaidoyer n'est point produit le huitième jour juridique après telle demande, le demandeur pourra forclure le dit défendeur du droit de produire aucun plaidoyer, et alors nulle contestation ne s'élèvera, excepte sur tel plaidoyer préliminaire, réservant cependant au défendeur le bénéfice du proviso de la troisième section quant à l'avis de l'inscription de la cause pour l'enquête ou pour l'audition.

"Pourvu toujours que lorsque le défendeur consent à produire un plaidoyer à l'action ou au mérite, les frais lui seront accordés s'il réussit plus tard sur le plaidoyer préliminaire; et que si la preuve est ordonnée sur tel plaidoyer préliminaire, l'enquête se fera en même temps sur le point soulevé par le plaidoyer à l'action ou au mérite, à moins que la cour en ordonne autrement, et si le défendeur réussit sur le plaidoyer préliminaire, les frais lui seront accordés sur la dite enquête."

"Pourvu aussi que si tel plaidoyer préliminaire est une exception dilatoire, et si le défendeur réussit sur icelui, tel défendeur, nonobstant la forclusion prise contre lui, pourra produire dans les délais voulus par la loi, son plaidoyer à l'action ou au mérite, comme si la forclusion n'avait pas été prise contre lui. (†)

"Et pourvu aussi que si telle exception dilatoire a trait au délai nécessaire pour la mise en cause d'un

---

(\*) Une exception est ou peut être un plaidoyer à l'action.

(†) Pourquoi alors la cour accorderait-elle la forclusion en cas d'exception dilatoire, puisqu'elle est non avenue ?

garant, tout tel garant, après la mise en cause pourra, s'il en a le droit, produire dans les délais voulus, tout plaidoyer qu'il pourra aviser à articuler à l'encontre de la demande originaire, soit que le défendeur originaire ait plaidé à telle action, soit qu'il ne l'ait point fait."

Ces dispositions sont de M. le Procureur-Général Cartier, auquel elles ont mérité des critiques comme légiste.

L'exception dilatoire a lieu pour faire inventaire et délibérer, pour appeler garant. Mais si c'est pour appeler garant formel, c'est plutôt une exception péremptoire.

La matière de la garantie se rapporte donc à celles des exceptions.

La garantie, en général, est l'obligation de défendre une personne de quelque action.

Il y a deux espèces de garantie,—la garantie simple et la garantie formelle.

La garantie simple est celle qui a lieu dans les actions personnelles, qui résultent de l'obligation qu'une personne a contractée d'acquitter quelqu'un en tout ou en partie d'une dette dont ce dernier était tenu envers un tiers, et dont il est poursuivi.

La garantie formelle a lieu dans les actions réelles et hypothécaires qui résultent de l'obligation qu'une personne a contractée envers une autre de lui assurer la possession d'un héritage et de le défendre de tout trouble, comme le vendeur vis-à-vis de son acheteur.

Pour pouvoir demander la garantie formelle, il faut jouir *titulo domini* ou comme usufruitier.

Un locataire ou fermier, assigné pour délaisser, n'a qu'à indiquer au demandeur le nom de son bailleur, pour qu'il agisse contre lui.

Selon l'article premier du titre VII du Code Civil, le défendeur peut assigner son garant tant formel que simple en quelque lieu qu'il soit demeurant, pardevant le juge devant lequel il est lui-même assigné, pour qu'il soit tenu d'y défendre ou de l'acquitter.

Et l'acte de la 41<sup>ème</sup> Geo. III, chap. 7, déclare que dans les actions en garantie simple ou formelle, un bref de sommation peut être émané de la cour où l'action originaire a été intentée, adressé au shériff du district

où se trouve le garant, pour le sommer de venir répondre à l'action intentée contre le défendeur.

Le garant formel assigné, qui reconnaît être garant; doit prendre fait et cause pour le défendeur; et celui-ci, s'il le requiert, doit être mis hors de cause.

Le garanti mis hors de cause, peut néanmoins veiller à la défense par son avocat. †

† *Code Civil*, T. VIII, A. 16.

En garantie simple, le défendeur garanti ne peut se faire mettre hors de cause, étant tenu personnellement envers le tiers. Seulement, il fait intervenir son garant, qu'il met en cause.

L'exception de discussion des auteurs de pratique, que pouvait opposer le tiers-détenteur assigné en action hypothécaire, n'a point lieu ici, parce qu'en vertu de l'Ordonnance des Bureaux d'Hypothèques, toutes nos hypothèques sont spéciales.

Elle avait lieu en France, parce que l'hypothèque générale et spéciale se pouvait cumuler en une seule obligation, et qu'en ce cas, le créancier ne pouvait pas s'attaquer aux biens de son débiteur passés en main-tierce qui n'étaient hypothéqués que généralement, qu'il n'eût préalablement discuté ceux qui lui étaient hypothéqués spécialement. Et encore avait-on fini par éluder l'exception de discussion par la clause des actes notariés, *sans que l'hypothèque spéciale déroge à la générale, ni la générale à la spéciale.*

Si nous passons maintenant aux défenses proprement dites, le défendeur a huit jours pleins pour défendre à la déclaration, et le demandeur, autant pour répliquer, et ainsi de suite, est-il dit pour chaque plaidoirie accordée par la loi.

« Qu'est-ce à dire ? »

L'usage des dupliques, tripliques etc., est aboli par l'article 3 du titre XIV du Code Civil, *ut sit finis litium.*

Si le défendeur ne produit point de défense dans les délais, il peut être mis en demeure, et trois jours juridiques après la mise en demeure ou l'avenir, le demandeur peut le forclaire, ce qu'il fait en produisant (*vulgo filant*) le rapport du service de la mise en demeure et en demandant au procureur un acte de conclusion que celui-ci accorde, sans aucunes formalités.

ni notice à celui qui est forclos, qui n'a droit qu'à un jour plein de notice de l'inscription de la cause pour l'enquête.

C'est le lieu d'expliquer la différence qu'il y a entre une cause par défaut et une cause *ex parte*.

Si le défendeur assigné ne comparait pas par son avocat ou lui-même, comme les lois de judicature le lui permettent, l'avocat adverse ou procureur inscrit sa cause comme cause par défaut. Le demandeur n'a qu'à assermenter sa réclamation en cour, et sur ce, obtient jugement tant pour les dépens que pour sa réclamation.

De même, si le défendeur ayant comparu, le demandeur ne poursuit pas sa demande, le défendeur obtient ses frais contre lui.

Outre le défaut, il y a la procédure proprement *ex parte*, qui semble dater ici de l'acte 41 Geo. III, chap. 7.

La cause est par défaut quand le défendeur ou son procureur ont comparu, mais qu'il n'a point été produit de plaidoyer. Alors, si étant mis en demeuré, il ne le produit point dans le délai, la cause peut être inscrite *ex parte*, c'est-à-dire que le demandeur est admis à procéder seul, sans que l'autre puisse procéder de son côté, faire entendre des témoins, etc. Mais il doit avoir notice de l'inscription de la cause pour l'enquête, et bien qu'il ne puisse pas lui-même produire de témoins, son procureur a droit de venir transquestionner les témoins de la partie qui procède *ex parte*.

Outre la défense à la demande intentée contre lui, le défendeur peut aussi former des demandes contre le demandeur, et c'est ce qu'on appelle demandes incidentes, ou, en terme de Coutume, *reconvention*.

Nos Règles de Pratique exigent que toute demande incidente soit produite en même temps que la défense.†

L'article 106 de la Coutume dit au reste : " Reconvention n'a lieu en cour laïe si elle ne dépend de l'action ;" ce qui a lieu, dit Coquille, de peur qu'on n'élude par des longueurs une action très simple en elle-même.

Qu'est-ce que l'*intervention* ?

L'*intervention* est un acte par lequel un tiers demande à être reçu partie intervenante dans une in-

tauce, soit pour s'y joindre au demandeur et poursuivre la même chose, ou quelque chose de connexe ; soit pour se joindre au défendeur et combattre avec lui la demande qu'il a intérêt de repousser.

On peut intervenir avant ou après contestation en cause, — soit en cause principale, ou d'appel. †

† Code  
Civil Tit  
II, A. 23

Quand est-ce qu'il y a contestation en cause ?

La Coutume de Paris a à ce sujet un article incobérent ou obscur tout au moins.

Selon l'article 13 du titre xiv du Code Civil, " la cause sera tenue pour contestée par le premier règlement, appointement ou jugement qui interviendra après les défenses fournies : " *cum judex, per narrationem negotii, causam audire cæperit*, dit la loi première au Code, de *litiscontestatione*.

Je crois que les Anglais ont quelque chose de mieux défini dans leur *issue joined, a point which is affirmed on one side and denied on the other*, dit Jacob. Aussi se sert-on dans les Statuts Refondus des mots *contestation liée*.

L'intervention se faisait par requête, selon le Code Civil ; mais, par nos lois de judicature, on loge une intervention au bureau du protonotaire.

L'intervention logée suspend pour trois jours les procédés dans la cause.

Dans cet intervalle, l'intervention doit être signifiée aux parties et rapportée, c'est-à-dire le rapport (return) fait au bureau du protonotaire.

Si non, la demande en intervention sera nulle *ipso facto*, et l'acte de rapport non fait obtenu du protonotaire par aucune des parties et logé par elle, aura la force d'un jugement de nullité.

On instruit différemment une cause, suivant les cas.

Si la demande ou la défense sont fondées sur des écrits sous seing privé, et que les personnes assignées ne veuillent point reconnaître la signature, de droit commun le juge en ordonne la vérification par comparaison des écritures.

On a vu dans la troisième partie des Obligations les changements que la loi de judicature Cartier fait à cet usage, pour les causes *ex parte* particulièrement.

Si elles le sont sur des actes qu'on dit être en la pos-

session de tiers qui ne veulent pas les communiquer, ou ne le peuvent point sans une ordonnance du juge, celui-ci en ordonne ou peut ordonner le compulsoire.

Lorsque la contestation roule sur l'état de la chose contentieuse, il ordonne une visite d'experts, s'il n'y a pas lieu à une descente de juge.

Quand un fait contesté entre les parties donne lieu à une visite d'experts, les parties doivent en nommer, et à leur défaut, le juge en nomme *ex officio*.

Si les experts nommés n'ont pas été récusés, ils sont assermentés et procèdent à leur visite.

Les experts, de retour chez eux, font leur rapport en commun, s'ils sont du même avis ; si non, ils le font séparément.

Le rapport est mis au greffe pour attendre l'homologation que le juge accorde, après avoir entendu néanmoins les raisons que les parties pourraient avoir à opposer.

S'il approuve ces raisons, il ordonne une seconde visite.

Le meilleur moyen à opposer contre le rapport d'un expert, est celui de l'autre expert, auquel cas le Code Civil veut que le juge nomme un tiers-expert.

Quand les deux experts font un seul rapport, les parties ne peuvent en demander un nouveau, à moins qu'il ne soit pas concluant.

Ilors du cas où il est nécessaire que le juge voie par ses yeux, il ne doit point faire de descente, dit l'article 1er du titre xx du Code Civil.

Lorsque la décision de la cause dépend de faits avancés par l'une des parties et niés par l'autre, on permet d'en faire la preuve par enquête.

D'autres fois, une partie, pour se procurer par les aveux de la partie adverse la preuve qu'elle cherche, demande qu'elle soit interrogée sur faits et articles.

“ Permettons aux parties de se faire interroger, ” dit l'article 1er du titre x du Code Civil.

Parlons d'abord de l'enquête ; nous parlerons ensuite des interrogatoires sur faits et articles.

On a vu, dans la troisième partie des Obligations, quand la preuve testimoniale est admise, et à quel montant.

La prémice de la déposition de chaque témoin doit contenir, suivant l'article 14 du titre xx, le nom et surnom du témoin, son âge, sa qualité, sa demeure ; s'il n'est pas serviteur, *parent ou allié* (\*) de l'une ou de l'autre des parties.

Tous les renvois doivent être signés par le commissaire enquêteur et le témoin, s'il sait signer. †

L'article 16 veut que la fin de la déposition contienne, 1o., que la déposition a été relue au témoin ; 2o., qu'il déclare qu'elle contient la vérité et qu'il y persiste ; 3o., qu'il signe ou déclare ne savoir signer. On dit que le juge Badgley a donné le signal de ne point regarder comme fatal l'oubli de quelque une de ces formalités !

Le Code Civil veut, sur chaque fait, la déposition de deux témoins irréprochables ; il permet d'en faire taxer jusque à dix, et d'en faire entendre davantage, sans frais.

On reprochait les témoins soit comme parents, soit comme intéressés.

Les religieux profès, les femmes sont admis sans difficulté comme témoins à l'enquête.

Il est répété dans notre troisième partie des Obligations, qu'il faut deux témoins pour établir un fait ; il n'y avait point encore de loi passée au contraire, et nous ne nous serions certes pas attendu à ce qu'on fit une loi de la sorte. Un seul témoin suffit cependant au civil, par la loi de judicature Cartier, comme c'était le cas déjà en fait de commerce. Ce n'a pu être que dans un très mauvais moment que le procureur-général a implanté ici cette anomalie britannique. " La raison exige deux témoins, dit Montesquieu, parce qu'un témoin qui affirme, un accusé qui nie font un partage ; et il faut un tiers pour le vider."

" Voici la troisième fois que je suis prêt à vous aller voir ; sur le rapport de deux ou de trois témoins, toute affaire sera décidée," écrivait Saint-Paul aux Corinthiens. Le sens de la maxime romaine *testis unus, testis nullus*, est donc aussi le sens commun.

---

(\*) *Vide infra.*

† Tit.  
XXII. A  
18.

L'Acte 41 Geo. III conservait le reproche pour parenté, du moins jusqu'au degré de cousin-germain; ajoutez que le procureur-général le fait disparaître entièrement, si ce n'est entre mari et femme, parce qu'ainsi le veut le sens britannique.

Si une partie qui ne peut prouver ni par écrits ni par témoins cherche la preuve des faits dans les réponses de son adversaire, les faits et articles doivent être pertinents, c'est-à-dire sur les faits dont dépend la décision de la cause.

L'article 3 du titre x du Code Civil veut qu'on signifie les faits et articles à la partie que l'on veut faire interroger; mais les procureurs ne signifient que quelques articles banaux, et cet usage dérisoire s'est invétéré.

L'interrogatoire se fait dans la juridiction où l'affaire est pendante, ou dans une autre juridiction, au moyen d'une commission rogatoire selon l'article 1er.

Nos lois de judicature conservent les commissions rogatoires, mais en leur substituant toutefois, au gré de la cour, l'enquête, le serment décisive et les interrogatoires à prendre ou à faire en aucun lieu que ce soit, en vertu d'un simple ordre, accompagné de la transmission du record au protonotaire ou clerc du lieu où ces procédés doivent avoir lieu.

Les commissions rogatoires ont donc plutôt lieu pour l'étranger, d'autant plus que nous avons encore par nos nouvelles lois de judicature les délégations et les évocations.

On trouve dans les *Extraits de Perrault*, des commissions rogatoires adressées par le Conseil Supérieur de Québec au Parlement de Bordeaux et à d'autres juridictions. Le cas le plus récent est celui du 28 août 1849, dans la cause des Etats-Unis d'Amérique *versus* George R. Holmes *et alii*. On présenta aux juges du Banc de la Reine une requête en ce genre.

La cour de circuit du second circuit des Etats-Unis dans le district de Vermont avait adressé au nom du président, à aucun juge ou tribunal ayant juridiction civile à Montréal, une commission rogatoire certifiée par le juge en chef de la cour suprême des Etats-Unis, réquérant l'émanation d'un bref qui obligerait des té-

moins à venir déposer devant cette commission, afin que leurs témoignages pussent être rapportés devant la dite cour de circuit.

La requête demandait qu'il plût aux juges de donner effet à la dite commission rogatoire en ordonnant aux témoins de comparaître ; lequel ordre était requis pour pouvoir adopter des procédés compulsoires dans le cas où il refuserait de venir rendre témoignage.

A l'appui de la requête, l'avocat cita : *Greenleaf on Evidence*, vol. 1 sec. 323, où la nature et l'utilité d'un tel writ sont exactement expliquées, et où on trouve dans les notes, une formule semblable à celle qui a été adoptée dans cette cause, aussi le *Nouveau Denizart* verbo *Commission*, où il est dit que les cours de France ne conféraient pas seulement cette autorité aux tribunaux étrangers, mais qu'elles acceptaient et exécutaient ces commissions quand on les leur adressait. Aussi la cause de *Clay vs. Stephenson*, où fut émanée une commission rogatoire de la cour du banc de la reine à Westminster adressée à une cour de Hambourg.

*Jugement* :—Ordonné que les témoins comparaissent ainsi que demandé.

M. Cross pour les requérants.

Depuis la loi de judicature LaFontaine (section 89) on peut faire interroger sur faits et articles même dans les affaires commerciales.

Si la partie qu'on veut faire interroger ne comparait point, elle doit faire présenter une *excoine* ou certificat comme quoi elle ne peut venir, sur quoi le juge peut ordonner qu'elle soit interrogée chez elle.

Si elle comparait, le commissaire l'assermente et fait rédiger ses réponses par un clerc.

Si elle refuse de comparoir ou de répondre, bien que les articles aient été déclarés pertinents, les faits sont tenus pour avérés et confessés. †

Le demandeur ne peut sincoper ou diviser, c'est-à-dire qu'il ne peut admettre une partie de la déposition et rejeter l'autre. † A. 4.

Il y a peu à dire ici des jugements interlocutoires et appointements du droit français, qui sont remplacés dans la plupart des cas, par les règles ou ordres de cour

de la procédure anglaise, lesquelles s'obtiennent sur des motions. Nous n'entendons guères parler que du délibéré.

Il y a quelquefois des causes que la cour renvoie devant les avocats des parties ou devant quelques autres pour qu'elles soient terminées par leur avis.

La partie qui en poursuit l'exécution, le signifie et donne un avenir pour le voir homologuer. Nous avons vu feu le bâtonnier Feltier, notre patron, décider ainsi une cause.

Il y a des motions de routine (of course) et des motions qu'il faut proposer à la cour;—des règles absolues, et des règles *nisi*.

Jacob définit la motion : *an occasional application to the Court, by the parties on their counsels, in order to obtain some rule or order of Court, which becomes necessary in the progress of a cause.*

“ A motion is either for a rule absolute in the first instance, which is sometimes moved in open Court, and sometimes merely drawn up or a Motion-paper signed by counsel, and delivered to the clerk of the Rules : or it is only for a Rule, to shew cause, or as it is commonly called A Rule nisi, i. e. unless cause be shewn to the contrary ; which is afterwards moved to be absolute.”

L'article 58 des *Règles de Pratique* énumère un nombre de motions qu'il n'est pas nécessaire de faire en cour ; entre autres, pour obtenir un rapport du shériff, pour demander un jury, pour obtenir une expertise, pour confirmer ou infirmer le rapport d'experts, pour discontinuer une action en payant les frais ou pour produire un *retraxit*, pour faire homologuer un rapport de distribution, etc., etc.

Toute motion, non de routine, (founded on special matter) doit être motivée. (A. 57.)

Il faut toujours que celui qui a une motion à faire en donne un jour plein de notice à sa partie, si ce n'est dans les cas suivants : pour jugement en conséquence d'une confession de jugement ou d'un verdict ; pour déferer ou référer le serment décisoire, pour faits et articles, pour que la cour donne acte de quelque chose.

Les motions se font de la part du demandeur ou du

Jéfendeur, pour les objets susmentionnés, pour amender, pour substituer procureur, etc.

Lorsque pendant le cours d'une instance, qui n'est pas encore en état d'être jugée, l'une des parties vient à mourir le procureur du défunt ne peut plus procéder, parce qu'il est de maxime que le mandat finit par la mort, si elle est connue.

Et le procureur de l'autre partie ne peut plus procéder contre celle dont on lui a signifié la mort, selon les articles 2 et 3 du titre xxvi du Code Civil.

L'article 2 porte de plus que, si la cause n'est pas en état d'être jugée, les procédures faites depuis le décès de l'une des parties sont nulles s'il n'y a reprise d'instance.

Il doit aussi y avoir reprise d'instance dans le cas d'une fille usant de ses droits, poursuivante, et qui se marie, parce qu'elle n'a plus *legitimam standi in judicio personam*. Le mari doit donc reprendre l'instance avec elle.

Son procureur, qui connaît son mariage, ne peut donc plus procéder, ni le procureur adverse à qui il a notifié le changement d'état.

Il en est encore ainsi si une personne qui est dans une instance *ès* qualité, vient à perdre cette qualité.

Une instance n'est pas interrompue seulement par la mort, le changement d'état ou de qualité, mais aussi par la mort de l'un des procureurs, ou lorsqu'il cesse de pouvoir fonctionner comme tel, dit Pothier; et selon lui, il faut reprendre l'instance. Il paraît qu'on se borne ici à faire une motion pour substitution de procureur.

L'article 22 des *Règles de Pratique* porte que quand une partie cesse d'être représentée par un procureur, elle peut être contrainte par règle de cour à en substituer un nouveau.

Par le 21<sup>ème</sup>, un procureur qui a comparu pour une partie ne peut lui retirer ses services sans permis de la cour; et selon le 20<sup>ème</sup>, on ne peut pas même changer de procureur sans permis, dans le cours d'une instance, ce qui déroge aux règles du contrat de mandat.

La reprise est volontaire ou forcée.

La reprise volontaire est la déclaration que font les

héritiers ou autres successeurs universels, qu'ils reprennent l'instance dans laquelle le défunt était partie, et entendent la poursuivre.

Pothier pense que les successeurs à titre singulier ne peuvent qu'intervenir.

Le mineur, devenu majeur, doit reprendre l'instance commencée par son tuteur, — des administrateurs, l'instance commencée par leurs prédécesseurs.

La reprise devient forcée, par exemple, lorsque les héritiers ne reprennent point l'instance, et qu'on les force à le faire par une règle de cœur.

On ne peut probablement pas les contraindre de le faire avant les délais pour faire inventaire et délibérer.

S'ils rapportent une renonciation, il faut faire nommer un curateur et l'assigner en reprise.

Parlons maintenant de la péremption d'instance.

Elle a lieu en instance d'appel, comme en première instance.

La discontinuation de procédures pendant trois ans périmé et éteint l'instance, et met les choses au même état que si on n'avait jamais procédé, en vertu de la loi romaine *properandum* au Code de *judiciis*; mais elle n'éteint pas l'action, du moins directement.

Nous disons du moins directement, car on ne pourrait plus recommencer si le temps qu'on a pour intenter l'action était expiré; car l'instance qu'on a donnée étant périmée et ne subsistant plus, elle ne peut pas interrompre la prescription de l'action, et il arrive par là que la péremption, en détruisant l'instance, peut détruire indirectement l'action.

La péremption, paraît-il, n'a point lieu de plein droit; et si elle n'est pas demandée à temps, l'autre partie peut la couvrir par quelque acte de procédure. (Pothier.)

A plus forte raison la péremption est-elle couverte par quelque acte de procédure de la part du défendeur qui pouvait opposer la péremption.

Barthole, Brodeau et Pothier enseignent que les actes probatoires, tels qu'enquête, rapports d'experts, etc., faits dans l'instance périmée, peuvent servir dans la nouvelle, s'il est encore temps d'intenter l'action.

En Canada, il ne peut guères y avoir péremption

d'une instance d'appel, parceque, d'après la loi de judicature, l'appel qui n'est point poursuivi efficacement est censé péri.

L'appel est le recours d'une partie au juge supérieur, contre les torts ou griefs qu'elle prétend lui avoir été faits par les juges inférieurs.

La Cour Supérieure est ici une Cour d'Erreur quant aux évocations; mais il n'y a que la Cour du Banc de la Reine qui soit proprement Cour d'Appel; encore, si l'objet en litige s'élève à plus de cinq cent louis sterling, peut-on appeler finalement devant le Conseil Privé d'Angleterre.

Pour pouvoir appeler, il faut donner caution, et on ne peut appeler après l'an écoulé, à moins qu'il ne s'agisse de jugemens affectant les droits des mineurs, des femmes, des absents ou des personnes en démence.

Pouvons-nous, en Canada, nous pourvoir contre les jugemens portés en dernier ressort par la voie de la prise à partie ou de la requête civile?

Ni l'une ni l'autre ne paraissent usitées; nous dirons néanmoins un mot de la requête civile, d'autant que la loi de judicature la mentionne en parlant des causes *ex parte*.

La section 86 du chapitre 83 des *Status Refondus*, après avoir dit que, dans les actions *ex parte* sur lettres de change ou billets, la signature sera présumée vraie, ajoute au paragraphe troisième de la dite section:

“ Mais rien de contenu dans cette section ne préjudiciera à tout recours en faux ou tout recours par requête civile après jugement, si telle signature est contrefaite.”

La requête civile, dit Pothier, est une voie extraordinaire de se pourvoir en certains cas contre les arrêts et jugemens en dernier ressort, pardevant le juge qui les a accordés. Ces cas sont:

1o., Le dol personnel de la partie en faveur de qui le jugement a été rendu; par exemple, si j'offre à prouver qu'elle a corrompu mon procureur, qu'elle a empêché, par mauvaise manœuvre, que la signification de l'arrêt rendu par défaut contre moi parvint à ma connaissance; s'il y a eu des pièces décisives détenues par son fait, etc.

2o., Si le jugement a été rendu sur pièces fausses.

3o., Si le jugement a été rendu sur choses non-demandées et non-contestées.

4o., S'il a été adjugé plus qu'il n'a été demandé. En effet, *sententia debet esse conformis libello; et potestas iudicis, ultra id quod in iudicium deductum est, nequam potest excedere.*

“ Il y a, dit Férière, deux manières de se pourvoir contre une obligation ou autre pièce que l'on prétend fausse ; — le faux principal et le faux incident.”

“ Faux principal est celui qui s'intente directement contre un particulier avec lequel on n'est point en procès, et qui a par devers lui une obligation ou une pièce dont il pourrait se servir contre nous, que nous prétendons être fausse et que nous voudrions faire déclarer telle.

“ Faux incident est celui qui s'intente dans le cours d'une procédure, à l'effet de détruire ou de faire déclarer fausse une pièce dont la partie adverse prétend se servir dans la cause principale.”

Le chapitre xvi des Règles de Pratique indique comment on doit s'inscrire en faux.

On commence par une motion à la Cour, et l'avocat qui la propose doit produire une copie authentique du mandat qu'il a eu de la proposer contre tel ou tel *exhibit* contenu dans le record. (\*)

La partie qui a produit l'*exhibit* argué de faux déclarera, dans un délai fixé par la Cour, si elle persiste à vouloir s'en prévaloir.

Si elle ne le fait, la Cour, sur motion du demandeur en faux, pourra ordonner que l'*exhibit* en question soit retiré du record.

Il sera de même retiré du record, si la partie déclare renoncer à s'en prévaloir.

Si elle déclare vouloir s'en prévaloir, mais qu'elle néglige dans le délai indiqué par la cour, de l'apporter au greffe du protonotaire la minute de tel *exhibit*; s'il en

---

(\*) On appelle *Liste d'Exhibits* la suite des écrits qui, selon le chapitre VI des *Règles de Pratique*, sont produits à l'appui d'une déclaration, d'une opposition.

existe, l'exhibé sera encore retranché comme dessus.

Deux jours après que le demandeur en faux aura eu signification de la production de la minute, le dit demandeur logera sous sa signature ou celle de son procureur *ad lites* son inscription en faux, en contenant tous les moyens, et en fera signifier copie au procureur de sa partie.

A défaut de quoi, l'inscription de faux pourra être mise de côté par la cour sur motion du défendeur en faux.

Une fois les moyens de faux produits et signifiés, le défendeur en faux peut produire une motion pour qu'ils soient déclarés *irrélevants* et inadmissibles.

Sur ce, la cour juge *pro or con*.

Si elle les juge admissibles, elle assigne au défendeur un délai pour défendre.

Immédiatement après le jugement interlocutoire qui déclare les moyens admissibles, l'une ou l'autre des parties peut faire motion qu'il soit dressé un procès-verbal descriptif de l'exhibé argué de faux en présence de la partie adverse ou de son procureur *ad lites*.

Si le défendeur en faux ne défend pas dans le délai assigné par la cour, le demandeur pourra procéder *ex parte*.

Si, au contraire, le défendeur produit sa défense, le demandeur pourra produire une réponse spéciale dans les deux jours.

L'une ou l'autre des parties peut inscrire la cause sur le Rôle d'Enquête.

Et une fois l'enquête close, elles peuvent l'inscrire pour audition finale, ou au Rôle de Droit, manière usuelle de procéder dans la plupart des causes, nos Règles de Pratique distinguant la défense en fait et les défenses en droit ou au fond en droit.

Nous terminerons ce titre en parlant des exécutions, saisies, etc.

“ Faute par le créancier de satisfaire à la demande, dit l'*Extrait des Messieurs*, l'huissier doit procéder par voie de saisie et arrêt pour les meubles, et de saisie réelle pour les immeubles appartenant au débiteur.”

Lorsqu'une partie a été condamnée à payer une certaine somme par un jugement dont il n'y a point d'ap-

pel, celui au profit de qui il a été rendu peut procéder par voie d'exécution, après signification du jugement au procureur de la partie adverse, disent les auteurs ; et si cela n'est pas absolument nécessaire aujourd'hui, c'est du moins la manière régulière de procéder.

L'article 2 du titre 33 de l'Ordonnance ou du Code Civil, et l'article 166 de la Coutume, disent qu'on ne peut procéder par voie d'exécution que pour une dette claire et liquide, ce qui doit peu nous occuper puisque, en vertu de nos lois d'hypothèques, les sentences doivent adjuger un *quantum* fixe et déterminé.

Les anciennes lois disent qu'il faut un titre exécutoire, parcequ'en France, et en Canada, sous les Français, il n'y avait pas que les jugements qui fussent des titres exécutoires.

Les actes notariés étaient exécutoires en France, du moins à certaines conditions.

“ Une obligation faite et passée sous le scel royal et authentique est exécutoire sur les biens meubles et immeubles de l'obligé,” dit l'article 164 de la Coutumes

Le sens de cet article dit l'*Extrait des Messieurs*, est que les contrats passés par devant notaires étant scellés, du sceau de la juridiction, ont la même force que la sentence du juge, et sont exécutoires dans le ressort de la juridiction du sceau de laquelle ils sont munis. Tel contrat revêtu comme on vient de le dire s'appelle un titre paré, ou qui porte exécution parée.”

On appelait scel non royal et authentique le sceau des juridictions subalternes et seigneuriales.

Mais l'article 164 de la Coutume est en désuétude, et les actes notariés ne sont jamais exécutoires en Canada.

Notre législature ne sait point à quoi s'en tenir sur la liste des effets qui doivent être exempts de saisie, qu'elle change à toutes les sessions.

Par la section 3ème du chapitre 85 des Statuts Refondus, ce sont :

1o. Le lit, la literie et les couchettes à l'usage ordinaire du débiteur et de sa famille.

2o. Les vêtements ordinaires du débiteur et de sa famille.

3o. Un poêle et son tuyau, une cheminée et ses

accessoires et une paire de chenets, un assortiment d'ustensiles de cuisine, une paire de pincettes et une pelle, une table, six chaises, six couteaux, six fourchettes, six assiettes, six tasses à thé, six soucoupes, un sucrier, un pot au lait, une théière, six cuillères, tous rouets à filer et métiers à tisser destinés aux usages domestiques, dix volumes, une hache, une scie, un fusil, six pièges, et les rets et seines de pêche ordinairement en usage.

40. Tout combustible, viande, poisson, farine et légumes nécessaires, destinés à l'usage de la famille, pas plus que suffisants pour la consommation ordinaire du débiteur et de sa famille pendant trente jours et n'excédant pas en valeur la somme de quarante piastres.

Mais le mot *vingt* est substitué au mot *quarante* dans l'acte 24 Vic. chap. 27.

50. Une vache, quatre moutons, deux cochons et leur nourriture pendant trente jours.

60. Les outils ou instruments ou effets ordinairement employés dans l'exercice du métier du débiteur, jusqu'à concurrence de la valeur de soixante piastres (*trente* dans l'acte 24 Vict.)

70. Mais rien de contenu dans cette section n'empêchera de saisie en paiement d'une dette contractée pour tel même article, aucun des effets énumérés aux paragraphes 3, 4, 5 ou 6 de cette section.

80. Le débiteur pourra choisir, sur tout plus grand nombre de la même espèce, les effets particuliers qui seront exempts de la saisie.

L'huissier a qualité pour recevoir la somme due, et libère le débiteur par sa quittance.

Pothier dit qu'un créancier peut saisir les biens d'un débiteur partout où ils se trouvent, mais cela ne s'applique guères sans doute qu'au locateur dans les huit jours, car pour le créancier en général, les articles 171 et 176 de la Coutume exigent qu'il soit bailleur ou vendeur sans terme.

L'exploit de saisie doit contenir 10. le détail des effets saisis, 20. les noms et surnoms, matricule et demeure de l'huissier, 30. mention de la partie saisissante, 40. de la partie à qui copie a été laissée, 50. les jours,

† Code  
Civil, Tit.  
XXXIII,  
A. 8.

mois et an, avant ou après-midi, et le nom et domicile du gardien établi à la saisie. †

L'article 13 du titre 19 défend d'établir gardiens le saisi lui-même ou ses parents ou domestiques ; mais il faut voir ce que nous disons plus bas de la saisie-gagerie.

L'huissier ne peut pas non plus établir ses propres parents gardiens, mais il peut établir un de ses deux records, s'il en a, car le Procès-Verbal de Remontrances du Conseil Supérieur sur le Code Civil exempte l'huissier d'avoir des records.

Le saisissant ne peut pas non plus être gardien.

Le shériff est en quelque sorte gardien des effets qu'il saisit.

Le shériff ou l'huissier doit adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur.

Le Code Civil et la section 7 du chapitre 85 des Statuts Refondus défendent aux shériffs, coronaires ou huissiers de se porter adjudicataires.

Faute par l'adjudicataire de retirer ses effets et de payer, ils peuvent être vendus à sa folle-enchère.

La saisie-gagerie qui a lieu sans jugement, est un acte par lequel le propriétaire d'une maison, met sous la main de la justice les meubles du locataire.

Cette saisie tient de la nature du simple arrêt, car il faut que le saisissant fasse ordonner la vente par le juge ; et Dusébe de Laurière ne les distingue point ; mais elle diffère des autres saisies en ce que le locataire même peut être constitué gardien, et est tenu par corps de représenter les meubles.

S'il ne le fait pas on peut prendre contre lui une règle de cour.

Le propriétaire de meubles qui en a perdu la possession, peut, sur requête, obtenir du juge permis de saisir et arrêter ses meubles en quelques mains qu'ils soient : c'est ce qu'on appelle saisie revendication.

L'huissier assigne le possesseur actuel, et arrête jusque à ce qu'il soit statué par la cour.

On demande en quoi diffèrent la saisie exécution et la saisie réelle ?

L'exécution signifie proprement la saisie des choses mobilières pour en poursuivre la vente.

La saisie réelle est proprement la saisie des immeubles, afin d'en poursuivre la vente et d'être payé sur le prix.

Mais s'il y a des oppositions, les deniers devront être laissés à la justice jusque à ce qu'elles soient jugées, et ils ne seront distribués que sur un ordre de la cour et selon qu'elle aura colloqué.

Malgré la distinction que nous venons d'établir, les Statuts Refondus emploient aussi le mot exécution pour les immeubles, et cela s'explique sans doute par l'adoption de la terminologie anglaise, *feri facias de bonis, feri facias de terris*.

“Lorsque les immeubles sont saisis par le shériff en vertu du bref d'exécution, il en annoncera la vente par trois différentes fois dans la *Gazette du Canada*, pour être procédé à la vente à un jour fixé après l'expiration de quatre mois du jour de la date de la première annonce; et si la saisie est faite dans une paroisse, il publiera la dite vente à la porte de l'église de la paroisse où seront situés les biens, immédiatement après le service divin, pendant trois dimanches consécutifs qui précéderont la vente, et fera afficher une copie de la dite annonce à la porte de l'église,—excepté que les terres et bâtimens dans la cité, la ville ou autre chef-lieu où se tient le bureau du dit shériff, ou dans la banlieue, si aucun il y a, de tel endroit, pourront être vendus comme ils l'ont été ci-devant d'une manière légale, au bureau du shériff.”

Dans l'annonce susdite, le shériff donne de plus avis aux personnes qui ont des droits ou prétentions sur tels immeubles.

Selon le droit romain on ne pouvait saisir réellement avant d'avoir discuté les meubles. Nos lois de judicature, à partir de l'acte de 1796 sur la procédure, jusque aux Statuts Refondus, ne vont pas jusque là mais elles portent qu'on ne peut sans cela vendre, ne prenant sur les immeubles que pour parfaire; car autre chose est saisir et vendre, et c'est la distinction qu'il faut faire ici, entre les brefs de *feri facias* et de *venditioni exponas*: l'un signifie la saisie et l'autre la vente.

Audessous de quarante piastres, l'exécution ne sort

que contre les meubles ; il en est autrement audessus de quarante piastres et dans les actions hypothécaires.

L'adjudicataire doit payer sur le champ ;

Néanmoins si, sur information, l'acquéreur découvre des hypothèques que le décret ne purge point selon la loi des Lettres de Ratification, il peut obtenir de la cour permis de retenir entre ses mains sur le prix d'acquisition par décret une somme suffisante pour payer ces hypothèques quand elles seront légalement exigibles. Il donnera toutefois caution au shériff.

Par le Code Civil, l'huissier qui saisit réellement devait établir commissaire qui faisait payer les loyers ou rentes, faisait faire baux judiciaires au plus offrant ; mais ne pouvait faire aucun paiement qu'en vertu d'un jugement entre le saisissant, le saisi et les opposans.

Nous avons vu dans l'histoire du droit que le shériff est ici commissaire aux saisies.

Il nous reste à parler de la saisie-arrêt.

On peut le définir un acte judiciaire par lequel on met sous la main de la justice les créances qui appartiennent à son débiteur, avec assignation aux débiteurs de son débiteur, pour déclarer ce qu'ils doivent, et être condamnés à faire délivrance à l'arrêtant, jusque à concurrence de sa créance, et assignation au débiteur pour consentir l'arrêt.

Lorsque le Canada était Province de Québec, on recourut à ce moyen, qu'on dit étranger aux lois anglaises, contre l'agent Cochrane ; le Procureur-Général Monk, depuis Juge-en-Chef n'ayant point voulu agir, le Solliciteur-Général Williams procéda, aidé de Cagnet.

On distingue deux espèces de saisie-arrêt, avant et après jugement.

Par le chapitre 83 des Statuts Refondus, on peut saisir avant jugement pour une dette excédant quarante piastres,—ou de plus de cinq piastres en cour de circuit, en cas de détournement d'effet, de départ, de faillite.

“ Nul bref de saisie-arrêt avant contestation et jugement, excepté dans les cas de dernier équipour suivant l'usage du pays, ne sera émané pour saisir et arrêter les biens, créances et effets de quelque nature que ce soit.

d'aucune personne quelconque, entre les mains du propriétaire, du débiteur ou d'un tiers,—excepté s'il y a preuve sous serment devant un juge de la cour supérieure, ou devant le protonotaire de la dite cour, ou un greffier de la cour de circuit, que le défendeur ou propriétaire des dits biens, créances et effets est endetté au demandeur en une somme excédant quarante piastres et est sur le point de les céder, ou qu'il se cache, ou qu'il est dans l'intention de quitter subitement le Bas-Canada dans l'intention de frauder ses créanciers, et que le déposant croit véritablement que, sans le bénéfice d'une telle saisie-arrêt le demandeur perdrait sa créance ou souffrirait des dommages," porte la section 46 du chapitre 83 des Statuts Révisés.

Et la section 47 : . . . " Si, dans un *affidavit* pour obtenir un bref de saisie-arrêt avant jugement, en vertu de la section précédente ou un bref de *capias ad respondendum* en vertu du chapitre 87 de ces Statuts Révisés, en sus de déclaration que le défendeur est personnellement endetté envers le demandeur en la somme requise, il est allégué,—sur des raisons spécialement énoncées dans tel *affidavit* que le débiteur est un commerçant, qu'il est notoirement insolvable, qu'il a refusé de compromettre ou de s'arranger avec ses créanciers, ou de leur faire cession de biens à eux-mêmes ou à leur profit, et qu'il continue son commerce, tel débiteur sera alors considéré comme étant sur le point de cacher ou recéler ses biens ou effets avec intention de frauder ses créanciers généralement, ou le demandeur en particulier, et un bref de saisie-arrêt avant jugement pour saisir ses biens, dettes et effets pourra émaner en vertu de la section précédente, et un bref de *capias ad respondendum* pour l'arrestation du défendeur, pourra aussi émaner en vertu du dit chapitre, si l'action est intentée à la cour supérieure."

La section 175 enfin . " La procédure de saisie par arrêt simple ou saisie-arrêt, avant instruction et jugement pourra être prise dans la cour de circuit dans tous les cas audessous de quarante piastres et audessous de cinq piastres, sur l'*affidavit* du demandeur ou de son agent constatant que le débiteur cède ou est sur le point de céder ses biens, créances et effets, ou qu'il est sur le

point de se cacher, tel *affidavit* devant être conforme aux lois en force dans le Bas-Canada relativement aux cas excédant quarante piastres.”

Dans les autres cas, il faut un titre exécutoire pour que l'arrêté soit obligé de vider ses mains dans celles de l'arrêtant.

Les paiements que ferait l'arrêté subséquemment à l'arrêt sont censés faits en fraude.

Si l'arrêté nie devoir et que l'arrêtant ne puisse rien produire à sa justification, l'arrêté obtient congé de l'arrêt et l'arrêtant est condamné aux dépens.

Celui pour le fait duquel l'arrêt est fait, quand il est assigné pour consentir l'arrêt, peut proposer ses moyens contre, au fond ou à la forme.

Si ses moyens sont valables et qu'il soit prouvé qu'il n'était rien dû, l'arrêtant, outre les dépens, peut être condamné à des dommages et intérêts, puisque l'assigné a pu souffrir de ne pouvoir toucher les sommes arrêtées entre les mains de son débiteur ; car dès que la saisie-arrêt est faite, celui à qui appartient la créance, ne peut plus en disposer ou la transporter.

L'arrêté, en le payant, serait bien libéré envers lui, mais serait exposé à payer une seconde fois à l'arrêtant,

Lorsqu'il y a d'autres créanciers qui ont saisi entre les mains de l'arrêté actuel, celui-ci doit les dénoncer au dernier arrêtant pour qu'il les mette en cause, et il est de son intérêt de ne vider ses mains qu'en vertu d'un jugement rendu entre tous les arrêtants afin d'avoir sa sûreté contre tous.

L'arrêtant actuel met en cause les précédents pour voir juger à qui la somme sera adjugée, ce qui s'appelle instance de préférence.

Lorsqu'un débiteur a fait transport d'une créance, les créanciers ne laissent pas que de pouvoir la saisir-arrêter tant que le cessionnaire, conformément à la Coutume de Paris, n'a pas fait signifier et accepter son transport.

Ce titre cessera d'être obligatoire pour les élèves au mois de juin, époque où M. J. A. A. Belle entrera en fonctions comme professeur de procédure, deux chaires spéciales de pratique ayant été créées pour les étudiants au barreau et pour ceux qui étudient le notariat.

## TITRE IV.

---

### DROIT CRIMINEL.

---

#### INTRODUCTION

#### De l'injure et de la Réparation.

L'injure est la lésion d'autrui ou la violation volontaire du droit d'autrui.

Nous disons volontaire, selon l'acception morale du mot injure ; cependant, le droit social, qui n'est pas toujours juge de l'intention, donne souvent le nom d'injure au tort purement matériel, c'est-à-dire causé sans intention de nuire.

On a vu dans le chapitre de la Coutume de Paris qu'on appelle *biens* tout ce qui compose les facultés de l'homme.

C'est en ce sens que l'on peut dire que la réparation ou la restitution est un acte de la justice commutative par lequel on rend à chacun ce qui lui est dû : *unicuique suum est tribuendum*.

Les biens de l'homme sont de quatre sorte,—biens de l'âme, biens du corps, biens de la réputation, et biens de la fortune.

Les biens de l'âme sont de deux sortes, surnaturels et naturels.

Il n'appartient qu'à la théologie de traiter des biens surnaturels de l'âme.

Les biens naturels de l'âme sont ceux qui appartiennent à la nature même de l'homme, comme l'intelligence et la mémoire.

Nul doute que celui qui fait tort au prochain dans les biens naturels de l'âme, soit tenu de réparer.

Le droit criminel punit celui qui détruit ou diminue l'intelligence d'un autre par des poisons, drogues, etc., et en certains cas la négligence de ceux qui sont tenus par office de veiller à ce que le tort n'arrive pas.

On peut être lésé dans les biens du corps par le même moyen ;—par les blessures et autres injures dites corporelles, depuis la mort jusque à l'assaut simple.

Comment doit-on réparer le tort causé à autrui dans les biens du corps ?

Le supplice n'est une réparation qu'envers l'Etat.

C'est donc une question de savoir si celui qui n'a pas été puni de mort, demeure obligé de réparer des biens d'un autre ordre le tort naturel infligé.

Liguori croit que non, mais Thomas d'Aquin pense que oui, et nul doute que la peine de celui qui n'est que blessé ne soit adoucie par une réparation pécuniaire ; on peut en dire autant, en quelque manière de la famille de celui qu'on a tué, pour peu qu'elle soit nécessaire.

Cette opinion est d'autant plus probable que, même en droit, le remède criminel n'exclut pas le remède civil.

Mais les héritiers du meurtrier ou du malfaiteur seraient-ils tenus de réparer en son lieu ?

Nullement, parce que c'est une maxime fixe de droit, que l'obligation résultant du délit ne passe point aux héritiers.

Malgré cette maxime on peut croire que si le tort causé était temporel, ils seraient tenus puisqu'ils sont en possession des biens à même lesquels leur auteur aurait pu réparer, et que, d'après une autre maxime *meum et tuum intelligitur deducto cere alieno*.

Passons aux biens de la réputation.

La réputation est la bonne estime des qualités de quelqu'un, soit qu'elle s'exprime ou non, par des signes extérieurs.

L'honneur, en tant que témoigné à quelqu'un, est la

marque extérieure de respect qui lui est accordée à cause de quelque vertu spéciale, ou de ses vertus en général.

Il y a donc cette différence entre la réputation et l'honneur, que la réputation peut n'être qu'un témoignage interne de la part des autres ; tandis que l'honneur est un témoignage qui se rend par des signes extérieurs, par des paroles ou par des actions.

La réputation vient des perfections, et l'honneur tant du rang que l'on occupe dans le monde que des qualités.

La réputation peut être lésée par la *détraction*, que l'on peut définir l'extinction ou la diminution injuste de la réputation d'autrui.

Notez que la *détraction* diffère de la calomnie, en ce que les faits avancés sont conformes à la vérité.

Il n'y a pas de doute que la calomnie soit une offense contre la justice, puisque chacun a un droit strict à ce qu'on ne lui impute à faux aucune mauvaise action.

La raison seule prouverait difficilement que la *détraction simple* est une injure contre la justice, si on ne considérait en même temps l'état de société. Chacun a un droit strict, disent les publicistes, à la bonne estime qui lui est nécessaire ou utile pour réussir dans le monde, quand elle ne nuit à personne autre.

Une fois ce principe vrai ou faux admis, celui qui, sans raison suffisante, dévoile une honte secrète, viole ce droit strict de chaque citoyen.

On a dit sans raison suffisante ; par exemple, une personne citée comme témoin par un *subpœna* peut, doit même révéler la vérité, puisqu'elle est sous serment.

Le confesseur seul peut et doit garder le secret de la confession. Si ce principe n'est pas toujours respecté en Angleterre, il l'est heureusement sans exception par nos tribunaux.

La diffamation ou *détraction* en paroles est du ressort des cours de police correctionnelle.

On appelle libelle, de *libelli famosi*, tout écrit, dessin ou caricature injurieux. ( )

---

(\*) Honor hædatur scriptis aliquem in diariis publico respectui *expnendo*, disent les Conférences de Montréal.

On ne peut pas toujours plaider avec succès la vérité des accusations portées contre l'honneur d'autrui : *Plus c'est vrai, plus c'est libelle*, a dit sur le Banc d'Angleterre lord Mansfield, apparemment par ce que *la vérité choque*, et effectivement, le droit anglais ne reconnaît à personne le droit d'en choquer une autre, du moins d'une manière scandaleuse.

Les causes de libelle se vident par le jugement du pays.

Par la loi de M. Fox, c'est le jury qui décide si l'écrit argué de libelle, en constitue un, bien qu'en général ce soit au juge ou magistrat permanent à appliquer le droit à l'espèce instruite.

Il ne nous reste plus à parler que des biens de la fortune.

La fortune est publique ou privée.

On lèse l'Etat dans sa fortune en ne payant point fidèlement les tributs, en faisant la contrebande.

On lèse au contraire la fortune privée en violant les patentes accordées à des particuliers, — en dérobant, retenant injustement ou détériorant les effets ou l'héritage d'autrui.

Si l'obligation de restituer n'est pas du droit naturel absolu, parce que la propriété n'appartiendrait pas elle-même à ce droit, elle est du moins du droit des gens positif.

Celui qui est tenu de restituer, est tenu, par corollaire, de restituer au plutôt, pour le tout s'il est possible, ou au moins selon son pouvoir. Il ne négligera point d'acquiescer la faculté de restituer, s'il n'est pas actuellement en état de le faire ; il ne refusera pas de retrancher de son superflu eu égard à son état ; enfin, à son lit de mort, il ne laissera pas uniquement à ses héritiers le soin de restituer.

Il y a trois causes d'où naît l'obligation de restituer en conséquence d'un droit strict résidant dans celui à qui il est dû restitution, — la chose d'autrui enlevée ou retenue, le dommage causé et la violation des engagements.

L'obligation de restituer suppose une faute morale ou une faute juridique, — un bien moral ou au moins juridique.

La faute juridique est l'omission du soin requis par la loi,—omission dont la suite est un dommage causé à autrui.

• Aussi, le rédacteur des conférences néo-logiques de Montréal se demandant si celui qui a involontairement fait tort à son voisin est tenu de réparer après la sentence du juge, se répond qu'il y est probablement tenu, parce qu'on doit obéir à la loi sage portée dans le but de rendre les citoyens plus attentifs à ne pas se nuire mutuellement.

• Aussi ne pourrait-on pas plaider l'ignorance de droit : *Ignorantia juris nocet.*

• On peut se trouver sous l'obligation de restituer sans qu'il y ait eu faute même juridique, comme si le troupeau de mon voisin se mêle au mien.

On le peut aussi, quoiqu'il n'y ait eu aucune faute morale ni juridique, si nous sommes convenus de restituer une chose même au cas qu'elle périsse par un cas fortuit, car en droit, nul n'est tenu des cas fortuits, mais d'un autre côté, comme dit le sage Domat, les conventions sont une loi pour ceux qui les ont faites. *Quid enim tam congruum est fidei humanæ quam ea quæ inter nos placuerunt servare* dit à son tour le droit Romain. *Cum grave sit filem fallere*, disent encore les Pandectes.

Il s'agit toujours de conventions légitimes : ait *Prætor, pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges facta erunt, servabo.*

A part l'obligation casuelle de restituer résultant de l'engagement, ceux qui y sont obligés sont, le possesseur de la chose d'autrui et celui qui cause du dommage volontairement ou du moins injustement.

• Le possesseur de la chose d'autrui peut être de bonne ou de mauvaise foi.

• Il ne peut y avoir de faute à posséder la chose d'autrui tant que dure la bonne foi. Le possesseur de bonne foi use donc de la chose d'autrui absolument comme de la sienne propre.

Si, cependant, l'on vient demander s'il peut garder les fruits qu'il a perçus quand le maître vient à être dé-

couvert, il faudra distinguer les fruits naturels, les fruits industriels, les fruits mixtes et les fruits civils.

Les fruits naturels sont ceux qui naissent spontanément de la chose, comme le foin dans un champ.

Les fruits industriels naissent de la seule industrie du possesseur, comme l'intérêt de l'argent.

Les moissons sont des fruits mixtes parce qu'elles naissent en partie de la chose et en partie de l'industrie.

Les fruits civils sont ceux qui sont appelés ainsi sans égard à l'expression vulgaire et commune, comme le prix d'un bail.

Le possesseur de bonne foi fait siens les fruits industriels, parce que les fruits doivent appartenir à celui en qui réside la cause qui les a fait naître.

S'il s'agit des fruits naturels, à ne considérer que le droit social, ils appartiennent au maître, déduction faite des impenses parce que *res fructificat domino* ; mais le droit coutumier concède au possesseur de bonne foi les fruits naturels déjà perçus et les fruits civils qui auraient pu l'être jusqu'à l'apparition du maître.

Que doit faire le possesseur de bonne foi s'il n'a plus la chose ?

S'il l'a consommée, il n'est tenu à restitution qu'autant qu'il est devenu plus riche par la consommation.

S'il l'a vendue, il est par conséquent tenu d'en rendre le prix.

Mais il ne doit rien si la chose a péri tandis qu'il possédait de bonne foi.

Peut-il déduire les impenses qu'il a faites pour conserver et améliorer la chose ?

Il ne peut déduire les impenses ordinaires à faire par l'usufruitier, par ce que ce n'est qu'en l'assimilant à l'usufruitier que la coutume lui accorde les fruits perçus, et ensuite, parce que celui qui a les avantages d'une chose doit en supporter les charges : *qui sentit commodum, onus quoque sentire debet*.

Quant aux impenses extraordinaires, il peut déduire les impenses nécessaires et utiles, autant que ces dernières ont augmenté la valeur de la chose.

Le possesseur de mauvaise foi peut être tenu de res-

stituer et à raison de la chose possédée, et à raison des fruits perçus.

Quant à l'objet possédé, il est tenu, comme le possesseur de bonne foi, de remettre la chose, ou le prix s'il l'a vendue, et en outre de réparer tous les dommages que le maître a soufferts par la privation de sa chose.

A raison des fruits, il fait siens les fruits industriels, car c'est encore le lieu de dire avec le philosophe Locke, *le travail est une source de propriété dont l'homme a le germe en soi* ; mais il est tenu de rendre les fruits naturels et les fruits civils.

Est-il tenu de restituer la valeur de la chose qui a péri dans ses mains immédiatement, et qui aurait péri chez le maître, *puta*, un cheval malade ?

Le droit criminel écarté (car le voleur est toujours puni), il n'est pas tenu, quand même il aurait ignoré le vice de la chose, parce que, pour que l'on doive restitution à autrui, il faut que le prochain soit appauvri, tandis qu'ici, il ne perd rien *ex hypothesi*.

Le cas est différent si la chose a duré assez longtems pour que le maître ait souffert de sa privation.

Il est plus difficile de décider le cas où la chose périt, non par un vice, mais par un cas fortuit : les docteurs sont partagés.

On demande à présent à quoi est tenu celui qui, après avoir possédé de bonne foi, *animo domini*, vient à douter ?

Si le doute persévère malgré examen, il peut garder parce que, après la propriété, la possession est en faveur aux yeux de la loi, qui la regarde comme une propriété présumée ou *prima facie*, si l'on peut s'exprimer ainsi. Elle ne l'obligerait pas même à restituer, quand même il n'y aurait plus de doute, si le possesseur a d'abord été de bonne foi et qu'il ait possédé le temps requis pour prescrire, contrairement à la maxime canonique *possessor malæ fidei ullo tempore non praescribit*.

On a parlé, dans la dernière conférence, du possesseur de la chose d'autrui ; il sera maintenant question de qui cause le dommage injustement.

Dans le cas où la loi ne statue pas une obligation de

réparer, il faut quatre conditions pour qu'une telle obligation existe ;—un acte positif, injuste, causant effectivement le dommage, et moralement coupable.

Pourquoi positif?—Parce que les hommes étant égaux par la nature, et indépendants les uns des autres, ne sont pas invariablement tenus de procurer le bien et d'éloigner le mal des autres.

Injuste, car la seule violation de la justice commutative oblige à réparation envers le prochain.

Causant effectivement le dommage. Ainsi le droit criminel de ce pays ne punit pas l'intention seule, si elle n'est accompagnée d'effet ou d'un commencement d'effet. Par exemple, pour qu'il y ait incendiat, il faut que le feu, après avoir été mis, prenne et que partie d'une maison habitée brûle.

Moralement, c'est-à-dire imputable ou commise avec advertance et volonté.

Ce même droit criminel juge en trois cas qu'il n'y a pas eu volonté de commettre le crime.

1o. le défaut d'intelligence, comme chez les idiots et les enfants en bas âge : cela est conforme au droit Romain : *in penalibus judiciis aetati succurritur*. Le droit anglais n'a pas toujours, été-sur ce point, aussi indulgent qu'il aurait dû l'être et, contrairement au droit romain et au droit canonique, chez lui, l'ivresse, au lieu d'être une circonstance atténuante, est une circonstance aggravante. Le sens commun dit pourtant que l'homme qui a commis le crime étant ivre, peut être puni pour s'être enivré, mais non pour le tort qu'il a causé étant privé de sens, à moins qu'on ne prouve qu'il a pu ou dû prévoir qu'il deviendrait dangereux quand il serait à l'état d'ivresse : *pana remittitur per vinum delapsis*.

2o. L'ignorance, l'accident, l'erreur.

Il est parlé de l'homicide accidentel, *homicidium casu commissum*. Quant à l'erreur, un homme qui, voulant tuer Pierre, a tué Paul, a fait, il est vrai, une erreur ; mais comme il a voulu commettre un meurtre, cela suffit pour qu'ayant voulu tuer Paul, il soit puni pour avoir voulu tuer Pierre.

3o. La contrainte, la violence, les mauvais traitements, *duress per minas*, etc.

Il y a à peser les circonstances et la mesure de la contrainte.

On peut soi-même porter le tort de trois manières : immédiatement, comme si l'on tue un homme de sa main ; médiatement, comme si l'on commande ou conseille ; indirectement, par exemple, en arrêtant quelqu'un dans l'exercice de son devoir.

On contribue avec les autres à faire tort positivement ou négativement.

On contribue positivement, en influant sur l'action, ce qui peut avoir lieu physiquement ou moralement.

La première manière a lieu quand on aide ; la seconde quand l'on détermine à l'acte par menaces, conseil ou autrement.

On contribue négativement en n'empêchant point le mal quand on le peut empêcher.

Il y a quatre manières de contribuer positivement au mal, en participant, consentant, conseillant ou excitant par des louanges ou par des railleries.

Et il y a trois manières de contribuer négativement ; ne point donner l'éveil (\*), ne pas s'opposer à l'acte et s'abstenir de le manifester.

Ceux qui ne sont que causes négatives, ou qui n'ont contribué que négativement ne sont pas invariablement coupables du tort causé à un particulier ; mais le droit criminel anglais traite la non manifestation comme un délit contre l'Etat, ce qui vient des Saxons, dans le système desquels le comté répondait de ses malfaiteurs, et le voisin de son voisin.

Les gens de profession, les hommes de métier sont-ils tenus de réparer les dommages causés par leur négligence ?

Ils le sont par le droit naturel.

Par le droit civil, ils le sont si le tort causé ou la faute juridique sont graves, car ils se sont obligés à prêter au moins le soin ordinaire.

On cite au traité des contrats des cas où ils sont tenus du soin le plus vigilant.

---

(\*) *Hue and cry*, du vieux droit anglais.

La Cour Supérieure de Montréal a condamné un entrepreneur aux dommages pour avoir bâti sur un sol mouvant sans avoir suffisamment averti le propriétaire.

Il y a des cas où l'on est tenu de réparer les torts causés même par autrui, quand la personne qui a causé le dommage nous est soumise.

Ainsi le père de famille est tenu de réparer le tort causé par ses enfants mineurs, par son épouse, surtout si elle est commune en biens avec lui ; par ses domestiques, si c'est à l'occasion d'une tâche qui leur a été imposée.

Il n'y a aucun doute qu'il faille réparer le tort causé par les animaux. Tout ceci regarde nos lois de police ou municipales.

Cette dernière obligation doit s'étendre à l'usufruitier comme au maître.

On a dit plus haut qu'il fallait que le tort fût injustement cause, et il y a effectivement des cas où l'on peut, sans injustice, faire du mal à autrui.

Ainsi, le droit criminel excuse un officier qui a usé de violence, fût-il allé jusqu'à tuer, s'il n'a pas usé de plus violence qu'il n'en a fallu pour s'efforcer d'arrêter le coupable.

Il n'est donc, en ce cas, tenu à aucune réparation.

On a dit que l'on pouvait léser la fortune publique ou la fortune privée. Cela nous donne occasion de parler des tributs et du monopole.

Par tributs on entend les argents qui sont payés par les sujets pour les dépenses royales ou communes de la république.

Les tributs ou les taxes sont de deux espèces, —directes ou indirectes. Directes, qui regardent immédiatement la personne, à raison de ses biens ou de son office, comme les taxes réelles, appelées vulgairement cotisations, et les taxes payées par les commerçants, appelées patentes, licences, ect.

Les taxes indirectes sont celles qui tombent immédiatement sur certaines marchandises ou denrées, et médiatement seulement sur les personnes qui les achètent.

On peut demander si les lois fiscales obligent *ex justitia*.

On doit répondre que oui, quand elles ne sont pas évidemment injustes. Car les sujets sont tenus, si l'état peut les obliger strictement et avec justice. Or, il le peut, et cela suit de la souveraine puissance et de la nécessité des tributs pour le maintien de l'Etat et de la société.

En fût-il autrement, la couronne est un créancier privilégié, et le paiement d'un argent qui peut être exigé devant les tribunaux est réputé dû. Or, la couronne ou l'Etat poursuivent tous les jours le paiement des taxes directes et indirectes, et ces tribunaux sont obligés d'exécuter la loi même quand la taxe est injuste. C'est ainsi que dans le cas de la taxe pour l'érection du palais de justice à Montréal, qui est vexatoire en ce qu'elle frappe les plaideurs au moment même où il faudrait venir à leur secours, la Cour Supérieure a déclaré que quelque dure que fut la loi, on devait s'adresser par requête au Parlement, comme le barreau l'a fait à ce sujet, et comme les citoyens devraient le faire, mais que pour elle, elle était tenue de s'en rapporter à la loi quand le texte est clair : un des honorables juges observa cependant en même tems que si ce texte eût été tant soit peu ambigu, la Cour aurait pu lui donner une interprétation libérale.

La Cour Suprême des Etats-Unis pourrait en agir autrement.

Il faut du reste trois conditions pour l'imposition valide des taxes : l'autorité suprême ou déléguée, comme dans le cas des municipalités, la nécessité publique, et la répartition sur chaque citoyen de sorte qu'aucun ne soit plus taxé que l'autre relativement à ses moyens. Quand l'impôt est mal réparti, on ne le paie que par compulsion, et il n'y a point de faute à en empêcher la réalisation quand on le peut.

On peut demander en outre s'il est injuste de vendre ou acheter des marchandises absolument défendues.

On répond que cela est ordinairement injuste surtout si la défense est faite pour le bien du commerce et non par entêtement politique, comme le système continental de Napoléon Ier.

On pourra demander subsidiairement ce qu'on doit

penser de ceux qui vendent des objets dont le commerce est réservé à des personnes qui ont obtenu un privilège spécial.

Ces personnes sont ordinairement tenues à restitution, et aux dommages, si elles sont poursuivies en justice et même à moins dans plusieurs cas, parceque le privilège n'est qu'un acte de juste protection de la part de l'Etat en faveur d'un inventeur. Le droit strict d'autrui contéré tant par le mérite individuel que par le privilège ou la patente est donc violé.

Il en est autrement quand le privilège est contre le bien public comme l'étaient souvent les privilèges accordés par les rois de France à des compagnies de commerce formées de gens résidant en Europe et qui dégraisaient la colonie au grand détriment de ses habitants. C'est là le monopole dans le sens odieux du mot.

On appelle proprement faire la contrebande introduire des marchandises sans payer les droits de douane.

L'acheteur qui les a achetées sciemment est tenu *ex justia* de les payer, à défaut du vendeur de le faire.

S'il est dans le doute, il n'a aucune inquiétude à ressentir, car il n'a pas à présumer la fraude.

S'il ignore que la marchandise est de contrebande, il se trouve dans la même position que le possesseur de bonne foi ; mais cela ne le sauvera pas toujours, car le gouvernement confisquerait probablement même dans ce cas les marchandises.

Il y a des causes qui excusent de restituer pour toujours ; d'autres n'excusent que pour un temps.

Il y a trois causes qui excusent pour toujours de restituer, la *condonation* spontanée faite par personne usant de ses droits, la compensation et l'autorité publique.

Le premier cas est clair, pourvu que celui à qui remise est faite soit également habile à recevoir.

Quant à la compensation, quand l'égalité est une fois rétablie, il ne peut plus y avoir obligation de restituer ; or l'égalité est rétablie que la compensation soit légale ou occulte.

La compensation occulte regarde surtout les ca-

quites et les confesseurs, qui ne peuvent donner des décisions sûres que pour des cas passés, et se garderont bien de la conseiller pour les cas à venir, puisque la loi ne la reconnaîtrait pas pour légitime dans bien des cas, et que celui qui ne pouvant ravoit sa chose, en prendrait la valeur dans l'occasion serait exposé à être traité comme un criminel.

On dit en troisième lieu l'autorité publique, et on en a un exemple dans la prescription.

“ Je sais bien dit Puffendorff, que quelques-uns trouvent là-dedans quelque chose de contraire à l'équité, y ayant, selon eux de l'absurdité à alléguer comme un bon titre la longue et paisible jouissance d'une usurpation, ou du fruit d'une injustice. Mais cet établissement peut être excusé pour l'utilité qui en revient au public. Car il est de l'intérêt de la société d'empêcher que les querelles et les procès ne se multiplient à l'infini, et que chacun ne soit toujours dans l'incertitude de savoir si ce qu'il a lui appartient véritablement.”

Cela établit l'équité de la prescription en général, mais ne saurait décider que tous ceux qui usent du privilège de la loi sont invariablement en sûreté de conscience.

*Droit de la Nature et des Gens. Tome Ier. 591.*

Il y a à présent quatre causes qui n'excusent de restituer que pour un temps : l'ignorance, tant qu'elle dure, l'impuissance, l'avantage du créancier à ne pas recevoir actuellement et la cession de biens.

L'impuissance est physique ou absolue, ou bien seulement morale, c'est-à-dire quand l'on peut absolument restituer mais non sans une grande difficulté.

Dans la nécessité extrême, il est certain qu'on ne saurait être tenu de restituer, parceque l'instinct de la vie s'y oppose.

De plus, si quelques docteurs protestants, appuyés de Cicéron dans le *Traité des Offices*, prétendent qu'on ne peut prendre même *in extremis*, tous les docteurs catholiques et Grotius, Puffendorff, de Vattel, parmi les protestants avouent qu'on le peut, car alors on doit revenir à la nature, par laquelle tous les biens sont communs.

A plus forte raison donc peut-on retenir.

On peut même différer la restitution si on ne peut la

faire sans un grave détriment pour soi ou pour les siens, c'est-à-dire ses descendants ou ses ascendants.

La restitution peut être nuisible au maître dans deux cas, si on la lui fait dans un lieu ou dans un temps où l'objet n'est pas en sûreté ; si on la lui fait dans un temps où l'on sait qu'il en abusera ou n'en profitera pas, comme si l'on remet à un pupille au lieu de le faire à son tuteur.

Qu'est-ce que la cession de biens, appelée ici vulgairement faillite ou banqueroute ?

C'est (en observant que la banqueroute anglaise n'est pas de tout point la même chose que la simple cession de biens, *cessio bonorum* du droit romain) un acte par lequel le débiteur incapable de payer ses dettes abandonne tous ses biens à ses créanciers pour qu'ils les divisent entre eux.

On distingue la cession de biens volontaire et la cession de biens judiciaire.

La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontiers, et elle n'a que les effets prévus par l'arrangement qui a eu lieu entre le débiteur en faillite et les créanciers.

La cession de biens judiciaire est un bénéfice que la loi accorde à un débiteur malheureux et de bonne foi, afin qu'abandonnant ses biens, il conserve ou recouvre sa liberté.

On peut demander si la cession de biens est un moyen honnête de différer la restitution.

Où la faillite est frauduleuse, ou non. Dans le premier cas, si elle était un moyen légitime de différer la restitution, ce serait parceque le débiteur est incapable de payer ou parceque la loi lui accorde un privilège. Mais il a de quoi payer, à ce qu'on suppose, et la loi n'est pas présumée vouloir favoriser la fraude.

Si elle est de bonne foi et sans fraude, elle est sûrement un moyen légitime de différer ; car nous avons vu que l'impuissance morale suffit ; or celui qui abandonne de bonne foi ses biens à ses créanciers pour qu'ils se les divisent, est appauvrissant au moins dans cette sorte d'impuissance de restituer intégralement.

On doit donc blâmer l'ancienne pratique française

de forcer dans tous les cas le débiteur à porter le bonnet vert et de le conduire au bas du pilori, puisqu'il peut être exempt de fraude, *qui scilicet, non su, sed fortuna vitio, bona decederunt*. L'infamie ne procède que du crime et l'on ne peut taxer de crime un homme dont les affaires ont été dérangées par malheur, surtout quand il n'y a point contribué par ses débauches ni par de folles dépenses. "La cession de biens ne fait pas encourir l'infamie de droit, dit Ferrière; il n'encourt que l'infamie de fait." S'il n'encourait pas l'infamie de droit, il était déjà immoral de lui faire encourir l'infamie de fait; mais il encourait l'infamie de droit comme de fait, puisque c'était la loi qui le déshonorait et qui le rendait incapable d'aucune charge (*Boniface*) et d'ester en jugement. La France était donc excessivement sévère, tandis que l'Angleterre a été trop relâchée.

On demande si la cession de biens judiciaire non frauduleuse exempte de restituer intégralement à l'avenir.

C'est un principe établi par les lois romaines que ceux qui ont fait cession de biens peuvent être poursuivis par leurs créanciers sur les biens qui leur sont advenus depuis la cession. La disposition des lois quatrième et septième aux Pandectes *de cessione bonorum* est précise, aussi bien que la loi septième, Code, *de iis qui cedere possunt*.

Mais on demandera si la cession de biens volontaire par laquelle les créanciers composent avec le failli ne le libère pas absolument.

Où c'est une cession de biens ordinaire ou telle que les Anglais en acceptant selon l'esprit des lois de banqueroute anglaises et de notre loi expirée de banqueroute, qui fonctionne cependant encore pour les causes pendantes.

Dans le premier cas, le failli n'est libéré que s'il apparaît que les créanciers ont voulu le tenir quitte, car ils peuvent bien accepter la cession de biens sans libérer par cela même pour l'avenir. Mais c'est selon les mœurs.

C'est pourquoi le rédacteur des Conférences Théolo-

giques de Montréal a dit : “ Nous disons *per se*, car il peut arriver comme il arrive dans cette Province qu'elle libère par la *condonation* spontanée des créanciers, car lorsque la cession de biens n'est pas frauduleuse, les Anglais sont censés tenir le débiteur quitte pour l'intérêt du commerce, à moins que le contraire ne paraisse, et la loi de banqueroute qui favorisait beaucoup les fraudés, avait des dispositions expresses et privait souvent le créancier d'aucun recours même dans les cas de fraude, en accordant la décharge (\*)

Maintenant surtout que cette loi n'est plus en force, il est douteux si la cession de biens doit libérer même entre commerçants, et il faut présumer encore moins facilement la remise entre gens qui ne sont pas marchands et entre Canadiens.

“ Mais, dit Le Prêtre, si après la cession de biens le débiteur compose ou accorde de payer à ses créanciers une partie de leur dette, les créanciers qui y ont consenti ne peuvent plus agir contre lui pour une plus grande somme que celle dont ils sont convenus, à moins qu'ils ne justifient qu'il y a eu dans cet accord de la surprise de leur part, et du dol de la part du débiteur.”

Le Prêtre veut parler ici de la convention d'attermoiement.

“ Il y a une différence entre la cession et l'attermoiement, dit Férière, en cela que celui qui a obtenu un attermoiement de ses créanciers, en leur payant le tiers par exemple, ne peut plus être par eux poursuivi pour le surplus, après qu'il a rétabli ses affaires.”

Le Canada doit se féliciter d'être revenu à la cession de biens du droit Romain, exempte de l'injustice du

---

(\*) *Dixi perse, quia evenire potest, et in hac Provincia saepe evenit ut cessio voluntarii ab omni obligatione liberet, nempe spontanea condonatione creditorum*

*Hinc, quando cessio bonorum non est fraudulenta, Angli condonationem facere censentur, nisi contrarium constet, quia ut faveant commercio debitori infelici favere volunt, ut in eodem casu eandem favorem accipiant.*

*Idem non dicendum de Canadianibus sine distinctione; negotiatores volummodo censentur condonationem facere pro debitis in commercio contractis, quia si ipsi cessionem faciant, hac condonatione fruuntur.*

droit français envers le failli malheureux, et d'avoir vu abroger une loi de banqueroute qui favorisait les fraudes commerciales et pouvait priver forcément un créancier de tout recours pour le recouvrement de sa créance.

Le failli est en droit de garder ce qui est pour le moment nécessaire à son soutien et à celui de sa famille. De fait, il se trouve souvent garder davantage grâce aux droits légitimes de la femme, sinon grâce à ses transactions simulées et par là-même frauduleuses.

## II.

---

### DROIT CRIMINEL PROPREMENT DIT:

Le droit criminel anglais fut introduit en Canada au moins virtuellement par la proclamation royale du mois d'octobre 1763.

Il l'a été formellement par l'acte Impérial de 1774, tel qu'il existait alors en Angleterre et sujet à être amendé par la législature provinciale.

Les statuts subseqüemment passés en Angleterre ne sont donc point en force en Canada de plein droit, s'ils n'y sont introduits par une loi provinciale. Mais les améliorations faites au droit pénal anglais par les Romilly, les McKintosh et les Peel ont effectivement eu leur contre-façon ici.

Ainsi, nous avons l'acte 57, Geo. III, chap. 10, abolissant la peine du fer chaud.

L'acte 6 Geo. IV, chap. 5, rendant la peine capitale moins fréquente.

Et sur tout l'acte 4 et 5 Vict. chap. 24 ou Black Statute, contre-façon de ceux de Sir Robert Peel, abolissant le bénéfice de clergé et certaines autres exceptions, le petit larcin, etc., l'acte 4 et 5 Vict. chap. 25, abolissant le petit larcin, l'acte 6 Vict. chap. 5, qui abolit la peine de déportation et la change en détention au pénitencier, pour la vie ou pour un temps selon les circonstances.

Le droit criminel anglais se divise en loi commune et en loi écrite.

La loi commune n'est autre chose que les anciens usages et précédents auxquels il faut avoir recours

quand une offense ou une punition ne sont point définies ou désignées dans la loi écrite, par laquelle on entend les Statuts Pénaux.

Les principales offenses se définissent d'après la loi commune ; mais aujourd'hui, il faut aller chercher dans les Statuts la plupart des pénalités.

On entend généralement par crimes toutes les offenses criminelles ; mais on appelle proprement ainsi les offenses d'un caractère atroce, ou felonies, et *misde-meanour* désigne les offenses moins graves, appelées délits dans le droit criminel français. Et comme celui-ci distinguait les hauts délits et les délits moindres, il y a aussi dans le droit anglais *high and petty misde-meanour*.

Autrefois toutes les felonies étaient capitales ou punissables de mort ; mais l'acte 4 et 5 Vict. chap. 24 distingue des felonies capitales et des felonies non capitales.

Ce qui constitue le crime est l'intention manifestée par un commencement d'exécution, *an overt act*.

On a vu précédemment les cas où l'on juge qu'il n'y a pas d'intention, *with a felonious intention*.

Nous avons déjà parlé des manières de faire le crime, immédiatement, médiatement, indirectement, d'y contribuer positivement ou négativement.

Dans le droit criminel anglais on appelle ces acteurs divers principaux, complices ou accessoires.

On appelle principaux tous ceux qui commettent le crime ensemble, et on distingue deux degrés.

Le principal au premier degré est l'acteur (*perpetrator*) absolu du crime.

Celui ou ceux qui, étant présents, aident ou encouragent, sont au second degré.

Il y a une présence *constructive*, comme celle de celui qui pendant que le crime se commet, fait le guet à quelques distance.

On appelle accessoires ceux qui ne sont point les principaux acteurs et qui ne sont point présents, mais sont concernés d'une manière ou d'une autre.

On distingue les accessoires avant, et les accessoires après le fait.

Sir Mathew Hale appelle accessoire avant le fait ce-

lui qui, étant absent quand le crime se commet, en est néanmoins la cause, le commande ou au moins le conseille.

On peut être accessoire après le fait en secourant, abritant ou assistant en aucune manière le félon, sachant sa félonie.

Recéler, c'est-à-dire acheter ou recevoir des objets volés constituait par la loi commune un *misdemeanour* particulier, et le receleur ne devenait point accessoire à la félonie ; mais les Statuts 5 Ann. c. 31 et 4 Geo. I, c. II, le déclarent accessoire.

Il n'est point nécessaire d'assister le félon pour être criminel ; il suffit de ne le point dénoncer. C'est l'offense de *mis-prison of treason* ou de toute autre félonie ; mais la punition tombe en désuétude.

Parmi les félonies, la haute trahison n'admet point d'accessoires, et il n'y a point d'accessoires dans les *misdemeanours*.

La distinction entre les principaux et les accessoires avant le fait n'est que technique ou théorique, car les accessoires avant le fait sont ou peuvent être punis de la même manière que les principaux.

Les accessoires après le fait sont punis par une détention qui ne dépasse guères deux années.

Voyons comment se divisent les crimes par rapport à ceux contre qui on les commet. On peut les diviser en crimes contre Dieu, contre le droit des gens, contre le roi et son gouvernement, contre la paix publique, contre la justice, contre les personnes, contre la propriété.

La punition des offenses que signale le droit criminel anglais contre Dieu, paraissant être en désuétude, nous ne parlerons que du parjure qui, aux termes de la loi, ne consiste pas dans tout faux serment, mais à jurer volontairement, positivement et fausement en justice (ou comme officier public, représentant, etc.), sur un fait essentiel en contestation.

Cependant, par l'acte 12 Vict. chap. 10, section 3, tout exposé faux et volontaire sous serment ou affirmation légalement administrée sera parjure.

**Le parjure n'étant que *misdemeanour* sous le système**

anglais, il n'admet point d'accessoires, et quiconque engage de quelque manière que se soit un autre à se parjurer, est puni de la même manière. L'acte des municipalités déclare néanmoins certains parjures félonies.

Le parjure est puni par l'amende et la prison.

Il faut pour le prouver la déposition de deux témoins.

Il rend inadmissible à déposer ou témoigner en justice.

La principale offense contre le droit des gens est la piraterie. On nous dispenserait sans doute volontiers d'en parler, lord Palmerston et lord John Russell ayant de fraîche date mis ce crime en grand honneur. L'amiral Mundy s'est même fait forban, en débarquant ses marins pour servir les canons de Garibaldi contre le roi de Naples, avec qui la reine Victoria était en paix.

La principale offense contre le roi et son gouvernement est la haute trahison, qui consiste à tramer la mort du roi ou de l'héritier présomptif, ou dans le port d'armes contre le roi et son gouvernement.

Il y avait autrefois la petite trahison qui consistait pour une femme à tramer ou exécuter la mort de son mari, et la peine du feu était la punition assignée ; mais l'acte 4 et 5 Vict. chap. 27 assimile ce crime au meurtre ordinaire et le déclare punissable de la même manière.

On rapportait autrefois à la haute trahison le crime de fausser la monnaie du roi ; mais il est regardé depuis un certain nombre d'années comme étant d'une nature moins grave.

S'il n'en tenait qu'à lord John Russell, l'Angleterre serait aussi le refuge des faussaires étrangers, mais heureusement que si l'équité est bannie du *Foreign Office*, elle se retrouve encore dans les tribunaux, et dans la cause récente de l'empereur, roi de Bohême et de Hongrie *versus* Louis Kossuth, la cour du chancelier a adjugé contre ce dernier.

Les offenses contre la paix publique font suite aux offenses contre le roi et son gouvernement, si même elles n'y peuvent pas être comprises ; ce sont surtout :

1o. L'émeute ou acte de douze personnes demeurant attroupées après la lecture de l'acte des émeutes (*riot*) par le shériff, maire ou magistrat.

20. L'infraction de la paix dans ou autour des églises ou chapelles par actes, bruits ou discours.

30. L'envoi d'un cartel. (\*)

40. Le libelle, dont on a parlé précédemment.

Les juges de paix ou magistrats reçoivent aux termes de leur commission, le pouvoir de " faire observer les ordonnances et statuts, faits pour le bien et la conservation de la paix, conformément à l'autorité, forme, teneur et effet des dits statuts et ordonnances."

Les principales offenses contre la justice sont :

Le bris de prison, pour en faire échapper les détenus ; s'échapper de prison soi-même n'est pas considéré comme un crime, à cause de l'instinct naturel qui nous porte à chercher notre sûreté personnelle.

L'enlèvement, destruction ou altération des registres et actes judiciaires

Suborner de faux témoins.

Vouloir les corrompre, ou corrompre le jury.

Ne pas se rendre en justice après avoir reçu un *subpoena*, ou refuser de déposer ou de répondre.

La conspiration (*conspiracy*) qui consiste à accuser faussement en justice pour que l'incriminé subisse une peine non méritée.

Faire métier de provoquer des procès (*barratry*).

On appelle *champerty* faire profession d'acheter des procès, mais cette offense n'est point punie en Canada, apparemment parce que contrairement au droit Romain le droit français ne défend pas le champart.

Il se présente une espèce intéressante dans le cas de M. Fortier, qui a refusé de communiquer les Records requis par le juge Aylwin dans la cause de Guévremont, alléguant qu'il n'est que le gardien des registres et que les deux chambres seules peuvent en disposer.

Passons aux offenses contre les personnes. Les principales sont :

L'homicide, que l'on divise en trois catégories :

---

(\*) On peut voir dans notre Revue Critique du projet du Code Criminel de M<sup>re</sup> Honorable W. Badgley, les suggestions ingénieuses de Don Pacheco, avocat à la Cour Royale de Madrid, pour la prévention des cartels.

10. Le meurtre, *murder*, qui consisie à tuer volontairement et avec préméditation, *with malice aforethought*. (\*)

20. L'homicide simple ou *manslaughter*, qui est aussi volontaire, mais non prémédité, comme si on tue quelqu'un dans un accès de colère.

30. L'homicide, en se défendant, par accident ou par erreur, qui ne mérite aucune punition.

Mais contrairement au principe général que c'est au magistrat permanent à décider ce qui concerne le droit, c'est ici au jury à décider à quelle catégorie appartient l'homicide qui est en cause.

L'offense appelée *mayhym* ou acte de mutiler ou défigurer quelqu'un avec un instrument tranchant dans le but de le priver d'un membre ou de lui infliger une blessure grave.

L'offense appelée *kidnapping* qui consiste à enlever une personne pour la transporter au loin dans un but félonieux : tel est l'exemple des franc-maçons des États-Unis qui, de relais en relais, transportèrent au loin un capitaine Williams, et en firent leur victime.

Le viol, le rapt, etc.

Quoi que la bigamie ne se rapporte point aux offenses sur la personne, nous la placerons ici : elle consiste à avoir deux ou plusieurs femmes, ou deux maris à la fois ; *if any person being married, do afterwards marry again, the former husband or wife being alive, it is felony*, dit le statut 1, Jacques 1er, chap. 11.

Une autre offense contre la personne est l'assaut et batterie.

On appelle assaut simple le simple geste ou faire mine de battre quelqu'un sans cependant le toucher.

Et l'on appelle batterie l'injure corporelle quelque légère qu'elle soit, faite avec malice ou insolence ; pousser, cracher à la figure constitue une batterie, paraît-il.

La batterie suppose l'assaut, et voilà pourquoi on

---

(\*) The law recognizes another kind of murder—killing with constructive malice where death takes place in consequence of some illegal act, e. g. procuring of abortion.—Le juge Aylwin dans la cause Savariat.

l'appelle assaut et batterie.

Ce délit est puni par l'amende ou la prison.

La détention est plus longue lorsque l'assaut est commis sur un officier public, ou du culte, dans un lieu saint ou dans un cimetière, dans le but d'attenter à la pudeur, etc., et le cas ne peut être jugé que devant un jury ; au lieu que pour ce qui est des assauts communs, ils peuvent être jugés au choix du poursuivant par un jury ou par des juges à paix, qui ont une juridiction sommaire à cet effet.

Les offenses contre les propriétés se divisent en offenses contre les propriétés immobilières et en offenses contre les propriétés mobilières.

Les principales offenses contre les propriétés immobilières sont appelées *incendiarism, burglary, trespass*.

L'incendiat est l'acte de mettre volontairement et malicieusement le feu à la maison habitée d'autrui de manière qu'une partie au moins de la maison brûle.

Mettre le feu à sa propre maison, à une maison ou édifice inhabités, constitue une offense moins grave, et n'est point felony capitale.

Le burglary est l'action d'entrer avec effraction durant la nuit dans la maison habitée d'autrui dans un but félonieux ou intention de commettre un crime.

Chaque partie de maison habitée séparément constitue une maison habitée.

La nuit commence à neuf heures du soir et finit à six heures du matin.

L'effraction commise de jour s'appelle bris de maison.

Le *trespass* désigne la violation du terrain d'autrui, quand il est clôturé, ou son domicile, y pousser ses chevaux ou sa voiture, enlever les palissades, chasser ou disperser les animaux, etc.

La principale offense contre les propriétés mobilières est le vol.

Le vol ou larcin est l'action de prendre et emporter le bien d'autrui avec l'intention de se l'approprier sans le consentement et, ordinairement à l'insu du propriétaire.

Il faut, pour constituer un vol, l'intention de voler, *animus furandi*, dont le jury est juge.

— Que l'objet soit mobilier.

Qu'il soit non seulement pris, mais emporté, *cepit et asportavit*.

Mais on juge qu'il suffit que le voleur ait eu le temps de déplacer l'objet dans le but évident de l'emporter.

On distinguait autrefois le grand et le petit larcin ; mais cette distinction est abolie par l'Acte 4 et 5 Vict. Chap. 25.

Mais on distingue encore le larcin simple et le larcin composé ou accompagné de circonstances aggravantes.

Le larcin, même simple, est félonie, et est ordinairement puni de deux années de prison ou trois de pénitencier pour les principaux et les accessoires avant le fait.

On appelle larcin composé le vol sacrilège, avec violence ou effraction, sur la personne, etc., et la peine peut aller jusqu'à quatorze ans de pénitencier.

Le vol d'animaux en général, est félonie et est jugé devant un jury ; mais le vol de chiens, d'oiseaux, n'étant pas larcin selon la loi commune, sera puni par conviction sommaire et une amende n'excédant pas cinq louis, de même que le vol ou destruction d'arbrisseaux et plantes, bris de clôtures, etc. (†)

† 4 et 5 Vict.  
c. 25 § 1.  
30, 31, 32

On appelle proprement *embezzlement* le vol accompagné d'un abus de confiance ou toute soustraction d'effets par les domestiques, les commis ; obtention d'argent ou de billets sous de faux prétextes.

Il y a des cas où cette offense n'est que délit ou *mis-demeanour*.

L'objet volé sera rendu au propriétaire à la condamnation du délinquant, dit la section 49 de l'Acte 4 et 5 Vict. chap. 25. Cela est conforme au principe : *spoliatus ante omnia debet restitui*.

“ Un larron et un ravisseur, dit Puffendorff, sont tenus de restituer la chose qu'ils ont prise avec tous les accroissements naturels, comme aussi de réparer le dommage émergent et le profit cessant, sans préjudice de la peine établie d'ailleurs pour cause de larcin ou

de vol. En effet, la réparation du dommage tendant à la satisfaction de la personne lésée, et la peine ayant pour but le bien de l'Etat, on ne saurait en aucune manière prétendre que celui à qui on a pris quelque chose se tienne suffisamment dédommagé par la punition du voleur, et qu'il consente à perdre ainsi son bien. C'est donc une pratique injuste et déraisonnable que celle de certains lieux où les juges, confisquant à leur profit la chose dérobée, ne donnent d'autre satisfaction au propriétaire que le supplice du criminel." (†)

† *Lois de la  
Nature et  
des Grés.*  
1. 307.

Prendre une récompense sous prétexte d'avoir aidé à recouvrer un objet volé (à moins que l'accusé ne soit amené à procès) est félonie. (Sec. 50).

Toute personne à laquelle un objet volé est offert, peut amener le voleur devant un juge à paix. (Sec. 55.)

Ont juridiction criminelle (sommaire) les juges à paix sur les personnes accusées de mener une vie vagabonde, oisive et déréglée, et peuvent les condamner à une amende n'excédant pas cinq loais, ou deux mois de prison à défaut de paiement. Ils l'ont aussi pour assault.

Dans les cités il y a des Cours spéciales de police correctionnelle, celles du Recorder et du Surintendant de police. Les municipalités de ces villes entretiennent sur pied un certain nombre de connétables qui sont chargés d'arrêter les vagabonds ou ceux qui troublent la paix publique. Tout juge de paix peut remplacer le surintendant.

Il est loisible d'appeler des sentences à la Cour de Sessions de Quartier en donnant caution de payer la pénalité adjugée et tous les frais.

Les ordres, warrants, emprisonnements peuvent être annulés pour défaut de forme ou à raison des défauts qui s'y trouvent.

Ont la haute juridiction, la Cour de Session de Quartier ou des Sessions trimestrielles de la Paix, formées de juges à paix, mais ordinairement présidée par un juge. On y entend parler du grand et du petit jury, et elle a juridiction sur tous les cas, excepté ceux de haute trahison ou lèse majesté, bien qu'elle ne juge ordinairement que des délits ou *misdemeanours*.

Les Cours Supérieures de District, avec évocation et

appel *ad libitum* à la Cour du Banc de la Reine, en vertu de la loi de judicature Cartier. Le pays se couvre de géoles ; dans les cours de districts, on doit s'attendre à de nombreuses et irréparables bévues. car les Aylwin, les Drummond, les Johnson et les Carter ne se multiplieront pas comme par enchantement pour guider les procédés.

La Cour du Banc de la Reine, qui a juridiction de première instance comme juridiction d'erreur et d'appel sur tous les cas, moins ceux qui tombent sous la juridiction de l'amirauté.

La couronne conserve la prérogative de nommer selon le besoin des commissions d'Oyer et *Terminer* et d'évacuation des prisons, quoiqu'on ne les voie plus se renouveler.

Toute poursuite suppose une arrestation et une procédure sommaire devant les juges à paix, si ce sont eux qui ont fait faire l'arrestation.

Un juge à paix ne peut faire faire une arrestation qu'en donnant un mandat (warrant à cet effet) à moins que le malfaiteur ou félon ne soit pris en flagrant délit sous ses yeux.

Il accorde ordinairement le *warrant* sur déposition accompagnée d'un *affidavit*.

Le shériff, le coronaire et le grand connétable peuvent arrêter *ex officio* sans warrant.

Tout officier ou particulier peut ou doit le faire quant le délinquant est pris sur le fait, ainsi que le déclarer, s'il a connaissance du crime. La couronne proclame des récompenses en ce cas.

Sir Edward Coke a prétendu que toute arrestation devait être précédée de l'*indictamentum* (*indictment*) ; mais Sir Mathew Hale a combattu cette prétention, et son sentiment a prévalu dans la pratique, puisque nous avons la procédure préparatoire devant le juge à paix et l'incarcération avant procès.

Par notre *Black Act*, toute personne accusée de félonie peut, sur forte présomption (l'*affidavit* n'est donc pas de nécessité absolue) être emprisonnée par un ou plusieurs juges de paix.

Si un seul juge de paix est présent, et que la preuve.

ne soit point concluante, la partie pourra être détenue et conduite devant deux juges.

Lorsque devant tels deux juges la preuve n'ira pas jusqu'à une forte présomption, mais suffira pour des recherches, telle partie soupçonnée pourra être admise à caution devant deux juges à paix.

Avant le cautionnement ou l'emprisonnement, elle sera examinée, et les témoins entendus en sa présence. Les dits témoins pourront être assignés et seront tenus de comparaître.

L'examen et procédés seront signés par le juge ou les juges à paix et remis à l'officier compétent avant l'instruction proprement dite.

S'il s'agit d'homicide, de suicide (\*), de mort en prison et que le corps soit retrouvé, l'enquête *inquisitio post mortem* devra être faite par le coronaire, qui a un jury. Il se conduit comme le juge à paix vis-à-vis de l'officier compétent, en vue de l'instruction du procès.

Quand l'accusé n'a pas pu être admis à caution et qu'il a été envoyé en prison, il ne peut être libéré qu'à la faveur d'un bref *habeas corpus* accordé par un juge d'une Cour Supérieure ou par la Cour du Banc de la Reine ou ordre équivalant pour qu'il soit admis à cautionner. (†)

4 et 5 Vict.  
s. 21 Sec.  
3 et 6

La Couronne, par ses officiers, est la *prosecutrice* propre des délits publics et felonies, bien que toute personne puisse provoquer une poursuite. Cependant, nous voyons des poursuites privées, par exemple en cas de parjure, et nous avons le cas de Guèvremont à Screl.

Le Procureur-général, le Solliciteur-général, ou un conseiller du Roi, occupent dans les Cours Supérieures; le Clerc de la Couronne dans la Cour de Sessions de Quartier.

La poursuite commence par une accusation détaillée et par écrit, l'*indictamentum* vulgo *indictment*, qui est soumis au grand jury; car il y a le grand jury ou jury d'accusation, qui décide s'il y a matière à procès ou non à l'unanimité de douze, et le petit jury qui examine si

---

(\*) Autrefois le *felony* se était noté d'infamie après procédures, l'infamie qui réagissait sur sa famille.

L'accusé est vraiment coupable. Des présomptions suffisent pour le grand jury, tandis que pour le petit jury il faut des preuves.

Le grand jury examine les témoins à charge ou témoins de la couronne ; mais non les témoins à décharge, puisqu'il ne s'agit que de savoir s'il y a matière à accusation, et qu'autrement le petit jury serait sans but.

Si le grand jury s'accorde à trouver (*finding*) matière à accusation, il écrit sur le dossier d'indictment *lilla vera* ou *true bill*, sinon, *no bill*. Anciennement il mettait quelquefois *ignoramus*, quand il ne se trouvait point assez éclairé par les actes et les témoignages qu'il a le droit de se faire fournir.

Dans le cas où *no bill* est écrit, l'accusé est délivré. La couronne, qui poursuit, peut aussi se désister d'elle-même en faisant produire par son officier un *Nolle Prosequi* aussitôt qu'elle y avise et en tout état de cause avant verdict et jugement.

Quand il a été trouvé *lilla vera*, l'accusé est amené à la barre (*arraigned*) pour entendre la lecture de l'arrêt d'accusation en sa langue, auquel il doit plaider coupable ou non coupable, s'il plaide coupable, la sentence peut être prononcée *instantly*, mais Blackstone dit qu'une Cour de justice ne s'y montrera nullement encline et conseillera même à l'accusé de revenir sur sa confession.

S'il reste muet, et s'obstine à se taire, plaider de non coupable sera enregistré en vertu de notre *Black Act*.

Autrefois le muet obstiné, pour lequel Jérémie Bentham n'a aucune pitié, était assujéti à la *pen-tence forte et dure* que Linguet qualifie justement d'atroce.

Si l'accusé plaide non coupable, il choisit ou il est indiqué un jour pour l'instruction de son procès, et en attendant il retourne en prison.

Si on n'est pas au milieu d'un terme et d'un jury servant pour tout le terme, le shériff, en vertu d'un bref de *venire facias* convoque soixante jurés sur lequel sont choisis selon les circonstances les douze jurés qui doivent porter le verdict de coupable ou non coupable.

Avant que les jurés ne soient assermentés, l'accusé peut les récuser tous ou partie seulement.

Tous, pour cause ou en donnant ses raisons ; vingt seulement, par récusation (*challenge*) péremptoire : La couronne peut aussi récuser les jurés, mais non péremptoirement (*Blackstone*).

“ La couronne ne pourra récuser des jurés excepté pour raisons dûment prouvées ” dit l’acte 10 et 11 Viet. c. 13.

Quand la plupart des jurés ont été récusés, on appelle *Tales* le jury spécial qu’il faut se procurer.

Si l’accusé est étranger le jury doit être *de mediate lingua*, c’est à-dire qu’autant que possible, il sera composé pour moitié de ses compatriotes.

Il y avait autrefois de grands abus dans notre tirage des jurés (*empower*) ; l’histoire doit dire que feu l’Honorable D. B. Viger s’est donné beaucoup de mouvemens dans son pays et en Angleterre pour qu’on y mit ordre.

Une fois le jury complété et assermenté, le procès s’instruit et les témoignages sont entendus devant lui en Cour, et les témoins interrogés et transquestionnés par le *prosecuteur* public et par le conseil de l’accusé.

Avant la reine Marie, qui dément ainsi le surnom de *bloody Queen* que lui ont donné les Anglais, l’accusé de felony ne pouvait faire entendre de témoins à décharge ; il n’y avait pas de défense enfin ; et contrairement au principe : *beneficium principis oportet esse mansurum*, ce bienfait ne subsista point sous ses successeurs protestants ( )

Par notre *Black Act*, le felon peut se défendre par conseil. (Sec. ix.)

Pour être entendu comme témoin en justice criminelle, sans distinction de sexe, il faut avoir l’âge de raison et être croyable.

---

(\*) When she appointed Sir Richard Morgan Chief Justice, she enjoined him that, notwithstanding the old error, which did not admit any witness to speak, or any matter to be heard in favor of the adversary, Her Majesty being party, her highness’s pleasure was, that whatsoever could be brought in favor of the subject should be admitted to be heard : and moreover, that the justices should not veranade themselves to sit in judgment otherwise for her highness than for her subjects.

22. Il suffit dans la pluralité des cas d'un seul témoin *credible witness* : les cas de haute-trahison et de parjure sont exceptés, et l'on exige deux témoins. " Les lois dit Montesquieu, qui font périr un homme sur la déposition d'un seul témoin, sont fatales à la liberté. La raison en exige deux, parce qu'un témoin qui affirme, un accusé qui nie, font un partage, et il faut un tiers pour le vider."

Une femme n'est pas tenue et ne doit pas témoigner contre son mari ou son baron dans le langage judiciaire anglais; le fils sera tenu de témoigner contre son père : on a l'exemple récent d'Alfred de Vidil qui a été dédommagé de la punition de sa piété filiale par les sympathies d'un peuple plus éclairé que la loi.

Bien qu'il suffise en général d'avoir l'âge de raison pour être témoin, un enfant de sept ans ne sera pas admis en témoignage s'il ne comprend point la religion du serment, et il sera peut-être admis à un âge plus tendre, s'il la comprend.

Une personne qui aurait été convaincue de parjure ne serait pas admissible, parce qu'elle ne peut plus être présumée croyable (*credible*.)

Anciennement l'accusé pouvoit proposer diverses exceptions, et il peut jusque à ce jour en proposer quelques unes.

La première est l'exception déclinatoire, *plea to the jurisdiction*, par exemple s'il étoit poursuivi pour haute trahison devant une cour de session de quartier, ou pour un crime commis sur mer devant la cour du Banc de la Reine.

Il y a ensuite le *demurder*, comme s'il prétend que l'offense notée de félonie dans l'arrêté d'accusation, n'est point félonie.

On appelle *plea in abatement* l'exception de *misnommer* ou de faux nom; mais par notre *Black Act*, l'*indictment* peut être dans ce cas et dans celui d'autres irrégularités amendé, et la copie amendée vaut comme *indictment* original. " L'accusé peut être trouvé coupable d'une offense moindre que celle indiquée dans l'arrêté d'accusation; si l'offense au contraire se trouve plus forte, la cour peut ordonner un nouveau procès.

Il y avait aussi les exception de clergé, *d'autrefois acquit, d'autrefois convict, d'autrefois attainé.*

Ces exceptions sont abolies par notre *Black Act*; mais l'accusé peut sans doute encore plaider pardon obtenu.

Il pouvait autrefois faire renvoyer son procès devant la prochaine commission d'Oyer et Terminer; mais l'Acte 2 Vict. chap. 23 le défend.

Malgré l'abolition des exceptions *d'autrefois convict ou acquit*, une personne ne sera point poursuivie deux fois pour la même offense selon la maxime *non bis in idem* (18 Vict. Cha. 92 Sec. 14.)

*L'Attaîner* ou *bill d'Attaîner* est une mise hors de loi et de sa protection sans jugement. C'est un acte de haute prérogative.

Le *verdict* du jury est le prononcé qu'il fait par son chef (*foreman*) sur le fait argué de crime.

Soit au civil soit au criminel, il faut en Angleterre et dans le Canada Supérieur douze jurés unanimes pour le prononcer; dans le Bas Canada, en vertu de l'Ordonnance de 1785 ou 25ème Geo, III, il suffit que neuf jurés s'accordent au civil.

Ce qu'on appelle vulgairement la charge du juge, qui précède le délibéré du jury en chambre et le verdict, ne doit être régulièrement que l'exposé calme des faits, d'après les notes prises, et l'éclaircissement des points de droits.

Le *verdict* du jury est généralement inattaquable, à moins qu'on ne prouve qu'il a été corrompu ou qu'il a prévarié.

Blackstone dit pourtant qu'il peut être mis de côté par le juge s'il est évidemment erroné,

Le juge peut accorder un nouveau procès, *new trial* pour irrégularités dans la procédure.

Jusqu'à ces dernières années, nous n'avions point d'évocations comme en Angleterre, ni d'appel au criminel, mais la loi de M. Cartier pour l'administration de la justice criminelle les introduits.

Il ne faut pas confondre le *verdict* du jury et la sentence du juge, qui applique la loi au fait tel que constaté par le jury.

La peine subie a l'effet du pardon ; en sorte que celui qui a subi la sentence peut plus tard être témoin en justice, à moins que l'offense pour laquelle il a été puni ne fût le parjure. (†)

† 4 et 5 Vic.  
c. 24.

Il n'en est pas ainsi si la félonie est capitale.

La condamnation capitale produit la mort civile en principe ; mais en pratique il n'y a guères que dans les cas d'*attainder* que le gouvernement se porte à ces extrémités barbares, si même l'*attainder* n'est pas le plus souvent retiré (*reversed*).

La couronne a en effet la prérogative de grâce, et le gouverneur général ou administrateur exerce au moins celle de commutation, mais cette prérogative, pour être respectable, a besoin d'être exercée avec moins de tergiversation et plus à propos que ne le fit Sir Edmund Walker Head dans le cas de Jesse Paterson.

## CONCLUSION.

---

M. Bréard de Neuville, traducteur des Pandectes de Pothier, conseille de commencer un cours de droit par le titre seizième du livre cinquante du Digeste, *de significatione verborum*, et de le terminer par le titre dixseptième, *de regulis juris*. Il parle sans doute d'un cours de droit Romain, car chaque législation a sa terminologie propre, mais quant aux règles du droit Romain en particulier, elles conviennent à toutes les législations et sont propres à les vivifier.

*Regula est brevis et generalis sententia quæ plures causas sine specie unica decisione terminatur ex identitate rationis.* En effet, le propre de la règle est de terminer par une seule décision plusieurs difficultés qui doivent être décidées par un même principe de raison.

La fin de chaque règle en particulier est de proposer brièvement le motif qu'avait son auteur quand il la proposait comme une règle du droit ; car les règles ne décident pas du fait, mais seulement du droit sur le fait dûment établi. Leur caractère propre est d'exposer dans un style serré les principes d'où se tire la décision dont on a besoin ; ainsi le droit étant plus ancien que la règle, les interprètes ont inféré de là que le droit est le fond de la décision, dont la règle n'est que la forme.

Et comme sa fonction est d'embrasser en peu de mots les principes généraux de justice et d'équité, on doit s'y tenir religieusement et l'on ne peut s'en éloigner que dans les espèces sujettes à quelque limitation ; cette vérité est fondée sur un si grand nombre de maximes, qu'il n'y a pas lieu d'en douter. On se contentera d'en rapporter cinq ou six.

*Qui regulam pro se habet, transfert onus probandi in adversarium. et fundatum habet suam intentionem.*

*Actor qui contra regulam quid adduxit non est audiendus.*

*A regula non est recedendum, nisi contrarium expresse reperiatur in jure.*

*Officium regulæ est judicium ad casus propositos regere et dirigere.*

*Judicis est in pronuntiando sequi regulam, exceptione non probata.*

Ces maximes prouvent la nécessité de s'attacher aux règles et de les savoir parfaitement, ce qui est d'autant plus facile, que la brièveté, qui plaît toujours, et qui est un des plus grands agrémens de la loi, se trouve mieux observée dans les règles que partout ailleurs, et que tous les autres principes de droit se réduisent à ceux-ci comme à leur centre.

Comme les règles du droit Romain ont été suffisamment répandues dans tout ce cours, on les remplacera ici par les règles qui dans le *corpus juris canonici* correspondent au titre susmentionné du *corpus juris civilis*.

## EXTRAIT DES RÈGLES DU DROIT.

---

### CONTENUES DANS LE SIXTE ET LES DÉCRÉTALES.

Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit. (\*)

Sine possessione praescriptio non procedit.

Peccatum non dimittitur nisi restituatur ablatum.

Peccati venia non datur nisi correcto.

---

(\*) Selon le droit civil : possessionis initium vitiorum impedit nullum i. n. n.

Nemo potest ad impossibile obligari.

Beneficium ecclesiasticum non potest licite sine institutione canonica obtineri.

Privilegium personale personam sequitur et extinguitur cum persona.

Semel malus semper præsumitur esse malus.

Statum quis habere non potest, quod ipsius nomine non est gestum.

Ratificationem retrahit, et mandato non est dubium comparari.

Cum sunt partium jura obscura, reo favendum est potius quam actori.

In judiciis non est acceptio personarum habenda.

Ignorantia facti, non juris, excusat.

Cum quis in jus succedit alterius, justam ignorantiam causam censetur habere.

Odia restringi, et favores convenit ampliari.

Decet concessam a principe beneficium esse mansurum.

Indultum a jure beneficium non est alicui auferendum.

Non firmatur tractu temporis, quod de jure ab initio non subsistit.

Non est sine culpa qui rei ad eum non pertinenti se immiscet.

Nellus pluribus uti defensionibus prohibetur.

Quod semel placuit, amplius displicere non potest.

Non debet aliquis alterius odio pregravari.

Sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus.

Quod quis mandato judicis, dolo facere non videtur, cum habeat parere necesse.

Mora sua cuilibet est nociva.

Ea que fiunt a iudice, si ad eum non expectant officium, viribus non subsistunt.

Scienti et consentienti non fit injuria neque dolus.

Quæ a jure communi exorbitant, nequaquam ad consequentiam sunt trahenda.

Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari.

In obscuris minimum est sequendum.

Item qui certus est, certiorari ulterius non oportet.

Non licet actori, quod reo licitum non existit.  
Mutare consilium quis non potest in alterius detri-  
mentum.

Generi per speciem derogatur.

Plus semper in se continet quod est minus.

Pro possessore habetur qui dolo desit possidere.

Utile non debet per inutile vitari.

Cam qui l prohibetur, prohibentur omnia quæ sequuntur ex illo.

Pluralis locutio duorum numero est contenta.

Imputari non debet ei, per quem non stat, si non faciat quod per eum erat faciendum.

Accessorium naturam sequi congruit principalis.

Qui tacet consentire videtur. (\*)

Is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur.

Inspicimus in obscuris quod est verisimilius, vel quod plerumque fieri consuevit.

Is qui in jus succedit alterius, eo jure quo ille, uti debet.

Præsumitur ignorantia, ubi scientia non probatur.

Locupletari non debet aliquis cum alterius injuria vel jactura.

In pœnis benignior est interpretatio facienda.

Actus legitimi conditionem non recipiunt neque diem.

Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus.

Qui prior est tempore, potior est jure.

Qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra.

In re communi potior est conditio prohibentis.

Contra eum qui legem discere potuit, apertius est interpretatio facienda.

Non est obligatorium contra bonos mores præstitum juramentum.

Dolo facit qui petit quod restituere oportet eundem.

Non est in mora qui potest exceptione legitima se tueri.

Quod ob gratiam alicujus conceditur, non est in ejus dispendium retorquendum.

---

\* Qui ne dit mot consent, dit l'adage.

Quæ contra jus fiunt, debent utique pro infectis haberi.  
In pari delicto vel causa, potior est conditio possidentis.

Cum non stat per eum ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset.

Quod alicui suo nomine non licet nec alieno licebit.

Potest quis per alium, quod potest facere per seipsum.

In malis promissis fidem non expedit observari.

In alternativis debitoris est electio et sufficit alterum adimpleri,

Qui ad agendum admittitur, multo magis ad excipiendum admittendus est.

Qui facit per alium, est perinde ac si faciat per seipsum.

Factum legitime retractari non debet, licet casus postea veniat, a quo non potuit inchoari.

Quod alicui gratiose conceditur, trahi non debet aliis in exemplum.

Frustra sibi fidem quis postulat servari ab eo cui fidem a se præstitam servare recusat.

Delictum personæ non debet in detrimentum ecclesiæ redundare.

Rationi congruit ut succedat in onere qui substituitur in honore.

In argumentum trahi nequeunt quæ propter necessitatem aliquando sunt concessa.

Nemo potest plus juris transferre in alium, quam sibi competere dignoscatur.

In toto partem non est dubium contineri.

Qui contra jura mercatur, bonam fidem habere non præsumitur.

Bona fides non patitur ut semel exactum iterum exigatur.

Cum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti.

Contractus ex conventionione legem accipere dignoscuntur.

Damnum quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare.

Infamibus portæ non pateant dignitatum.

Certum est quod is committit in legem, qui legis verba complectens, contra legis nititur voluntatem. (\*)

Omnes per quascumque causas quid nascitur, per easdem dissolvitur.

Dubia in meliorem partem interpretari debent.

Propter scandalum vitandum veritas non est committenda.

Propter necessitatem illicitum efficitur licitum.

Illicite factum obligationem non inducit.

Tormenta, judiciis non præcedentibus, inferenda non sunt.

Sacrilegus est offendens rem vel personam ecclesiasticam.

Qui facit aliter quam debet, facere non dicitur.

---

(\*) On comme dit Plaute, *legi fraudem facit*. On a basé sur cette règle l'argument *a sententia legis*, auquel on doit recourir quand la loi n'est pas claire, car quand elle l'est, *non est curandum de contraria opinione glossæ et doctorum, ad quos non leges, sed illi ad leges flecti et attemperari debent* dit Charles Dumoulin.—*Distinguitur legis interpretatio authentica, usualis et doctrinalis* dit Ligouri. *Authentica fieri potest a legislatore, usualis per consuetudinem, doctrinalis per doctores.*