



*Amos A. Phelps*

COMMENTAIRES

SUR LES

LOIS DU BAS-CANADA

OU

CONFÉRENCES DE L'ÉCOLE DE DROIT

LIÉE AU COLLÈGE DES RR. PP. JÉSUITES.

SUIVIS D'UNE

**NOTICE HISTORIQUE.**

---

*Nolumus leges... mutare.*

---

**TOME I.**

---

MONTREAL :

CÉRAT ET BOURGUIGNON, 78, RUE NOTRE-DAME.

1859.

Enregistré au bureau du **Régistrateur** Provincial conformément au Statut intitulé : “ Acte pour protéger la propriété littéraire.”

---

#### **AVIS.**

Messieurs les élèves peuvent se contenter de lire les considérans et généralement les passages imprimés en italiques et indiqués par des astérisques.

# ÉPIÎRE DU PREMIUM.

---

A MESSIEURS LES ÉTUDIANTS EN DROIT DU  
BAS-CANADA.

MESSIEURS,

Nous ne nous attendions pas, il n'y a encore que quelques jours, à vous adresser la présente avec une qualité semi-officielle ; nous croyions éloigné le jour où vous pourriez profiter d'un enseignement régulier et collégial de la science du droit, bien que l'acte d'incorporation du barreau eût prévu le cas.

Le grand-juge Sewell s'exprimait comme suit en 1824, devant la Société Littéraire et Historique de Québec :

*I cannot but solicit your attention to the actual state of the study of the law in Canada. The experience of many ages and many countries seems to have shown that the elements of science are best inculcated by public lectures. Rightly conducted they awaken the attention of the student, abridge his labour, enable him to save time, guide his inquiries, relieve the tediousness of private research, and impress the principles of his pursuit more effectually upon his memory. The student of Law in Canada has no assistance of this description, he tails alone in an extensive field of abstruse science which he finds greatly neglected, and therefore too hastily deems to be despised ; and discouraged from the commencement of his labours, he is left to his own exertions and is compelled to clear and prepare the path of his own instruction, almost without aid of any kind.*

Il n'en sera plus ainsi pour ceux qui profiteront des avantages qui leur seront offerts ; non seulement ils auront un guide, mais ils suivront un cours régulier selon les fins de la loi.

Nous ne chercherons pas à nous expliquer ici comment le sort a pu nous désigner pour diriger vos études ; nous n'essaierons pas à deviner pourquoi il n'a pas plutôt favorisé un homme plus mûr. Repoussant tous les détours d'une fallacieuse modestie, nous n'avons pas refusé l'honneur qu'on nous offrait, et nous avons cru et nous suggérons volontiers, que peut-être quelques hommes sages qui nous ont encouragé, ont pensé qu'il fallait vous trouver un professeur parmi vos camarades et amis d'hier.

Il ne nous sera pas permis de témoigner sitôt notre reconnaissance à ces personnes jalouses de procurer votre bien ; ce nous aurait été un sérieux sujet de peine, si nous n'avions pas été, et si nous n'étions pas encore dans la douce espérance de pouvoir nous acquitter un peu plus tard d'une dette d'honneur.

Nous avons cru devoir faire connaître d'avance quel sera notre plan d'enseignement. Nous ne prétendons pas traiter le droit en orateur ni en enthousiaste. Nous sommes bien prêt à dire avec d'éminens jurisconsultes, que le droit romain pur est le chef-d'œuvre de la prudence humaine ; mais non pas, avec Edmond Burke, que la masse des lois modernes est, malgré ses défauts, ses redondances et ses erreurs, la gloire de l'esprit humain, *the united reason of ages, the pride of the human intellect* : on sent trop que le grand Burke était membre de la profession !

Nous disons donc, nous, que le droit est une des branches les plus importantes des connaissances humaines, mais qu'il est susceptible d'être beaucoup amélioré, ce que nous concevons pouvoir être fait, non pas en législatant sans relâche et à tous propos, mais en simplifiant au contraire, le plus possible. Dans l'état présent du droit, cependant, nous n'avons point d'espoir de voir son étude réduite à des proportions très raisonnables : le temps n'est plus où les Institutes de Justinien suffisaient pour préparer un citoyen à la pratique du barreau.

Le droit moderne, sous le double rapport de sa théorie et de son administration, étant devenu un art autant qu'une science, son enseignement doit être à la fois historique, méthodique, philosophique et pratique.

Pourquoi philosophique ?... parce que toute science se traite philosophiquement. Mais ces deux termes, philosophique et pratique doivent se corriger l'un par l'autre. La philosophie d'Aristote part de ce principe,

que la science est fille de l'expérience ; mais l'expérience, à elle seule, n'est pas la science. Pour que la perception empirique devienne connaissance scientifique, il faut l'acte de la raison, qui, dans la diversité des phénomènes, reconnaît le général et l'absolu. La science est un ensemble de notions systématiquement liées : le particulier y est dominé par la loi de l'unité et y prend sa place avec la qualité de membre nécessaire du tout. La science a une théorie : son instrument est l'induction, la déduction ou démonstration, conclusion scientifique des faits fournis par l'expérience. Elle a aussi sa méthode d'exposition ; celle-ci procède quelquefois à l'inverse de la connaissance scientifique ; au lieu de s'élever du particulier au général, elle part au contraire d'un principe fondamental, auquel elle rattache les notions diverses et les propositions particulières qui en déterminent et en délimitent la portée véritable.—La science, enfin, a la conscience de son objet ; cela veut dire non-seulement qu'elle le connaît, mais encore qu'elle s'est rendu compte de ses causes, et qu'ainsi elle est parvenue à le classer dans le grand tout, et à se démontrer sa nécessité. Arrivée là, la science est en même temps un art. Mais pour que la science du droit, comme toute autre, mérite le nom de science, il faut qu'elle se rattache à la notion du monde—*notitia rerum humanarum* disent les Romains, sans renoncer aux divines,—*justi et injusti scientia*. Par là elle conquiert son unité, et par l'unité philosophique, la science du droit se constitue en un tout bien délimité en soi, mais toujours ouvert à des notions nouvelles et meilleures. De la science enfin, de la coordination des principes juridiques, naît un système assez large pour embrasser la matière tout entière *l'æquum et bonum*, selon l'expression du jurisconsulte Celsus.

Les jurisconsultes romains étaient éminemment philosophes. Les modernes n'ont pu qu'imiter les Romains, et quand ils ne l'ont pas fait, il est très rare qu'ils aient traité le droit philosophiquement ; Toullier a ouvert une voie nouvelle où d'autres le suivent ; l'Académie des Sciences morales et politiques constitué à Paris, entre dans le mérite des législations, et il en est grand besoin, car le droit, même dans sa théorie, a souvent outrepassé le but de sa mission véritable. Cela est surtout vrai par rapport au droit criminel. Son étude embrasse nécessaire-

ment aujourd'hui les théories des criminalistes qui ont demandé compte à la société du droit en bien des cas, purement présumé peut-être, qu'elle a exercé sur la vie et la liberté de ses membres.

Ce mode philosophique d'étude devrait s'étendre à la procédure ; il est nécessaire de l'étendre à la procédure criminelle, puisque d'elle aussi dépend la vie de l'homme qui a été assez misérable pour commettre un crime véritable, *malum in se*, ou assez malheureux pour avoir agi malgré la prohibition de la loi. (\*)

Mais quant à la procédure civile, quelque besoin qu'elle ait d'être éclairée par les lumières de la vraie philosophie, il ne serait à propos de la traiter de la même manière dans un cours de droit qu'autant qu'on aurait assez d'influence pour se faire écouter de la turbe de nos feseurs de lois.

Nous allons peut-être trop loin en fait de concessions, et ne devons-nous pas au moins dire ici que la procédure civile a suivi dans son progrès une marche diamétralement opposée à celle qu'ont suivie les autres arts ? A mesure qu'ils se sont perfectionnés, ils ont produit un plus grand nombre d'effets par un nombre plus limité de moyens. La procédure a multiplié ses moyens jusqu'à ce qu'elle en soit venue à cet extrême, "*la forme emporte le fond.*" (†) L'Angleterre a comblé la mesure des moyens ; elle avait épuisé les fictions rationnelles, pour en imaginer ensuite qui ne seraient que puérides, si elles n'étaient dangereuses : elle a multiplié, disais-je, les moyens, et les effets sont devenus d'autant plus rares. Les juges y ont, dit-on, l'esprit et le cœur ornés du véritable esprit de justice, et cependant la justice n'y marche qu'à pas lents et les yeux bandés. Mais enfin l'Angleterre est lasse de ces tâtonnemens, et le discours du trône annonce une réforme organique.

Ces remarques réservées, ce serait en vain, nous le répétons volontiers, que nous nous abandonnerions à de belles spéculations en forme de remontrances à l'autorité

---

[\*] Ce que Blackstone appelle avec assez peu de bonheur *malum prohibitum*, à moins qu'il ne consente à traduire, *fruit défendu* !!!

[†] Une belle maxime pour le palais, utile au public, remplie de raison et d'équité, ce serait la contradictoire de celle qui dit : *la forme emporte le fond.*

pour la faire revenir à la simplicité antique,—la simplicité des Romains ; car c'est au point où la science passe de la théorie dans l'application, que le génie romain la saisit et la maîtrise.

## DROIT HISTORIQUE.

M. Laboulaye, membre de la haute commission des études de droit en France, en 1845, (\*) se plaignait, à propos de la création d'une chaire de droit historique, de la pénurie de concurrens compétens.

“ Qu'on demande aux candidats, disait-il, de dire quels changemens les Valois ont introduits dans la législation française, de rechercher les sources de la Coutume de Paris, d'exposer leurs idées sur le caractère des Etablissements de St. Louis ; de faire l'histoire des coutumes anglo-normandes du treizième au quinzième siècle, et mille autres questions semblables rentrant toutes dans les connaissances nécessaires à un futur professeur de droit historique, je ne sais pas ce qu'ils répondront ; mais je ne crois pas me tromper en avançant qu'une grande partie des professeurs n'ont point d'opinions arrêtées sur tous ces points, et qu'ils seraient fort embarrassés de juger un candidat exposant les origines germaniques ou canoniques de la législation française.”

S'il en est ainsi d'hommes qui sont regardés comme des professeurs consommés dans les huit facultés de droit de l'Université de Paris, nous serions donc presque excusable si nous n'étions pas en état de résoudre pour votre usage les questions suivantes :

1o. Les Français implantèrent-ils dans ce pays un gouvernement purement militaire, comme l'avance l'abbé philosophe Raynal, ou n'y firent-ils pas plutôt régner l'ordre et la justice ?

2o. Quelle est à ce sujet l'opinion de Sir James Marriot ?

---

(\*) M. de Salvandy formait à cette époque pour la réforme des études légales en France, une commission composée entre autres, de MM. Rossi, Dupin, comte Portalis, Girod de l'Ain, de Fougères, Frank-Carré, Laboulaye, Troplong, Laferrière, Laplange-Barris, Schutzemberg, etc.

30. Notre pays n'était-il pas cependant un pays féodal ?
40. Quelle était la nature des titres de nos seigneurs ?
50. Y avait-il dans la colonie des fiefs de dignité, — comtés, baronies, châtelainies, et combien ?
60. Comment les comtés de Dorsainville et de l'Île d'Orléans, la baronnie de Portneuf ont-ils perdu leur dignité ?
70. De quel manoir relevaient les seigneuries du Canada non possédées en franc-aleu noble ?
80. Y avait-il des seigneuries possédées de la sorte ?
90. Quand et comment les hautes justices furent-elles supprimées ?
100. Comment on fini les moyennes et basses justices ?
110. Comment les Anglais les remplacèrent-ils ?
120. Trouve-t-on beaucoup d'exemples de nos seigneurs qui aient exercé les droits de justice ?
130. A quel officier prêtaient-ils la foi et hommage ?
140. Qui était juge suprême en matière de fiefs ?
150. Qui était juge délégué ?
160. Quelques unes des prérogatives de l'Intendant n'ont-elles pas été transmises au gouverneur ?
170. Quelques autres ne l'ont-elles pas été à la Cour de Vice-Amirauté ?
180. Qui faisait les fonctions de Juge-Consul ?
190. Quels étaient les tribunaux en existence ?
200. Quand furent établies les justices royales de Montréal et des Trois-Rivières ?
210. La prévôté de Québec ?
220. Quelle était sa juridiction ?
230. L'Intendant avait-il une cour séparée ?
240. Quelle était la juridiction du Conseil Supérieur ?
250. Ce tribunal était-il bien accessible aux parties ?
260. N'y a-t-il pas une circonstance beaucoup à son éloge ?
270. Comment était-il composé ?
280. Comment l'était la prévôté ?
290. Qu'était-ce que les assesseurs ?
300. Ne suivaient-ils pas un cours de droit ?
310. Le Canada avait-il une bonne police ?
320. Jusqu'où s'étendaient les pouvoirs du Grand-Voyer ?
33. Quel rôle jouait dans la colonie le Prévôt des Marchaux ?

340. N'eut-il pas une contestation avec la prévôté de Québec ?

350. Ne retrouve-t-on pas cet officier sous les Anglais ?

360. La jurisprudence des tribunaux du pays était-elle bien compliquée ?

370. Quelles en étaient les sources ?

380. Quels sont les principaux changemens opérés par la conquête dans notre législation ?

390. Y a-t-il jamais eu une Chancellerie en Canada, et comment a-t-elle été suppléée ?

Désireux de ne pas vous fatiguer par des études historiques compliquées, nous ne nous attacherons dans l'histoire légale de Rome et de la France, comme dans celle du Canada, qu'aux points principaux, aux époques.

## DROIT ROMAIN.

Devrons-nous étudier le droit romain ?—La législation romaine, presque toujours si conforme au droit naturel, ayant acquis une autorité plus ou moins étendue chez toutes les nations civilisées de l'Europe et de l'Amérique, il s'en est suivi une ressemblance prononcée dans leurs législations.

Il faut conclure de là, que c'est dans le droit romain qu'il faut aller puiser les principes du droit en général.

On a coutume de dire ici que le droit romain n'est pour le Canada que "raison écrite," *ratio scripta*, comme Coquille et autres le disaient pour les provinces coutumières de la France.

Nous ignorons si on a jamais eu une idée bien arrêtée sur le sens de ces mots, *ratio scripta* ; mais nous savons qu'ils excitèrent en France une sérieuse controverse. Quelques légistes disaient que l'on pouvait s'appuyer du droit romain dans les cas où les Ordonnances ou la Coutume ne disaient rien ; d'autres soutenaient qu'on y était tenu. C'était se rapprocher des jurisconsultes d'outre-Rhin. En Allemagne, en effet, le savant Strickins entreprit avec succès d'établir ce sentiment, qui fut embrassé par le Chancelier Heineccius.

L'Angleterre a eu et a encore ses *civiliens* ou Jurisconsultes qui s'appliquent uniquement à l'étude du droit

romain, qu'ils appellent le droit civil,—“civil law” : ils forment une secte à peu près comme les sectes de jurisconsultes de l'ancienne Rome.

L'article IV du Code Napoléon veut que le Juge qui refusera, au besoin, de recourir au droit romain, soit coupable d'un déni de justice :—*cum nullam ob aliam causam jus illud in scholis nostris edocendum, discendumque sit, quam ut in supplementum juri nostro adhibeatur*, dit M. Dupin, dans son édition des *Recitationes Heineccii*.

Quant au Canada, nous dirons d'abord qu'il y a quantité de choses dans le droit romain qui ne conviennent qu'à l'antiquité, et qui ne peuvent avoir ici aucune application : il y a donc déjà inconvénient à dire, sans distinction, que le droit romain est notre *raison écrite*. Ainsi la loi *Fusia* sur l'esclavage, ne pourrait être raison écrite pour nous Canadiens ; mais la Nouvelle 78 de Justinien pent et devrait l'être pour nos voisins, qu'elle devrait faire rentrer en eux-mêmes !

Pour ce qui est du fond du droit romain ou de ses dispositions générales, nous disons qu'il est, à peu d'exceptions près, le droit municipal du sol sans qu'il ait été besoin d'aucune promulgation à cet effet. Voyez les contrats,—ce qui est de leur essence est bien du droit des gens et suit de la société ; mais leurs règles sont de droit hellénique ou romain. Elles sont devenues pour la plupart, et ne pouvaient manquer d'être de droit commun universel, et nous les suivons en Canada comme dans les autres pays policés.

La plupart des actions du droit romain sont reçues avec leur même terminologie latine, la plainte et la réintégration exceptées ; mais la première de ces actions possessoires n'est autre que l'interdit appelé en droit *uti possidetis retinendæ possessionis* et la seconde est la même que l'interdit *recuperandæ possessionis* ou *unde vi*.

Les exceptions originent dans l'édit prétorien. Nous devons à l'empereur Justinien nos deux exceptions de discussion et de division. La péremption d'instance est tirée de la loi *properandum*. La représentation collatérale l'est d'une nouvelle, la 118ème si notre mémoire est fidèle.

Il n'y a pas jusqu'aux coutumes qui n'eussent été rédigées en grande partie en les conférant avec l'œuvre de Justinien ; c'est un fait que notre savant Juge-en-Chef Sewell a entrevu dans sa lecture sur l'Origine et

les Progrès du Droit Français, que nous n'hésitons pas, sur notre propre responsabilité, à donner comme un chef-d'œuvre au point de vue historique,—un petit chef-d'œuvre plus étonnant de celà seul que l'auteur a su réunir dans une brochure de trente quatre pages toutes les connaissances désirables sur son sujet, une histoire précise très complète du droit français. Pussions-nous, dans le cours de nos conférences, trouver parfois l'occasion de réveiller des gloires muettes de notre pays ! Le Canada a eu des hommes transcendans comme les autres pays. Les Vallières de St. Réal et les Reid n'ont-ils pas brillé à la tête de la magistrature ?

Voilà, messieurs, une digression que vous me pardonneriez volontiers ; mais revenons au droit romain, et finissons en souscrivant à l'opinion du célèbre Heineccius : c'est le moins que nous pussions dire de l'autorité que doit avoir cette belle législation :

*Ex historia notum est et Germanos, et Belgas et Gallos aliasque gentes, multis post Justinianum seculis, adhuc suas leges a Romanis diversissimas habuisse ; sed valet tamen jus justinianum Ex Recepto, quia ob æquitatem suam ei nos sponte submisimus, idque ultro in scholas, academias foraque recepimus.*

Cette conclusion nous conduira à une autre à laquelle on ne se sera pas attendu, c'est-à-dire que, de ce que le droit romain a été reçu unanimement et tacitement en ce qui peut trouver son application, il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de lui donner un enseignement séparé, et qu'un enseignement simultanément est suffisant. C'est ce qu'on devrait faire dans les écoles de droit de l'Europe, où M. Laboulaye avoue que le droit romain n'est pas bien enseigné.

Mais si quelqu'un des élèves qui aurait suivi notre cours désirait approfondir le droit romain, nous aurions un conseil à lui donner. Nous croyions, même avant d'avoir fait la lecture d'un livret du célèbre Le Camus, qu'on ne peut bien étudier le droit romain, que dans le texte latin même. Nous allons appuyer d'ailleurs notre opinion.

On a tout fait pour embrouiller les lois romaines. Les compilateurs qui les ont réunies, les empruntaient à des constitutions nombreuses, souvent contradictoires, parce qu'elles avaient été publiées par différens empereurs, à diverses époques, d'où l'on a confondu et mêlé les prin-

cipes les plus distincts. Ils détachèrent ces mêmes lois de la place qu'elles occupaient et où elles s'expliquaient *per antecedentia et consequentia*, pour les transplanter en quelque sorte dans leurs recueils, de façon qu'on y trouve plus d'une fois l'explication de l'édit perpétuel et d'autres lois sans les termes de celles-ci, c. a. d. un commentaire sans texte ; de là des mutilations, des altérations, de fausses applications sans nombre, sans parler de l'ignorance de certains compilateurs, qui lisaient mal à cause des signes et des abréviations. Ils disposèrent leurs *Excerpta* dans un ordre si embrouillé que, si clair qu'un titre puisse être, pris à part, on n'en peut venir à bout qu'à grand'peine. Car souvent, ici est la loi, là une modification de cette loi ; ici le texte, là l'explication ; le principe est dans les derniers livres, les conséquences et applications dans les premiers. Le droit romain devenait assez obscur déjà sans cela. Il arrive souvent qu'une même chose est répétée dans des endroits divers. On a transporté dans le *Corpus Juris* une quantité innombrable de lois abrogées par des lois plus modernes ; d'autres lois romaines s'abrogent d'elles-mêmes en ce que l'objet dont elles traitent n'est plus *in rerum natura*. Il en est ainsi par exemple d'une foule de lois relatives à d'anciens offices complètement oubliés ; on les a semées à pleines mains dans tout le *Corpus* pour les appliquer à tort et à travers à un état de choses tout autre. On conçoit qu'il suffisait que ces choses fussent dans les éditions du droit romain conservées dans les bibliothèques, afin que d'autres que les élèves pussent y recourir, à cause de la raison qui y brille, et souvent aussi, à cause des exemples utiles que fournit à l'imitation la sagesse des anciens.

Comme ces remarques résument un chapitre de Leibnitz, nous reproduisons mot à mot son jugement sur le *Corpus Juris*.

“ Si nous voulons appeler les choses par leur nom, il n'y a pas de lois dans le *Corpus Juris*. Ce sont, pour la plus grande partie, une infinité de cas particuliers décidés par des rescrits impériaux, ou des réponses de jurisconsultes, et dont bien des centaines, réunies ensemble, pourraient exprimées en quelques mots, former une règle universelle, une véritable loi. Bien de la place s'y trouve d'ailleurs perdue en définitions, divisions, étymologies, excursions, observations historiques, critiques ou

scolastiques. Ce n'est pas le langage d'un législateur, mais d'un professeur qui écrit un traité."

Il est évident que Leibnitz (car il aurait tort de reprocher au législateur de formuler les principes des lois) veut parler d'une édition du droit romain avec glose. A une époque où ce droit formait les trois quarts de la législation positive de l'Allemagne, on se souciait moins de purger le texte, que d'en donner des éditions fort mauvaises portant nom de *Corpus Juris* et inondées d'un déluge de dissertations, d'opinions, de thèses et d'anti-thèses sur toutes les choses possibles et sur les plus futiles questions.

Conseillant donc exclusivement le droit romain pur, nous nous abstenons de recommander les Pandectes de Pothier, parce qu'il a interverti l'ordre et qu'il a noyé le texte romain dans le sien. On peut les remplacer avantageusement et abrégé beaucoup en se servant de l'*Építome* de Montvallon selon l'ordre du Digeste, ouvrage où il a suivi scrupuleusement le texte sans le commenter et sans y ajouter quasi autre chose que les définitions de Cujas, le moderne le plus sûr en fait de doctrine romaine. On trouve des traductions du Code et des Institutes avec le texte latin à côté. Les Novelles sont plus rares ; mais elles se trouvent aussi.

## DROIT CRIMINEL.

Chez presque tous les peuples, la législation criminelle, de l'aveu de Blackstone, a été traitée avec plus de légèreté que la législation civile ; et il a fallu bien moins de formalités pour priver un homme de sa liberté, de sa vie même, que pour lui ôter un arpent de pré. L'enseignement s'en est ressenti.

" A Berlin du moins, à Breslau, à Iéna, dit M. Laboulaye, l'enseignement du droit criminel est l'objet de deux cours distincts, droit et procédure ; à Paris on prétend y consacrer suffisamment un semestre à trois heures par semaine.

M. Laboulaye signale-là une grande imprudence. Quant à nous, obligé de nous resserrer autant que possible, parce qu'on nous conseille de faire notre cours en deux années ; nous nous aviserons.

## METHODE D'ENSEIGNEMENT.

On peut reconnaître, en jetant les yeux sur les programmes des universités de Bonn et de Leipsic, quelques principes communs aussi sages que féconds, et à ce titre, généralement respectés par les élèves ; c'est, par exemple, de consacrer les premiers tems aux études générales, et de réserver pour la suite les études spéciales et pratiques.

Quand vous aurez obtenu par les études théoriques le degré de préparation suffisant, il sera à propos de vous préparer à la vie réelle.

On donne pour cela aux élèves dans quelques universités de l'Europe un aperçu clair et concis de la procédure, comme un avant-goût à la pratique : c'est ce qu'on appelle *collegia practica* dans celle de Bonn ; les *relatoria et practica* se trouvent dans le programme de Berlin, et les *repetitoria*, dans celui de Leipsic. (\*) Comme il est des choses qui ne s'apprennent pas parfaitement dans les livres, mais seulement en les faisant ou en les voyant faire ; que copier à la hâte les écritures d'un bureau, n'est pas d'une grande utilité, comme en avertit Pigeau et comme vous avez pu l'éprouver, nous prions ceux qui désirent suivre nos cours de ne pas oublier que nous regardons comme une branche indispensable de leur éducation professionnelle, la fréquentation des cours de justice, quand leurs patrons n'auront pas besoin de leur travail, car si la théorie est le *sine qua non*, ce n'est que par la pratique que vous serez de véritables hommes de loi, selon Heineccius lui-même :

*Primo leges scit jurisconsultus, deinde easdem recte interpretatur, ac postremo easdem adplicat casibus qui in vita civili quotidie adveniunt. Hæc tria, ita conjuncta sunt, ut, si quis illa sejungat et separet, non amplius juricon-*

---

[\*] Nous n'avons pu être partout, et n'avons pas rempli, par conséquent tout ce que nous nous sommes proposé : jusqu'à ces derniers tems, on n'a eu que les *repetitoria* et les *collegia practica*, entendus comme à Bonn ; mais M. Cassidy, avocat de réputation, a donné spontanément des exercices pratiques dont ceux qui les ont fréquentés ont pu tirer un grand profit.

*sulti nomen tueatur. Qui enim scit leges, sed eas recte non interpretatur, is jurisconsultus non est, sed leguleius (écolier). Qui et scit et interpretatur, sed non adplicat, is jurisperitus est, sed non jurisconsultus. Qui adplicat quidem id est, praxi se mancipat, et cruda studia in forum propellit sed scientia et interpretandi subsidiis destitutus, is rabula (criailleur) vocandus. Denique, qui et scit leges, et easdem recte interpretatur, et rite in foro adplicat, is vere jurisconsulti et jurisprudentis nomen tueatur.*

Malheureusement, on pouvait adresser naguères encore au Canada, le reproche que faisait en 1803 à la France, le fameux Talleyrand-Perigord.

“ Jusqu’à ce jour, disait-il, on a exigé des élèves qu’ils parcourussent tous les degrés et tous les tems de l’instruction ; la loi était inflexible à cet égard autant que minutieuse. Le temps des inscriptions, l’époque où chaque formalité devait s’accomplir, l’apparence même de l’assiduité étaient prescrits avec une importance qui n’admettait pas d’exceptions. Ainsi, l’on exigeait tout hors la science ; car on peut feindre l’assiduité, remplir extérieurement de vaines formes, éluder les précautions ; mais la science seule ne se contrefait pas, et c’est elle seule qu’on a droit de demander aux élèves.”

Il y a du mieux ; nous connaissons des hommes qui pensent de la sorte, et c’est déjà beaucoup. Mais il y a toujours un sujet de regret,—c’est de ne pouvoir pas appliquer, en donnant des cours de droit, l’aphorisme de Sénèque, *non multa, sed multum*. Comment n’enseigner qu’un petit nombre de choses avec un système de lois aussi compliqué et aussi hétérogène,—lorsque tous les ans, notre législature nous donne de deux à trois cents nouveaux statuts, un peu plus ou un peu moins, et de ces lois non toujours intelligibles, et qui auraient assurément besoin d’authentiques. Il nous a fallu, pour apprendre à les déchiffrer, une étude beaucoup plus sérieuse que s’il se fût agi de nous pénétrer de la matière des Capitulaires de Charlemagne, auxquels la plume d’Aleuin ne laissa pas que d’imprimer un certain caractère littéraire.

Mais la façon n’est pas la seule objection contre nos statuts. Dans les pays soi-disant libres, le législateur ne suit aucuns principes et ne s’impose aucune borne. Notre loi expirée de banqueroute était immorale dans sa tendance, pour ne pas dire dans sa teneur ; elle a mis

cette partie de la province à quelques pas de sa ruine. (\*)

L'Ordonnance des Bureaux d'Hypothèque a été, on ne peut plus intempestive. On ne devait pas s'engouer du Code Napoléon au point de copier le système hypothécaire de la France, au moment où elle même le repoussait ; on l'a même fort mal copié, et le résultat est un grand gaspillage des deniers publics pour tâcher de voir clair parmi les plus épaisses ténèbres.

L'acte appelé vulgairement " Bill de Judicature " renferme quelques bonnes vues. Il y a une bonne clause pour l'exemption de formes surannées, — une autre pour étendre la faculté d'amender, qui ne demande que d'être plus intelligible ; le rédacteur a certainement profité des suggestions de Jérémie Bentham quant aux délégations ; mais le criminel, auquel on devrait toujours prêter le plus d'attention, n'a reçu aucune amélioration ; les juges de Circuit ont été mis à la merci des juges de la Cour Supérieure (abus de mots, puisqu'elle est inférieure relativement à la Cour du Banc de la Reine ; ) aucun jurisconsulte ne saurait se rendre compte des Sections 83 et 92 ; l'application journalière du Statut donne à croire qu'il demandera une multitude d'amendemens, et l'on sait, ou l'on peut voir du moins ce que pense des lois rapiécées l'auteur de la Théorie des Lois. (†)

Si nous passons en revue d'autres lois de notre Parlement, leur proportion de mérite est la même à peu près. Nous avons l'acte très faussement intitulé "*pour abolir l'emprisonnement pour dettes,*" et dont le préambule est très hypocrite. Il paraît qu'on a copié un statut impérial dont le titre est aussi trompeur. Ce n'est que sur la foi de son préambule que lord Brougham a pu avancer en 1843, que l'emprisonnement pour dettes était aboli en Angleterre ; c'était dans une séance de l'Académie des Sciences Morales et politiques à Paris. M. Troplong le

---

[\*] Nos lois actuelles d'usure sont bien autrement pernicieuses.

(†) M. le Procureur-Général d'aujourd'hui nous a jeté de Charybde en Scylla sous ce rapport. Ce qu'il dit des exceptions préliminaires est bien autrement ineffable et imprévu que ce que M. Lafontaine dit dans les deux clauses précitées. Les antinomies ne sont point rares dans nos statuts ; j'en connais deux qui n'ont qu'une page. Le premier donne au Surintendant de l'Instruction Publique des attributions judiciaires, et les lui ôte incontinent. Celui intitulé " acte pour venir en aide à certains étudiants " les secourt dans une clause, et les tue dans une autre !

força de se rétracter et blâma dans les termes les plus forts le statut anglais qui, bien loin d'abolir l'emprisonnement pour dettes, consacre le moyen odieux de l'incarcération préventive. Voilà la belle législation à laquelle il nous faut accorder une étude particulière. Nous ne sommes plus un peuple corvéable (si ce n'est par la municipalité) et qu'on taille à volonté, mais qu'on réglemente à merci selon ce qu'imaginent les personnages que la confiance des collèges électoraux a mis au pouvoir. Du jour où ils sont nos mandataires par une fiction constitutionnelle, ce sont leur volonté et la bigarrure de leurs idées qu'ils nous imposent. De là notre législation dégingandée. (\*)

---

(\*) Suit le programme du cours, qui a été considérablement modifié depuis.

Puisque nous publions ce cours de droit en deux tomes, il n'est peut être pas tout-à-fait hors de propos de noter ici la différence que l'on doit mettre entre tome et volume. La reliure sépare les volumes ; mais la division d'un ouvrage distingue les tomes. La plus ancienne méthode de reliure que l'on connaisse, et qu'on appelle égyptienne, était celle de coller les feuilles ensemble aux extrémités, et de les rouler sur de petits cylindres ; deux cylindres avec ces feuilles formaient un volume, de *volvare* rouler, et *volumen* rouleau, expression qu'on a confondue mal à propos avec celle de tome, dont la racine grecque signifie partager, couper. L'art actuel de la reliure origina dans la fameuse bibliothèque de Pergame.



## PROLEGOMÈNE UNIQUE.

Le Haut et le Bas-Canada, bien que réunis en une seule province en 1841, demeurent séparés en deux zones bien distinctes quant aux institutions légales, et le Parlement Uni législate le plus souvent séparément pour chaque section.

Le Canada Inférieur est régi en partie par les lois de l'ancienne monarchie française et en partie par les lois anglaises.

Les parties du droit anglais introduites en Canada sont : 1o. Par la proclamation royale du mois d'octobre 1763, puis par l'acte de Québec, le droit criminel anglais tel qu'il existait en 1774, époque du dit Statut Impérial vulgairement appelé Acte de Québec, et tel que modifié depuis par nos statuts provinciaux, qui ne sont le plus souvent qu'une contre-façon des modifications introduites en Angleterre même.

2o. Le même statut permet de tester à volonté suivant les formes anglaises ou françaises, et veut qu'on puisse le faire sans réserve de la légitime, quelques formes que l'on adopte. On prétendit que le Statut Impérial ne faisait point disparaître les incapacités de recevoir ; vint alors l'acte provincial du Président Panet [41 George III, ch. 4] par lequel une législature déléguée se présume d'expliquer l'intention de la législature métropolitaine, et fait disparaître les incapacités de recevoir comme celles de donner par testament.

3o. L'Ordonnance du Conseil Législatif de la Province de Québec de 1784 introduisant l'*Habeas Corpus*, pour le criminel qui existait de plein droit en vertu de la proclamation royale précitée, mais qui *avait pu* être mis de côté par l'acte de Québec.

4o. L'ordonnance du même Conseil, de 1785, établissant le procès par jury au civil, en certains cas, comme on le verra ailleurs, et la preuve anglaise en fait de commerce. La section 17e du Statut des Fraudes, 29, Charles II, ch. 3 est étendue à tous les contrats pour la vente

de marchandises de la valeur de dix Iouis sterling, en vertu de l'acte provincial 10 et 11 Vict. ch. 11.

50. Les Statuts du Parlement Impérial qui concernent les colonies, tel que l'acte de M. Stanley pour l'abolition de l'esclavage en 1833, ou qui désignent le Canada, tel que l'acte précité de Québec, en vertu duquel nous recouvrons nos anciennes lois, us et coutumes françaises, qu'on avait tenté de nous ravir par la fameuse proclamation royale.

60. Depuis 1792, le droit constitutionnel d'Angleterre

Les lois de l'ancienne monarchie française qui revivent en vertu de l'acte impérial de Québec, sont :

10. Les Ordonnances générales du royaume de France ou celles spécialement qui ont été enrégistrées au Parlement de Paris avant l'érection du Conseil Souverain de la Nouvelle-France, quand elles peuvent trouver leur application en Canada. On peut encore étudier avec fruit celles du seizième siècle, parmi lesquelles nous citerons l'Ordonnance de François Ier [1535] établissant la procédure en inscription de faux contre les actes notariés et ordonnant en général que les conventions concernant les biens réels soient reçues par personne publique qui devra en garder minutes ;—pourvoyant aussi à la restitution des mineurs lésés ; l'Edit des secondes Noces, rédigé dans le but de protéger les intérêts des enfans d'un premier lit contre l'influence d'une belle-mère, ou d'un beau-père aussi selon les commentateurs ; l'Ordonnance d'Orléans, de 1560, limitant les substitutions et ordonnant aux notaires de faire signer les parties et les témoins, ou de déclarer pourquoi ils ne l'ont point fait ; celle de Moulins, limitant la preuve testimoniale, ordonnant la publication des substitutions et l'insinuation des donations [aujourd'hui suppléée] ; déclarant en outre que les sentences porteront hypothèque, et défendant aux parties d'accompagner le bailli assignant ou saisissant ; l'Ordonnance de 1539 ordonnant des régîtres de naissance, et celle de Blois, voulant qu'il soit tenu des régîtres de mariage et de décès, et établissant plusieurs formalités pour la notoriété des mariages ; l'Edit de 1606, par lequel Henri IV abroge le sénatus-consulte Velleien, qui permettait aux femmes mariées de s'obliger, et la Déclaration de St. Germain en Laye (1743) concernant les gens de main-morte, dont s'occupe aussi l'acte de M. Panet concernant les testamens.

Ces ordonnances, en partie, n'ont qu'une valeur historique, en autant que leurs dispositions peuvent avoir été reproduites dans des lois postérieures, telles que la limitation de la preuve testimoniale dans le Code Civil.

20. Selon l'opinion commune (facile à combattre, comme nous le verrons ailleurs) les Edits, Ordonnances, Déclarations, &c., qui, depuis 1663, époque de l'Edit de création du Conseil Supérieur, ont été enrégistrées dans cette juridiction de dernière instance, à l'instar des Parlemens de France, jusqu'à la Capitulation de Montréal, en 1760.

30. La dite Capitulation de Montréal et le traité de Versailles.

40. La Coutume de Paris telle que réformée sous les auspices du Président De Thou en 1580, établie par la Compagnie féodale des Cent Associés concurremment avec celle du Vexin le Français, et confirmée seule par Louis XIV.

50. Comme complément à la Coutume, la jurisprudence du Parlement de Paris en vertu de l'Edit de création, et de la Déclaration de 1675, expliquant l'edit antérieur.

60. La jurisprudence spéciale des arrêts du Conseil Supérieur de Québec et les Ordonnances des Intendans qui ne sont pas en désuétude.

70. Certains usages de paroisses, assemblées de fabriques et autres.

80. Le droit commercial français quant au fond, comme conséquence de ce que l'Ordonnance de 1785 n'établit que la loi anglaise de la preuve : *inclusio unius fit exclusio alterius*.

90. Certains vestiges du droit public français, le droit romain comme *raison écrite* quand le droit civil français se tait, et le droit canon pour le rachat des rentes constituées, le comput des degrés de parenté en matière de mariage, et quelques autres cas ; *jus canonicum dicitur reformare jus civile*.

Les lois anglaises ou françaises qui régissent le Bas-Canada sont amendées ou abrogées par notre Parlement, qui est notre législature propre, mais qui, en principe du moins, ne pourrait amender ou abroger un statut Impé-

rial. (\*) Il l'a fait néanmoins itérativement dans ces derniers tems.

Ce Parlement délègue aussi en quelque sorte le pouvoir législatif à des corps politiques secondaires, les municipalités, dont les réglemens (by-laws) n'ont de force qu'en vertu de la loi qui les prévoit, ne participant eux-mêmes de la nature de la loi qu'autant qu'ils ne dépassent point les limites qui sont fixées au corps municipal par la loi parlementaire ; ce qu'il y a d'imprévu dans le règlement municipal est nul de plein droit, les corporations n'étant point par elles-mêmes législatrices.

Avant que le Procureur-Général Cartier n'ait fait porter le statut déclaratoire établissant, sans préjudice à la bonne loi antérieure, que les lois françaises sont en force dans les *townships* établis par les Anglais, ça été une grande question que de savoir si les propriétés de ces contrées ne devaient point être régies par les lois anglaises.

---

(\*) Le juge Vallières de St. Réal a appliqué ce principe en accordant un mandat d'*Habeas Corpus*.

# PREMIERE PARTIE.

---

Droit romain dans ses relations avec le Droit  
Canadien.

---

## TITRE PREMIER.

---

# HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

---

## PREAMBULE.

---

L'étude de la loi municipale d'un pays suppose ou exige une certaine connaissance de son aurore et de sa marche progressive. Les principes oubliés des âges écoulés demeurent souvent la base cachée d'institutions qui durent encore ; souvent le véritable objet, la vraie fin de celles-ci ne peuvent être devinés ; il est besoin de recourir aux monumens, aux données de l'archéologi, et voici pourquoi Cujas appelle l'histoire du droit *cet hameçon d'or avec lequel on saisit la force réelle des lois*. Sous ce rapport nous professons une bien plus haute estime pour les auteurs de la classe d'Eusèbe de Laurières que pour ceux de la classe où se range M. de Férière.

Pour vous, messieurs, qui n'aspirez pas tous à devenir des savans,—qui avez un certain droit après tout à ce qu'on vous donne l'état présent du droit sans trouble sérieux de votre part, j'ignore si vous êtes bien persuadés de la nécessité qu'il y a pour vous d'étudier l'histoire du

droit. Je ne parle pas de cette étude qui exige la lecture assidue des annales, l'intelligence de la basse latinité et du vieux langage, l'étude des coutumiers et des glossaires. Ce serait sur nous que devrait retomber ce fardeau, si nous devions l'accepter toutefois ; car nous ne donnons pas à proprement parler un cours de droit historique, mais une vingtaine de leçons seulement pourront être consacrées à l'exposition des élémens de cette belle branche. L'histoire générale a été mon étude favorite dès les premières années de mon enfance, elle a beaucoup de charmes, et ce n'est pas à tort que les anciens lui ont donné une muse ; mais il ne peut non plus m'être permis d'oublier la fin pour laquelle je suis dans cette chaire. Je devrai donc me borner à passer soigneusement en revue avec vous les grandes époques et les plus importantes institutions.

Limitée dans un tel cercle, je n'hésite pas à dire que l'étude de l'histoire du droit vous est nécessaire. On vous en demandera les premières notions à vos examens : nous n'irons pas au delà. Moi-même, eussé-je le loisir de faire un cours de droit historique, je n'oserais l'entreprendre, tant il reste à faire pour cette branche. Ce n'est qu'en 1847 qu'une chaire d'histoire du droit fut établie en l'université de Paris ; or M. Edouard Laboulaye s'opposa au concours à cause de la pénurie de concurrents compétens ; il conseilla la nomination d'un professeur français ou étranger par autorité. La tâche était trop forte selon lui, pour les professeurs de la faculté. L'histoire du droit français est encore à faire, disait-il ; celle du droit romain n'est qu'à moitié faite.

### Histoire du Droit Romain.

Le droit romain peut venir en première ligne dans l'histoire, bien qu'il eût sa principale source dans celui des Grecs, et celui-ci dans celui des Egyptiens ; mais on ne peut se reporter jusque dans la nuit des tems. Grands néanmoins sont les éloges que méritent les jurisconsultes de la Germanie, qui paraissent avoir étudié les premiers le droit romain à l'aide ou simultanément avec les antiquités grecques, en autant qu'elles en expliquent les origines.

Ailleurs qu'en Allemagne, on a un peu laissé dans l'ombre les institutions romaines ; mais plusieurs raisons peuvent selon moi excuser la France en particulier, quelque estime qu'on doive faire des immenses et incessans travaux des Allemans. D'abord, on peut avoir raison de ne pas fatiguer les étudiants de recherches qui n'ont qu'un lien très éloigné avec leurs études ; d'ailleurs l'empereur Justinien laisse suffisamment deviner, ce nous semble, en plusieurs endroits de son bel abrégé, que certaines lois n'ont été qu'implantées et comme naturalisées chez les Romains, et que leur berceau avait été chez les Hellènes. On voit clairement par la lecture des Institutes les changemens que subit pour le mieux l'ancien droit romain, de même que l'on saisit la perfection du nouveau par celle des Nouvelles.

De toute cette colossale institution,—je parle de la législation de Rome république ; de toutes ses péripéties, je ne vois résulter qu'un fait ou une vérité majeure, c'est qu'autant le droit nouveau était sage, autant l'ancien était monstrueux. Je pourrais attribuer ce caractère au droit romain sans distinction, car il ne faut pas oublier que le code Justinien ne fut pas fait à Rome. Oui ! le droit romain proprement dit était monstrueux, n'en déplaise à tant d'écrivains qui nous ont donné des histoires romaines qui ne sauraient passer aujourd'hui, aux yeux des vrais savans, que pour des morceaux de rhétorique ou d'éloquence *dans* le goût de Florus. On a admiré trop longtems sur la foi de ces historiens légers une cité où chaque père de famille était un ombrageux tyran ou pouvait l'être ; une ville dont le peuple n'était point ému, de l'aveu de Tite-Live, au spectacle d'un citoyen faisant expirer sous le bâton, son épouse, pour avoir mangé des figues sans permission ; une république où le code infâme de l'esclavage reçut sa hideuse perfection, où des hommes reçurent la qualité de choses, et furent dépouillés du sceau de l'humanité qu'avait empreint la divinité sur leur front, pour ne plus compter qu'avec les bestiaux. Je ne développe point ici les conséquences avilissantes que l'on savait tirer d'une loi si audacieuse, ni la doctrine immorale des actions noxales, d'où vint l'exposition des jeunes filles, ni tant d'autres crimes de Rome ancienne ; qu'il ne suffise d'observer ici, que trop souvent on a écrit l'histoire des peuples sans connaître

leur législation, comme si la législation des peuples n'était point leur miroir.

Nous nous souviendrons donc que l'empereur Justinien ne fit qu'extraire des innombrables volumes de l'ancienne et de la moyenne jurisprudence un certain nombre d'assez belles choses dues au philosophes ; mais qu'il en effaça bien plus de taches ; nous n'oublierons pas que ce droit romain, qu'on a regardé à bon droit comme le chef-d'œuvre de la prudence humaine, serait appelé avec beaucoup plus de raison le droit byzantin. Néanmoins, on doit se soumettre à l'usage, d'autant plus que les empereurs retirés à Constantinople continuèrent à prendre le titre d'empereurs romains ; mais on sent que la convention est là pour plus que la réalité, et cette confusion des institutions préexistantes avec des institutions nouvelles, a jeté un grand vague sur l'histoire du droit.

Je disais que, pour bien connaître un peuple, il faut lire sa législation, et cela bien *ex consulto*, car à plus forte raison faut-il lire cette législation pour en connaître l'histoire : *generi per speciem derogatur* disent les Romains eux-mêmes. C'est sans doute ce qu'ont fait les savans d'outre-Rhin, qui ont écrit sur l'histoire du droit romain un grand nombre d'ouvrages. Mais n'y a-t-il qu'eux qui l'aient fait ?.. et les collaborateurs de la Revue de Législation et de Jurisprudence de Wollowski, leurs admirateurs, ont-ils raison de regarder leurs travaux comme indispensables ? Si le candidat, dit l'un d'eux, ne connaît que les publications françaises, on peut croire qu'il ne sera pas au courant de la science, car ces publications sont loin d'embrasser la plus grande partie de l'histoire du droit.

Si, au contraire, le candidat, plein d'une noble émulation, a complété, en s'aidant de l'Allemagne, l'éducation imparfaite qu'il a reçue dans nos écoles, il est à craindre qu'au jour de la lutte, il ne parle une langue inconnue de ses rivaux et de ses juges, et ne soit repoussé comme un étranger. Il échouera par les qualités mêmes qui devraient assurer son succès. Mais est-il vrai, se demande à lui-même un savant collaborateur, que la connaissance des travaux de l'Allemagne soit aujourd'hui indispensable à quiconque se propose d'enseigner l'histoire du droit ?... j'en fais juge tout homme qui a écrit deux pages sur le droit romain. Qu'il dise si, sur le pre-

mier sujet venu, il n'est pas plus facile de trouver vingt ouvrages allemands qu'un seul livre français ? Est-il vrai que la science d'outre-Rhin soit un livre fermé pour la plupart de nos professeurs ? c'est ce qui n'est pas douteux quand on veut lire certains écrits sur le droit romain. On est tout affligé de trouver dans les livres les plus répandus des erreurs qui supposent une absence complète des premières notions historiques. Le collaborateur fait allusion à un ouvrage de M. De Caurroy, professeur en droit romain à la faculté de Paris, et en signale les fautes, grossières selon lui. M. de Caurroy lui répond avec des textes de Gaius et autres ; il traite d'écolier son antagoniste (M. Laboulaye), qui n'a pas su reconnaître leur style ; il lui cite, " de ces savans d'outre-Rhin qui sont si fort ses amis," et il termine par un défi. Voilà, messieurs, où en est l'histoire discutante du droit romain et de toute autre. On trouve matière à discussion et à des critiques sarcastiques sur des points en apparence les plus simples, et qui ont l'air d'être très connus, voire celui-ci : " Quand la plèbe romaine perdit-elle le pouvoir de législater ?"

Si j'ose me prononcer, quelque glorieux que doive être pour l'Allemagne l'aven de la Revue de Wollowski, je trouve singulière l'assertion que la science d'outre-Rhin est indispensable, et que la France n'est à côté d'elle qu'une écolière. Je tâcherai bien de me procurer et de lire des traductions de livres allemands, pour en savourer l'érudition, autant qu'elle me paraîtra bien mesurée ; mais que la lumière doive naître de cinquante, cent traités peut-être qui sont probablement presque autant de systèmes différens, c'est là ce qu'il est difficile de croire. J'aime bien mieux suivre moi-même et vous donner le conseil que donnait à ses élèves un Germain même, des plus judicieux, — Heineccius, conseiller du grand Frédéric : *Postremo et id moneo, eos qui ad solidiorem doctrinam adspirant, egregie consulturos rationibus suis, si, cum praelectionibus, in domestica repetitione junxerint primo Antiquitates nostras Romanas. . . . . ac deinde vel B. Huberi praelectiones, bonæ frugis plenissimas, vel Arnoldi Vinnii commentaria : plurimum enim librorum lectione ingenia tironum obruti nollem.*

## Section première ; Droit ante-Justinien

Les Romains empruntèrent leurs premières lois régulières aux Grecs. Au retour des députés qu'on avait envoyés chez eux, l'an de Rome 302, le peuple assemblé par centuries, créa les décemvirs pour le gouverner à tour de rôle pendant un an, et pour proposer tous ensemble un code de lois tirées principalement de la collection qu'on avait apportée de la Grèce, et en partie aussi des ordonnances des rois.

Après avoir fait sanctionner ce code par un plébiscite — décret du peuple, qui avait à Rome le droit de législation séparée — et par un *senatusconsulte* ou décret du sénat, les décemvirs le firent graver sur des tables d'airain ; d'où le nom de Lois des XII Tables.

Ce n'est pas que ces lois couvrirent d'abord douze de ces tablettes ; mais les décemvirs, qui avaient été pris dans l'ordre sénatorial, — peu favorables au peuple par conséquent, ajoutèrent deux tables aux dix qui existaient originairement. Ces tables additionnelles prohibaient les mariages entre les patriciens, moyenne noblesse de Rome, et les plébéiens. On pouvait ainsi augmenter indéfiniment les tables, et plusieurs causes contribuèrent à compliquer la législation primitive. Les *senatusconsultes* et les plébiscites formaient un supplément destiné à devenir beaucoup plus considérable que ce code. On eut plus tard les réponses des juriconsultes, *responsa prudentum*, et leurs formules ou *legis actiones*, qui étaient les formes auxquelles on devait s'astreindre selon le genre d'action que l'on intentait ; et comme les Romains avaient une multitude d'actions qui avaient chacune un nom et des formes particulières, ces formules variaient presque à l'infini. Appius Claudius et Sextus Ælius en introduisirent le plus grand nombre. Il fallait d'abord les suivre mot pour mot ; ce ne fut que sous les empereurs qu'on se contenta de la substance. Ajoutez à cela l'usage du Forum ou la Jurisprudence ; car on prétendit avec raison que la loi, des XII Tables était en beaucoup d'endroits obscure et insuffisante. Alors il fut d'usage de l'interpréter de deux manières l'une, — la première, en prenant l'esprit présumé de la loi plutôt que de s'attacher servilement à la lettre ou aux termes dans les

quelles elle était conçue : *Scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem* (L. 17. ff. de legibus.) Plaute appelle *legi fraudem facere* suivre le texte ou la lettre de la loi plutôt que son esprit. Ainsi l'on restreignait à certains cas une loi conçue en termes généraux ; ou l'on étendait à d'autres cas une loi qui ne parlait que de quelques cas particuliers. On en voit des exemples aux Institutes, titres *de pupillari substitutione et de acquisitione per adrogationem*.

La seconde manière était d'aller contre les termes de la loi par une raison d'équité, mais en ayant l'air de tirer des déductions de la loi même. On en trouve encore des exemples dans les Institutes, titres *de exheredatione liberorum et de inofficioso testamento*. Le besoin que l'on sentit de cette interprétation donna lieu au droit prétorien. Ainsi origina la première tentative d'appliquer la logique au droit, et cette interprétation libérale est ce que les canonistes appellent l'épikie.

Les décisions des jurisconsultes ne furent en grande considération ou ne lièrent les juges que sous César, comme on le voit au commencement des Institutes : *ut judici recedere a responso eorum non liceret*.

Mais il paraît qu'un si beau privilège ne s'accordait qu'à quelques jurisconsultes désignés. Cette précaution était sage, car autrement le droit romain n'eût été bientôt qu'un tissu d'antinomies, à cause du grand nombre de sectes de jurisconsultes qu'il y avait à Rome.

Valentinien III et Justinien confirmèrent les réponses de Gaius, d'Ulpien, de Paul, de Papinien, de Marcellus, de Pomponius, Celsus, Modestinus, Javolenus, Proculus, Callistrate, Africanus, et d'un bon nombre d'autres, avec défense aux magistrats de s'en écarter. Dans le doute, entre des réponses contradictoires, on devait compter les jurisconsultes d'un sentiment et ceux de l'autre, pour suivre l'avis du plus grand nombre ; mais à nombre égal, l'avis de Papinien était décisif.

Nous venons de toucher en passant aux préteurs, qui ne furent d'abord institués que pour veiller à l'observation des lois telles qu'elles étaient, l'an de Rome 388 selon Tite Live, parce que les consuls, créés en partie pour exercer la magistrature, comme les suffètes à Carthage, étaient le plus souvent occupés à la guerre. Le préteur n'était donc pas autre d'abord qu'un intendant de justice. Il n'y en avait originairement qu'un ; mais

quand les étrangers abondèrent à Rome, il y en eut deux ; le préteur urbain et le préteur forain, — *peregrinus pretor* dit Pomponius, qui avait soin que les étrangers ne fussent point lésés. Il n'y a pas de doute que les fonctions des consuls que les nations modernes envoient dans les diverses cités commerçantes soient dérivées de l'office du préteur.

Les préteurs eurent bientôt le droit de suppléer dans les lois ce qui paraissait y manquer ; et comme les différentes sortes de lois que nous avons mentionnées ne décidaient pas tous les cas ou ne les décidaient pas toujours selon l'équité, ils se mirent à porter des décrets complétant le droit ou en tempérant la rigueur. Le peuple se soumit volontiers à leurs décisions et reconnut tacitement leur autorité. Le droit prétorien, dit Justinien supplée ce qui manque au droit civil, le corrige et en impugne même les décisions.

Ces édits des préteurs ne duraient pas plus que leur magistrature, c. a. d. un an, à moins qu'ils ne fussent renouvelés par leurs successeurs. Il s'en trouva de si équitables, qu'ils se perpétuèrent comme des lois : on n'aurait pu s'en écarter sans renoncer à la raison et à l'équité.

On conçoit cependant que ces édits, même en ne comptant que ceux qui se perpétuaient de la sorte ou qui étaient renouvelés, se multiplièrent tellement, qu'ils durent créer de la confusion dans le droit.

C'est pourquoi l'empereur Adrien, pour remédier à cet inconvénient, donna ordre au jurisconsulte Julien d'extraire de tous ces édits, l'*édit général et perpétuel*, pour servir de règle fixe aux préteurs, auxquels il retira ainsi le pouvoir législatif.

Le peuple, déjà asservi sous César, qui se fit décerner la dictature perpétuelle contrairement à la constitution, renonça de lui-même au pouvoir législatif en faveur d'Auguste, quand il laissa le sénat porter la loi *Regia*, et qu'il ne réclama point. *Qui tacet consentire videtur* dit le jurisconsulte Paulus.

Ce prince toléra néanmoins encore les assemblées générales du peuple ; mais Tibère prétendit qu'elles étaient trop tumultueuses et que le peuple était devenu trop nombreux pour le rassembler en un même endroit ; il les supprima donc. " Vers les derniers temps de la République et (les commencemens) de l'empire, dit M. de

\* *Instit*  
tit. 9 in  
principio.

«Caurroy, la convocation des plébéiens, et à plus forte raison celle du peuple, devint chaque jour plus difficile. Ce fut une occasion dont le prince profita pour éviter la convocation des Comices, et pour y suppléer par une délibération du sénat.»

Dès lors paraissent dans le droit romain ce qu'on veut appeler les constitutions des princes ; mais elles passaient d'abord officiellement pour de simples *senatusconsultes*. Le nom de constitutions est plus récent. On ne fixe point quand il commença à être en usage ; mais le fait qu'Adrien est le premier empereur dont Justinien mentionne les constitutions nous paraît assez concluant quant à leur origine. C'est ainsi qu'en France, aussi tard que sous Philippe-Auguste, les conseillers palatins signaient les lois avec le monarque qui, par conséquent, n'émanait point encore de ces Ordonnances auxquelles ses successeurs assignaient pour cause suffisante leur *bon plaisir*.

Il ne faut point oublier une dernière juridiction romaine, celle des édiles, institués d'abord pour prendre soin des édifices ; mais dont les attributions s'étendirent dans la suite à toute la police et en particulier à la discipline des Jeux et des Spectacles,—des foires et semblables objets. Ils étaient aussi appelés *Currules*, parce qu'ils faisaient leur inspection sur un char. Notre Grand Voyer sous les Français et les Anglais encore, avait des fonctions évidemment dérivées de celles des Ediles.

## Section Deuxième, Code Justinien.

On examine dans cette section pourquoi le Code Justinien fut compilé ; sous les auspices ou par les soins de quels personnages ; de quels écrits il consiste et leur ordre chronologique ; puis quelle est son autorité en général et celle de ses parties en particulier.

### I — Pourquoi il fut compilé.

À l'avènement de Justinien ; les *responsa prudentum* formaient seuls deux mille volumes et, selon Eunapius, la masse de la jurisprudence s'était tellement accrue, qu'il y en avait pour le faix de bien des chameaux : *immensum erat aliarum super alias acervatarum legum cumulum*. Il parut donc de bonne heure du plus grand

intérêt pour la République que la Jurisprudence, répandue dans tant de livres, fût refondue en un seul corps. Cicéron, selon Aulu-Gelle, Pompée, selon Isidore, et César, selon Suétone, s'occupèrent de ce projet, mais n'y réussirent point. L'empereur Flavius Justinien eut plus de succès que ces grands hommes, et effaça même les empereurs qui avaient codifié avant lui ; car il y avait déjà eu trois différens codes,—Grégorien, Hermogénien et Théodosien, dont il y a peu à dire, puisque ces œuvres se sont généralement perdues.

Justinien employa d'abord Tribonien, très habile jurisconsulte, à faire un choix des constitutions des empereurs, qu'il tira des trois codes précédens, et qu'il réunit en un nouveau code, auquel il donna son nom. Il fut mis au jour l'an 529 de notre ère.

L'année suivante, l'Auguste donna ses soins aux innombrables volumes, non précisément de l'ancienne Jurisprudence, quoiqu'en dise Heineccius,—car l'Edit Perpétuel et les Constitutions des Princes l'avaient totalement altérée (*Dodwell et Campbell* sur les *Novelles*)—mais de la moyenne et de la nouvelle, que Périzon a prouvé devoir commencer à Constantin. Justinien nomma dix-sept jurisconsultes, qui en tirèrent les *Pandectes* et qui firent des extraits des écrits de Julien, de Papinien, Paul, Ulpien et autres grands jurisconsultes qui vécurent tous après Jules César (*Térasson*). Cette collection fut appelée indifféremment *Digeste*, appellation qui désigne une collection rédigée par ordre, et *Pandectes*, de deux mots grecs qui veulent dire mettre en somme. Elle fut achevée en trois ans, et fut mise au jour l'an 533.

On cite ordinairement cette collection en mettant d'abord le chiffre de la loi, puis le paragraphe, puis la lettre D ou P, et enfin le titre.

Avant que les *Pandectes* fussent achevées, l'an 530, Justinien, toujours aidé de Tribonien, publia cinquante décisions sur des points de jurisprudence controversés ; elles furent depuis dispersées dans le second code (*vide infra*) et ne se retrouvent plus séparément.

Furent promulguées le même jour que les *Pandectes*, les *Institutes* de Justinien, *Compendium* de droit compilé par Tribonien, Théophile et Dorothee pour les élèves des écoles de Jurisprudence établies à Constantinople, à Rome, et à Béryto, en Phénicie,—abrégé qui leur offrait l'avantage d'un traité qui avait force de loi.

On cite les Institutes en mettant le paragraphe, le titre de l'ouvrage et le titre particulier avec l'énoncé de son contenu.

Justinien s'étant aperçu qu'il y avait dans le code et les Pandectes des décisions opposées, fit révoir le code, et le promulgua de nouveau, l'an 529. C'est pour cela qu'il est appelé *Codex repetita prælectionis*. Le premier code, qui est souvent cité dans les Pandectes, n'existe plus. Ainsi tous les travaux de cette refonte de la jurisprudence entreprise par ce prince, furent achevés en cinq ans, de 529 à 534, sans y comprendre le temps qu'on mit à compiler le code perdu.

On cite le second code en mettant d'abord le chiffre de la loi, le paragraphe ensuite, puis le signe du Code et enfin la rubrique, c. a. d. la matière dont l'endroit cité traite.

Enfin cette dernière compilation fut suivie d'un grand nombre de constitutions qu'on appelle Nouvelles, et qui sont des constitutions des empereurs Justinien et Léon.

Le droit romain fut peu connu en Europe depuis le septième siècle jusque au douzième, s'il ne tomba pas tout-à-fait dans l'oubli. En 1130, Irnerius (Werner), Allemand qui avait étudié à Constantinople, remit en honneur les Pandectes. On a cru pendant longtems qu'il les avait retrouvées à Amalfi, en Italie; mais la critique moderne a détruit cette hypothèse; il les rapporta de Bysance. Quoiqu'il en soit d'ailleurs, l'étude du droit romain se répandit en Allemagne et en Italie, puis en Angleterre et en France, où elle fut propagée par le clergé. Il est devenu la base de toutes les législations de l'Europe et de ses colonies, et même celle d'une grande partie du droit public et international.

Voilà pour l'autorité du droit romain en général.

Pour ce qui est de l'autorité respective de ses parties, les lois postérieures dérogeant aux lois antérieures, les Nouvelles dérogent ordinairement à toutes les autres collections; mais en France les Nouvelles n'étaient point reçues, et quand le monarque voulait que telle Nouvelle en particulier fût observée, ce qui est le cas pour plusieurs de ces constitutions, il le déclarait expressément.

Le Code déroge aux Institutes et au Digeste, ayant été publié postérieurement.

Le Digeste et les Institutes ayant été publiés ou promulgués le même jour, ont la même autorité,

si ce n'est que, si ces deux livres légaux sont opposés l'un à l'autre, le Digeste l'emporte, parce que les Institutes en ont été tirées, et qu'elles doivent céder à leur auteur.

La législation de Justinien nous a été transmise dans le *Corpus Juris*, mais non dans toute sa pureté. On y trouve les authentiques ou Sommaires d'Irnerius ; or il est convenu que les authentiques *bona damnatorum, ex causa, hoc ita, sed hodie*, sont opposées au texte ou à leur source ; le fait est que les authentiques expriment surtout ce que l'usage a changé. Quelquefois aussi elles expriment les altérations que les Nouvelles font au Code, ou les explications qu'elles en donnent. A part de ces authentiques on y trouve aussi d'autres notes ou gloses, des constitutions des empereurs de Germanie, du moins des Frédéric, et le livre des Fiefs, compilé par Philibert évêque de Ravenne, et les consuls de Milan, Niger et Obertus. Les constitutions impériales sont là naturellement, puisque les empereurs d'Allemagne étaient regardés non-seulement chez eux, mais selon le droit public de l'Europe, comme les successeurs des empereurs romains.

## TITRE DEUXIEME.

---

### APERÇU ANALYTIQUE DES DIVERSES MATIÈRES DE DROIT CONTENUES DANS LES INSTITUTES DE JUSTINIEN.

Les Institutes de Justinien se partagent en quatre livres, divisés chacun en plusieurs titres.

Dans le premier livre, il est traité :

1o. De l'étymologie et de la définition du droit en général, et de ses diverses branches en particulier, telles que le droit naturel, le droit public, le droit privé ou civil, définitions qui seront données dans le titre suivant.

2o. Des personnes et de leur état, et, incidemment, d'institutions légales qui les concernent, telles que les tutelles et curatelles.

Les titres IV. V. VI et VII ont trait aux ingénus et aux esclaves.

Bien que l'esclavage ait existé en Canada sous la domination française, et qu'il ait survécu à la conquête en vertu de la Capitulation de Montréal, ces titres nous intéressent peu, parce qu'il est de nos jours aboli. Toutes les personnes sont donc ingénues, c. a. d. libres.

Le titre VIII et les suivans traitent des personnes usant de leurs droits ou dépendant du droit d'autrui, — *sui* ou *alieni iuris* ; des Noces, de la puissance paternelle, — *patria potestas*, des légitimations et adoptions.

Les Romains n'avaient apparemment ni le douaire ni la communauté, et ils avaient plusieurs sortes de mariages, — la *confarréation* pour les pontifes et les prêtres, la *coemptio* ; et le service, quand les progéniteurs d'un enfant se décidaient à vivre ensemble. La femme romaine dotée et *matrone* avait seule quelque chose de la di-

gnité de nos épouses. (\*) La légitimation des enfans par le mariage subséquent, établie par l'empereur Constantin, s'est conservée ; mais quant à l'adoption, nous ne connaissons guères que l'institution d'un héritier à la charge de porter le nom et les armes du donateur, adoption qui n'a qu'un rapport imparfait avec l'adoption du droit romain, qui conférait les droits du sang ou d'héritier légitime, et à celui qui adoptait, la puissance paternelle, — *patriam potestatem*. Dans les premiers tems de la République, la puissance paternelle donnait au père de famille le droit de mort sur ses enfans, — *jus vitæ necisque*. Sous la nouvelle jurisprudence, c. a. d. sous Justinien, elle lui donnait le droit de jouir par usufruit de tous les biens qui appartenaient à leurs enfans à titre de pécule *adventice* (\*\*) ; mais non pas des biens *castrentia*, tels que ceux qu'il acquérait à la guerre, au barreau, qui leur appartenaient en pleine propriété *ut in his bonis pro patribus familias habeantur, et de iis possint facere testamentum*, ce qu'ils ne pouvaient point quant à leur pécule adventice. Les fils de famille n'avaient pas même leurs propres enfans sous leur puissance, et leur père avait la *patria potestas* même sur ses petits enfans parce que, *qui est in potestate alterius, non potest habere alium in sua potestate*. C'est en partie pour cette raison que la mère de famille n'avait point ses enfans en sa puissance. Le mariage n'émancipait point les enfans ; ils ne pouvaient espérer que l'émancipation paternelle.

Le titre VIII revient sur les tutelles et curatelles, qui sont aussi de notre droit, avec cette différence que, bien qu'il reste des traces de la tutelle légitime, dans la préférence accordée aux parens, nos tutelles sont datives, c. a. d. qu'elles se confèrent invariablement en justice, et que nous n'avons pas les autres tutelles des Romains, telles que la testamentaire et la patronale.

On ne voit point pourquoi les Institutes ne parlent point aussitôt après l'esclavage des changemens d'état ou *capitis diminutiones*, qu'elles renvoient avec les tutelles et curatelles.

Les changemens d'état, au nombre de trois, étaient

(\*) Voir dans la Revue de Wollowski de fort belles études sur les mariages romains.

(\*\*) Voir le titre suivant.

la perte de la liberté, de la cité et de la famille. Le premier s'appelait *maxima capitis diminutio*, le second, *media*, et le troisième, *minima capitis diminutio*.

Le second changement d'état entraînait le troisième, car en perdant le droit de cité, on perdait en même temps le droit de père ou de fils de famille.

La perte de ces droits ne suit pas aussi absolument chez nous de celle du droit de citoyen, qui est le seul des changemens d'état des Romains admissible parmi nous, l'esclavage n'existant plus.

Le second livre des Institutes donne la division des choses et la manière d'en acquérir le domaine. Il en sera question dans le titre suivant.

La matière des testamens et des legs est traitée dans le même livre.

Quoique la Coutume de Paris ne parle point des legs, et qu'elle fasse des testamens un titre séparé de celui des donations, cela est d'autant plus étrange que ses dispositions de dernières volontés ne comprenant pas nécessairement l'universalité des biens ni l'institution d'héritier, ne seraient proprement que des legs qui, *pourtant*, sont selon le droit romain une manière d'acquérir à titre singulier; et que la loi 116 *de legatis*, 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 quelqu'autre*. Si ce n'est pas là ce que nous comprenons de nos legs universels, il faut donc dire que nos ordonnances de dernières volontés ont singulièrement dévié des premières types des choses.

La Coutume ne dit rien non plus de la substitution; et, cette fois, il ne faut pas s'en étonner, puisqu'elle fait si peu de cas de l'institution d'héritier, et que la substitution est l'institution d'un second, troisième ou autre héritier, ou l'institution d'un héritier au second ou autre degré à défaut du premier, impubère.

Mais l'usage admet la substitution, sinon à l'infini, et surtout la substitution fideicommissaire, dans laquelle le grévé de substitution, pubère, n'est qu'usufruitier et chargé de remettre l'hérédité à un autre.

La matière des successions *ab intestato* ouvre le troisième livre. Elle n'est pas de tous points la même que nos successions, surtout à cause de la différence de l'état des personnes.

Dans le même livre, on ne voit trop pourquoi, com-

mence la matière des Obligations ou plutôt des contrats, car les obligations sont dépêchées en quelques pages. Il n'y a rien de systématique à leur égard dans les Institutes, ni même dans tout le corps du droit romain, (\*) et c'est à l'immortel Pothier, qui connaissait aussi bien le droit romain que les Papinien et les Tribonien, qu'il était réservé de produire sur ce sujet une œuvre suivie, — de la créer en quelque sorte.

Les Institutes traitent dans le quatrième livre des délits et des actions.

On s'égaremit en juxtaposant la matière des délits dans le droit romain, et celle des félonies et offenses au droit criminel anglais, auxquelles elle ne répond pas très exactement. La confusion augmenterait encore si l'on mêlait à ces deux matières ce que le droit français et Pothier disent des délits.

Quant aux actions, nous n'avons que les principales, telles que la réelle, *vindicatio*, la personnelle, *condictio*, et la mixte ; et quelques autres, nos actions n'étant point nommées, au lieu que les Romains en avaient un très grand nombre, qui avaient chacune un nom propre.

Mais nous avons déjà observé que les *interdits*, actions sommaires en faveur de la possession, ont été copiés dans nos actions possessoires.

En résumé, on voit que les Institutes de Justinien, qui demeurent la base de l'enseignement des principes du droit, traitent principalement des personnes, des choses et des actions. *Jus vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones*, disent les Pandectes.

Les Institutes ont été reproduites avec une glose aussi lumineuse que brève par le Chancelier Heineccius.

Dans ce livre élémentaire, les rapprochemens les plus curieux sont des explications nécessaires. On ne sait à quoi l'on est plus redevable, — à son érudition ou à son jugement. On y voit d'abord quelques principes généraux engendrer d'autres idées, lesquelles en produiront ensuite de non moins fécondes. Tout est d'accord avec ces principes, et vous diriez que toutes les parties de la science, issues d'une même souche, sont une grande famille dont les membres ont entre eux un air de parenté et de bonne intelligence.

---

(\*) Le même vide se retrouve dans Demat. Aussi, si nous lui avons donné la préférence sur Pothier, pour les contrats en particulier, celui-ci a été notre guide pour les obligations en général.

## TITRE TROISIÈME.

---

### PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT PUBLIC ET PRIVÉ.

Il s'agit dans ce titre, du droit et de la justice ; mais beaucoup moins de la justice attributive qui, selon Grotius, ne confère point un droit parfait, que de la justice explétive, qui rend à chacun ce qui lui est dû par un droit parfait, *quæ cuique tribuit quod jure perfecto debetur*.

Dans un sens plus complexe, la justice se partage en justice distributive, commutative et vindicative.

La justice distributive règle la république relativement au citoyen. Elle doit employer les plus dignes ; elle doit imposer les fardeaux avec égalité.

La justice vindicative, qui n'en est qu'une émanation est celle par laquelle l'état punit à propos.

Quant à la justice commutative, elle n'est autre, ou elle entre dans la justice explétive.

Justice explétive entre les citoyens ; justice distributive de la part du prince ou de l'état, voilà donc la division mère.

Nous considérons le fait de la législation aussi ancien que le monde, ou plutôt que la société, et comme suivant naturellement d'elle.

Pour la jurisprudence, elle dérive de la loi et du droit.

De la justice, dit Heineccius, on a dérivé, non grammaticalement mais moralement le droit, et du droit, la jurisprudence.

Le mot législation a en français trois acceptions différentes.

Dans le sens propre, la législation, — *latio legis*, est l'exercice du droit de faire des lois.

Dans un sens plus restreint, la législation est la collection des lois portées par le législateur.

Dans un sens détourné ou moins direct enfin, on en-

tend aussi quelquefois par législation la jurisprudence ou la science des lois.

Nous disons dans un sens peu direct, car la jurisprudence se doit définir : l'habitude pratique de bien interpréter les lois, et de les appliquer aux diverses espèces qui se présentent. (*Heineccius.*)

La législation, comprise comme science du droit, n'embrasse pas ici que les termes et les expressions des lois, — mais leur théorie et leur métaphysique ; c. a. d. leurs principes, leur étendue et leur force ; — leur application, &c.

On a dit que la législation dérive de la société.

Il faut que la société s'organise, — il faut qu'elle se maintienne.

L'univers se conserve par deux ordres de lois, — lois physiques et lois morales.

Le premier ordre de lois régit tous les êtres qui frappent nos sens. — Le second n'est imposé qu'aux êtres intelligens et libres.

La loi, soit naturelle, soit civile, suppose le libre arbitre.

Les lois immuables de la nature physique régissent l'homme aussi comme créature matérielle ; car la nature a voulu qu'il fût doué d'organes matériels et intellectuels unis ensemble par un mystérieux lien, et qu'il participât des deux ordres de lois que la divinité a établies pour l'harmonie du monde.

Mais les lois de la morale, qui fournissent à l'homme le moyen de discerner le bien et le mal, le juste et l'injuste, le laissent, comme intelligence, maître de choisir entre l'un et l'autre.

Les êtres purement matériels, eux, sont entraînés par un mouvement uniforme qu'ils ne sont appelés ni à sentir ni à connaître. Ils n'ont ni volonté ni liberté, — par conséquent aucuns devoirs à remplir.

Si l'homme n'avait point le libre arbitre, — *libertatem a necessitate* selon le langage de l'école, il serait incapable de précepte.

Mais il y a une législation dans l'ordre naturel et dans l'ordre civil, et l'homme y obéit ; il a donc des devoirs à remplir, et il a aussi reçu la liberté nécessaire pour s'y déterminer.

C'est le lieu d'exprimer la distinction philosophique

et morale des actes de l'homme en actes humains et de l'animal,—*primoprimi*.

L'acte humain est celui que l'homme fait avec adverteance et volonté.

L'acte animal est celui qu'il fait indélibérément.

On appelle volontaire ce qui se fait et avec la connaissance de l'entendement et avec l'inclination de la volonté ; d'où l'aphorisme *nil volitum quin præcognitum*.

La crainte ou la violence, l'ignorance diminuent plus ou moins la liberté. *Nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus* dit Ulpien.

La violence et la crainte peuvent passer pour une seule chose infligée ou soufferte. Le droit criminel, comme nous le verrons, s'occupe plus spécialement de la violence ; la crainte est plus familière à la terminologie du droit civil.

On a coutume de dire que la crainte qui excuse est *timor viri fortis* ; mais ce n'est point là une règle sûre.

La crainte est absolue ou relative ; la crainte qui excuse est donc celle qui est de nature à troubler celui qui est assujéti à la violence ou aux menaces, que ce soit un homme courageux ou une femme timide. Une telle distinction est dans la nature des choses, et tient à la constitution ou à l'organisation diverse des sexes.

De ces données dérive encore la division des actes humains en actes *élicites* et en actes *impérats*.

*Élicites*, qui sont produits immédiatement par la volonté, et *impérats*, qui sont produits par la volonté ; mais sous l'empire d'une autre faculté ou sensation.

Car l'homme a pour principes intrinsèques de ses actions ses propres facultés, telles que l'intellect, la volonté, et aussi, ses sensations, telles la crainte, la douleur.

Les êtres de la nature morale,—le bien, le bonheur, le juste ou l'injuste en sont les principes extrinsèques.

Nous avons cité l'ignorance comme une cause qui diminue plus ou moins la liberté.

On la divise d'abord en ignorance *positive* et en ignorance *négative*.—Positive, quand on ignore ce qu'on est tenu de savoir ; *imperitia culpa adnumeratur* dit le jurisconsulte Gaius ; négative, quand on n'ignore que ce qu'il n'importe pas à son état que l'on sache.

L'ignorance positive ou coupable se subdivise en ignorance crasse et en ignorance affectée.

L'ignorance crasse vient de la négligence.

L'ignorance affectée est une ignorance qui vient en quelque sorte *ex consulto*,—une ignorance volontaire.

Nous ne développerons pas ici la division que font les théologiens de l'ignorance en ignorance *antécédente, concomitante* et *conséquente*.

Au point de vue proprement juridique, il y a encore l'ignorance du droit, quand on ignore la loi qui ordonne ou qui défend, et l'ignorance du fait. Il n'est pas facile de préciser dans tous les cas la différence qu'il y a entre l'ignorance de fait et l'ignorance de droit. Mais je ne puis en donner de meilleure désignation que par l'exemple de feu M. Martial Léprohon qui, ayant payé à la municipalité de Montréal une taxe sur les potasses, ignorant le fait qu'elles n'étaient pas mentionnées par la législature parmi les choses que la dite municipalité pouvait taxer, intenta contre elle une action *condictio indebiti* et triompha, comme il devait.

Il est de maxime générale que l'erreur de droit n'excuse pas. *Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere.—Facti ignorantia non obest. Imo et prolesse potest*, dit le Digeste.

Maintenant, la société n'a pas d'autre appui que la justice.

Mais comme l'homme est naturellement porté par son orgueil à rapporter à lui-même la justice, l'humanité,—qu'il s'exagère ses droits et se dissimule ses devoirs, le joug des lois humaines lui devient nécessaire ; il faut que de toutes les volontés et de toutes les forces disséminées, il se forme une volonté, une force commune qui, devenant supérieure à celle de chacun des associés, puisse les contenir dans la ligne du devoir ; que chacun sacrifie ou se laisse ravir une partie de ses droits pour conserver la paisible jouissance de ce qu'il lui en sera laissé. La société ne se maintient que par la loi ; la loi est une nécessité résultant de la société, dont l'idée est innée chez l'homme, quelques idées qu'aient émises à ce sujet certains philosophes. C'est la nécessité, c'est le besoin, c'est la force, c'est le génie humain, ce sont les circonstances qui ont fait l'association. Les premières lois des nations ne se réfléchissent pas, elles ne s'écrivent point. On comprend assez généralement aujourd'hui que les systèmes dans lesquels on s'est mis en quête d'un contrat social originaire s'égarèrent de cela seul. On fouil-

terait toutes les archives du monde sans y trouver vestige d'un de ces pactes primordiaux.

Si l'association est un sentiment inné de l'homme, la société est nécessaire.

Si la société est nécessaire, la loi l'est aussi, la société ne pouvant subsister sans lois : *sibi primum auxilium criperè est, leges tollere* dit Publius Syrus.

On serait tenté de conclure aussi que la nécessité de la loi est une corollaire de la nécessité de la propriété, si l'on ne connaissait des empires florissans où la propriété,—du moins la propriété privée, et les contrats n'existaient pas. Tel a été au Pérou l'empire des Incas, qui a servi de type à la célèbre république fondée par les enfans de Loyola ou Paraguay. L'état, seul propriétaire véritable, pourvoyait à tous les besoins dans la disette comme dans l'abondance. *Quieta vitas his qui tollunt meum, tuum* dit Publius Syrus. Blackstone a comparé à cet état de choses l'organisation qu'Alfred-le-Grand donna à l'Angleterre ; mais pour qu'il y eût eu similitude, il eût fallu bannir la liberté des contrats.

On considère la société comme une personne morale qui a ses droits, ses propriétés, sa volonté et sa force. Elle entre en rapport avec ses membres, à qui elle doit protection, et qui lui doivent obéissance ;—avec les sociétés étrangères qui sont, ainsi qu'elle, dans un état d'indépendance mutuelle en tout ce qui concerne leur organisation respective. On la vivifie, on l'anime pour ainsi dire, en créant des autorités qui ordonnent en son nom, et qui font exécuter les règles qu'elle s'est données : c'est ce que l'on entend par le gouvernement.

La loi, dans son acception la plus générale, peut se définir d'après tout ce que nous avons dit : *un ordre établi et maintenu par une puissance.*

Il faut que la loi s'appuie sur le pouvoir actif, parce qu'il faut que le moteur puisse vaincre les résistances, s'il ne peut entraîner les volontés.

Ce qu'on appelle loi naturelle n'est point proprement une loi comme nous la considérons ici, car sa force n'est point coactive ; c'est une inspiration, un conseil intime, et comme l'instinct moral de l'homme, qui, à la vérité, sert de loi à ceux qui n'en ont point, selon que s'expriment et la sagesse chrétienne par l'organe de l'apôtre des gentils : *qui legem non habent, ipsi sibi sunt lex*,—et

la sagesse profane : *etiam sine lege pœna est conscientia* dit Publius Syrus.

On peut énoncer deux divisions de la loi,—la première selon l'ordre social, et la seconde pour l'usage de la science.

Dans l'ordre social, les lois se classent d'après le but moral et d'utilité qu'elles se proposent.

Il faut, avons-nous dit, que la société s'organise,—il faut qu'elle se maintienne.

Cette nécessité amène, au premier rang, les lois qui établissent le gouvernement ou qui constituent l'état,—qui règlent sa défense contre les sociétés étrangères, ou ses rapports avec elles,—les lois d'administration générale &c. : *jus privatum latet sub tutela juris publici*, a dit le Chancelier Bacon.

En second lieu, les lois qui pourvoient à la sûreté de chaque citoyen, à la défense de sa personne et de ses biens, en réprimant la violence publique ou privée,—*vis publica, vis privata*,—la méchanceté et la fraude.

Celles enfin qui assurent à chacun ses droits de famille, l'exercice de son industrie ;—qui règlent l'état civil et domestique, garantissent la bonne foi du négoce et la stricte observation des engagements.

La science part de plus haut, et spécifie davantage.

Elle reconnaît d'abord la division de la loi en divine et humaine.

La loi divine se subdivise en loi divine éternelle et immuable, et en loi divine positive et variable.

La loi naturelle, dont la loi humaine doit s'écarter le moins possible, de manière à être autant qu'il est en elle, *la puissance active* qui la fait respecter sur la terre, n'est autre que la loi divine immuable manifestée à l'homme par le don de la raison : c'est là ce en quoi la loi divine nous intéresse dans ce livre.

La loi humaine se bifurque en loi publique et privée, et aussi en loi religieuse et civile.

Le droit public, dit le droit romain, déclare l'état et les droits des choses publiques.

Le droit privé s'occupe de l'utilité de chacun, c. a. d. du *mien* et du *tien*.

Mais les Romains ont dit aussi avec raison que le droit public et le droit privé ont chacun trois parties, parce que l'un et l'autre se composent de préceptes du droit naturel, du droit des gens et du droit civil. *Collectum*

*est ex naturalibus præceptis, aut gentium aut civilibus.*

Voici comment ils entendaient le droit naturel.—Ulpien le définit celui que la nature a enseigné à tous les animaux, *omnia animalia docuit.*

La nature, était donc selon eux, commune aux hommes et aux bêtes,—ou particulière à l'homme, et le droit naturel particulier à l'homme, ils l'appelaient le droit des gens. *Scilicet hominibus inter se commune est.... eo que omnes gentes utuntur. Ex hoc jure introducta bella discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, obligationes institutæ et omnes pene contractus.*

Le droit des gens se bifurque ensuite naturellement en primaire et secondaire ;—primaire, qui est uniformément observé par l'homme, parce qu'il est pris dans la nature même ;—secondaire, qui s'introduit par les circonstances et le besoin, comme dit Modestinus.

Ainsi le droit des gens primaire est absolu et immuable, et le droit des gens secondaire est indéterminé et variable.

Ces définitions et divisions sont beaucoup plus précises lucides et commodes que celles des publicistes modernes.

Gaius définit le droit civil : un droit que chaque peuple s'établit, et qui est propre à chaque cité, c. a. d. à chaque état.

La grande société humaine, se divise en plusieurs sociétés séparées par divers accidens, tels que des chaînes de montagnes, des mers, des gouvernemens différens ; on nomme ces sociétés particulières des nations.

Say. Ca-  
tech. d'é-  
con. pol.

Dans une autre acception, la loi civile est celle qui est portée par l'état pour le gouvernement temporel des peuples.

Et la loi religieuse, qui peut être comprise dans la définition générique de Gaius, est portée pour le gouvernement spirituel. En tant qu'elle intéresse les chrétiens la loi religieuse se trouve dans les livres du droit canon ou *corpus juris*,—le Décret et les Décrétales, le Sexte, les Extravagantes ; et aussi dans les Bullaires et les Conciles.

L'union intime qui a autrefois subsisté entre l'église et l'état, donna lieu à des lois mixtes, telles que les Capitulaires des rois Mérovingiens et Carlovingiens, et, avant Guillaume le Conquérant, les lois des Etats d'Angleterre, où il y a encore des lois de cette nature.

Pour que la loi soit respectée, il faut chez le législateur une volonté qui la fasse observer par tous : — il lui faut une sanction plus ou moins forte. De la sanction de la loi.

On entend par-là les châtimens et les désavantages sociaux attachés à l'infraction de la loi, et qui doivent être le remède à cette infraction, quand ils n'en sont pas le préservatif.

On distingue deux espèces de sanction, — la sanction civile et la sanction pénale.

Nous n'entendons pas parler ici de la division théologique de la loi en pénale, ou qui n'oblige qu'à la peine, comme les canons pénitentiels, et préceptive, dont la peine est vraiment la sanction.

La sanction pénale applique les lois que la loi prononce contre les attentats directement ou indirectement publics.

Elle doit les appliquer avec une juste proportion : *prope est non aequo ut damnet, qui damnat nimis*, dit Publius Syrus. C'est par le fondement même du droit de punir, par la fin légitime des peines, dit l'avoyer De Vattel, qu'il faut les retenir dans leurs justes bornes. Puisqu'elles sont destinées à procurer la sûreté de l'état et des citoyens, elles ne doivent jamais s'étendre au delà de ce qu'exige cette sûreté. Dire que toute peine est juste quand le coupable a connu d'avance le châtiment auquel il s'exposait, c'est tenir un langage barbare, contraire à l'humanité et à la loi naturelle, qui nous défend de faire aucun mal aux autres, à moins qu'ils ne nous mettent dans la nécessité de le leur infliger pour notre défense et notre sûreté. *Lex videt iratum, iratus legem non videt* dit Publius Syrus.

La sanction civile fait éprouver des adjudications, des dommages et intérêts, des condamnations de dépens ; quelquefois des privations de droits, même celle de la liberté personnelle à l'auteur d'un attentat purement civil ou privé.

Les lois qui ont une sanction pénale proprement dite sont appelées lois criminelles ; celles qui n'ont qu'une sanction civile sont appelées lois civiles.

Les diverses lois qui constituent l'ordre social doivent réunir, autant que la faiblesse et l'imperfection de la raison humaine le permettent, les différens caractères de justice et d'humanité qui se retrouvent dans la loi naturelle, qui, encore une fois, doit être leur type. Des caractères que doit avoir la loi.

La loi humaine est donc *un précepte juste, commun, stable, qui concerne le bien public, porté par celui qui régit la société, et qui oblige les sujets après une promulgation suffisante.*

Les décisions d'une loi, dit M. de Férière doivent être conformes à la raison. Toute la vertu de la loi consiste à ordonner ce qui est juste. Elle s'étend généralement à toutes sortes de personnes.

La loi, dit un docteur de la faculté de Dijon, doit être raisonnable, juste, universelle et constante, sans quoi elle ne serait point conforme à l'ordre. Un commandement contraire à la raison, c'est folie ; contraire à la justice, c'est despotisme. Un commandement qui n'oblige pas universellement n'est souvent que l'oppression de plusieurs ; un commandement qui change toujours n'est que désordre et confusion, bien que ce ne soit que trop les caractères distinctifs des lois parlementaires.

Mais la loi peut être universelle de deux manières, directement ou indirectement. Une loi est directement universelle quand elle est portée immédiatement pour tous les sujets ; elle ne l'est qu'indirectement, quand son objet même est un objet restreint. Ainsi, parmi les constitutions des princes, on distingue les constitutions générales, c. a. d. dont l'objet regarde immédiatement tous les membres d'une société, et les constitutions spéciales. Heineccius range dans le premier ordre les rescripts, les décrets et les édits ; et les privilèges, dans le second. Mais les rescripts ne sont le plus souvent que des réponses aux suppliques des parties.

Par les édits, le prince, de son propre mouvement, établit un droit nouveau pour l'utilité de tous les citoyens, à la différence des mandemens, qui ne sont adressés qu'à quelques personnes, disait le code Théodosien.

Les privilèges sont des constitutions par lesquelles le prince accorde quelque grâce à quelqu'un pour récompenser son mérite ou son industrie.

Ces privilèges sont réels ou personnels.

Les premiers expirent avec la personne ; les autres passent aux héritiers.

Aux privilèges se rapportent les bénéfices de la loi, que l'on divise avec Cujas, en bénéfices de la loi généraux, tels que d'âge, de restitution en entier, d'inventaire, d'ordre de paiement ou de collocation, de division, — et spéciaux, qui sont accordés à certaines personnes ou classes.

de personnes, comme aux femmes mariées, aux mineurs aux corporations, collèges &c., et qu'on appelle droits singuliers.

Les privilèges sont aussi des lois universelles en tant que tout citoyen est tenu de ne pas troubler dans sa jouissance celui qui a impétré le privilège.

Quand on dit que la loi oblige tout le monde, on entend par là ceux qui ont l'usage de la raison.

On enseigne communément que ceux qui ont en un lieu une espèce de domicile, et même ceux qui ne sont dans un pays que pour quelque temps, sont tenus d'observer les lois locales.

*Du mu  
de d'obli-  
gation de  
la loi.*

Les lois ne peuvent être portées que par le gouvernement, qu'il soit monarchique ou républicain : il faut, pour législater, avoir en main l'autorité suprême. Les empereurs, les rois, les princes, ducs et comtes, évêques et abbés souverains, et les républiques peuvent donc seuls porter des lois civiles. On a vu, dès le commencement de cet ouvrage ce qu'il y a à dire des statuts des corps subordonnés qui sont dans l'état, lesquels n'ont qu'une vertu empruntée. " Une législature subordonnée, dit le Juge-en-Chef Vallières de St. Réal, peut également faire tout ce qui ne sort pas des limites qui lui ont été assignées ; mais au-delà de ces limites, elle ne peut rien. De même, continue ce grand magistrat, si un tribunal a excédé sa juridiction, l'affaire est ceusée à bon droit avoir été plaidée *coram non judice.*" Tous les statuts du Parlement des Canadas Unis doivent rester dans les limites que lui a fixées l'acte impérial d'union, pour avoir vertu de loi : c'est notre constitution, que notre législature déléguée ne peut pas elle-même altérer ou changer.

Bien que nous ayons dit que la loi est un précepte constant, cela veut dire qu'il ne doit point changer selon le caprice du législateur, et qu'il doit être en vigueur autant que besoin est ; mais ce n'est pas qu'on ne puisse faire des lois temporaires, comme quelques uns de nos statuts, qui ne doivent dans ce cas être regardés que comme des réglemens. Il faut se garder d'en faire souvent, et surtout de le faire par système, comme lord Durham en accuse nos anciens parlemens.

Pour que le bon ordre et l'harmonie s'établisse et se maintienne dans l'état, il faut dans la loi une expression claire qui la fasse connaître à tous. Une loi qui n'est pas mise à la portée de tous ne peut-être obligatoire pour

ceux qui l'ignorent, disait en 1817, contrairement à la pratique anglaise, mais avec les jurisconsultes de l'antiquité et du continent le docteur précité, professeur de législation et de procédure à la faculté de Dijon. *Legis tantum interest ut certa sit*, dit le Chancelier Bacon, *ut, absque hoc, nec justa esse possit. Si enim incertam vocem det tuba, quis se parabit ad bellum?— Similiter, si incertam vocem det lex, quis se parabit ad parendum?— Quid sic proprium legum sicut claritas* disent les Pandectes.

Les lois naturelles, dit Delvincourt, professeur de Code Civil, étant essentiellement équitables et l'objet naturel de la raison, on ne peut pas dire qu'on les ignore, parce que ce serait dire qu'on manque des lumières de la raison, qui nous les enseigne. Elles ont donc leur effet et sont obligatoires pour tous les individus ayant l'usage de la raison, sans avoir besoin d'aucune promulgation. Les lois positives au contraire n'étant pas naturellement connues des hommes, sont comme des faits que l'on peut ignorer.

Que dire du Canada et de l'Angleterre, où les lois sont censées promulguées suffisamment, bien qu'elles soient encore ignorées de presque tout le monde ! Cela tient à une fiction constitutionnelle. La Chambre des Communes tient la place du peuple : elle est prise pour le peuple. Or un peuple qui a l'initiative de la loi, qui la fait, et qui la connaît par conséquent, n'a pas besoin de se la faire connaître à lui-même. Voilà une conséquence clairement déduite de la fiction. Mais qu'est-ce qu'une fiction ? . . . rien, ou tout au plus une supposition. Aussi pourrait-il bien se faire que les Anglais ne fussent libres que fictivement. Chez les peuples auxquels on n'a pas octroyé la fiction de la liberté, on exige plus de formalités. Chez eux, comme en Angleterre, l'erreur de droit n'excuse pas, mais la loi a été suffisamment promulguée pour être connue. C'est à bon droit que le Décret de Gratien contient les mots *manifestata quoque* et que Thomas d'Aquin appelle la loi *ordinatio promulgata*. C'est le lieu de dire que le statut de la 43<sup>ème</sup> Geo. III, chap 4, pourvoyait à ce que les lois fussent lues au peuple par les curés et desservans catholiques, et les recteurs protestans.

Un autre principe admis par les grands jurisconsultes du continent, c'est que la loi positive ne dispose que pour l'avenir, et ne peut avoir d'effet rétroactif : " quoi-

que la justice des lois humaines soit fondée sur l'utilité publique et sur l'équité, disait Merlin en 1785, comme elles tirent leur autorité de la volonté du législateur et qu'elles n'ont d'effet qu'après qu'elles ont été publiées, elles ne règlent que l'avenir et ne touchent point au passé."

"De ce que les lois nouvelles règlent l'avenir, continue Merlin, il faut tirer la conséquence qu'elles peuvent selon le besoin, changer les suites que devaient avoir les lois antérieures, mais c'est toujours sans donner atteinte aux droits qui peuvent se trouver acquis à quelques personnes." Ainsi l'Ordonnance d'Orléans, en défendant les substitutions à l'infini en France, excepte les substitutions qui l'ont précédée ; et celle de Moulins, qui borne ces substitutions préexistantes au quatrième degré, excepte celles dont le droit était déjà échu ou acquis par un degré plus éloigné que le quatrième.

On peut rapporter aux modes d'obligations de la loi, sa division en lois impératives, prohibitives et facultatives ; — en lois réelles et en lois personnelles, division à laquelle on a déjà touché à propos des privilèges.

Les lois réelles sont celles qui traitent immédiatement des choses, abstraction faite de ceux qui les possèdent, soit pour l'ordre de transmission, comme la plupart des lois sur les successions, soit à raison de la nature des biens, comme les lois sur la distinction des biens et la propriété ; soit enfin à raison des charges qui peuvent être imposées sur les biens, comme les lois concernant les servitudes réelles, les hypothèques, les taxes et cotisations.

Les lois personnelles sont celles qui fixent l'état, la condition et la capacité des personnes ; telles sont les lois relatives au mariage, à la paternité et à la filiation, à la majorité, &c.

La loi impérative impose des devoirs ou ordonne ; la loi prohibitive, restreint notre libre action, ou défend. *Legis virtus est imperare, vetare*, disent les Pandectes.

La loi facultative accorde ordinairement un avantage dont on peut user ou n'user pas : telle est la loi pour encourager la fréquentation des cours de droit, 12, 16 et 22 Victoria. Telles étaient nos premières lois de commutation seigneuriale.

Un peuple, dit le jurisconsulte, s'établit un droit expressément ou tacitement, — par l'émission de ses suffra- De la forme de

la loi.—  
Du droit  
écrit et de  
la juris-  
prudence.

ges ou par ses actions ; de là la subdivision du droit en droit écrit et en droit non écrit.

Bien que les premières lois de tous les peuples aient commencé par être traditionnelles, un ordre judiciaire régulier suppose un système de lois écrites. La preuve littérale n'apparaît pas au berceau des sociétés ; la rencontrer chez un peuple, dans une législation, c'est reconnaître chez ce peuple une certaine maturité,—dans cette législation, un certain degré de perfectionnement. L'usage de l'écriture, employé comme moyen de preuve est l'indice d'une civilisation au moins naissante, dit le docteur Kœnigswarter.

La jurisprudence, telle que nous l'entendons ici, et qu'elle est définie dans une loi romaine, est une suite de jugemens conformes d'une cour de dernière instance sur une même matière.

Mais quel est le vrai rôle de la jurisprudence ?... Le but de la loi écrite a été de diminuer autant que possible l'incertitude et l'imprévu des décisions judiciaires. Le rôle de la jurisprudence, déjà assez beau, ne peut consister que dans l'appréciation du fait, et dans l'adaptation de la loi à ce fait. Elle doit en outre combler les lacunes de la loi en faisant sortir l'inconnu du connu. Mais là s'arrête le pouvoir des tribunaux.

Maintenant, coutume se dit d'un certain droit municipal qui, s'étant introduit par l'usage et par la commune pratique d'une ville, d'un canton ou d'une province, y a force de loi. *Mores et consuetudine inductum, legem imitatur,—et pro lege custoditur.*

Le droit non écrit ou la coutume, dit Heineccius, est un droit établi par le suffrage tacite du peuple, quand la république était libre (*il s'agit de la république romaine*), ou, dans l'état monarchique, par le consentement tacite du prince ; car celui qui donne autorité au droit écrit, la donne aussi au droit non écrit, c. a. d., dans chaque état celui qui a la puissance législative.

Puisque la coutume est un droit introduit par le consentement tacite du législateur, il suit premièrement, que c'est une question de fait que de savoir si telle coutume en particulier est en force dans l'état. Cette question se décidait, avant la publication du Code Civil en 1667, par l'enquête par turbes ; aujourd'hui, cette question se décide principalement par la longueur du temps et la fréquence des actes uniformes.

Il suit, en second lieu, que la coutume a force de loi, qu'elle déroge aux lois antérieures, et même, qu'elle les abroge ; delà la distinction que font les canonistes en coutume *juxta legem*, qui interprète la loi : la coutume est la meilleure interprète des lois, dit Merlin ; — *contra legem*, c. a. d. qui y déroge, et *præter legem*, ou la coutume proprement dite, qui établit un droit nouveau, lequel est appelé, comme on l'a vu, droit non écrit. Nous verrons dans la méthodologie du droit canadien, si la Coutume de Paris est pour ce pays un usage.

A la coutume se rapporte la désuétude : *desuetudo consuetudine refertur*. C'est une coutume contraire à une première coutume, qu'elle abroge en vertu de la règle *posteriores leges derogant prioribus*.

Il suit encore, de ce que la désuétude est elle-même une coutume, qu'elle abroge également la loi écrite à laquelle elle est contraire. *Leges vero tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur* disent les Pandectes.

On peut dire que la loi est en désuétude, dit M. Dureau, \* premièrement, lorsque la loi est si peu connue, qu'on peut la regarder comme oubliée, car l'oubli d'une loi est la marque la moins équivoque qu'elle n'est pas en vigueur. — Secondement, lorsqu'on cesse généralement de l'observer sous les yeux mêmes des magistrats qui sont chargés de l'exécuter, et qu'il n'y a point de réclamation de leur part. \* Reperit de Guyot.

Outre la désuétude, la loi écrite cesse par l'expiration du temps pour le quel elle a été portée, par le changement des circonstances, *erit loco, temporique conveniens*, dit le Décret ; par la fin de son objet, car il y a des lois dont l'objet n'est plus même *in rerum natura* ; par l'abrogation. *Derogatur legi, aut abrogatur. Degoratur cum pars detrahitur ; abrogatur cum prorsus tollitur*, dit Modestinus.

Ce qu'il y aurait à dire ici de l'interprétation de la loi, trouvera sa place dans la logique judiciaire.

## DES PERSONNES ET DES CHOSES.

Tout droit se rapporte aux personnes ou aux choses.

Homme et personne ne sont pas la même chose en droit.

Un homme est un être doué de raison ; une personne est un homme considéré avec une certaine qualité.

La qualité ou l'état est ce, en raison de quoi celui qui en est revêtu a des droits particuliers. Tel est le *pater familias*, le patron chez les Romains.

*Feminae ab officiis remotæ sunt*, dit leur code.—Ulpien écrit néanmoins : *speciosas personas accipere debemus, clarissimas utriusque sexus* puis encore, *patroni appellatione et patrona continentur*.

Chez les modernes, on citera l'homme propriétaire ou avec droit de vote dans un collège électoral. Nos lois considèrent en effet les personnes surtout selon la nature de leurs propriétés ; mais, dit l'*Extrait des Messieurs* ou rédaction de nos anciennes lois, us et coutumes par Cugnet, Juchereau, Pressard et autres, la distinction qui existait en France entre les nobles et les bourgeois, n'a pas lieu en Canada.

La division générale des personnes peut être ainsi énoncée :

Les personnes sont publiques ou privées, capables ou incapables.

Les personnes privées sont celles qui sont éloignées des offices ou charges publiques, soit volontairement, soit forcément ou indépendamment de leur choix.

Les fonctionnaires de l'état, les gens de robe, c. a. d. la magistrature et les ecclésiastiques séculiers desservans, les avocats, notaires, protonotaires shériffs, juges à paix, &c. sont des personnes publiques.

L'incapacité vient du droit naturel ou du droit civil.

Il n'y a que le droit naturel qui produise proprement l'incapacité : on fera donc bien d'appeler toujours *non usantes de leurs droits* les personnes que le droit civil frappe d'inhabilité ou d'une incapacité relative.

Cette incapacité relative vient ou de la différence des sexes, ou de l'âge ou de l'origine.

Répétons ici ce que vient de dire le droit romain : *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ sunt : et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere* dit Ulpien. L'incapacité de la femme est un peu moins étendue dans le droit français, et en Angleterre, où la femme est plus bornée dans ses droits

---

(\*) En tant que les bourgeois étaient obligés de soutenir les charges de l'état, ce dont les nobles étaient exempts.

qu'en France, on a vu une femme, sinon plusieurs, rendre la justice en qualité de *high sheriffs* héréditaire. La loi salique, qui défend que la royauté tombe en quenouille, n'est en vigueur que dans quelques pays, et plusieurs femmes de la maison d'Autriche ont été gouvernantes des Pays-Bas.

La législation de tous les pays a établi une distinction entre ceux qui sont nés dans le sein de la république et ceux dont l'origine est étrangère. Tous les peuples ont plus ou moins imité la réserve avec laquelle Rome accordait le droit cité, et l'on a vu dans toute l'Europe le droit d'*aubaine* ou droit du prince de succéder à tous les biens que laisse un étranger, qui décède dans son royaume, et son dérivé ou le droit d'aubainage des seigneurs. Mais ces prérogatives odieuses ont presque entièrement disparu des codes modernes. Depuis le statut de 1849, sanctionné en Angleterre en 1850, on peut dire qu'il n'y a plus eu en Canada d'aubains quant à la succession ; mais il y a au moins des *alieni* étrangers, *alienigenæ*, quant à la plénitude des facultés civiques. Afin donc de devenir citoyen, on doit déclarer sous serment devant un tribunal civil au commencement d'un terme juridique qu'il y a sept ans (cinq seulement par un statut subséquent, 18 vict. chap. 6, et devant un juge à paix,) que l'on habite la Province, et à la fin du terme, s'il n'y a aucune contradiction, il ne reste plus qu'à faire enregistrer la déclaration. La section douzième retient le nom d'aubains, et porte qu'ils pourront avoir et transmettre des biens-fonds, comme les sujets naturalisés. Cette locution devient d'autant plus surannée qu'*aubain* signifie celui qui n'étant pas natif, s'adonne au seigneur de la terre où il devient domicilié, et devient le serf du seigneur au bout de l'an et jour, s'il n'obtient droit de bourgeoisie.

Comme le droit civil a étendu les effets que le mariage, la filiation &c., produisent même de droit naturel, nous compléterons ici ce que nous avons à dire des lois personnelles, parmi lesquelles Boullenois range avec raison toutes celles qui règlent l'état, la condition et la capacité des personnes.

Les lois personnelles, dit-il, revêtent la personne d'une qualité inhérente et qu'elles conservent partout ; en d'autres termes, toute question qu'on peut soulever

quant à son état ou à sa condition, se règle par la loi de son domicile.

Le domicile, en général, est le lieu où l'homme jouit de ses privilèges municipaux, et où il entend retourner, quand il s'absente, disent Denizart et Pothier, d'accord avec la doctrine des Pandectes : *domicilium est ubi quis negotiatur, contrahit, festos dies celebrat. . . . . unde, cum profectus est, peregrinari videtur.*

La Cour Supérieure a jugé en 1858 que nos lois ne reconnaissent à un homme qu'un domicile, celui où il fait ses affaires et où il réside lui-même, quand bien même sa famille résiderait ailleurs.

Le domicile doit régler la condition de la personne en quelque pays qu'elle aille, en sorte que celui qui est âgé par la loi de son domicile, doit l'être partout à l'effet de jouir de ses droits.

Quant à la femme mariée, la jurisprudence des nations n'est pas encore bien arrêtée. La condition de la femme est, selon quelques uns, affectée par la loi du domicile de manière que, si par cette loi, elle ne peut disposer de ses biens sans le consentement de son mari, elle ne le peut pas plus dans un lieu où ce consentement n'est pas requis. Ainsi ont pensé Froland et Henry.

\* On Foreign Law.

Merlin, appuyé sur l'autorité de Burgundus, de Stockmans et de Voet, distingue assez rationnellement entre les meubles et les immeubles, soumettant ceux-ci à la loi du lieu où ils sont situés, et les meubles à la loi du domicile actuel.

Cela nous conduit à parler de la famille.

La différence des sexes et la subordination naturelle des enfans à leurs auteurs ont été l'occasion de plusieurs distinctions du droit social, politique ou civil par rapport à chacun, dit Domat.

La démarcation entre chaque famille est assurée par le mariage, institution dont l'origine remonte à la création, et qui se retrouve chez tous les peuples, même les plus sauvages : il est de droit des gens.

C'est pour cela que dans quelque pays qu'il ait été contracté, fût-ce au milieu d'une tribu vagabonde, s'il a été célébré selon l'usage, consacré en ce lieu, il doit être valide partout (*Blackstone*) non-seulement quant à lui-même, mais quant à ses effets et aux droits qu'il confère, selon *Uberus* et *Bouguier*.

Cependant, dans la plupart des états, au moins catho-

figures, le mariage est regardé comme un sacrement en même temps que comme un contrat civil basé sur le consentement des parties, mais qui est de plus l'objet de réglemens municipaux. \*

• “ Il est de l'intérêt des nations chrétiennes de valider les mariages,” a dit le Juge-en-Chef Sir L. H. Lafontaine dans la cause en appel de *Languedoc* versus *Laviolette*. — D'abord, qu'il soit de l'intérêt du christianisme de confirmer toute espèce de mariage, cela est au moins douteux : c'est bien plutôt de l'intérêt bien ou mal compris du droit des gens. Pour la maxime ainsi corrigée, elle s'applique aux mariages contractés dans leur pays par des étrangers venant habiter ailleurs, et non à ceux qui vont s'unir clandestinement dans un autre pays en fraude des lois du leur ; car chaque pays tient avec raison à ses réglemens municipaux en fait de mariage, et nous n'hésitons pas à nous inscrire en faux contre l'avancé qui a été fait, que la jurisprudence des arrêts culmet en général ces sortes d'unions. La maxime citée devient plus hors de propos encore si, comme dans l'espèce dont il s'agit, les parties ont de bonne foi reconnu la nullité d'une telle union, fortifiés dans cette bonne foi par la conduite d'un tuteur jusque au moment où, poursuivi en reddition de compte, il devient intéressé à penser autrement. Mais ce jugement de la Cour du Banc de la Reine est une officine de déplorables erreurs, comme nous le verrons aux titres des Tutelles et de la Communauté. Aussi M. le juge Aylwin a-t-il refusé son assentiment à cette manière de juger.

Le mariage légitime en général les enfans, produit un lien de parenté et ne peut se dissoudre par le consentement des parties.

Le divorce, connu des Juifs et des Romains, mais dénoncé ou condamné par l'évangile, est admis dans plusieurs pays protestans, comme en Hollande, en Danemark et en Prusse ; il a aussi lieu en Russie. L'Italie, l'Espagne, les états catholiques de l'Allemagne et certaines parties des Etats-Unis ne l'admettent pas. Il fut établi en France ou confirmé par Napoléon ; mais il a fallu l'abolir. Il a lieu en Angleterre ; mais quant au Canada, la reine a refusé une première fois sa sanction royale à un statut provincial tendant à l'établir ; et bien que nous soyons de nouveau menacés de cette plaie, le plus qu'on puisse encore obtenir est une séparation de

corps et de biens ; mais ce moyen ne brise pas le lien : il ne fait que le relâcher, dit Guyot.

*Divortium a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium*, disent les Pandectes.

Les époux contractent ensemble par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfans.

Les enfans doivent de leur côté des alimens à leur père et mère et autres ascendans qui sont dans le besoin.

Les alimens ne sont pas adjugés en ligne collatérale ; ils ne le sont en ligne ascendante que dans la proportion du besoin de celui qui réclame les alimens, et de la fortune de celui qui les doit.

Mais le droit romain nous fournit des distinctions importantes sur ce qu'on doit entendre par alimens.

*Verbo victus continentur quæ esui, potuique, cultuique corporis, quæque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem Labeo ait*, dit Ulpien.

*Verbum vivere quidam putant ad cibum pertinere : sed Ofilius ad Atticum ait his verbis et vestimenta et stramenta contineri ; sine his enim vivere neminem posse*, dit Gaius.

La femme et les enfans n'ont sur leurs biens qu'un domaine imparfait. Pour celle-là, nous y reviendrons dans la Coutume de Paris.

Quant aux enfans, leurs biens étaient de quatre sortes selon le droit romain, — *castrentia, quasi-castrentia, adventitia et profectitia*.

On appelait *castrentia* les biens que les fils de famille acquéraient à l'occasion du service militaire, et *quasi-castrentia*, ceux qu'ils acquéraient au moyen de la robe sacerdotale ou magistrale, ou au moyen des lettres.

On appelait *adventitia* les biens qui leur venaient d'ailleurs que de leur père, comme de leur mère, d'un ami ou de leur propre industrie.

*Profectitia* enfin, ceux qui leur venaient de leur père vivant ou qui leur avaient été donnés par égard pour leur père ou qui étaient un profit des biens du père, comme si le fils de famille avait fait le négoce avec ces biens, de manière à les augmenter.

Les Pandectes définissent le *peculium castrense, quod filius familias in militia acquisivit. . . vel in palatio principis, vel quovis principis beneficio etiam feminae.* — *Quasi*

*castrense est quod toga, foro, vel beneficiis ecclesiasticis acquiritur.*

Le fils de famille n'avait le domaine parfait que du pecule *castrense et quasi-castrense*, pour lequel *in eo nullum jus patris est. . . . et filii familias vices patrum familias funguntur.*

Ils n'avaient que le domaine direct ou une propriété sur leurs biens adventices ou autres jusque à leur émancipation, et le domaine utile restait au père, hors certains cas, comme celui où l'on donnait aux enfans à condition que le père n'aurait point l'usufruit.

*Quodcumque filius familias ex liberalitate fortunæ, vel laboribus suis acquirit patri acquiritur usque ad usum fructum solum.*

*Excipitur quod filio datur sub ea conditione ne ad patrem perveniat ususfructus.*

*Recte legatum solvitur filio, si dictum est ut filio solvatur, et pater exceptione repellendus erit.*

Ainsi, en règle générale, selon le droit romain, *filius familias neque retinere, neque recuperare, neque apisci possessionem rei peculiaris videtur*, dit le jurisconsulte Mœcianus. La loi ne se relâche que pour le *peculium castrense* ou pour se plier à la volonté d'un donateur formellement expliquée.

Quant au domaine des fils de famille selon la coutume de Paris, ou la mère est morte, ou le père, ou bien tous les deux sont morts ou vivans.

Si la mère est seule morte, le fils a le domaine tant direct qu'indirect sur les biens provenant de la succession de sa mère, et l'administration seule appartient au père durant sa minorité, au cas qu'il soit tuteur, si la mère ne lui a pas expressément accordé l'usufruit. D'où l'on voit que notre droit diffère beaucoup du droit romain, puisque le père ne pourra être qu'un simple administrateur tenu à rendre compte.

Si le père seul est mort, ou la mère a renoncé par son contrat de mariage au douaire qui lui est assigné par la loi pour son entretien, à même les biens du père, ou non. Si elle y a renoncé ; et qu'elle ait la tutelle de ses enfans, ils sont situés comme ils le seraient sous la tutelle de leur père.

Si elle n'a point renoncé, ils ont le domaine direct sur tous les biens venant de la succession de leur père ; mais la moitié au moins du domaine utile appartient à

la mère, à moins qu'elle ne convole en secondes nocés.

Nous disons la moitié au moins, parce qu'il est loisible au mari d'augmenter le douaire naturel de sa femme.

Si le père et la mère sont morts, les enfans ont le domaine direct et indirect ; seulement, l'administration appartient au tuteur jusqu'à leur âge de majorité.

Si du vivant du père et de la mère, les enfans mineurs acquièrent quelque chose par donations, legs ou industrie, leurs père et mère n'en ont que l'administration en qualité de gardiens, à moins que la donation ne porte qu'ils en auront l'usufruit, ou que ces choses soient nécessaires pour le soutien même des enfans, ou que les parens ne soient dans un tel état de dénuement qu'ils doivent y participer. Nous reviendrons ailleurs sur le cas du mineur qui fait le négoce.

\* Du  
Domaine. Cette digression sur le domaine des fils de famille nous conduit à parler du domaine en lui-même. \*

Le droit que peut avoir une personne se divise en droit à la chose *jus ad rem* et en droit en la chose, *jus in re*.

Le droit à la chose est le droit qu'on a à ce qu'une chose devienne nôtre, et qui donne une action contre la personne, et non contre la chose, comme le droit qui résulte de la promesse non encore exécutée.

Le droit en la chose est le pouvoir que quelqu'un a sur une chose à lui déjà acquise, et ce droit ne diffère pas du domaine.

Nous parlerons donc ici du domaine, et par accessoire de l'usage et de l'usufruit : nous ne parlerons que plus tard de l'hypothèque.

Le domaine se divise d'abord en domaine de juridiction et en domaine de propriété.

Le domaine de juridiction est le pouvoir du prince ou de l'état.

A ce domaine se rapporte le haut domaine, *dominium altum*, par lequel la république a le droit de disposer de la propriété des particuliers pour le bien public ; mais selon le droit public anglais, que nous suivons dans la pluralité des cas, il faut que les particuliers expropriés soient indemnisés.

Le domaine de propriété est le droit de disposer d'une chose pour tout usage qui n'est pas interdit par la loi ou qu'on ne s'est pas interdit à soi-même par une convention.

Dans un sens plus étendu, le domaine plein signifie le droit d'user et d'abuser de sa chose.

Le domaine de propriété se divise au reste en domaine parfait et en domaine imparfait.

Le domaine parfait est le droit de disposer de la chose et de ses avantages.

Le domaine imparfait est le droit de disposer de la chose seulement ou de ses avantages seulement.

Ou, ce qui sera plus précis, le domaine direct est celui de la personne qui n'a que la propriété sans l'usage, — *nuda proprietas*.

Et le domaine indirect ou utile est le domaine de celui qui jouit des avantages de la chose, comme l'usager et l'usufruitier.

Usage et jouissance diffèrent en ce que l'usage est circonscrit par la nécessité, et que la jouissance renferme l'utilité et le plaisir, dit Sénèque.

L'usage est le droit de se servir de la chose d'autrui, pour la nécessité, sans altérer la substance, dit Heineccius.

Mais l'usufruit, dit le jurisconsulte Paulus, est le droit d'user et de jouir de la chose d'autrui, sans altérer la substance, — *uti et fruendi*.

L'usufruitier, fait siens tous les fruits ordinaires de manière à pouvoir les vendre, s'il en a de trop, ce que ne peut pas faire l'usager.

Seulement, si par la négligence de l'usufruitier comme de l'usager, la valeur de la chose est diminuée, il est tenu aux dommages-intérêts.

Les choses qui peuvent être sujettes au domaine de l'homme sont de deux sortes, — corporelles et incorporelles, — corporelles, qui tombent sous nos sens, comme une matière quelconque ; incorporelles, comme un droit un privilège quelconque : *Æque bonis adnumerabitur, etiamsi quid sit in actionibus, petitionibus, persecutionibus ; nam hæc omnia in bonis esse videntur*, dit le jurisconsulte Ulpien. *Meorum et tuorum appellatione actiones quoque contineri dicendum est*, dit Paulus.

Les objets corporels se divisent en choses fungibles et non fungibles.

Les choses fungibles sont celles qui se consomment par le premier usage, comme les fruits, les denrées.

L'usufruit, dit Domat, ne peut être établi sur des cho-

sès fungibles, parce qu'il s'agit seulement d'user et de jouir de la chose, en laissant la substance.

Les choses non fungibles sont celles qui durent, comme les objets d'art.

On demande si l'homme peut avoir le domaine de propriété sur son semblable ?

Les Romains eux-mêmes reconnaissaient que la servitude n'est pas naturelle, et ils ne l'expliquaient que par les guerres, qui produisaient la captivité : comme on connaissait peu encore le cartel pour l'échange des prisonniers, on les réduisait le plus souvent à l'état d'esclavage. Sous l'empire romain, l'émulation dont se piquaient les grands pour la manumission des esclaves, fut un des remèdes à cette plaie, puis dans les bas siècles, le zèle analogue des évêques. Cela n'empêcha pas qu'il était devenu de maxime en Allemagne, comme nous l'apprend Heineccius, *qu'il y a des lieux dont l'air même rend esclave*, de sorte qu'on pouvait devenir serf en y mettant le pied. Au contraire, il y a en Angleterre, dit Gregorio Leti, \* un règlement fondé sur une certaine coutume chrétienne, plutôt que sur une loi formelle, qui porte que lorsqu'un esclave étranger aborde dans ce royaume, il devient libre aussitôt qu'il a mis pied à terre. C'est cette maxime qu'un de nos Juges-en-Chef, a voulu faire prévaloir au commencement de ce siècle, ignorant apparemment,—ce qui assez singulier, que l'esclavage avait été non seulement reconnu par la Capitulation de Montréal, mais confirmé par un statut impérial. On avait connu, sous la domination française, l'esclavage des nègres et des sauvages Panis. Aujourd'hui la civilisation condamne la servitude comme contraire au droit naturel et inhérent à l'homme.

A plus forte raison doit-elle dénoncer et condamner la traite des nègres : *Mercis appellatione homines non continentur, Mela ait : et ob eam rem, mangones nostri mercatores, sed venaliciarios appellari ait, et recte* dit le jurisconsulte Africanus.

Le Danemarck, et non l'Angleterre, a donné le premier exemple de la prohibition de la traite ; l'Angleterre a suivi, puis le pape Grégoire XVI. Les Etats-Unis d'Amérique restent à peu près seuls en arrière.

Dans l'état présent de la société on distingue deux modes principaux d'acquérir le domaine, l'un relatif aux choses qui n'appartiennent à personne et qui, si elles ne

\* Vie  
Olivier  
romain.

sont pas déclarées, ou censées propriété publique, sont acquises par la seule prise de possession, mode d'acquisition qu'on appelle en droit appréhension *jus apprehensionis* ; l'autre, relatif aux choses qui appartiennent à quelqu'un et qui ne peuvent être acquises par la prise de possession, qu'autant qu'elle est accompagnée du consentement du propriétaire. C'est ce mode d'acquiescer qui est appelé en droit *tradition*. Il en sera question quand nous traiterons des contrats.

Le consentement est le plus souvent exprès et formel, et alors il a l'effet de transférer de suite le domaine ; le cas de la tradition n'a besoin d'aucune loi, dit le Chancelier D'Aguesseau.

Quelquefois aussi ce consentement n'est que présumé, c. a. d. qu'il résulte du silence et de l'abandon du propriétaire pendant un intervalle de temps assez long pour que l'on puisse présumer qu'il a renoncé à sa propriété : *alienationis nomen etiam usucapionem continet: vix est enim ut non videatur alienare, qui putitur usucapere*, dit Paulus. C'est le mode d'acquiescer que nous appelons vulgairement prescription, et sur lequel la Coutume de Paris a un titre particulier.

Il est encore un mode d'acquisition ; c'est celui que le jurisconsulte appelle droit d'accession, parce qu'il est relatif aux accessoires de la chose, c. a. d. à ses fruits et profits, ainsi qu'aux accroissemens et *bonifications* qu'elle peut éprouver. Il est dans l'ordre que ces améliorations appartiennent au propriétaire, selon l'adage *res fructificat domino*.

A l'accession se rapporte ce que les Romains appelaient *alluvion*, comme si une île est augmentée par des parties du littoral opposé qui l'auraient insensiblement accrue.

Le droit romain parle encore de la *confusion*, de la *commixtion*, de la *spécification* et de l'*édification*.

La confusion est l'union de deux ou plusieurs matières de manière à former une nouvelle espèce.

La nouvelle espèce appartient aux maîtres respectifs à proportion de la valeur de chaque matière première.

La commixtion est l'union de choses semblables appartenant à des maîtres divers, comme si deux troupeaux se mêlent.

Si ce qui a été ainsi uni peut se reconnaître, on doit le séparer en ayant égard au droit de chacun.

La spécification est la confection d'une nouvelle espèce avec la matière d'autrui, comme si un artiste faisait un vase avec de l'or qui ne lui appartiendrait pas.

Où la matière vaut plus que le travail, ou c'est le contraire ; dans le premier cas, le maître a droit de reprendre sa matière en payant l'ouvrage de l'artiste qui a été de bonne foi, et dans le second, l'artiste de bonne foi peut garder le vase en payant la matière.

L'édification des Romains a lieu quand quelqu'un bâtit de bonne foi son fonds avec les matériaux d'autrui ; ou celui d'autrui avec ses propres matériaux. Celui qui a bâti de bonne foi son fonds avec les matériaux d'autrui, n'est tenu qu'à les payer : si c'est de mauvaise foi, il y a lieu aux dommages.

Si l'on a bâti sur le terrain d'autrui, le maître du sol peut garder les édifices en payant les matériaux et le travail de celui qui a bâti de bonne foi. Mais en cas de mauvaise foi, on peut être contraint de démolir à ses propres frais.

Ce qui se dit de celui qui bâtit, peut aussi se dire de celui qui plante le sol d'autrui.

L'invention ou trouvaille est aussi une manière d'acquérir.

On appelle perdues les choses qui ont été écartées involontairement et qui sont encore présumées avoir un maître.

Si le maître est connu, nul doute qu'il faille restituer.

Si on ne peut le retrouver, on peut garder si aucune loi ne s'y oppose, selon les jurisconsultes et Soto, parmi les canonistes.

Nous disons, si aucune loi ne s'y oppose, car le seigneur haut-justicier avait le droit d'épaves ou d'avoir les choses trouvées dans l'étendue de sa seigneurie.

Les principes que nous avons développés dans ce titre ne découlent pas tous du droit naturel primitif existant indépendamment d'aucun fait humain ; mais bien de ce que l'homme peut, en conséquence de sa liberté naturelle, apporter différentes modifications à son état original, et entrer dans plusieurs situations ou états éventuels qui constituent selon quelques auteurs le droit naturel secondaire, ou selon d'autres le droit des gens positif. C'est, dit Puffendorf, de ce dernier droit que dérivent la propriété, les contrats.

Le droit commercial faisant en quelque sorte partie, comme on l'a insinué plus haut, du droit des gens, nous en placerons ici les premiers élémens.

Le commerce, tel que la jurisprudence peut le considérer, consiste dans les diverses négociations qui ont pour objet d'opérer ou de faciliter les échanges des produits de la nature ou de l'industrie, à l'effet d'en tirer quelque profit.—Le droit commercial se compose de toutes les règles relatives à la validité et aux effets de ces négociations, ainsi qu'au jugement des contestations qui peuvent en résulter.

On peut diviser les opérations qui doivent recevoir le nom d'actes de commerce en deux classes.

Premièrement, ceux qui sont déclarés commerciaux en eux-mêmes, indépendamment de la position sociale ou de la profession des personnes qui les exercent, tels les billets promissoires de valeur reçue en vertu de l'acte de la 12<sup>ème</sup> Victoria, relatif au Change.

Secondement, ceux qui ne sont réputés tels que par une présomption déduite de la qualité des contractans ou de l'un d'eux.

Il est un grand nombre de transactions qui appartiennent au droit civil, mais que le but de trafic dans lequel on peut les faire, rend souvent commerciales, telles la société, le prêt, la vente de certains objets mobiliers : *mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*, dit le jurisconsulte Ulpien.

D'autres transactions, inconnues au droit civil, sont spécialement réglées par les lois commerciales, et cependant, les principes généraux du droit commun doivent y être appliqués subsidiairement, pour suppléer au silence des lois spéciales : tels sont le Change, les contrats maritimes, le courtage, &c.

Pour spécifier davantage, disons que les engagements commerciaux peuvent être divisés en huit classes, selon qu'ils sont relatifs aux achats et ventes, au louage des choses ou des personnes, au mandat, au dépôt, à la société, au commerce maritime, aux opérations de banques et de Change.

Nous traiterons dans ce cours la plupart de ces transactions,—la vente, le louage, le dépôt, la société, le mandat comme contrats de droit civil, et subsidiairement comme transactions commerciales. Nous verrons, par exemple, ce qu'ont de différent ou de spécial les procurations, les prépositions, les commissions, nous contentant de décrire ici le courtage, qui est un genre de négociation qui a pour objet ou pour caractère de servir d'intermédiaire dans une transaction entre deux ou plusieurs personnes dont les intérêts sont opposés. Entendu dans ce sens large, le courtage pourrait bien n'être qu'une simple opération civile. Mais le plus habituellement ce sont les transactions commerciales qui rendent nécessaire ce genre d'entremise, et comme ceux qui s'y livrent en font une profession lucrative, en même temps qu'ils deviennent aussi auxiliaires du commerce, le courtage a été mis au rang des actes commerciaux de leur nature, et on appelle ces entremetteurs courtiers. Ils sont institués pour recevoir les propositions de celui qui veut vendre, acheter, assurer &c. ; il les transmet soit à celui qui veut acheter, vendre ou assurer, soit à un autre courtier qui agit pour cette personne ; et lorsque le marché est conclu par cette entremise, les parties intéressées l'exécutent.

Le courtage diffère du mandat proprement dit,—des procurations et prépositions, en ce que le courtier n'est qu'intermédiaire pour porter et discuter les propositions, tandis que les autres achèvent et concluent l'affaire dans la mesure des pouvoirs qu'ils ont reçus.

Dans la vente à commission, le commissionnaire s'oblige aussi à l'exécution de ce qu'il a promis pour son commettant, tandis que le courtier n'est pas personnellement obligé à faire exécuter la marché, dont il n'a été que l'entremetteur.

Les opérations des encanteurs sont rangées à bon droit parmi les actes commerciaux. Elles ont été réglées pour la première fois ici par un statut de la cinquante-et-unième année de George III.

Nous aurons des chapitres spéciaux pour le Change, l'assurance, la société.

Quant aux opérations des banques, elles se font de plusieurs manières.

Premièrement, par spéculation, lorsque dans l'espoir de quelque profit, on vend ou achète dans un lieu des créances ou des monnaies payables dans un autre.

Secondement, par commission, soit lorsqu'on reçoit de la monnaie ou des titres de créances commerciales dont le montant doit servir à payer des lettres de change tirées par un correspondant qui n'en a pas d'avance fourni la valeur, et à qui, en terme de commerce, *on ouvre un crédit*.

Deux caractères des associations de banques qu'il ne faudrait pas oublier sont ceux d'emprunteur et de dépositaire,—d'emprunteur, puisqu'elles paient un intérêt tel quel aux déposans ; de dépositaire public, d'autant que le gouvernement doit avoir l'œil à ce que les établissemens de banques méritent la foi publique, par exemple en exigeant que les banquiers aient un certain capital.

Voilà tout ce que nous pouvions dire pour le présent des actes réputés commerciaux en eux-mêmes.—Disons aussi un mot à présent des actes qui sont présumés commerciaux à cause de la qualité de ceux qui s'obligent.

Il n'est pas toujours facile de déterminer quels sont ces actes.

Pardessus nous dit que les régîtres, papiers ou autres fournitures de bureau d'un banquier ; les poids, les balances et autres instrumens à l'aide desquels un détaillant débite ses marchandises, les machines achetées par le manufacturier, doivent être regardés comme objets d'une transaction commerciale. \* Mais outre que cette doctrine nous paraît singulière, elle est contraire à la définition que cet auteur donne de l'achat ou de la vente commerciale. *L'achat est commercial, dit-il, quand on achète pour revendre.*

Il ajoute que si ces achats sont commerciaux, on ne peut pas en dire autant des denrées et des marchandises achetées par le marchand pour son usage particulier et celui de sa famille.

Encore, des billets ou engagements souscrits par des commerçans par suite d'arrangemens de famille, pour partage de succession ou autres droits semblables, de vente ou location d'immeubles, ne seront point réputés

des actes de commerce ; et même le prêt, le mandat, le dépôt n'auraient ce caractère qu'autant qu'ils seraient relatifs au commerce. En un mot, on peut tenir pour règle que, si l'engagement d'un commerçant est réputé commercial, ce n'est qu'autant que des preuves n'établissent pas que l'obligation avait une cause purement civile.

Sont commerçans ceux qui font leur profession habituelle d'exercer des actes de commerce.

Ainsi la qualité de commerçant n'est produite que par l'habitude, à moins qu'on ne prenne qualité soi-même ; car quand une personne a annoncé par enseignes, affiches, ou tout autre mode de publicité, qu'elle entendait exercer tel genre de commerce, ouvert des magasins ou autres lieux de débit, il faut bien la considérer comme commerçante.

Un artisan ne saurait être confondu avec un négociant, surtout s'il n'est point fournisseur de la matière qu'il travaille.

Toute personne qui, d'après les principes du droit civil, est capable de contracter, est aussi, à plus forte raison, habile à faire tels actes de commerce qu'elle juge à propos. Ainsi, ni la qualité d'étranger, ni la mort civile ne seraient un obstacle à ce qu'un individu fit le commerce, car le commerce est un moyen de subsistance qui doit être en faveur aux yeux de la loi.

Cependant la législation commerciale peut admettre en temps et lieu deux dérogations importantes aux règles du droit commun sur la capacité de contracter.

L'effet de la première est, que des personnes que ce droit déclare incapables de s'obliger, obtiennent, au moyen de quelques conditions, la faculté de souscrire des engagemens commerciaux.

L'effet de la seconde est, que cette même faculté puisse être interdite à des personnes qui ne sont frappées d'aucune incapacité de contracter des engagemens civils et cela seulement *ex convenientia*.

La première exception concerne les conditions au moyen desquelles les mineurs et les femmes mariées peuvent faire le commerce ; et la seconde concerne la prohibition de faire le commerce, dont la république peut frapper certains corps religieux ou civils, certains fonctionnaires publics.

C'est là tout ce que nous pouvions dire du droit com-

mercial sans envahir d'avance la matière des Obligations et des contrats dans laquelle nous allons nous engager, et où les spécialités du droit commercial auront une place assez grande.

Nous examinerons dans la méthodologie du droit canadien si l'Ordonnance du commerce ou Code Marchand de 1682 est en vigueur dans ce pays.

# TITRE QUATRIÈME.

---

## DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS.

---

Ce titre comprend les quatre parties que Pothier donne aux Obligations, plus une cinquième, tirée principalement des traités spéciaux de Domat.

---

### SECTION PREMIÈRE.

---

#### OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL.

L'obligation civile, la seule dont il s'agisse ici, est la *nécessité* de donner, faire ou ne pas faire quelque chose, à cause de l'ordonnance de la république, ou de la sanction qu'elle appose aux conventions qui se font parmi les hommes.

Les engagements tiennent lieu de loi à ceux qui les ont contractés, dit Domat : *conventio dat legem contractui*.—*Semper in stipulationibus, cæterisque contractibus, id sequimur quod actum est*, dit Ulpien.

Les causes des Obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits, la loi et l'équité, et parfois la loi seule.

Qu'est-ce qu'un contrat ?... Contrat et convention sont-ils la même chose ?

Non.—La terminologie du droit n'est pas toujours précise, surtout dans l'usage journalier. Obligation se prend

quelquefois pour contrat ainsi que transaction, contrat se prend pour convention, et il suffit que l'on s'entende ; mais quand on parle *ex professo*, il faut y regarder de plus près : l'obligation est l'effet de l'engagement ; quant à contrat et convention, tout contrat renferme une convention ; mais toute convention n'a pas la dignité d'un contrat. Il y a convention *nue* et convention *revêtue*.

La convention pure et simple, *nuda conventio*, est le consentement de deux ou de plusieurs sur un même objet, *consensus duorum in idem*. Dans ce sens, on fait habituellement dans le commerce de la vie des conventions qui ne produisent aucune obligation légale, bien qu'elles contiennent le germe du contrat, *consensus in idem*. *Dominia rerum non transferuntur nudis pactis*, dit le Code Justinien.

Le contrat, *conventio vestita*, est une convention *solenelle*, *revêtue* de formes légales, par laquelle les parties réciproquement, ou seulement l'une d'elles, s'engagent *strictement* à donner quelque chose, ou à faire ou ne pas faire quelque chose.

La division des contrats, que nous donnons incontinent, fera ressortir l'exactitude de cette définition, et surtout des mots *les deux parties réciproquement, ou seulement l'une d'elles* :

En effet les contrats se divisent premièrement en contrats *unilatéraux*, gratuits ou de bienfaisance, et *bilatéraux*, (\*) *synnallagmatiques*, intéressés de part et d'autre ou onéreux, et en contrats mixtes.

Avant de les décrire, donnons de suite toutes les divisions.

1o. Gratuits, mixtes et onéreux.

2o. Réels et consensuels.

3o. Principaux et accessoires.

4o. Ecrits et non écrits.

4o. Formels et virtuels.

I.—Le contrat unilatéral est celui où un seul s'oblige, comme la donation *pure et simple*.

Le contrat bilatéral est celui où les deux contractans s'engagent à quelque chose, comme les contrats de vente, de louage.

Les Romains appelaient contrats *bonæ fidei* ceux où chaque partie s'engageait envers l'autre, et contrats *stricti*

---

[\*] *Monopleurours, dypleurours* des Grecs.

*Juris*, ceux où une seule des parties s'obligeait. Cette distinction avait pour objet de régler les devoirs du juge qui, dans les contrats de bonne foi, avait plus de latitude pour se diriger selon l'équité, et qui, au contraire dans les contrats de droit étroit, devait se renfermer dans les termes de la convention. Il est de maxime, dans un sens détourné, que dans le droit français, tous les contrats et partant toutes les actions sont de bonne foi.

\* *Pothier divise les contrats premièrement en contrats unilatéraux et bilatéraux ; troisièmement en contrats de bienfaisance, onéreux et mixtes. Or, y a-t-il une différence bien perceptible entre un contrat unilatéral et un contrat de bienfaisance, — entre un contrat bilatéral et un contrat onéreux ? . . . . Cette division de Pothier est appuyée de son grand nom, elle a été copiée par les rédacteurs du Code Napoléon : elle est consacrée. Cependant, nous la répudions, jusque à ce qu'on indique toutefois des exemples divers du contrat unilatéral et du contrat de bienfaisance, — du contrat bilatéral et du contrat onéreux. Pothier cite la vente et le louage dans les deux cas. La faute de ce grand jurisconsulte nous paraît singulièrement aggravée par le parti qu'il a pris de séparer ses première et troisième divisions, identiques selon nous, par la deuxième division en contrats réels et consensuels, qui nous semble n'avoir aucun rapport avec elles, — arrangement contraire par conséquent à l'argumentation logique a subjecta materia. †*

Le contrat mixte participe à la fois de la nature du contrat gratuit ou qui se fait pour l'utilité d'un seul, et du contrat onéreux ou qui se fait pour l'avantage réciproque des contractans, et on peut le définir ou plutôt le décrire : celui où les deux parties promettent ou donnent quelque chose, mais où l'une promet ou donne beaucoup plus qu'elle ne reçoit, ou en sens inverse ; — comme dans la donation onéreuse.

Le contrat synnallagmatique se subdivise en contrats commutatifs et en contrats aléatoires.

Le contrat commutatif est celui dans lequel on donne et reçoit l'équivalent, comme on est censé le faire dans la vente, l'échange.

Le contrat aléatoire est celui où l'un des contractans reçoit quelque chose, non comme une libéralité ; mais comme prix d'un risque qu'il court ; comme les contrats d'assurance et de rente viagère.

\* *Quoique nous respections ici cette subdivision de Pothier,*

nous traiterons plus tard le contrat aléatoire comme un genre de contrat, dans un chapitre séparé. Ne faut-il pas, autant que possible, mettre en division les extrêmes opposées ou tout au moins des choses qui ont entre elle de l'opposition. Or, quel rapport, quelle opposition y a-t-il entre le contrat commutatif et le contrat aléatoire ? Le contrat qui est le plus opposé au contrat commutatif est le contrat gratuit, puis le contrat mixte. Les contrats opposés au contrat aléatoire, sont les contrats où il n'y a pas de risque, ou les contrats généralement. Les expressions de Pothier "non comme une libéralité" donnent, je crois, du poids à mes raisons. S'il y a de l'opposition entre le contrat commutatif et le contrat aléatoire, c'est en ce que celui-ci est le contrat dont on obtient le plus difficilement la rescision, et celui-là le plus facilement.

On distribue les contrats commutatifs en quatre classes : *do ut des, facio ut facias, facio ut des, do ut facias*, selon le droit romain. Cela explique les mots de notre définition "à donner, faire", puisqu'il y a des obligations *in dando, in faciendo*.

II.—Le contrat consensuel est celui qui subsiste par le consentement, ou à tout le moins dont la matière est le consentement des parties, comme le mandat, la société, le mariage. Le droit désigne le contrat de vente comme consensuel ; mais cela n'est pas sans quelque difficulté en pratique.

Le contrat réel est le contrat où la tradition est requise pour que l'engagement ait la force d'un contrat. On ne conçoit pas le dépôt sans tradition, non plus que le prêt à usage ou de consommation et le prêt d'argent ; la nature de ces contrats exige donc la tradition de l'objet : *re contrahitur*, dit le droit.

III.—Le contrat principal subsiste par lui-même indépendamment d'aucun autre contrat ; tel est le transport.

Mais le contrat accessoire est un pacte auxiliaire qui ne peut subsister sans un contrat antérieur, *prior in mente*, auquel il est joint pour en assurer l'exécution ; tels sont le cautionnement ou fidejussion, la garantie, la clause pénale, et peut-être l'hypothèque conventionnelle.

IV.—Le contrat écrit est celui qui ne peut être fait sans écrit. On ne conçoit pas une lettre de change non écrite, et bien que l'on conçoive mieux un testament non écrit, tel que le testament nuncupatif des Romains

et celui des Anglais, le testament selon les formes françaises ne peut être oral, non plus que la donation entre vifs des immeubles. Le droit anglais déclare qu'on ne peut transférer les propriétés immobilières sans un écrit, et si le droit français n'est pas aussi exprès, tel est aussi son esprit notoire.

Le contrat non écrit est celui qui se peut faire sans écrit, tels que le mariage, les baux et tous les contrats que la loi ne défend pas de faire sans écrit.

Mais elle a toujours en défaveur les contrats verbaux, et il n'est point avantageux d'en faire, puisque la preuve testimoniale n'en sera pas admise au civil si l'objet excède cent francs.

V.—Le contrat formel est celui où l'on convient expressément de quelque chose, comme sont tous les contrats proprement dits, à la différence du contrat virtuel ou quasi-contrat.

Le quasi-contrat est une convention tacite que la loi présume en s'en rapportant à ce qui a été fait.

En d'autres termes, les quasi-contrats sont des obligations qui naissent des actions ou du fait de l'homme en vertu d'un consentement présumé même de la part de ceux qui ignorent l'action ou le fait, et cela à cause de l'utilité ou de l'équité, comme dit Heineccius.

Et les raisons que le législateur a de présumer ainsi le consentement, sont :

1o. Que chacun est présumé consentir à ce qui lui apporte de l'utilité.

2o. Que qui veut les antécédans veut les conséquents.

3o. Que personne n'est présumé vouloir, ni ne peut justement s'enrichir aux dépens d'autrui : *jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum* dit le jurisconsulte Pomponius.

Les principaux exemples des quasi-contrats sont la gestion des affaires, *gestio negotiorum*, d'où naît l'action *negotiorum gestorum*, l'administration d'une chose commune, d'une hérédité, et autres cas mentionnés dans les Pandectes. On peut peut être ranger parmi les quasi-contrats le mariage non accompagné de conventions matrimoniales.

La *pollicitation* ou offre et promesse sans acceptation, était encore un contrat chez les Romains, parce que celui en faveur de qui la promesse était faite pouvait, quand il voulait, forcer l'autre à exécuter. Mais

chez nous, l'acceptation actuelle est nécessaire pour faire le contrat. C'est ce que le naïf Delhommeau (\*) exprime par cet adage : *promettre et tenir sont deux.* [10] ximes

Transaction se dit proprement de l'accord qui survient entre des collitigants : *transactio est pactio qua lis vel controversia dirimitur, vel decisio litis consensu partium* dit Cujas. *Fit tantum de re incerta et lite incerta neque finita* disent les Pandectes. Droit Frank

Un même contrat peut appartenir à la fois à la plupart des catégories que nous avons signalées, pourvu qu'elles ne soient pas contraires ; ainsi la vente est en même temps un contrat synnallagmatique, commutatif, consensuel, du moins selon le droit, principal et formel.

Par tout ce qui précède on voit au moins instinctivement ce qui est de l'essence du contrat,—un motif honnête et suffisant, l'offre et l'acceptation ou le concours des volontés quant à un même objet de la part de personnes qui contractent.

Nous reviendrons en détail sur ces qualités essentielles du contrat en général, lorsque nous aurons expliqué ce qu'on entend par ce qui est essentiel à chaque contrat en particulier.

Les jurisconsultes distinguent dans tout contrat ce qui est de son essence, ce qui est simplement de sa nature, et ce qui lui est purement accidentel.

On entend par ce qui est de l'essence du premier contrat qu'on voudra bien nommer, ce sans quoi il ne peut subsister dans son espèce propre. Il est ainsi de l'essence de la vente qu'il y ait un prix en argent, sans lequel il y aura bien un échange ou tout autre contrat, mais non un contrat de vente.

Les choses qui sont seulement de la nature du contrat (en observant que le mot nature ne se prend pas dans sa valeur grammaticale) sont celles qui y entrent naturellement, si elles n'en sont pas exclues par une clause expresse. Ainsi il est de la nature du contrat de vente que le vendeur garantisse son acheteur, mais non de son essence, car on peut stipuler qu'il n'y aura point de garantie.

Les choses accidentelles au contrat sont celles qui n'y entrent pas sans une clause expresse, comme la clause de fournir et faire valoir, ou la garantie de fait ou conventionnelle, qui ne se présume pas (par exemple dans le transport), par opposition à la garantie de droit, comme celle que nous avons vue dans la vente.

*Celsus libro Digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare ; debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit, dit le jurisconsulte Ulpien.*

Maintenant le contrat doit avoir d'abord un motif honnête. C'est sur ce principe incontestable qu'on déboute souvent des actions intentées en vertu de location d'habitations à des filles publiques. \*

\* Pan-  
dectes. ch.  
27. — de  
turpi cau-  
sa.

Quant au motif suffisant du contrat, il n'est pas le même dans les contrats unilatéraux et dans les contrats bilatéraux.

Dans les contrats bilatéraux, le motif suffisant de l'engagement que je contracte envers vous, est ce à quoi vous vous engagez envers moi, ou le risque que vous courez.

Dans le contrat unilatéral ou gratuit, la volonté que j'ai de vous faire une libéralité ou de vous obliger est un motif suffisant du contrat.

On a vu qu'il fallait le consentement des contractans sur un même objet.

Et d'abord par la chose, *res objectiva*, on n'entend pas seulement une substance, comme un fonds, un meuble ; mais tout avantage. Ainsi le simple usage de la chose peut, comme la chose elle-même, être l'objet du contrat. Bien plus, l'objet du contrat peut-être la simple possession comme sûreté, sans domaine direct ni utile, comme dans le gage.

Mais pour qu'une chose puisse être l'objet d'une obligation pure et simple, il faut qu'elle existe ou doive exister, comme la moisson prochaine. Il en est autrement, s'il s'agit d'une obligation conditionnelle.

20. Qu'elle soit commercable ; car une chose qui serait hors du commerce des particuliers, soit par sa nature, soit par une disposition du droit public ou civil, ne saurait être l'objet d'un contrat, le contrat se formant entre les particuliers, qui ne peuvent transférer le domaine des choses publiques ; tel est le chemin du Roi, auquel il ne faut point toucher dans les conventions : *privatorum conventio juri publico non derogat* dit le jurisconsulte Ulpien.

30. Qu'elle soit déterminée, au moins dans son genre, comme un cheval, car sans cela, on ne conférerait le plus souvent qu'un droit illusoire.

40. Il faut ordinairement qu'elle soit estimable à prix d'argent, afin que l'égalité puisse être mieux observée ou plus facilement rétablie, si elle ne l'a pas été.

Cinquièmement enfin, il faut que les contractans stipulent pour eux-mêmes ou comme ayant par la loi qualité de contracter pour autrui, parce que la translation d'un droit strict peut seule faire l'objet du contrat, et qu'il n'y a que ce que l'une des parties stipule pour elle-même, et que l'autre promet également pour elle-même qui confère un étroit strict, comme on le voit aux Institutes de *inutili stipulatione*, aux Pandectes, de *verborum obligatione*.

Mais il arrive souvent que l'on stipule pour soi-même, bien que l'on paraisse ne stipuler que pour autrui.

Ainsi, je me suis obligé de bâtir une maison dans un temps donné ; mais d'autres ouvrages me survenant, je fais marché avec un autre entrepreneur pour qu'il la construise ; c'est vraiment pour moi que je stipule ; étant exposé à des dommages envers celui qui a besoin des édifices, s'ils ne sont pas prêts au temps dit, j'ai un intérêt personnel à ce qu'ils le soient, et le marché que je fais à cette fin avec le nouvel entrepreneur ne regarde point immédiatement le propriétaire, auquel il suffit de revenir contre moi, si sa maison n'est pas construite à point nommé. Ainsi décide le jurisconsulte Marcellus, et Pothier d'après lui.

On demande à présent qui est-ce qui peut contracter ?

De droit naturel, tous et ceux-là seuls qui ont l'usage de la raison peuvent contracter.

Nous disons tous, parce que tout individu, à plus forte raison tout individu raisonnable peut posséder, et que par cela même qu'on peut posséder, on peut naturellement disposer de ce que l'on a, pourvu qu'on ait le discernement requis pour le faire.

Nous disons ceux-là seuls, parce que nous avons vu que le consentement était requis par le contrat, et que le consentement suppose advertance.

Ainsi les fous, *furiosi*, les lunatiques, au temps de leur démençe périodique, \* et ceux qui sont entièrement pris de vin, sont, de droit naturel, incapables de contracter. *Furiosi nulla voluntas est* dit Africanus. — *Si furiosus esse*

*incipit, agnatorum gentiliūque in eo pecuniaque ejus potestas est*, disent les Douze Tables.

De ce que tous ceux qui ont l'usage de la raison sont, de droit naturel, capables de contracter, il s'ensuit qu'il en est encore ainsi selon le droit positif ou civil, toutes les fois que ce droit ne déclare pas d'*inabilité relative* ou les personnes non usantes de leurs droits, car toutes les fois que le droit positif ne s'y oppose pas, nous avons le droit d'user de nos facultés naturelles ;—il n'y a même que le motif du bien public qui puisse légitimer la restriction de pareils droits par la législation civile. *Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest* disent les Pandectes.

Nous passerons en revue les diverses inabilités déclarées par le droit civil, quand nous aurons parlé des vices des contrats ou des causes qui empêchent qu'il n'y ait consentement parfait, ou sur un même objet.

\* Il est bon ici de faire attention aux découvertes vraies ou prétendues de la Médecine Légale.—Les mots *imbécillité, démence, fureur*, qu'on lit dans l'article 489 du Code Napoléon, ont, dit la Revue de Wollowski, un sens qui correspond à celui des locutions qu'on retrouve l'ordinaire dans les textes de la jurisprudence romaine : *mente captus, fatuus, demens, furiosus* ; mais il règne toujours quelque confusion dans la nomenclature romaine. Tantôt les expressions *furiosus* et *demens*, étaient indifféremment employées comme synonyme d'*aliéné*, et tantôt elles l'étaient comme désignations spéciales du *furieux*, et du *dément*. \* La locution *mente captus* était aussi appliquée quelquefois au *dément* ; § mais le plus souvent elle servait à désigner le *faible d'esprit*, ainsi que l'expression *fatuus*. † Suivant Isidore de Séville, cette dernière expression s'appliquait à l'*idiot*.

\* L. 7. de  
cur. sur.  
L. 25. de  
nupt.  
§ Ibid.  
† Ibid.

Pinel a le premier attaqué la terminologie du droit. Mais avant que d'exposer la sienne, il y a à faire quelques considérations générales. L'*insensé* disait D'Aguesseau, plaidant devant le Parlement pour l'abbé d'Orléans, c'est celui qui, dans la société civile, ne peut pas s'élever à la médiocrité des devoirs généraux ; et il s'appuyait de l'autorité de Cicéron.

L'insensé, disait à son tour Merlin, qui ne faisait que développer la pensée du Chancelier, c'est celui qui ne peut pas remplir la destination humaine : Celui-là est un sage parfait, qui la remplit entièrement ; celui-là est moins sage qui la remplit moins parfaitement ; mais celui-là est constamment un fou, un insensé, qui ne la remplit en aucune manière,—qui ne sait ni suivre l'instinct de la nature, ni se soumettre aux lois de la société et de la morale. \* Rep. de Jurisp. au mot Démonce.

On vient dire que ce sont là des descriptions et non des définitions. On ajoute : l'objet d'une définition, chacun le sait, est de faire connaître l'essence d'une chose par une explication juste et concise. Il est donc indispensable que, dans toute définition, chaque mot ait en lui-même un sens précis et, pour ainsi dire, rayonnant de clarté. Il faut encore qu'il y ait une équation parfaite entre la proposition qui explique, qui définit, et l'objet auquel elle répond.

L'homme se développe au sein de la société civile par le Droit, en se soumettant sous l'influence de la raison et de son libre arbitre à une règle suprême, qui est la loi juste. Toute loi à laquelle se soumet le libre arbitre, dit Emmanuel Kant, dans ses Principes Métaphysiques de Droit, traduits par Tissot, est morale ou juridique. La conformité des actions à la loi morale, est ce qui constitue leur moralité ; et leur conformité à la loi extérieure ou juridique constitue leur légalité, mais toujours à la condition, que ces actions procèdent du libre arbitre. Il suit de là qu'on ne saurait assigner aucune valeur, soit morale, soit légale, aux actes de celui dont le libre arbitre est suspendu ou anéanti.—Mais quand y a-t-il cessation du libre arbitre ?—Lorsqu'il est, ajoute le philosophe, non pas affecté, mais subjugué par un mobile sensible. Le libre arbitre est donc selon lui, l'indépendance, quant à la détermination, de toute impulsion sensible. On se déclare émerveillé de cette définition, et l'on continue : Locke a donné aussi une heureuse définition du libre arbitre. Chacun, dit-il, trouve en soi-même la puissance de faire une chose ou de s'en abstenir. C'est la considération de l'étendue de cette puissance que l'âme a sur les actions de l'homme, et que chacun trouve en soi-même, qui nous fournit l'idée de la liberté. Et plus loin : le vrai but de notre liberté est que nous puissions obtenir le bien que nous choisissons. Chaque homme est dès lors dans la nécessité, en vertu de sa propre constitution et en qualité d'être intelligent, de se déterminer à vouloir ce que ses propres pensées et son propre jugement lui représentent comme la meilleure chose qu'il puisse faire, peu d'accord en cela avec le vers d'Horace, video meliora, proboque, deteriora sequor. Si nous étions déterminés par autre chose que par notre jugement, nous ne serions pas libres.—Eh bien ! dit-

on, cette situation de l'âme dans laquelle, pour parler comme Locke, ce n'est pas le jugement qui détermine la volonté,—dans laquelle, d'après Kant, c'est l'impulsion sensible qui la subjugué et qui, suivant l'un et l'autre constitue un état négatif de la liberté, n'est pas autre chose que la folie. Est insensé, selon M. Sacase, juge au tribunal civil de Bordeaux, celui qui ne jouit pas de son libre arbitre, qui n'a pas la conscience de la faculté d'agir en dehors du mobile sensible et en conformité à la raison pure. Destitué qu'il est de son libre arbitre, l'insensé ne peut dès lors avoir la puissance d'exercer un acte quelconque qui porte un caractère juridique. Cependant il n'est dépouillé en quelque sorte qu'activement de cette capacité qui est l'apanage de tout homme que la société n'a point retranché de son sein. Le droit ne le lui a pas, puisque, malgré la suspension de sa liberté, il continue de détenir ce qu'il possédait par un acte antérieur de sa volonté. Il peut même acquérir et s'obliger par le lien d'une volonté qui lui est extérieure, sans cesser de lui être propre en même temps, par une fiction bienfaisante de la loi, et cette volonté extérieure, substituée à son libre arbitre, place sous sa puissance ce que, maître de ses actions, il aurait pu s'approprier lui-même. Mais ce qui lui est interdit, dès l'instant qu'il a perdu son activité intelligente, et avec elle cette haute prérogative d'être libre, d'examiner et de choisir,—c'est de se mêler à la pratique quotidienne de la vie sociale, de souscrire par lui-même aucun de ces actes dont la liberté est l'élément nécessaire.

La recherche des phénomènes morbides qui divulguent cet état dans lequel la volonté n'a pas son principe de détermination en elle-même,—dans lequel, par conséquent, les actes n'étant plus l'expression du libre arbitre, ne sont ni moraux, ni juridiques, est l'objet de la psychologie légale, science qui n'est point nouvelle, mais dont la médecine moderne a agrandi le domaine par ses découvertes. Kant a prétendu qu'il n'appartenait qu'aux facultés de philosophie de résoudre les questions de jurisprudence relatives à l'état moral et intellectuel de l'homme. Metzger a soutenu au contraire que cette solution était du ressort de la médecine. Si, comme le pense à son tour Hoffbauer, les problèmes judiciaires qu'offre à résoudre la folie sont essentiellement du domaine de la médecine, c'est bien évidemment à la condition que le médecin, habitué à n'explorer que la nature physique et souffrante, demandera d'abord à la psychologie l'explication des ressorts de l'intelligence et de l'âme : c'est ainsi que l'avait compris Pinel.

Cet auteur distingue quatre espèces de folie,—la manie, la mélancolie, (\*) la démence, l'idiotisme. Cette classification a été adoptée, à peu de chose près par Esquirol, et c'est celle qui est généralement admise, parce qu'en effet, elle embrasse avec les

(\*) Appelée aujourd'hui plus souvent monomanie.

subdivisions qui s'y rattachent, toutes les variétés du délire intellectuel et moral, tel qu'il a été observé jusque à ce jour. Ainsi que la remarque en a été déjà faite d'après Esquirol dans la Revue de Wollowski, la fureur, qui a été si longtems confondue avec la manie, d'où le nom de maniaque, n'est qu'un symptôme commun à toutes les affections mentales, et la mélancolie ou monomanie, que le législateur n'a point distinctement classée parmi les variétés de la folie, exprime le caractère de cette espèce d'allération mentale dans laquelle le délire est partiel et circonscrit. Dans la manie, les facultés de l'entendement sont bouleversées ; elles sont opprimées ou éteintes dans la démence et l'imbécillité. Dans la monomanie, au contraire, c'est le principe affectif qui est lésé, il y a désordre de la volonté. Mais le libre arbitre peut être détruit aussi bien, soit que le désordre mental se révèle par une lésion de la faculté pensante, soit que le défaut origine dans la partie affective de l'être. Si une délirante passion s'empare d'un individu et gouverne ses actes, il peut y avoir encore jugement, mais jugement opprimé et sans puissance d'impulsion. La liberté est détruite dans les deux cas. L'homme est une vivante et harmonique unité. Il n'est pas possible, a dit Herder, de morceler l'âme comme Médée fit du corps de son frère. Il faut que l'âme se montre dans sa pleine existence. Il n'y a rien en elle de partiel ni de fragmentaire. Lui ôter un seul de ces merveilleux ressorts qui la constituent, c'est l'empêcher de remplir sa fin, car c'est lui enlever un de ses modes nécessaires d'activité. Il est entre les facultés intellectuelles un principe de connexité qui ne permet pas de les isoler. Perception, mémoire, association des idées, jugement, y a-t-il rien là qu'on puisse fractionner ? Peut-on, sans délibérer, pratiquer les contrats, les transactions même les plus élémentaires ? . . . et peut-on délibérer, quand une seule des facultés précitées est en état de perturbation ? Sait-on ce que c'est que délibérer ? . . . un psychologue va nous le dire. Délibérer, dit Damiron, est un acte d'intelligence, acte complexe et multiple, dans lequel, si on voulait, il serait aisé de retrouver tous les modes de la pensée. — C'est un fait maintenant acquis que s'il n'y a pas volonté sans intelligence, nil volitum quin præcognitum, la réciproque est vraie, et il n'y a plus intelligence, du moins active, dès qu'il n'y a plus volonté. Ne serait-il pas étrange que le principe affectif ou volontaire étant lésé chez un individu, le principe intelligent conservât néanmoins son mode normal d'activité ; que l'homme qui est esclave par la volonté, fût libre par l'esprit ?

Mais que dire, si celui qu'on croit atteint, raisonne avec justesse sur une série de sujets ? — Que peuvent penser des juges, dit à cela Pinel, en entendant raisonner avec justesse un homme atteint de manie raisonnante ; et qui cependant déchire ses habits ? La réponse est simple. Ils devront prononcer son interdiction ou annuler les actes qu'il aura souscrits sous l'empire de cette disposition anormale, . . . car cet individu appartient à cette ca-

tégorie d'aliénés qui conservent en apparence, un jugement calme et sain, malgré le désordre de leurs actions ; il n'en sont pas moins des aliénés.

Ainsi la médecine moderne a cru assigner son vrai caractère au phénomène tout d'abord inconcevable que présenterait l'exercice régulier de l'intelligence au sein de mouvemens désordonnés et de désirantes passions. Nous avons analysé ses prétentions, sans examiner ici si elles sont favorables à la morale, et si elles ne créeraient point une sorte de destin en fait de mauvaises actions, car, il ne faut point se le dissimuler, la question de l'interdiction n'est pas la plus importante qu'elles touchent : généralement adoptées elles changeraient radicalement une partie majeure de la jurisprudence criminelle, (\*) sans le conflit naturel de la magistrature et de la faculté de médecine. M. Sacase, juge à Bordeaux, a adopté les données de la faculté ; mais ce n'est là qu'un exemple isolé ; et quoique que la magistrature soit bien sujette à s'exagérer son rôle de résistance, tant qu'une doctrine physiologique n'a pas obtenu l'adhésion du sens commun, et la consécration de l'évidence, le pouvoir judiciaire, pour lequel tout doit être certain, rigoureux, irrécusable, est légitimement sur ses gardes. Tant que la médecine légale, ou plutôt la médecine mentale ne sera pas arrivée aux termes de ses analyses, de ses évolutions et de ses recherches, — qu'elle ne se sera pas reposée, dans la certitude, on ne doit pas se promettre de voir les tribunaux lui faire le sacrifice de leurs hésitations et de leurs doutes. Nous voyons clairement que la médecine moderne argumente du cas de l'absence de volonté à celui du défaut de délibération, mais ce que la psychologie peut ne pas voir si clairement, c'est que la physiologie ait suffisamment prouvé que les passions détruisent absolument le volontaire, preuve rigoureuse qui doit être le point de départ dans cette dispute.

Pour ne pas paraître changer abruptement de sujet, puisqu'il a été plusieurs fois question des interdits dans ces considérations, nous allons parler des personnes non usantes de leurs droits, et en dernier lieu, des vices qui, dans les contrats, détruisent ou diminuent le consentement, contrairement à ce que nous nous propositions dans une conférence précédente.

## DES INTERDITS.

Les interdits proprement dits sont ceux qu'une sentence judiciaire rend inables à faire par eux-mêmes des actes civils.

---

[\*] Le moins qu'elles prouvent, est, que les législations criminelles ont péché, jusqu'ici, par défaut de circonstances atténuantes.

Les insensés ne sont pas proprement des interdits, puisque de droit naturel déjà ils sont incapables : la sentence civile ne sert donc dans ce cas que d'admonition aux tiers, en constatant la folie.

Mais le droit civil interdit plus proprement les prodigues, dissipateurs, et peut-être les personnes d'un petit esprit. Ce sont les seuls interdits proprement dits, et le droit civil seul peut les rendre incapables parce que, sachant ce qu'ils font, ils prétent le consentement suffisant pour la validité des transactions.

Il doit donc y avoir une grande différence entre ces deux sortes d'interdits quant à l'invalidité de leurs actes.

En effet, tous les contrats faits par un insensé, même avant la sentence d'interdiction, sont nuls, si l'on prouve qu'il était insensé lors de la convention, la folie le rendant incapable par elle-même indépendamment du décret du juge.

Mais pour les interdits proprement dits, toutes les transactions qu'ils ont faites avant leur interdiction, doivent avoir leur entier effet.

On donne des curateurs aux interdits de toutes sortes ; mais comme on le verra ailleurs, les fonctions ou les attributions de ces curateurs ne sont pas invariablement les mêmes, l'état des personnes qui leurs sont confiées n'étant pas semblable. Le curateur au prodigue s'appelle proprement *conseil judiciaire*.

L'incapacité des mineurs est de droit naturel, pour l'âge tendre, et de droit civil, pour l'adolescence.

*Des Mi  
neurs.*

Contrairement à la Coutume de Paris, dans laquelle on n'était majeur qu'à 25 ans, les mineurs sont en Canada les personnes de l'un et de l'autre sexe qui n'ont pas encore atteint l'âge de 21 ans, en vertu de l'Ordonnance du Conseil Législatif de la Province de Québec portée dans la 27<sup>ème</sup> année du roi George III.

Il y a deux espèces de mineurs, le mineur proprement dit, et le mineur émancipé, qui est libre de se gouverner lui-même et d'administrer ses biens, mais non de les aliéner, du moins ses immeubles, sans l'assistance d'un curateur.

Si le mineur contracte sans le consentement de son tuteur, ou si le mineur émancipé hypothèque ou aliène ses immeubles, sans l'assistance de son curateur, le contrat n'est valide qu'autant qu'il lui est avantageux. Le

mineur oblige les autres ; mais il ne s'oblige pas lui-même.

Quand le tuteur ou le curateur ont représenté ou assisté selon leurs fonctions propres le mineur proprement dit ou émancipé, le contrat est valide, dans tous les cas au moins où l'avis de parens n'est pas requis.

Ainsi, dans tous ces cas, le mineur ne peut faire rescinder le contrat ; \* le plus qu'il puisse obtenir est un recours contre son tuteur, si celui-ci a agi contre ses intérêts.

Le mineur a dix ans à compter de son âge de majorité pour demander la rescision, s'il n'a pas ratifié durant les dix ans. Nous estimons qu'on ne doit pas confondre absolument le bénéfice de rescision avec celui de restitution en entier, qui est plus étendu et qui nous paraît comprendre le premier. *Integri restitutionem prator tribuit ex his causis quæ per metum, dolum et status permutationem ; et justum errorem, et absentiam necessariam, et infirmitatem ætatis gestu esse dicuntur*, dit Paulus \*

\* Pithou,  
Ecloga,  
Civilis Ju-  
ris.

Le mineur émancipé a aussi le bénéfice de rescision pour les actes qui requièrent l'assistance du curateur.

Il est de principe que les mineurs peuvent faire le commerce, et que les mineurs marchands ou commis sont émancipés et réputés majeurs pour le fait de leur négoce et l'exercice de leur commission.

Ils sont restituables pour ce qui ne regarde pas leur commerce.

Par les statuts 7 Vict. chap. 19, et 12 Vict. ch. 38, les mineurs âgés de plus de 14 ans, peuvent ester en jugement ou poursuivre pour gages en Cours des Commissaires et de Circuit jusque à £6 5s.

Et par le statut 10 et 11 Vict. chap. 11, les actions pour dettes de commerce contractées par des mineurs ne peuvent être maintenues en faveur du marchand qu'en vertu de promesse de payer par écrit faite après l'âge de majorité. (Sect. 6.)

Il faut compléter ces principes par le chapitre des Tutelles et Curatelles qui sera dans notre Coutume de Paris.

\* Si le mineur ne peut revenir contre l'acte de son tuteur, le tuteur ou curateur pourra-t-il revenir contre le sien propre ? . . . le pourra-t-il pour un intérêt qu'il a contre son pupille ou son administré ?

Ces questions n'en ont certainement que la forme, c. a. d.

la forme interrogative. On a à regretter cependant que la Cour du Banc de la Reine ait jugé que oui dans la cause de Languedoc versus Laviolette. Mais nous devons ajouter que M. le Juge Aylwin a refusé son assentiment. On n'a jamais vu pareil cynisme, s'est exclamé ce magistrat, dans un mouvement d'indignation plein de moralité!

Où la femme mariée est sous le régime de la communauté, où elle est séparée de biens.

Dans le premier cas, elle est en général incapable de <sup>Des</sup> contracter et d'ester en jugement sans l'autorisation de <sup>Femmes</sup> son mari ou celle du juge, dans le cas où il la lui refuse <sup>Marquées.</sup> injustement.

Par exception, elle peut contracter pour son nécessaire et celui de sa famille, si son mari le lui refuse, et surtout s'il n'est pas actuellement sur les lieux. Les auteurs citent quelques autres cas, et l'Ordonnance des Bureaux d'Hypothèques (4 Victoria) permet à la femme commune de se porter caution pour son mari.

Elle peut encore tester ; mais c'est en vertu du principe que le testament ne vaut qu'à la mort, et que par la mort la communauté se dissout.

Ce qui est un axiome dans une législation ne l'est pas cependant toujours dans une autre, et la femme anglaise ne peut en général faire un testament.

Il ne fallait pas oublier que la femme commune peut contracter pour le fait de son commerce, quand elle est marchande publique, et, doit-on conclure, ester en jugement, comme le disent expressément quelques coutumes. Pothier, en les citant, \* dit qu'il ne croit pas que la Coutume de Paris ait voulu conférer ce dernier privilège à la femme, parce qu'elle n'ajoute pas le mot *ester*, ou qu'elle ne se déclare pas expressément ; mais, comme la plupart des raisons négatives, cette raison est peu solide, car on ne voit pas pourquoi la femme qui peut contracter, voire même obliger son mari, ne pourrait pas ester en jugement, puisqu'il y a lieu d'argumenter *a fortiori* et que *qui potest plus, potest minus*, outre que le jurisconsulte nous dit que, quand il s'agit de lier, il faut dans le doute, répondre favorablement.

\* Traité  
des Droits  
Maritiaux.

Si la femme est séparée par ses conventions matrimoniales ou subséquemment par la justice, elle jouit elle-même de ses propres et peut faire à leur égard tous actes purement d'administration ; mais la séparation soit contractuelle, soit judiciaire, ne l'autorise pas à engager

ou à aliéner seule les dits biens, ni à ester en jugement sans l'autorisation du mari ou du juge.

Quant à la femme commune qui a des propres, elle n'en a que la nue propriété, et le mari en jouit et use sans altérer la substance.

Si on n'a exprimé ni séparation ni communauté, la communauté a lieu par la seule vertu de la coutume.

L'incapacité de la femme diffère essentiellement de celle du mineur. Elle est absolue, autant que peut le faire le droit civil, tandis que celle du mineur n'est que relative et en sa faveur. Au contraire l'incapacité de la femme est établie en faveur du mari, tellement qu'elle ne peut pas même faire sa condition meilleure,—accepter une donation sans l'autorisation de son mari.

Voir aussi les chapitres de la division des biens, du douaire et de la communauté dans notre Coutume de Paris.

*Des Vices, des Contrats.*

Voyons enfin les vices des contrats, qui sont l'erreur, la violence, la lésion et le dol.

On a déjà parlé de la crainte et de la violence qui, pour annuler le contrat, doit être, non-seulement grave, mais infligée injustement.

Il y a une crainte salutaire, et les voies de droit ne sont pas en général un moyen injuste de l'infliger. C'est pourquoi l'on doit savoir à quoi s'en tenir par rapport à ces associations maçonniques et autres qui méprisent ou déjouent la justice, et n'acceptent que d'eux-mêmes le simulacre qu'ils s'en font, dans les pays qui nous sont limitrophes.

L'erreur est le plus grand vice des contrats.

On distingue l'erreur sur la chose et sur la qualité, et l'erreur sur la personne.

L'erreur sur la chose, *e. a. d. ordinairement* sur la substance qui fait l'objet du contrat, détruit le consentement et partant le contrat lui-même, comme si je veux acheter des chandeliers d'or et qu'on m'en livre de cuivre doré.

Quand la substance reste la même, et que son excellence est seulement diminuée plus ou moins, il faut juger d'après le motif qui a fait contracter. Or l'École distingue deux espèces de motif,—le motif impulsif seulement, qui fait contracter plus volontiers, mais sans lequel on contracterait encore ; et le motif déterminant, *e. a. d.* qui décide à contracter ou sans lequel on ne con-

tracterait point. Si donc la qualité de la chose a été le motif déterminant de l'engagement, l'erreur annule le contrat ; mais si elle n'a été que le motif impulsif, elle ne l'annule pas, bien qu'il puisse y avoir lieu à des dommages s'il y a lésion.

La même distinction peut servir pour le cas de l'erreur sur la personne, qui annule ou n'annule pas le contrat selon que la considération de l'individu a été le motif déterminant ou seulement impulsif de l'engagement.

La lésion consiste en ce que, dans les contrats commutatifs, et non, comme dit Pothier dans les contrats onéreux simplement, l'égalité n'est pas observée.

En principe, toute lésion, quelque légère qu'elle soit, rend ces contrats viciés, puisqu'il est de leur essence, comme engagements de droit civil, qu'il y ait équation entre les obligations réciproques.

Mais en pratique, on ne saurait adhérer strictement à ce principe sans être obligé de rescinder presque tous les contrats.

Afin donc de favoriser la liberté du commerce et des conventions, le droit civil suppose qu'il n'y a point de lésion toutes les fois qu'on ne stipule pas à des conditions plus dures que le taux le plus élevé en usage selon les temps, les lieux et les circonstances.

Un mineur, dit M. de Ferrière, \* qui aurait acheté une chose qui lui est nécessaire, ne pourrait pas être restitué, quand même il l'aurait achetée un peu plus cher qu'elle ne vaut, pourvu qu'il n'y ait point de dol de la part du vendeur ; *naturaliter enim et ex natura contractuum possunt contrahentes se decipere in proetio*, dit le Code.

\* Dictionnaire de Droit et de Pratique.

Mais il y a des cas où le droit est plus exprès.

Ainsi, dans le cas de vente d'un immeuble, la lésion qui excède la moitié de la valeur de la chose au temps où elle a été vendue, rend le contrat rescindible. C'est ce qu'on appelle en droit *lésion d'outre moitié*.

Dans les partages entre cohéritiers ou copropriétaires, la lésion qui excède le quart rend le partage rescindible. C'est la lésion du *quart au tiers* et non, comme s'exprime Pothier, du tiers au quart.

Au reste, il ne s'agit ici que de la lésion entre majeurs, car malgré le cas cité par M. de Ferrière, un mi-

neur peut, en général, se faire restituer pour toute lésion quelque légère qu'elle soit.

On ne pourrait guères rescinder que pour eux, le cas du dol toujours réservé, les contrats où il ne s'agit que de choses mobilières ; on ne le ferait pas en faveur des mineurs émancipés, parce que l'émancipation les rend habiles à disposer de leurs effets mobiliers, ce qui fait que la loi ne leur doit à cet égard, aucune protection particulière.

On appelle *particulièrement, bénéfice de restitution en entier* celui par lequel, d'après les lois romaines, les mineurs lésés, peuvent se faire relever contre tous les actes qui peuvent leur causer quelque préjudice. *Minoribus in his quæ vel prætermiserant, vel ignoraverunt, innumeris auctoritatibus constat esse consultum. — Læsus dicitur minor, in eo quod vel damni aliquid passus sit, vel aliquam lucri occasionem omiserit, vel oneri se subjecerit.* Il est appelé *en entier*, parcequ'il remet les choses à leur état primitif.

On appelle *dol* toute espèce de machination mise en jeu pour induire quelqu'un en erreur, et elle procure à la partie trompée *l'actio doli*, tant pour les majeurs que pour les mineurs, mais surtout à ceux-ci : *non interest an minor læsus sit dolo et calliditate adversarij, vel inconsulta facilitate.*

*Ait Prætor, pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges facta erunt, servabo.*

Pour en finir avec le contrat comme cause de l'obligation, il ne nous reste plus qu'à dire un mot de son effet.

Le contrat produit d'abord l'obligation, c'est-à-dire que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites : *Quid enim tam congruum est fidei humane quam ea quæ inter nos placuerunt servare* disent les *Pandectes*.

En second lieu, de ce qu'il n'y a point de contrat sans objet et sans contractans, il suit que le contrat n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui en font l'objet et des personnes qui ont contracté ensemble.

En troisième lieu, les conventions obligent à toutes les choses que l'équité, la loi ou la coutume exigent en égard à la nature particulière de chaque contrat, quand même elle ne seraient pas exprimées, parce que la bonne foi est l'âme des conventions, *cum grave sit fidem fallere* disent les *Pandectes*. A quoi il faut ajouter que

De l'ef-  
fet du  
Contrat.

toutes les actions du droit français sont de bonne foi.

Traisons à présent du délit, du quasi-délit, et des autres causes que nous avons assignées aux obligations.

Des autres Causes des Obligations.

Un fait en conséquence duquel on est tenu est licite ou illicite ; le premier s'appelle quasi-contrat, le second délit.

Le délit est un fait illicite et volontaire en conséquence duquel quelqu'un est tenu à une réparation, si elle est possible, et à une peine, car le délit ne suppose pas seulement un dommage causé, mais fraude et malice aussi.

Le délit du droit français ou le *misdeemeanour* du droit anglais (nous ne traitons pas ici des félonies) peuvent donner lieu à la contrainte par corps. C'est ainsi que par ordonnance de lord Sydenham en Conseil Spécial, — celle des bureaux d'hypothèques, les maris, qui n'enregistrent pas les hypothèques auxquelles sont sujets leurs biens envers leurs épouses, sont assujettis à la contrainte par corps.\*

\* *Le sénateur Troplong a parfaitement apprécié quel caractère doit avoir la contrainte par corps dans les tems modernes. Ni la peine de mort, ni la contrainte n'excellent, dit-il, le droit de la société. La contrainte par corps est la plus extrême rigueur du droit civil, comme la peine de mort est le dernier degré de la sévérité pénale. Ce droit de punir par le sang, ce droit de coaction de la liberté, est, dans certains cas exemplaires, un effroi nécessaire pour le méchant, une sauvegarde publique, une garantie du crédit et de la propriété. Mais la contrainte par corps doit être un moyen de punition, et non de compensation. Dans la logique des législations antiques, la personne répond corporellement des engagements contractés. Le droit de propriété est un accessoire, une dépendance de l'état personnel et civil, et, pour se faire payer sur les biens, il faut que le créancier saisisse avant tout la personne. L'insolvabilité est assimilée à un crime, et le débiteur qui manque à sa foi ou qui devient incapable de payer son créancier, diffère peu du voleur : son corps est engagé par un délit. L'antiquité ayant toujours cru au droit de l'homme sur l'homme, a cru pouvoir attacher à la dette les mêmes conséquences qu'au délit. Cui nec pignora, nec hypothecæ, nec etiam fidejussores in mundo sunt quos dare queat, huic etiam aliquid restat quid det, ut securum suum creditorem reddat. Quid illud ? . . . Se ipsum*

débet. Apud antiquos, et jure et more hoc etiam factum, ut quis se pro credito obligaret, dit Saumaise. La civilisation suit un ordre inverse : la personne est moralement obligée, mais non corporellement engagée, — l'engagement se reporte de la personne sur les biens, qui sont en première ligne la garantie réelle du créancier. Celui-ci a action pour les saisir, mais non pas pour saisir la personne, car la liberté individuelle a encore plus de droits que l'obligation juridique n'impose de devoirs. La bonne foi se tient pour déliée quand elle a livré la propriété ; elle ne se croit pas tenue d'y apporter, en cas d'insuffisance, le sacrifice de la personne. Au reste, quoique ces idées gagnent beaucoup, ce ne sont pas celles qui régnaient dans l'ancien droit français, dans le droit anglais encore moins, et ce n'est pas l'esprit de la clause précitée de l'ordonnance de 1841. Rigueur bien inutile pourtant contre les maris ! Un plaisant pourrait dire que Sir James Stuart n'a fait que leur enseigner comment s'y prendre pour réduire leurs femmes à leur linge de corps, tant est rare l'épouse qui a le cœur de mettre la meilleure moitié d'elle-même au cachot. D'ailleurs, il est venu des doutes à M. le juge Aylwin sur le pouvoir du Conseil Spécial d'inventer de nouvelles offenses.

Un délit est, ou un véritable délit ou un quasi-délit.

Le délit naît, comme on l'a vu, du dol ; le quasi-délit est aussi un fait illicite, mais qui ne s'élève qu'au degré de faute sans dol. Ainsi, un magistrat a mal jugé ; si c'est volontiers, il est coupable d'un délit ; si c'est seulement par négligence ou ignorance, il n'a commis qu'un quasi-délit. La transition de l'un à l'autre est d'ailleurs délicate : *magna negligentia culpa est ; magna culpa dolus est* dit le jurisconsulte Paulus.

La connivence, par laquelle on laisse commettre un délit qu'on aurait pu et dû empêcher est, aussi, selon la loi *Aquiliana*, un quasi-délit.

Le délit est ou public ou privé.

Le premier, ou le crime produit une action criminelle intentée ordinairement par la république, protectrice de la société, parcequ'il attaque la société dans son existence.

Le délit privé ne tendant directement qu'à la lésion des particuliers, ne produit qu'une action privée ou civile.

Quant à la démarcation entre le délit public et le

délit privé, le droit anglais diffère beaucoup du droit romain, selon lequel et avec raison, par exemple, le vol était un délit privé et non un crime. La *misprision* du droit anglais est aussi beaucoup plus grave que la connivence de la loi Aquilia.

Nous avons encore donné pour cause des obligations la loi et l'équité.

Selon Heineccius, toutes les obligations naissent de l'équité et de la loi ; mais les unes naissent immédiatement de l'équité et médiatement de la loi ; et les autres naissent immédiatement de la loi civile et médiatement de l'équité naturelle.

Ainsi les descendans sont tenus de fournir des alimens à leurs ascendans : cette obligation vient immédiatement de l'équité ou de la loi naturelle, et médiatement seulement de la loi civile, qui ne fait que venir à l'appui de la nature.

Dans le cas au contraire où la loi ordonne ce qui ne répugne pas au droit naturel, bien que celui-ci n'en fasse pas un précepte bien positif (les théologiens distinguent les inductions ou conséquences secondaires du droit naturel, les seules dont l'homme puisse plaider ignorance) l'obligation vient immédiatement de la loi civile, et médiatement de la loi morale ; en d'autres termes, la loi qui n'est pas injuste ou la loi juste ne saurait manquer d'obliger même en conscience.

Mais nous avons défini l'obligations civile la *nécessité* de donner, faire ou ne pas faire quelque chose à cause de l'ordonnance de la république ; et en effet, il y a des obligations civiles qui ne résultent que de la loi seule. Ainsi, l'obligation qui résulte de la chose jugée ou d'une autre fin de non recevoir, ne naît ou peut ne naître que de la loi seule ; car, si le jugement est injuste et qu'on puisse l'é luder sans scandale, il n'y a pas d'obligation morale de l'accomplir. Pour citer un exemple, si la corporation du Barreau obtient des jugemens contre des avocats non pratiquans, en vertu des statuts 12 et 16 Victoria, ces jugemens n'obligent pas en conscience, en dépit de la maxime du droit *qui judici non paruit, dolo non caruit*, d'autant plus que l'acte d'interprétation de la même année 12 Vict. veut que tous nos statuts soient interprétés libéralement, ce dont jusque à présent on s'est mis fort peu en peine.

## SECTION DEUXIÈME.

### MODALITÉS DES OBLIGATIONS.

L'obligation se divise en obligation pure et simple et en obligation modifiée ou conditionnelle.

L'obligation est appelée proprement conditionnelle quand on la fait dépendre d'un événement incertain et ordinairement futur, soit qu'on la suspende jusque à ce que l'événement arrive, soit qu'on la révoque selon que l'événement arrive ou n'arrive pas.

Il n'est pas absolument nécessaire que l'événement soit futur ; il suffit à la rigueur, qu'il soit inconnu, en sorte qu'il peut être aussi présent ou passé.

La condition même se divise en positive et négative, —casuelle, potestative et mixte,— suspensive et résolutoire.

La condition est positive quand on contracte sous la condition qu'un événement incertain arrivera ; et négative, si c'est sous la condition que l'événement contingent n'arrivera point.

La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du stipulant ni du promettant.

La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties de faire arriver ou d'empêcher.

La condition mixte dépend à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de celle d'un tiers ; exemple : je veux bien vous prêter mille louis si votre oncle se porte votre caution.

Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement contingent arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de terme fixe, la condition peut toujours s'accomplir et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il devient certain que l'événement n'arrivera pas.

Lorsque l'obligation est contractée sous la condition

qu'un événement n'arrivera point dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé ; elle l'est également si, avant le terme fixé, il devient certain qu'il n'arrivera pas. S'il n'y a pas de temps déterminé, la condition n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera point. C'est la décision de l'Ecole des Sabiniens à Rome.

La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur de l'obligation, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.

Qu'est-ce que l'obligation contractée sous une condition suspensive ?

C'est celle qui dépend, ou d'un événement futur et ordinairement incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais inconnu des contractans.

Dans le dernier cas l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée, c'est-à-dire que la connaissance de l'événement accompli a un effet rétroactif au jour de l'engagement.

Il en serait encore de même d'un événement futur, mais nécessaire, à moins qu'il ne s'agit d'un testament ou d'une substitution.

Dans ces deux cas, l'obligation n'a point son effet du jour où elle a été contractée :

Premièrement, parce que la loi veut que les dispositions testamentaires ne soient valides qu'à la mort du testateur.

Secondement, parceque, bien qu'il y ait un événement certain, qui est la mort du testateur, il y en a un autre qui ne l'est pas, savoir, si l'héritier ne mourra pas avant le testateur, on le substitue avant le grévé de substitution ;—en d'autres termes, il est incertain si l'héritier recueillera l'héritage, ou si l'ouverture de la substitution aura lieu en faveur du substitué :

Si la condition est un événement futur contingent, l'obligation ne sera exécutée qu'après l'événement.

Il est important de dire de suite ce que c'est que l'obligation à terme, quoiqu'elle ne soit pas proprement conditionnelle, à cause du contraste qu'il y a entre elle et l'obligation conditionnelle suspensive relativement au paiement.

L'obligation à terme est donc celle qui doit être exécutée au temps dit, de façon que ce qui n'est dû qu'à ter-

me, ne peut-être exigé avant l'échéance, bien que ce qui a été payé d'avance ne puisse pas être répété.

Le terme est toujours censé mis en faveur du débiteur, à moins qu'il ne soit exprimé clairement qu'il est en faveur du créancier.

Mais le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il fait faillite ou s'il diminue par son fait les sûretés qu'il avait données au créancier de l'obligation.

L'obligation à terme et l'obligation conditionnelle suspensive diffèrent en cela que, dans la première, l'obligation est certaine et que l'exécution est seulement suspendue, tandis que, dans la seconde, du moins quand l'événement est futur et incertain, l'obligation même n'est point certaine et dépend de l'arrivée de la condition ; d'où il suit qu'il peut y avoir lieu de répéter ce qu'on aurait payé d'avance, car tant que l'événement n'arrive pas ou qu'il ne devient pas certain qu'il arrivera, l'obligation n'existe pas, et elle n'existera peut être jamais.

Cela n'empêche pas que le stipulant n'acquière un droit éventuel, qu'il peut opposer avec avantage aux tiers, qui ne peuvent se porter acquéreurs sans s'exposer au péril d'éviction au cas que la condition s'accomplisse.

La chose demeure au risque du débiteur, qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'accomplissement de la condition, en tant que, si elle s'est détériorée par sa faute, le créancier doit avoir le choix de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose en l'état ou elle se trouve avec des dommages et intérêts.

Mais si elle s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier n'a que le choix entre la chose telle qu'elle est sans dommages, et la résolution.

L'obligation contractée sous condition résolutoire est celle qui est parfaite en elle-même, mais révocable par l'arrivée d'un événement incertain, exemple :—je vends ma maison, à condition toutefois que je pourrai la reprendre si je me marie.

Lorsque la condition s'accomplit, elle remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas été contractée.

La condition ou la clause résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats intéressés de part et d'autre pour le cas où l'une des parties manque d'exécuter son

engagement; mais ici le contrat n'est point résolu de plein droit, et la partie à qui l'autre a manqué de fidélité, a seulement son recours en justice pour, à son choix, forcer l'obligé à exécuter, s'il est encore possible, ou demander la résolution avec dommages et intérêts.

L'obligation alternative est celle par laquelle quelqu'un n'est tenu à deux ou plusieurs choses que de façon que, s'il en fait une, il n'est plus tenu de faire les autres.

Si l'objet est seulement double et que l'un périsse, même par la faute du débiteur, l'obligation devient pure et simple.

De même si l'un des objets ne pouvait pas être l'objet du contrat, *puta* s'il n'appartenait pas au promettant.

On conçoit que le cas est différent si l'objet est multiple.

Le choix appartient toujours au débiteur, s'il n'est pas expressement concédé au créancier, ou s'il ne l'a pas en vertu d'une disposition expresse de la loi.

Toute condition est valide et laisse par conséquent subsister le contrat, pourvu qu'elle soit possible, honnête et non prohibée par la loi.

On ne peut contracter *ex jam dictis*, sans qu'il y ait au moins une des parties qui s'oblige strictement, comme dans les contrats unitatéraux, car une obligation tout autre se rapporterait, à cause du défaut de lien, à ce qu'on appelle en droit *stipulatio inutilis*.

\* *Il me paraît que c'est ce que veulent dire les rédacteurs du Code Napoléon en l'article 1174.*

“ Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.”

*Sans quoi il y aurait antinomie manifeste entre cet article et le 1170ème. :*

“ La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties de faire arriver ou d'empêcher.”

*Le mot potestative semble donc être une erreur cléricale, et devoir être remplacé par le mot facultative.*

*Maintenant, il ne faut point confondre l'obligation facultative même, avec l'obligation avec clause facultative dont parle Pothier sous numéro 244, et qu'il prétend distinguer ainsi de l'obligation alternative. :*

“ Dans celle-ci, toutes les choses promises sous l’alternative sont dues ; mais dans l’obligation contractée avec la faculté de payer une chose à la place de celle qui fait l’objet de l’obligation, cette chose n’est pas due ; elle n’est pas *in obligatione* ; elle n’est que *in facultate solutionis*.” Il cite le legs d’une maison avec clause facultative de payer 3000 livres à la place, et dit qu’il n’y a que la maison qui soit due, en sorte que si elle est détruite par un cas fortuit, le débiteur est libéré et ne doit point les 3000 livres.— Cette division, contre l’habitude de Pothier, est contraire à l’équité naturelle, et il ne cite même aucune loi romaine pour l’étayer. Sa distinction n’est que subtile ; elle n’est point substantielle et doit passer pour imaginaire. Dire que l’objet de la clause facultative n’est pas aussi l’objet de l’obligation principale, ce serait un sophisme de l’espèce *petitio principii*, si cet avancé n’était pas déjà contraire à la règle *accessorium sequitur principale*. Dans l’obligation alternative, dit Pothier, tous les objets sont dus.... Cela n’est rigoureusement vrai que si, contre ce qui est de la nature de cette obligation, le choix a été concédé au créancier. Enfin, dire : je vous donnerai ceci, si je n’aime mieux vous donner cela, n’est-ce pas la même chose que de dire : je vous donnerai ceci ou cela ?—je conclus que l’obligation avec clause facultative de Pothier doit être, en justice, assimilée à l’obligation alternative, et j’interprète en ma faveur le silence du code Napoléon ou le fait qu’il ne mentionne point cette espèce particulière d’obligation que Pothier prétend signaler. Comme il ne cite aucune loi romaine, ce qu’il ne manque pas de faire, quand ce code s’est exprimé, il résulte qu’il a voulu argumenter d’après le droit naturel ; mais ce sont là des conséquences secondaires de ce droit mal déduites, ou plutôt contraires aux prémisses que fournit cette raison éternelle.

### §. De l’Obligation Solidaire.

On peut considérer la solidarité de la part des créanciers et de la part des débiteurs.

La créance est solidaire en faveur de plusieurs créanciers lorsque le titre d’obligation donne expressément à chacun d’eux le droit de demander le paiement du

total de la dette, en sorte néanmoins que le paiement une fois fait à celui qui demande, libère le débiteur envers les autres.

Il y a solidarité du côté des débiteurs, ou la dette est solidaire entre plusieurs codébiteurs lorsqu'ils se sont obligés à une même chose, de manière que le créancier puisse l'exiger toute de celui des co-débiteurs solidaires à qui il aimera mieux la demander: le débiteur qui paye, libère les autres, qui demeurent seulement obligés envers le payeur pour leur part.

La loi accorde même à celui-ci, pour le remboursement, la faculté d'être subrogé aux droits du créancier contre les co-débiteurs; mais contrairement à l'avis de Charles Dumoulin, cette subrogation n'a pas lieu de plein droit, et il faut la requérir en payant. S'il l'a fait, il jouit des hypothèques et de toutes les autres sûretés que pouvait avoir le créancier pour se faire payer le montant total de l'obligation; sinon, il est réduit à son action personnelle contre ses co-obligés. Son action contre ses co-obligés, pour son remboursement, n'est en aucun cas, solidaire. (?)

La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressement stipulée, si elle n'a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi, comme l'obligation des endosseurs en matière de change, et l'obligation des marchands et négocians, lorsqu'ils contractent de compagnie.

Les mots, " conjointement et solidairement, un d'eux seul pour le tout" sont consacrés. sont-ils essentiels? Ne peut-on les séparer?

Pothier, appuyé sur le droit romain, dit qu'un des créanciers solidaires de l'obligation peut en faire remise; mais il est probable qu'en suivrait de préférence en pratique, la décision plus équitable ou plus rationnelle du code Napoléon, qui est, que comme la solidarité stipulée en faveur de plusieurs créanciers n'empêche pas que le bénéfice de l'obligation soit divisible et partageable entre eux, la remise qui n'est fait que par l'un d'eux ne libère le débiteur que pour la part du créancier remettant.

Les conséquences de la solidarité sont:

Premièrement, que la demande de l'intérêt contre l'un des co-obligés, le fait courir contre les autres.

Secondement, l'inquiétation judiciaire de l'un interrompt la prescription de la dette contre les autres.

Troisièmement, si l'un des co-débiteurs se trouve insolvable, la perte qu'occasionnerait son insolvabilité se répartit par contribution entre celui qui paye et les co-débiteurs solvables.

Mais les co-débiteurs solidaires ne répondent pas de la faute et encore moins du dol l'un de l'autre. Ainsi, si l'objet de l'obligation périt par la faute ou pendant la mise en demeure de l'un ou de plusieurs des co-obligés solidairement, les autres ne sont point tenus des dommages-intérêts, et le créancier ne les peut exiger que des co-débiteurs en faute ou en demeure.

Le droit suppose qu'il y a remise, ou le créancier remet tacitement la solidarité :

Premièrement, quand il admet un co-débiteur à payer sa part, à moins que la quittance ne porte expresse réserve de la solidarité, selon Alciat, ou au moins les mots *sans préjudice de mes droits* selon Pothier.

Secondement, le créancier remet à plus forte raison la solidarité, en assignant un des co-débiteurs pour sa part. C'est l'avis de Baldus, suivi par Pothier contre celui de Bartbole. Pothier ajoute que celui qui est ainsi assigné, doit se hâter de payer avant que le créancier n'altère ses conclusions ou ne s'avise.

Dic-  
tionnaire  
de Droit  
et de Pra-  
tique.

Le créancier qui aurait reçu, même pendant 30 ans, dit M. de Férière, (\*) les arrérages ou intérêts de sa dette séparément par chacun des co-obligés pour sa part et portion, ne serait pas pour cela censé avoir fait remise de la solidarité pour le principal. Mais Pothier dit qu'il y aura remise pour les arrérages de rentes échus, et il admet la prescription de 30 ans avec Alciat. Le code Napoléon n'exige même que celle de dix ans.

“ Le créancier, dit l'article 1212, qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des co-débiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à écheoir, ni pour le capital, à moins que le paiement divisé n'ait été pratiqué pendant dix ans consécutifs.”

Il y a un cas où une obligation solidaire se partage sans la participation comme sans le consentement du créancier, — c'est lorsqu'un des co-obligés solidaires vient à mourir, et qu'il laisse plusieurs héritiers, car alors le créancier ne peut agir, par action personnelle, que sépa-

rément contre chacun d'eux, pour sa part. Il en est autrement s'il a hypothèque.

L'obligation divisible, portent les Conference Théologiques de Montréal, est celle dont l'objet est une chose qui peut être livrée ou payée en partie, ou un fait ou un ouvrage qui peut être exécuté en divers tems.

*Obligations divisibles et indivisibles.*

Et l'obligation indivisible, au contraire, est celle qui a pour objet une chose qui n'est pas susceptible de division dans la tradition, l'exécution ou le paiement, ou qui l'étant, est indivisible par destination, c'est-à-dire par la volonté ou le consentement des parties contractantes.

L'obligation est divisible ou indivisible, dit l'article 1217 du code Napoléon, selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans son exécution, est ou n'est pas susceptible de division soit matérielle soit intellectuelle.

Pothier distingue en effet la divisibilité physique et la divisibilité intellectuelle.

Il y a, dit-il, deux espèces de division civile, l'une en parties réelles, comme on divise un fonds en deux parties par le moyen d'une borne; l'autre, qui se fait en esprit et en vertu d'une fiction de droit, comme le même fonds peut se trouver divisé entre deux ou plusieurs héritiers par la mort de l'intestat.

Un cheval, une coupe d'or artistement travaillée ne sont pas censés susceptibles de division en parties réelles; mais ils peuvent appartenir à plusieurs par indivis.

Les choses qui ne sont susceptibles ni de parties réelles, ni de parties intellectuelles sont dites indivisibles *ex natura*, comme la plupart des servitudes, par exemple un droit de passage, la construction d'un édifice comme le dit le jurisconsulte dans la loi *Falcidia*.

L'obligation n'est pas moins indivisible, comme il suit de la définition, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel ils sont considérés dans la convention les rend non susceptibles d'exécution partielle; mais la réciproque n'est pas vraie pour l'indivisibilité, c'est-à-dire qu'un objet ou un fait indivisible *ex natura* ne peut point être divisible par la convention des parties.

La solidarité stipulée ne donne pas à l'obligation le caractère d'indivisibilité, dit l'article 1219 du code Napoléon, disposition qui est une conséquence assez naturellement déduite de la remise tacite de la solidarité.

que la loi présume dans les cas que nous avons signalés.

Si c'était-là la seule différence qu'il y eût entre l'obligation solidaire et l'obligation indivisible, elle serait néanmoins assez délicate; mais il y en a plusieurs autres.

Elles diffèrent dans leur effet en ce que, dans l'obligation solidaire, les héritiers d'un co-débiteur solidaire ne sont tenus qu'à raison de leur part dans l'hérédité, tandis que les héritiers du grévé d'obligation indivisible sont tenus ensemble et sans division, chacun pour le total.

L'héritier assigné pour le tout, peut seulement obtenir un délai pour mettre en cause ses héritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours contre ses co-héritiers. Ce bénéfice, assez analogué à l'exception de division, différencie encore l'obligation indivisible de l'obligation solidaire, dans laquelle les co-débiteurs, contrairement à la Nouvelle 99, ne jouissent point de ce bénéfice.

Secondement, on distingue l'indivisibilité de la solidarité, en ce que la première procède le plus souvent de la nature de l'objet, et la solidarité *conventionnelle*, du fait des parties.

Troisièmement, dans le cas de solidarité, les débiteurs solidaires sont toujours, jusque à l'acquit, tenus chacun pour le tout, à moins de remise.

Dans l'indivisibilité au contraire, si l'obligation primordiale indivisible se convertit en une obligation d'une chose divisible, les débiteurs auparavant indivis, ne sont désormais tenus que de leur part; ainsi, si, par l'inexécution, l'obligation indivisible se résout en une obligation de dommages et intérêts, la somme d'argent dans laquelle les dommages et intérêts consistent étant très divisible, la dette se divise aussi par conséquent.

Enfin, dans l'obligation indivisible, il peut n'y avoir qu'un débiteur, l'indivisibilité résidant, en ce cas, dans l'objet, au lieu que la solidarité suit ceux qui s'obligent conjointement; et c'est-là la principale différence qui existe entre la solidarité et l'indivisibilité; l'obligation est indivisible, avons-nous défini, quand elle a pour objet ou une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui, dans son exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit en parties réelles, soit en parties intellectuelles.

Mais il y a un point par lequel l'obligation indivisible et l'obligation solidaire deviennent analogues ; si le créancier de l'obligation indivisible laisse plusieurs héritiers, la chose est due pour le total à chacun d'eux et exigible par l'un d'eux, ce qui est le cas pour les créanciers en cas de solidarité en leur faveur, comme on l'a vu.

• Con-  
férences  
Théologi-  
de Mont-  
réal.

Maintenant, le principal effet de l'obligation divisible consiste en ce que, le créancier étant mort, ses héritiers ne peuvent demander que chacun leur part, et que le débiteur étant mort, ses héritiers ne sont ordinairement tenus que selon l'ordre ou l'émolument de leur collocation dans la succession du défunt.

Nous disons ordinairement, parceque le principe admet des exceptions : premièrement dans le cas où la dette est hypothécaire, secondement, lorsqu'elle est d'un corps certain ; troisièmement, lorsqu'il s'agit de la dette alternative de divers objets, aux choix du créancier, et dont l'un est d'une chose indivisible.—L'héritier qui possède la chose due ou le fonds hypothéqué peut être poursuivi pour le tout sur la chose due ou le lot engagé, sauf son recours contre ses co-héritiers.

L'article 1221 du Code Napoléon, ajoute le cas où il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractans a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.

Mais il ne fallait pas donner comme exception à la règle générale quant à l'effet de l'obligation divisible, le cas de l'obligation indivisible par destination, ou par la volonté des contractans, qui est bien signalée dans l'article 1215 du même code, et que le comte Portalis, Fauchet et les autres rédacteurs n'avaient apparemment déjà plus à la mémoire, quand ils écrivaient le 221ème.

On voit encore une grande différence entre l'obligation solidaire et l'obligation indivisible, puisqu'elle a, comme on l'a vu, à l'égard des héritiers, le même effet que l'obligation divisible.

L'obligation avec clause pénale est celle par laquelle une personne, pour garantir ou assurer l'exécution d'une obligation, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

De la  
Clause  
Pénale.

La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, sans que la réciproque soit vraie.

La clause pénale est ordinairement la compensation des dommages que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, en sorte que le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur *qui est en demeure*, peut toujours poursuivre l'exécution de l'obligation, mais il ne peut *cependant* exiger le principal et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée pour le simple retard.

La peine peut être adoucie par le juge au cas où l'obligation principale a été exécutée en partie.

## SECTION TROISIÈME.

### DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS.

Celui qui se prétend le créancier de quelqu'un est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, si elle est contestée, car, comme il est dit au droit romain, en jugement, celui qui affirme quelque chose, doit prouver la vérité de ce qu'il affirme, tandis que celui qui nie quelque chose n'est pas tenu de prouver ce qu'il nie, parcequ'il est possible de prouver ce qui est positif, mais non de prouver ce qui est une pure négation. Cette règle est si raisonnable qu'elle est aussi admise par la dialectique : *quod gratis asseritur, gratis negatur.*

Mais une fois que l'obligation paraît prouvée, le débiteur qui prétend ne rien devoir ou avoir acquitté l'obligation, est tenu d'en justifier ou de produire la contre-preuve.

Il y a deux espèces principales de preuves,—la preuve littérale et la preuve testimoniale.

Certaines présomptions, la confession et le serment sont aussi reçus comme preuves.

La preuve littérale est celle qui prédomine en France, depuis l'immortel l'Hôpital, tandis que la preuve vocale—*parole evidence*—a prédominé en Angleterre jusque à ces derniers tems.

La preuve littérale est celle qui résulte des actes ou écritures.

Par exemple, la preuve littérale de l'obligation que produit une condamnation en justice est la copie du jugement.

Celle du paiement d'une dette est la quittance, comme dit Pothier.

Les écritures se divisent d'abord en écritures authentiques et en écritures privées.

On appelle écritures authentiques celles qui sont reçues par un officier public,—notaire, juge, magistrat etc, de la manière et avec les solennités voulues par la loi.

De la  
Preuve  
Littérale.

Mais dans l'usage, on entend particulièrement par *acte authentique*, un acte notarié.

On appelle écritures privées au contraire, celles qui n'ont point été reçues par une personne publique, ou qui ne l'ont pas été par cette personne publique même, de la manière et avec les solennités voulues par la loi.

Ainsi, on appelle copie informée, la copie d'un acte authentique non tirée devant notaire; et si un notaire a instrumenté hors de sa juridiction, c'est comme si l'acte avait été reçu devant personne non publique.

C'est pourquoi la première chose que doit mentionner le notaire dans ses actes, est sa matricule. Voir à ce sujet l'acte 10 et 11 Vict. chap. 22. Les mots *Par-devant les notaires publics, pour cette partie de la Province du Canada constituant ci-devant la Province du Bas-Canada*, font voir que nos notaires publics reçoivent le pouvoir d'instrumenter dans toute cette section de la Province.

Ils font voir également que les actes sont censés reçus devant deux notaires, ainsi que les mots, *par-devant Maître....et confrère*. Les Ordonnances veulent en effet, pour l'authenticité des actes, qu'ils soient reçus par un notaire assisté d'un autre notaire ou de deux témoins, et l'on voit que ces officiers, énoncent que cela s'est ainsi fait, bien qu'on n'y tienne guères que pour les Ordonnances de dernières volontés. On se contente de faire contresigner ses actes par un confrère qui a avec soi une espèce de société *ad hoc*.

Les actes authentiques font foi principalement entre, les parties contractantes, leurs héritiers et ceux généralement qui sont à leurs droits, et cela du dispositif; c'est-à-dire de ce qui a fait l'objet de l'acte, ou, comme s'exprime le Code Napoléon,—l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme etc.

Ils ne font foi de l'énonciatif qu'entre les parties contractantes seulement, et pourvu encore que cet énonciatif ait un rapport direct avec le dispositif.

Ainsi, en disposant ou sujet d'une rente, si l'on dit *dont les arrérages ont été payés*, l'acte fait foi de cet énoncé, que le créancier de la rente n'aurait pas laissé insérer si les dits arrérages n'eussent pas de fait été payés.

Si l'énonciatif n'a qu'un rapport indirect avec le dispositif, il ne fait qu'un commencement de preuve,

comme si je dis que tel héritage vient de Pierre, tandis qu'il vient de Paul.

L'acte authentique ne fait ordinairement aucune preuve de l'énonciatif contre les tiers,—comme par exemple, s'il est dit dans l'acte de vente d'un immeuble, qu'il y a un droit de vue.

*Ordinairement*, disons-nous, à cause de la maxime *in antiquis enuntiativa probant*.

Les actes même authentiques peuvent être accusés de faux; mais ils font foi jusque à la preuve du faux, parce que le dol et la fraude ne se présument point. (Jugé en Cour Supérieure (1854) que le notaire peut être témoin pour établir les faits contenus dans l'acte accusé de faux.)

Une des preuves les plus fortes en pareil cas est celle de l'*alibi*, indiquée par une loi romaine.

Nos actes notariés ne sont pas ce qu'il étaient autrefois. Ils ne sont pas exécutoires et ne portent point hypothèque par eux-mêmes: il n'y a que la loi et les sentences enrégistrées, ainsi que la convention des parties, qui confèrent ce droit réel. L'acte de Judicature Cartier tend même à faire disparaître la différence qu'il y a entre un acte authentique et un acte sous seing privé, quant à la preuve, ou à établir que les actes notariés ne sont pas plus authentiques que les autres, *quod valde mirandum!*

Maintenant les actes authentiques ou notariés se subdivisent en titre primordiaux et en titres récongnitifs, en minutes et en brevets, en copies et originaux.

Le titre primordial est celui dans lequel l'obligation a été originairement contractée. Ainsi, l'acte primordial d'une rente est le titre de constitution de rente.

Le titre récongnitif est celui qui est passé en confirmation ou reconnaissance du titre primordial, comme on a coutume de le faire faire aux héritiers ou ayans cause. Tel était aussi le *titre nouvel* de droits seigneuriaux.

Les actes passés en minutes sont ceux dont le notaire doit garder l'original, comme les donations.

Les actes en brevets sont ceux dont il n'est pas nécessaire de garder l'original, comme une procuration.

On voit par là même la différence qu'il y a entre un original et une copie.

Il est certain que la copie de l'acte authentique fait

la même foi que l'original, quand celui-ci subsiste dans le greffe du notaire, où l'on peut y avoir recours.

Si l'original ne subsiste plus, l'ancien droit émet plusieurs distinctions entre les copies informes, qui ne font aucune preuve, les copies livrées par le notaire qui a fait l'acte, qui n'auraient fait une preuve entière que comme *copies anciennes*, c'est-à-dire de 30 ans, et les *copies en forme* enfin, ou tirées par ordre du juge, les parties présentes ou appelées. Mais nous nous croyons dispensé d'aborder toutes ces distinctions, parceque les actes notariés sont aujourd'hui enrégistrés.

Il est vrai qu'il est de principe qu'on ne peut se créer de titre à soi-même, et que les copies ne font point foi entière de celà seul qu'elles sont inscrites dans les registres publics, sans quoi il n'y aurait qu'à se donner un titre, et à en couvrir la fausseté par l'enregistrement; mais tout en laissant subsister le principe abstrait, l'Ordonnance des Bureaux d'Hypothèques tranche la question, sinon pour les copies inscrites en bordereau, du moins pour les copies enrégistrées au long. (section 40.)

L'acte 13 et 14 Victoria chap. 39 porte aussi que les copies des actes notariés en dépôt dans la Chambre des Notaires, et certifiées par le Secrétaire ou Député, seront authentiques. (section 9.)

Il s'agit ici d'une preuve entière.

Feront preuves *prima facie* les copies de jugemens ou procédures judiciaires à l'étranger et scellées, de même que les certificats de mariages, décès, sépultures hors du Bas-Canada,—les copies certifiées par le protonotaire. Les sceaux et certificats des puissances étrangères seront regardés comme authentiques sans qu'il y ait administration de preuve, et dans les cas précités, il n'est pas besoin de prouver le sceau, la signature, ou la capacité officielle de l'officier attestant. La partie qui contestera la copie donnera caution de payer les frais, (statut 16 Vict. chap. 198.)

Pour revenir aux actes notariés, on appelle *contre-lettre* un acte contraire à la *lettre* ou obligation, et qui prouve que celle qui paraît véritable et sérieuse, ne l'est pas.

Elles ne font pas foi contre les tiers, et ne devraient même faire aucune preuve. C'est, dit M. de Ferrière, un détour concerté entre les parties pour retenir d'une main ce qu'on abandonne de l'autre, ou pour mettre à

convert ce qu'on appréhende d'engager ou de rendre connu et public. En un mot, c'est une fine précaution qui peut quelquefois rendre suspecte la foi de ceux qui en usent.—Elle n'est pas dans nos usages.

C'est surtout dans les contrats entre nations ou traités, qu'on fait un grand abus des contre-lettres. *Dolus malus est, cum quid agitur, aliud simulatur* dit Paulus.

Si nous passons aux écritures privées, il y en a de deux sortes,—les actes sous seing privé et les écritures non signées.

On demande premièrement quelle valeur différente ont un acte sous seing privé et un acte authentique.

A ce sujet, nous allons d'abord exposer les principes du droit, sauf à faire voir ensuite en quoi l'acte de judicature Cartier y déroge.

L'acte sous seing privé, reconnu par celui à qui on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, contre ceux qui l'ont souscrit, la même valeur que l'acte authentique ; mais il y a précisément pour le premier, ce désavantage, en cas de contestation, qu'il est sujet à reconnaissance en justice, et que les héritiers du débiteur chirographaire peuvent ignorer la signature du défunt, et ne sont pas tenus de la reconnaître ou de la dénier précisément : ils peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne la connaissent point, et sur ce, le juge ordonne la vérification comme dans le cas où le défendeur nie sa signature. *Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantia*, dit le jurisconsulte Gaius.

Celui qui assigne quelqu'un pour venir reconnaître sa signature, conclut à ce qu'à défaut de comparution, la signature soit tenue pour reconnue.

La signature niée se prouve par témoignage ou comparaison d'écritures.

Les actes sous seing privé ne prouvent que l'acte même et non sa date, ces écritures étant sujettes à être antidatées, et elles ne font foi contre les tiers que du jour de leur production en justice.

Ils ne font pas foi contre celui qui les a souscrits s'il les a encore en sa possession, et font présumer qu'il s'est acquitté, s'ils lui ont été remis.

Maintenant, en vertu de la section 87 de l'acte de judicature de 1857, si, dans une action sur lettre de change ou billet négociable, cédule, chèque, écrit ou promesse, ou autre acte ou marché par écrit sous seing

Pothier  
Pigeau.

privé, le défendeur fait défaut, ou si pour toute autre raison le demandeur se trouve avoir besoin de procéder *ex parte*, alors toute signature ou écriture sur telle lettre, billet, cédule etc., seront présumées vraies sans en faire la preuve, et jugement pourra être rendu en conséquence ; et si, dans toute telle action, un défendeur nie sa signature, ou la vérité de tel document ou de partie d'icelui, tels documens et signatures seront néanmoins présumés vrais, à moins, qu'avec son plaidoyer le défendeur ne produise un *affidavit* de lui-même, ou de son agent ou commis connaissant les faits, à l'effet que tel document ou partie importante d'icelui n'est pas vrai, ou que la signature est contrefaite, ou que le protêt, avis et significations n'ont pas été régulièrement faits, et en quoi la prétendue irrégularité consiste, sans préjudice toutefois au recours en faux ou par requête civile après jugement, si la signature est contrefaite.

On ne peut que blâmer le Procureur-Général Cartier de déroger aux principes du droit les mieux établis, et d'étendre de plus en plus, la pratique du serment judiciaire, qui l'est déjà infiniment trop. *Peut-être* n'y aurait-il pas beaucoup à redire, s'il ne s'agissait que des lettres de change et billets négociables.

Les écritures non signées ne font qu'une *sémi-preuve*.

Il y en a néanmoins qui ont une valeur par elles-mêmes. *Tel était* ou tel est le Papier Terrier et Censier.

Il ne fait point preuve en faveur du seigneur, sur le principe qu'on ne peut se faire de titre à soi-même. Une fois néanmoins qu'on l'a invoqué contre lui, il peut l'invoquer lui-même sur les faits contentieux ou en litige, à cause de cette autre maxime, *qu'on ne peut s'incorporer*, c'est-à-dire que celui qui invoque un acte comme preuve, n'a pas le droit de prendre ce qui est en sa faveur en rejetant ce qui est contre lui.

Blackstone a signalé comme étrange la preuve que faisait en France le *livre journal* du marchand, et elle est en effet contraire au principe qu'on ne peut se faire de preuve à soi-même, ce qui fait dire à Pothier \* que le *livre journal* ne fait pas une preuve entière en principe, mais que la faveur du commerce a établi que, lorsque ces livres sont bien en règle et que la demande est faite dans le temps voulu par la loi, il y a des juges qui font droit en prenant le serment du marchand.

No. 753.

Mais il paraît que le livre journal faisait vraiment en France preuve entière, comme le suppose Sir William, et comme l'avouent Denizart et M. de Ferrière. Seulement, on voit dans l'ouvrage du premier de ces légistes, qu'il fesait foi parce qu'il devait être cotté et paraphé dans la juridiction, en vertu de l'Ordonnance du Commerce. Il ajoute que, quand il ne l'est pas, il ne devrait faire aucune foi ; " néanmoins, la disposition de l'Ordonnance est tombée en désuétude : c'est un très grand abus puisque, par ce moyen, un négociant peut se fabriquer des livres à son gré."

Quoique, selon nous, ces formalités ne fussent pas pour la bonne foi du négoce une garantie beaucoup plus forte, assurément le légiste anglais n'a pas été beaucoup en droit de se vanter de la supériorité de la preuve anglaise sur la preuve française, car selon le droit romain et selon le sens commun, quoique non selon le droit anglais, *testis unus, testis nullus*. Un témoin qui nie détruit le témoignage du témoin qui affirme, disent Montesquieu et Napoléon. Or, selon la loi anglaise de la preuve en vigueur en ce pays, en fait de commerce, le journal fait preuve avec la déposition additionnelle d'un seul témoin.

Encore, selon le droit français, ou selon le statut provincial 41. Geo. III. chap. 15, ne peut-on être témoin qu'au delà du degré de cousin germain ; mais, selon cette loi anglaise de la preuve, le commis qui dépose en faveur du marchand peut-être le neveu, le fils, le frère, — tout autre enfin que l'épouse du demandeur, à qui on ne donne l'exclusion que parce que, tous les actes de la femme qui regardent le mari étant, selon l'esprit de la loi commune d'Angleterre, des actes impérats, l'admettre comme témoin, équivaudrait à dire que le négociant peut déposer pour lui-même. Je ne vois rien là de supérieur à la preuve du journal cotté et paraphé. Le fait est qu'il n'y a point de preuve véritable ni dans l'un ni dans l'autre cas, et que dans l'un et l'autre, on a voulu faire une faveur au commerce.

En vertu du Code Civil ou Ordonnance de 1667, comme par l'Ordonnance de Moulins, la preuve vocale ou testimoniale n'est admise que pour les transactions dont l'objet n'excède pas cent francs, si ce n'est :

Premièrement, quand il n'a pas été possible de se procurer un écrit, ou dans les cas fortuits, comme de dépôt

De la  
Preuve  
Vocale.

nécessaire: *deponere videtur qui, in metu ruinae, incendii, naufragii, apud alium custodice causa deponit.* †

† Insti-  
tutes de  
Gaius,  
apud Pi-  
thou.

Secondement, quand on a un commencement de preuve par écrit.

Or, il y a un commencement de preuve par écrit :

Premièrement, lorsque dans un écrit authentique ou le défendeur était partie, ou dans un écrit qu'il a signé, on a la preuve, non du fait total qu'on a avancé, mais de quelque chose qui y conduit ou qui en fait partie.

Secondement, lorsque, par un écrit authentique ou signé, on a la preuve de la dette, quoique non celle du montant de la dette.

Pothier dit qu'on doit être admis alors à la preuve testimoniale du montant de la dette; mais il y a un moyen beaucoup plus expéditif, puisque c'est précisément le cas où le juge peut déférer le serment *in litem*.

Les écritures privées non signées peuvent parfois former un troisième exemple de commencement de preuve.

En matière de commerce, où nous suivons la preuve anglaise, la preuve vocale est admise, quelque soit la valeur contentieuse.

En général la preuve vocale n'a pas lieu contre la preuve littérale. *Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*, disent les Pandectes. Jugé néanmoins en Cour du Banc de la Reine le 7 janvier 1859 que, sur exceptions par une femme séparée de biens, alléguant que l'obligation sur laquelle elle est poursuivie a été consentie par elle pour dettes contractées par son mari en violation de l'Ordonnance des Bureaux d'Hypothèque, il y a lieu à la preuve vocale contre l'acte notarié.

Le mariage ne se prouve pas par témoins.

Le témoignage d'une seule personne ne peut servir de rien.

On ne peut être témoin dans sa propre cause.

Les témoins doivent être dignes de foi.

Par exemple, ceux qui sont notés d'infamie ou convaincus de parjure, de s'être laissé suborner, ne peuvent témoigner en justice. (\*)

(\*) Les prisonniers ne seront pas témoins incompetents après conviction pour délit, excepté pour parjure (4 et 5 Vict. chap. 24, section 22.)

Les femmes, qui ne sont point admises à être témoins pour déposer sur des dispositions de dernières volontés, et qui ne peuvent non plus servir de témoins à aucun acte reçu devant notaire, peuvent être reçues à déposer en justice sur des faits ou sur des conventions.

Ceux qui sont commis à la gestion des affaires de quelqu'un, ne peuvent être employés comme témoins relativement aux affaires qu'ils ont gérées; comme aussi les arbitres, les juges, les procureurs *ad lites*, quant à ce qui s'est passé sous leurs yeux, ou aux affaires dont ils ont été chargés.

On ne reçoit pas non plus le témoignage de ceux qui sont aux ordres des parties, tels que les domestiques.

Il a été jugé en Cour Supérieure (1858) que les associés ne peuvent être témoins les uns contre les autres.

### § Des autres Sources de Preuves.

On appelle confession judiciaire les aveux des parties.

Il y en a de volontaires, et il y en a de forcés, comme les réponses aux interrogatoires sur faits et articles.

On comprend par confession judiciaire les admissions qu'une partie fait dans le cours d'une instance, et dont la Cour donne acte.

Celui qui s'avoue judiciairement débiteur, se condamne lui-même, comme s'il l'était par une sentence.

Nous appelons proprement *confesser jugement* l'acte d'aller reconnaître l'obligation en justice, sur quoi jugement est dressé et un certain délai accordé pour payer.

Les aveux extrajudiciaires n'emportent point condamnation: ils ne peuvent servir que de preuves.

Les aveux de ceux qui ne sont pas *sui juris* ne peuvent leur nuire à eux-mêmes, et les tuteurs, curateurs ne peuvent nuire par leurs aveux à leurs pupilles ou administrés, ni les procureurs, quand ils n'ont point mandat de faire d'aveux.

On ne peut sincoper les aveux.

Si nous passons aux présomptions, il y en a de deux sortes, présomptions simples et présomptions de droit.

Une présomption (*simple*) dit Cujas, est une conjecture d'après ce qui arrive le plus souvent.

C'est comme le commencement de preuve par écrit, une *semi-preuve*. Les magistrats peuvent en user pour connaître l'intention des parties dans une clause équi-

Des  
Présomp-  
tions.

voque,—avant de désérer le serment et dans les cas où la loi permet de juger d'après l'équité, comme l'acte de judicature Lafontaine dans certaines causes de peu d'importance. La présomption simple est appelée en droit *præsumptio hominis* par opposition à *præsumptio juris*. Elle ne sert ordinairement que d'adminicule, à moins que le fait qu'on induit ne soit une conséquence nécessaire d'un fait précédent d'après la nature et le cours ordinaire des choses. \*

\* *Il faut noter, dit l'auteur des Instructions Faciles sur les Conventions, qu'une simple présomption est ordinairement fort différente d'une preuve. On l'a définie à bon droit un moyen de prendre le faux pour le vrai ; en effet, une sémi-preuve est une chose aussi chimérique qu'une demi-vérité : deux demi-preuves ne peuvent pas plus faire une preuve complète que deux incertitudes ne peuvent faire une certitude.*

La présomption de droit est celle que la loi reçoit expressément comme une présomption légitime et comme une preuve complète, si l'on ne peut fournir la contre preuve. Ainsi, lorsque le créancier a remis au débiteur son billet ou qu'il l'a barré, (*chirographum cancellatum des Romains*,) il est censé avoir été payé, et quand on a reçu trois années postérieures de rente, on est censé

Ollvier, avoir reçu les arrérages.\*

Principes du Droit Civil Romain.—Arrêts de Papon etc. Ce qui est plus fort qu'une preuve judiciaire ordinaire, c'est la présomption *juris* et de *jure*.

Elle est appelée *præsumptio juris*, dit Menochius, parce qu'elle est introduite par la loi, et de *jure*, parce que la loi la regarde comme une vérité absolue.

Elle exclut la preuve du contraire, en sorte qu'elle est plus forte que la preuve vocale et litterale, même par acte authentique.

Par exemple, c'est par une présomption *juris* et de *jure* qu'on suppose les enfans légitimes, selon la règle *pater est quem nuptiæ demonstrant*, qui a toujours lieu, pourvu que les approches du mari aient été physiquement possibles au temps de la conception.

Du Serment. Le serment décisoire est aussi une présomption *juris* et de *jure*.

Il y a trois espèces de serment qui sont usités dans les procès civils.

1o. Le serment décisoire qu'une partie désère à l'au-

tre, éntendant s'y tenir, car l'issue de la cause en dépend.

20. Le serment que doit faire la partie qui est interrogée sur faits et articles.

30. Le serment que le juge défère de son propre mouvement à l'une des parties pour décider la cause ou pour déterminer le *quantum* de la condamnation. On l'appèle proprement serment judiciaire.\*

\*Olivier,  
Principes  
du Droit  
Civil Ro-  
main.

Toute personne capable d'ester en jugement peut déférer le serment toutes les fois qu'elle croit n'avoir pas une preuve suffisante du fait qui sert de base à la demande, avant ou après contestation en cause, en appel comme en première instance; et, selon Cujas, Duaren, Fachinée et Pothier, contre Bartole et Baldus, il n'est pas besoin d'avoir pour cela un commencement de preuve par écrit.

Pourvu que ce soit sur son fait propre, celui à qui le serment est déféré, est obligé de jurer ou de référer le serment.

Si celui qui a déféré le serment refuse de jurer, il est débouté de son action avec dépens.

On ne peut déférer le serment à un mineur ou à une personne en puissance.

Un tuteur, curateur, syndic ou fondé de procuration générale, ou spéciale à cet effet, peuvent déférer le serment, sans qu'on puisse le leur déférer à eux-mêmes ou le leur référer, parce qu'on n'est point tenu de jurer sur le fait d'autrui.

Le serment judiciaire ou déféré par le juge, est de deux espèces, — supplétoire, si c'est pour décider la cause même, et *in litem*, si c'est pour déterminer le *quantum* à adjuger.

Mais pour que le juge puisse le déférer, il faut, selon la loi treizième de *jurejurando* aux Pandectes :

10. Que l'on manque de preuves suffisantes.

20. Qu'il y ait un commencement de preuve.

30. Que le juge ait pris connaissance de la cause, examiné le mérite de la preuve et les faits, et ouï les parties.

Le droit romain nous dit encore que ce serment ne peut être déféré qu'à celui qui est le maître du procès, *dominus litis*, et non à son agent, et que le magistrat ne

\* Lois doit point le déferer en cas de testament ou quand il s'agit de la vérité d'une obligation.\*  
sizième et septième.

Bien que la loi anglaise de la preuve en matière commerciale fût introduite en Canada par l'Ordonnance du Conseil Législatif de 1785, les marchands anglais trouvèrent commode le serment décisoire, et il se conserva dans la pratique. Des doutes étant survenus quant à la légalité de cet usage, l'acte provincial du 8 avril 1801 (4I Geo. III. chap. 15) sanctionné par le Roi en Conseil Privé le 7 avril 1802, statua qu'on pourrait l'admettre, comme on le faisait dans les affaires civiles selon les anciennes lois, us et coutumes du Canada.

Le serment décisoire, sur faits et articles, supplétoire et *in litem* se pratique aussi en matière de change en vertu de l'acte 12 Vict. chap. 22.

En vertu de l'acte provincial 33 Geo. III. chap. 4, les Quakers sont reçus en justice à leur affirmation au lieu du serment, et l'affirmation fausse équivaut au parjure.\*

\* *Maintenant, si l'on demande ce qu'il faut penser du serment judiciaire, nous dirons que, le serment étant un acte intérieur et de la conscience, on ne voit aux tribunaux civils aucun pouvoir légitime de l'administrer, et l'on peut tirer un non moins fort argument de l'abus journalier qui s'en fait. Je ne parle point ici de la pratique démoralisatrice ou de l'agiotage du serment dans nos élections politiques, ni des sermens universitaires et de douanes, si justement dénoncés par Jérémie Bentham; . . .*

\* Traité  
des Preu-  
ves.

Je ne parle que du serment judiciaire.

M. de Férière, sans se dissimuler les circonstances qui ont donné lieu à l'introduction de cette sorte de preuve, ajoute néanmoins:—“ Quoi qu'il en soit, il faut demeurer d'accord que le serment n'a été introduit qu'à la honte de l'humanité; il suffit à l'homme de bien de connaître ses devoirs pour n'y point manquer. C'est la probité et non pas le serment, qui empêche un homme de trahir la vérité; car les sermens ne font point naître en nous les vertus: c'est pourquoi celui qui serait d'assez mauvaise foi pour oser certifier une fausseté à la face de la justice, l'est ordinairement pour fausser son serment.”

“ Depuis quarante ans que je fais ma profession, dit Pothier, j'ai vu une infinité de fois déferer le serment, et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois qu'une partie ait

été retenue par la religion du serment de persister dans ce qu'elle avait soutenu."

Mais je vais mettre en regard les paroles du Sauveur du monde, et celles d'un auteur.

"On peut jurer qu'on n'a pas fait une chose, quoiqu'on l'ait faite effectivement, en entendant en soi-même qu'on ne l'a pas faite en certain jour, ou avant qu'on fût né, ou en sous entendant quelque autre circonstance pareille, sans que les paroles dont on se sert aient aucun sens qui puisse le faire connaître : et cela est fort commode en beaucoup de rencontres, et est toujours très juste quand cela est nécessaire et utile pour la santé, l'honneur ou le bien," dit l'auteur.

Mais l'homme divin.... "Ne jurez point. Que votre oui soit oui, que votre non soit non. Tout ce qui est de plus vient de l'esprit malin."

Malheureusement, le droit romain traite le serment avec une légèreté indicible. In omni causa et actione juratur.—Est maximum remedium expediendarum litem.—Jurare in infinitum licet. Et n'oublions point, comme nous en avertit M. Olivier, dans ses Principes du Droit Civil Romain, que le juge qui avait déferé le serment in litem, n'était pas obligé de s'en tenir au quantum déclaré par le demandeur, s'il ne le trouvait pas assez modéré !

Pour le serment supplétoire, le chevalier Blackstone en a bien démontré l'absurdité dans ses admirables Commentaires ; mais, de son côté, il est obligé de dénoncer le misericordious perjury du procès par jury anglais.

Pour conclusion, l'institution du serment judiciaire doit être remise au niveau de celle des ordules.

Nous avons l'acte 2. Vict. chap. 8, pour supprimer les sermens et sociétés illicites ; mais comme les franc-maçons sont influens, notre gouvernement juge expédient de les excepter par la neuvième section.

## SECTION QUATRIÈME.

### INTERICTION OU FIN DES OBLIGATIONS.

L'obligation résultant des conventions cesse aussitôt que le lien, *vinculum juris* par le quel une personne était tenue envers une autre à donner, faire ou ne pas faire quelque chose est dissous.

Or il est dissous par le paiement, par la remise, par la novation, par la confusion, par la rescision et par l'effet de la clause résolutoire, *deux modes dont nous avons déjà parlé*, et par la redhibition dont nous parlerons dans le titre de la vente,—par la transaction et le compromis et les fins de non recevoir généralement, et parfois par la perte de l'objet et la mort du créancier ou du débiteur.

La cession de biens, *cessio bonorum*, n'est pas ordinairement un moyen d'éteindre l'obligation, quoiqu'il pût en être autrement sous la loi abrogée de banqueroute, car celui qui a fait cession de bien demeure obligé à restitution à même les biens qui peuvent lui advenir dans la suite, ses besoins et ceux de sa famille réservés. Le droit est exprès : *de futuris, si advenerint, satisfacere debet. . . non si ex his tantum percipiat quantum ei alimentorum nomine satis est, cum in quantum facere potest solummodo conveniatur* disent les Pandectes.

• Regula, apud Pithou.

I—*Tollitur obligatio præcipue solutione ejus quod debetur*, dit Ulpien. \*

Mais le paiement se divise en paiement réel et en paiement virtuel ou fictif, tel que la compensation.

Et par paiement réel, on n'entend pas seulement la numération d'une somme d'argent, mais aussi la prestation de l'objet dû ou l'exécution du fait auquel on s'est obligé ; le paiement réel est donc en effet le mode le plus naturel d'éteindre l'obligation.

Il n'est pas moins digne de remarque que, comme il importe seulement que le créancier soit indemnisé, il suffit ordinairement que le paiement soit fait par le propriétaire de la chose payée, quand même il ne serait point le débiteur,

*L'obligation, dit l'article 1236 du Code Napoléon, conforme en cela au droit, peut être acquittée même par un tiers qui n'y est pas intéressé, pourvu qu'il agisse au nom et à l'acquit du débiteur.*

Il n'y a exception que quand l'obligation consiste *in faciendo*, et que celui qui a donné à faire un ouvrage, a intérêt à ce que l'ouvrage soit fait par celui même qui a baillé son travail, comme si c'est un ouvrier ou un artiste très habile.

Si l'on demande maintenant à qui le paiement doit être fait, il faut répondre qu'il peut être fait au créancier capable, ou à celui qui a qualité par la loi relativement au créancier incapable, tel que le tuteur, un receveur d'hôpitaux, de fabriques,—au fondé de pouvoir du créancier ou de celui qui a qualité par la loi, ou même à l'agent du fondé de pouvoir, le fondé de pouvoir fût-il un mineur, pourvu que le créancier qui lui donne pouvoir ne le soit pas lui-même. \*

Pothier

No. 507.

On peut aussi payer, comme on le verra plus bas, aux tiers qui sont indiqués par la convention pour recevoir le paiement, et que le jurisconsulte appelle *adjecti solutionis gratia*.

Sous la dénomination du créancier sont compris ses ayans cause, héritiers et successeurs à la créance même à titre singulier, dit Pothier d'après Gaius. \*

No. 502.

Celui à qui le créancier cède sa créance devient lui-même créancier du débiteur par la signification qu'il lui fait de son titre conformément à la maxime de la Coutume de Paris: *Transport ne saisit s'il n'est signifié*, si le débiteur n'a pas déjà accepté volontiers.

L'obligation de celui-ci de payer à la personne indiquée passe à ses héritiers.

Le paiement fait à personne qui n'avait point pouvoir, peut être valide :

1o. Par la ratification du créancier: *ratihabitio mandato comparatur* disent le droit civil et le droit canon.

A. 1239.

2o. Selon Pothier et le Code Napoléon, \* par l'avantage qui en résulte pour le créancier.

3o. Si la personne non qualifiée succède à la créance, comme il est évident.

Il est dit au troisième chapitre de la Nouvelle quatrième, que le créancier n'a pas à se plaindre si on lui donne en paiement non la chose due, mais une chose différen-

te de plus grande valeur, ce qui paraît assez raisonnable.

Néanmoins cette décision n'a été adoptée ni dans l'ancien droit français, ni dans le droit nouveau, qui exigent l'un et l'autre que la chose même qui est due soit offerte en paiement. Le motif inédit de ces dispositions ne nous est point connu.

Le créancier ne peut pas être forcé non plus à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible (*Napoléon*, 1244) à moins qu'elle ne soit actuellement divisée (*Pothier*, 334), c'est-à-dire que le créancier ait déjà accepté une partie, s'il n'y a clause d'insalmens, et le jurisconsulte Modestinus décide que le débiteur qui doit des intérêts, devrait ceux de la partie même de la dette qu'il aurait consignée.

Pareillement, lorsque plusieurs se sont rendu cautions, le bénéfice de division ne les met pas à même de forcer le créancier de recevoir partiellement de chacun, à moins qu'il ne poursuive, parce ce n'est que la poursuite même qui fait naître l'exception de division.

Le jurisconsulte Paulus nous dit que le paiement d'une chose ne se fait qu'en transférant au créancier par la tradition le domaine ou la propriété irrévocable.

De là deux corollaires.

Premièrement, le paiement n'est pas bon lorsque la chose payée n'appartient pas *ex jam dictis* à celui qui la livre sans le consentement du propriétaire, à moins que le créancier n'ait consommé de bonne foi le paiement (*Napoléon*, 1238) ou qu'il n'en soit devenu propriétaire par *usucapion*.

Secondement, si la chose donnée en paiement est grevée d'hypothèque, le débiteur n'est déchargé qu'en la purgeant (*Pothier*, 543) à moins que le créancier n'ait pris sur lui les risques.

Le paiement doit être fait d'abord au lieu indiqué par la convention : *Is qui ce to loco dare promittit, nullo alio loco quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest* disent les Pandectes.

S'il n'y a point de lieu désigné et qu'il s'agisse d'un corps certain, le paiement peut se faire au lieu où était, lors de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.

Si la dette est d'une chose indéterminée, comme une tonne de vin, elle se paye ordinairement chez celui qui la demande (*Pothier*, 549) parce que la convention doit

s'interpréter de la manière la moins onéreuse à l'acheteur.

Hors du cas où la chose est payable où elle est, le paiement se fait aux dépens du débiteur.

Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, à moins que les détériorations ne viennent de son fait ou de sa faute, ou du fait ou de la faute de ceux dont il est responsable.

Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que quant à son espèce, le débiteur n'est pas tenu, pour être libéré, de livrer de la meilleure qualité ; mais il suffit de la qualité qui se désigne par les termes *loyal et marchand*.

C'est au débiteur de plusieurs obligations d'imputer le premier, ou de dire quelle est la dette qu'il entend payer, Le créancier ne peut imputer, en donnant quittance, que si le débiteur n'impute pas.

Et s'il y avait contestation, la justice imputerait certainement le paiement du débiteur sur une dette portant intérêt plutôt que sur une dette qui n'en porte point, sur une dette hypothécaire que sur une dette chirographaire, sauvegardant ainsi les intérêts du débiteur ; l'imputation se fait aussi, naturellement sur une dette plus ancienne, *si nulla causa prægravet*.

Modestinus ne nous a-t-il pas parlé d'une dette consignée ? . . . *La consignation est un dépôt que le débiteur fait par autorité de justice de la chose ou somme qu'il doit, entre les mains d'un tiers.* \*

\* Pothier  
572.

Lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le créancier peut lui faire des offres réelles, et sur son refus de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte. \*

\* Napo-  
léon, 1257.

Les offres réelles ou à deniers découverts, si c'est une somme d'argent, suivies d'une consignation, libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard, de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites. †

† Justi-  
nien, de  
solutione.

Mais, dit Pothier sous no. 574, pour que la consignation soit valable, il faut que le créancier soit en demeure de recevoir, ayant refusé de bonnes offres, par écrit ou verbales avec témoins. \*

\* Fêrière,  
Diction-  
naire de  
Droit et  
de Prati-  
que.

Or, pour que des offres soient jugées bonnes, il faut :  
Premièrement, qu'elles soient faites par une personne capable relativement au paiement.

Secondement, qu'elles soient faites au créancier capable de recevoir le paiement, ou à celui qui a qualité par la loi ou la convention.

Troisièmement, qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dûs, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés.

Quatrièmement, que le terme de paiement soit échu.

Cinquièmement, offrir de l'argent ayant cours dans le pays.

Sixièmement, que la condition sous laquelle l'obligation a été contractée, soit arrivée.

Si les offres sont jugées valables, les frais tomberont sur le créancier en demeure de recevoir.

Par la consignation, le créancier ne l'est plus de son débiteur originaire, mais du consignataire, qui s'oblige à lui remettre la chose, sans néanmoins en prendre les risques. \*

\*Pothier,  
880.

Sous les Français, il y avait un *Receveur des Consignations*. Aujourd'hui, il n'y a pas à proprement parler de bureau de consignation, quoiqu'on puisse consigner chez le Shériff ou le protonotaire.

Tant que la consignation n'a pas été acceptée, le débiteur peut la retirer, et ses cautions demeurent alors obligées.

Mais après un jugement passé en chose jugée, il ne peut plus retirer la consignation au préjudice de ses coobligés. *Nemo potest mutare consilium in alterius injuriam*, ait Papinien.

Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une de l'autre, la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusque à concurrence de leurs quotités respectives.

*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio, ipso jure facta, quoad concurrentes quantitates, ex tempore quo ab utraque parte debetur*, disent les Pandectes.

Mais les mots *ipso jure facta* ou de plein droit ne veulent pas dire que la compensation ne soit pas sujette à demande ou à être opposée par le débiteur au créancier qui devient débiteur à son tour, — *si debitor paratus sit compensare*.

Encore faut-il que les dettes soient susceptibles d'être compensées.

Or les dettes qui en sont susceptibles sont les dettes d'une somme d'argent, d'une quantité de blé, de vin et *ordinairement* de toutes chose fungibles, et d'une chose indéterminée d'un certain genre,—car si une chose fungible est due comme corps certain, par exemple, les six pièces de vin que vous avez recueillies dans votre vigne de St. Denys, elle n'est point compensable contre le gré du créancier.

Il faut ensuite que la dette qu'on oppose en compensation soit du même genre et *claire et liquide*. La Coutume de Paris le veut, aussi bien que le droit romain : *si causa ex qua compensatur liquida sit, et non multis ambagibus innodata*, ou comme dit, M. de Montvalon, \* devant être bientôt liquidée.

\* *Epitome juris.*

Qu'elle ne soit pas alternative au gré du créancier.

Que la créance appartienne à celui qui l'oppose, à moins qu'il ne s'agisse de la caution, dont la condition ne doit pas être pire que celle du débiteur principal, à qui elle rend service. Or, il a droit de compenser ; elle doit donc l'avoir.

*La caution*, dit l'article 1294 du Code Napoléon, *peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.*

Un mari, comme chef de la communauté peut opposer la compensation.

Celui qui a plusieurs créances à opposer en compensation d'une dette a droit à l'imputation.

On ne compense point au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi, dit Napoléon, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.

La compensation est de droit naturel : c'est pour cela que Justinien fait sagement disparaître la distinction entre les dettes *bonæ fidei et stricti juris*, déclarant que compensation a lieu dans les deux cas.

La loi est si favorable à ce remède, qu'on peut revenir sur l'oubli de compenser : *qui ommissa compensatione solvit, condicere potest.*

II.—La remise spontanée est une deuxième manière d'éteindre l'obligation.

La remise se présume même si le créancier a rendu au débiteur sa cédule ou le brevet de son obligation ;

*De la remise*

mais si c'est un acte dont le notaire a la minute, cette présomption n'a point lieu.

Pothier distingue deux espèces de remises, — la remise réelle et la remise personnelle.

La remise réelle a lieu, dit-il sous No. 616, lorsque le créancier donne quittance comme s'il avait reçu.

Et la remise personnelle, ou décharge, quand le créancier décharge le débiteur de son obligation, et l'exempte de payer.

Selon lui, la première équipolle au paiement, elle fait que la chose n'est plus due, et partant, elle libère tous les débiteurs.

Mais ce qui est digne de remarque, — M. de Férière nous dit au contraire que *la quittance ne libère point le débiteur, à moins qu'elle n'ait été faite en vertu d'un réel et actuel paiement, car si l'obligation est demeurée entre les mains du créancier, et qu'il prétende n'avoir donné quittance que dans la confiance qu'il serait de fait payé, le débiteur, nonobstant sa quittance, sera tenu de prouver qu'il a réellement et de fait payé.*

Maintenant il nous dit de la décharge, *que par son moyen le débiteur est toujours quitte sans avoir payé.*

Vient Pothier, qui proclame que la décharge n'éteint la dette qu'indirectement, dans le cas où le débiteur auquel elle est accordée est le seul débiteur principal.

Hâtons-nous de dire que tout cela n'est peut-être point aussi contradictoire en pratique qu'en théorie.

Quoiqu'il en soit, la remise réelle de Pothier semble n'être autre que l'*acceptilatio* des Romains, ou déclaration que fait le créancier d'avoir reçu de son débiteur la chose qui lui était due. *Acceptilatio est imaginaria solutio ex qua omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit.* — C'est, dit M. Olivier, une espèce de remise qui équivaut à une renonciation du créancier à tous les droits qu'il avait contre le débiteur.

C'est bien conforme à ce que dit Pothier.

Il est constant que ceux qui ont qualité pour recevoir le paiement, n'ont point également qualité pour faire remise, les administrateurs ayant mission non de dissiper, mais de faire valoir.

Il n'y a pas à redire, néanmoins s'il est question de certaines réductions usuelles.

Pothier écrit\* que la remise ne peut être faite qu'au débiteur capable, à moins que ses administrateurs acceptent

pour lui. A mon avis cependant, et d'après la distinction par lui-même établie entre l'incapacité ou l'*inaptitude* du mineur et de la femme mariée, la règle qu'il pose ici ne devrait s'appliquer qu'à cette dernière. Mais il est, en tous cas, plus régulier de faire intervenir l'administrateur.

On a parlé plus haut de la remise virtuelle de la solidarité. Cela nous donne occasion de dire que la remise expresse de la dette faite à un co-débiteur solidaire, fait aussi présumer la remise de la solidarité envers les autres, à moins qu'elle n'ait été réservée.

III.—*Præterea, novatione tollitur obligatio*, dit le jurisconsulte Ulpien. •

De la Novation.

La novation en général, est le changement d'une obligation en une autre postérieure: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio, ita ut prior perimatur.* • *Regule apud Pithou.*

Elle se divise en novation simple,—quand il n'intervient point de nouvelle personne, et en délégation *expromissio*, où il intervient un nouveau débiteur, *expromissor*, à la différence du fidéjusseur ou *adpromissor*.

La novation ne se présume pas facilement.

Il faut attendre l'arrivée de la condition, si une des dettes est conditionnelle; mais non absolument le terme de paiement: *etiamsi priusquam advenerit dies*, disent les Pandectes.

Pothier nous dit aussi qu'il suffit qu'une des obligations soit civile: *licet posterior obligatio inutilis sit*, dit également Ulpien.

A présent, qui peut faire novation?... Il n'y a que ceux à qui l'on peut payer valablement, qui puissent faire novation, parce qu'il n'y a qu'eux seuls qui puissent éteindre la première obligation.

Donc le tuteur le peut: *a tutore si hoc pupillo expediat.*

Le procureur: *a procuratore (omnium bonorum.)*

Celui qui n'a qu'une procuration pour recevoir ne le peut évidemment pas.

Le curateur au dément: *et a curatore, aut agnato furiosi, si furioso expediat.*

Quant à l'effet de la novation, il suit, de ce qu'elle éteint la première obligation, qu'elle éteint aussi tout ce qui peut y être accessoire, à moins de translation expresse à la nouvelle, comme les hypothèques, le cau-

tionnement, si la caution ne se jette point à son droit d'être libérée.

Si le codébiteur ou la caution refusent à leur accession qu'exige le créancier à la seconde obligation, la novation n'a pu être qu'une obligation conditionnelle suspensive qui tombe à néant par leur refus, en sorte que la première subsiste.

Jugé en Cour Supérieure (1859) que pour opérer novation il faut qu'il y ait une différence entre le nouveau et l'ancien contrat, et qu'un billet promissoire n'opérera point comme novation d'un autre billet précédemment fourni.

#### §. De la Délégation.

*Delagare est vice sua alium reum dare.*

La délégation est une espèce de cession par laquelle un débiteur substitue son propre débiteur à sa place, au moyen de quoi ce débiteur, délégué, promet payer la dette au créancier de son propre créancier, déléguant.

L'usage de ces obligations est fréquent dans les actes de vente.

Pour que la délégation soit valable, il faut que trois personnes y concourent ; la délégation du débiteur ne se peut faire que de son consentement ; mais aussi, d'autant qu'il y a consenti, elle saisit.

Il suit que la délégation diffère en plusieurs choses du transport.

En effet, le transport ne produit point de novation.

En second lieu, il se peut faire sans que le débiteur intervienne, pourvu que le cessionnaire le lui signifie, car il ne saisit point.

En troisième lieu, le débiteur dont la dette est transportée, peut alléguer contre le cessionnaire les mêmes défenses et exceptions qu'il eût pu alléguer contre le créancier qui a fait le transport, ce que ne saurait faire le débiteur délégué, comme il est évident. L'un est consentant et l'autre est contraint.

Maintenant, puisque le transport ne saisit point, les créanciers du cédant peuvent, jusque à la signification, faire saisir la dette ou les droits cédés entre les mains du débiteur, et seront préférés au cessionnaire.

Il suit aussi que, jusque à la signification, le débiteur a droit de payer au cédant.

Mais la signification, avec copie laissée au débiteur, empêche qu'il puisse payer à lui, et rend le cessionnaire propriétaire, de sorte qu'il est préféré à tous les créanciers du cédant qui auraient saisi postérieurement à la signification.

IV.—L'obligation s'éteint par la confusion, parceque par la confusion, l'obligation du débiteur et le droit du créancier se trouvent réunis dans la même personne ; or, qui peut se devoir à lui-même ? *nemo potest esse sibi creditor, aut debitor.* \* De la  
Confusion.

Ainsi, si le débiteur devient l'héritier de son créancier, et qu'il accepte sa succession, la dette est évidemment éteinte. \* Ulpianus, apud  
Dantoine.

V.—La transaction est une convention par laquelle les parties règlent les différends qui sont entre elles pour prévenir ou terminer un procès ; et le compromis en est une par laquelle les parties choisissent un ou plusieurs arbitres, aux quels elles remettent le jugement d'un procès ou d'une contestation, en s'obligeant à exécuter ce qu'ils jugeront, ou à une peine, au cas de non exécution.

Toutes les causes civiles ou ne regardant point l'ordre public (†) peuvent être compromises, et même Pigeau, qui est un admirable auteur pour un praticien, voudrait que tous les procès fussent interrompus par le compromis.

Les causes criminelles ne le peuvent ordinairement pas.

Personne ne peut être arbitre dans sa propre cause ou dans la cause d'autrui, quand il y a quelque intérêt.

Ce n'est pas une fonction à laquelle le droit public oblige, comme la tutelle.—*Voir aussi le Titre de la Procédure Civile dans le Tome Deuxième.*

Toute personne apte à passer des engagements peut transiger par elle-même ou par procureur ayant pouvoirs universels ou *cum libera*, c'est-à-dire qui le mettent en tout à la place de celui qui l'institue.

Dans la transaction comme dans le compromis, on peut convenir de tout ce qui n'est point contraire aux lois et aux bonnes mœurs.

Les transactions ont la même force que les jugemens :

---

(\*) On ne peut compromettre dans une cause ayant pour objet litigieux l'état d'une personne ou la légitimité de sa naissance.

*transactio non minorem auctoritatem habet quam rei iudicatae* ; nullus enim erit litium finis, si a transactionibus bona fide interpositis ceperit facile discedi, disent les Pandectes.

C'est pourquoi on ne les annulle point pour lésion non accompagnée de dol, de crainte majeure ou d'erreur substantielle : *receptum est ut transactionibus pro modico magna amittamus*.

On appelle proprement Fins de non Recevoir certaines causes qui empêchent les parties d'être écoutées en justice.

Outre la transaction et le serment décisoire, dont nous avons parlé, il y a certaines prescriptions, dont nous parlerons dans le tome deuxième, et la chose jugée, en vertu de la maxime *res iudicata pro veritate accipitur*.

Les jugemens n'ont autorité de chose jugée que quand celui qui a été condamné ne peut plus revenir contre la condamnation.

Il n'y a aussi que les jugemens définitifs qui aient cette vertu.

Les jugemens qui n'ont point été rendus en dernier ressort ne sont pas chose jugée si la partie condamnée, en a formé appel dans les délais prescrits ; mais il suffit qu'elle y acquiesce expressément ou par ses actes, comme en commençant à exécuter la sentence. Il n'y a point proprement en Canada de tribunal de dernière instance, comme était l'ancien Conseil Supérieur de Québec : on appelle au Conseil Privé d'Angleterre en certains cas.

Un jugement peut être nul relativement à la qualité de celui qui juge, ou relativement au temps auquel il a été jugé, ou à ce qui a été prononcé, ou aux personnes entre lesquelles le jugement a été rendu.

Si le juge n'a point juridiction, le procès est dit être *coram non iudice*, et toute la procédure, y compris le jugement est informé.

La sentence est nulle, si le magistrat prononce d'une manière incertaine, et ne désigne pas assez clairement ce à quoi il condamne, selon le droit romain, et encore plus selon l'Ordonnance des Bureaux d'Hypothèques.

Quoique nos lois de judicature concèdent à nos magistrats de pouvoir faire beaucoup de choses en vacance, en général une sentence est nulle si elle a été rendue dans les fêtes ou vacations.

Le jugement est encore nul, s'il prononce *super non petita* ou *ultra petita*.

S'il est directement et évidemment contre les dispositions de la loi.

Si la sentence dit seulement que l'espèce n'est pas dans le cas de la loi, elle peut-être erronée, injuste ; mais elle n'est point nulle. *Prætor quoque jus reddere dicitur etiam cum inique decernit.*

Les sentences ou jugemens rendus contre un mineur ou un insensé sans assistance, ou entre des parties dont l'une était inapte à ester en jugement, ou contre une personne qui n'a pas été assignée du tout, ou qui l'a été irrégulièrement sont également nuls, au moins d'une nullité *ferendæ sententiæ*, c'est-à-dire sujets à être cassés.

Ainsi, en résumé, pour qu'une sentence ait autorité de chose jugée, il faut :

1o. Que ce soit un jugement définitif et non un jugement interlocutoire.

2o. Que ce soit un jugement dont il n'y a point d'appel, ou dont l'appel est péri ou dont l'appelant est for-clos.

Un tel jugement donne l'exception *rei judicatæ* ; mais l'autorité de la chose jugée ne s'étend qu'à ce qui a fait l'objet du jugement entre les parties : *res inter alios judicata, aliis non præjudicat.... quamvis eodem vel simili negotio*, car il ne faut point confondre chose jugée avec jurisprudence, ou suite de jugemens conformes sur une même matière ; et l'exception ne peut être opposée qu'à celui qui demande la même chose pour la même cause et ès même qualité.

\* Ici, la Revue de Wollowski me fournit le canevas d'une importante scolie

Les jurisconsultes romains, est-il dit (Dig. 116. 44 tit 2) imaginèrent de faire à la matière de la chose jugée une application mécanique d'axiômes de géométrie.

Quels sont ces axiômes ? Ce sont ces notions incontestables assurément, que la partie est comprise dans le tout, et que le tout n'est pas compris dans la partie, et d'où l'on a conclu que l'on ne peut plus demander une partie quand on a échoué dans la demande du tout. Si quis cum totum petisset partem petat, exceptio rei judicatæ nocet l. 7. nam pars in toto est, nisi postea pars ei accrevit l. 14, dit mon édition, tandis qu'au contraire, ajoutent des ma-

dernes, on peut fort bien demander le tout quand on a échoué sur la demande d'une partie.

Voici des exemples que donne Toullier, et qui font bien voir, dans quelles erreurs peut conduire le système de d'Aguesseau.

Celui qui a succombé dans une demande en revendication de tel immeuble, et qui demande ensuite une partie soit divisée soit indivise de la propriété de ce même immeuble, sera repoussé par l'exception de la chose jugée, car l'objet de la seconde demande est une partie de la chose qui avait été demandée d'abord, et comme une partie est comprise dans son tout, il est vrai de dire que l'objet de cette seconde demande a aussi fait l'objet de la première.

Pour la même raison, si Pierre m'a demandé 20,000 francs pour telle cause, et qu'après avoir échoué, il vienne me demander 10,000 francs pour la même cause, il devra être repoussé par l'effet de la chose jugée.

De même encore, si mon adversaire, après avoir échoué dans l'action par laquelle il réclamait, sur mon terrain, un droit de passage à pied et en voiture (via viam) vient me demander le simple passage à pieds (viæ), il sera recevable puisque l'un est compris dans l'autre et que dès lors l'objet de la seconde demande se trouve avoir été aussi celui de la première.

Au contraire, celui qui a succombé dans la demande d'une part seulement de la propriété d'un immeuble sera recevable à demander l'immeuble entier. Celui qui n'aurait échoué qu'en demandant 10,000 francs, pourra en demander 20,000, et celui qui n'a pas réussi en demandant un simple sentier pour passer à pieds et en voiture, parce que le plaideur n'ayant demandé d'abord qu'une partie et demandant maintenant le tout, on ne peut pas dire que l'objet de la seconde demande soit le même que celui de la première, parce que le tout n'est point compris dans la partie.

Or s'écrie-t-on bien raisonnablement ; quoi de plus sophistique et de plus faux que ces décisions, et quelles puissances ne faut-il pas à la routine pour que de telles doctrines se professent encore aujourd'hui... Eh quoi ! parce qu'il est jugé que je n'ai pas la propriété entière et exclusive de tel immeuble, il est jugé par cela même que je n'en suis point non plus propriétaire pour partie ! ... parce qu'il est jugé que je ne suis pas votre créancier pour \$20,000, il est jugé aussi que je ne le suis point pour \$10,000... parce qu'il est entendu que je ne puis point passer par votre terrain tantôt à pieds, tantôt en voiture, il s'en suit que je ne puis pas y passer à pieds seulement ! ... Et comme s'il n'y avait pas là assez d'absurdité, il faudrait encore admettre la réciproque de chacune de ces propositions. Quand il est légalement certain que telle cause ne vous donne pas même une fraction de la propriété de telle immeuble, un cinquième par exemple, il reste-

rait possible que cette même cause vous en donnât la propriété en òre, c'est-à-dire, ce même cinquième avec les quatre autres!... Quand il est établi que je ne vous dois pas £1,200 pour telle cause, il resterait possible, il resterait discutable, que pour la même cause je vous en doive 2,000!... Quand il est reconnu que vous n'avez pas le droit de passer sur mon terrain à pieds, il resterait possible que vous ayez le droit de passer à pieds et en voiture!... En vérité, c'est à n'y pas croire. De ce que le tout n'est pas compris dans la partie, conclure qu'après avoir succombé sur la partie, on peut demander le tout!... c'est certes bien à tort, car puisque la partie est dans le tout, le jugement qui décide que vous n'avez pas même la partie, décide implicitement que vous n'avez pas le tout, et il faut le conclure en raisonnant du moins au plus et a fortiori. C'est bien évident, puisque si vous aviez eu le tout, vous auriez eu par là même la partie. C'est donc bien à droit que Durranton et Marcadé ont repoussé les absurdes conséquences que l'on a voulu tirer du principe totum in parte non est.

Mais il faut rejeter également celles que l'on prétend tirer de l'autre maxime in toto pars continetur, bien qu'il soit vrai en lui-même, parce qu'on ne pourra jamais conclure logiquement de ce que je n'ai pas droit au tout, que je n'ai pas droit non plus à quelqu'une de ses parties : qu'on applique tant que l'on voudra la géométrie dans les sciences physiques ; mais en morale, la logique et la raison doivent prévaloir.

Ce n'est donc point par l'application de ces deux principes pars in toto ; non in parte totum qu'il faut chercher à résoudre les difficultés qui peuvent se présenter dans cette matière de l'identité de l'objet demandé, et le moyen de les résoudre semblait s'offrir tout naturellement. Il s'agit de savoir si la question que soulève un plaideur est oui ou non décidée par le jugement antérieur pour la même cause et entre les mêmes parties ou des parties pareillement situées ; — si le point qu'il veut débattre et discuter est une chose déjà jugée, ou si le premier jugement laisse ce point indécis. Pour cela que faut-il faire ? Prendre la proposition établie par le précédent jugement et rapprocher d'elle celle qui exprime la prétention que le plaideur veut faire juger. Si cette seconde prétention, rapprochée de la première, ne la contredit pas et peut exister avec elle, c'est donc que le point en question n'était pas décidé. Si au contraire les deux

propositions se contredisent et se trouvent incompatibles, c'est que la seconde prétention était déjà jugée implicitement. Ainsi j'ai succombé dans ma demande en revendication de tel immeuble ; puis-je maintenant m'en prétendre propriétaire pour une fraction divisée ou indivise, un cinquième par exemple ? . . . appliquons notre règle. Il est jugé que je ne suis pas propriétaire exclusif de tout l'immeuble, et je veux faire juger que je suis propriétaire divis ou indivis de cet immeuble pour un cinquième ; ces deux propositions sont parfaitement d'accord entre elles ; on peut admettre la seconde sans contredire en rien la première. Il n'y a donc pas chose jugée, et ma demande est admissible ; arrêt conforme de la Cour de Cassation du 14 février 1831. — Il en sera de même si le premier jugement décide que je n'ai pas un droit de co-proprieté indivise sur tout l'immeuble, et que je revuile faire décider que je suis propriétaire exclusif de telle portion de l'immeuble ; ou réciproquement, si le premier jugement me dénie la propriété exclusive et divisée d'une portion, je réclame une propriété indivise. Si je ne demandais dans le premier jugement qu'une portion divisée ou indivise de l'immeuble, pourrais-je demander l'immeuble entier ? Non, car il est jugé que je n'ai pas même cette part que j'ai d'abord demandée, et je voudrais faire juger que j'ai cette part avec le reste, en sorte que non seulement je ne ferais aucune attention à la logique qui décide contre moi par une argumentation a fortiori, mais je demanderais une sentence qui serait la négation de la première ; mais je pourrais très bien, après avoir laissé juger que je n'ai pas telle portion déterminée, demander au lieu de l'immeuble entier les autres portions sur lesquelles on n'a pas prononcé, car il est clair que dans ce cas, les deux demandes portent sur des objets distincts.

Maintenant, si sur ma première demande de £20,000 il a été jugé que vous ne me devez rien, il est clair que je ne puis rien vous demander ; mais s'il a été jugé seulement que vous ne me devez pas £20,000, je puis demander à faire juger que vous m'en devez 10,000 : tandis que s'il a été jugé que vous ne me devez pas £10,000, je ne puis pas logiquement demander à faire juger que vous m'en devez 20,000 pour la même cause.

De même enfin quand il est jugé que je n'ai pas le droit de passer à pieds et en voiture je puis demander le droit de passer à pieds seulement ou en voiture seulement, *viam sine itinere*, car bien que le droit de passer en voiture, *via*, comme aussi celui de passer pour conduire des bestiaux, *actus*, contienne ordinairement le droit de passer à pieds, *iter*, il peut quelquefois ne le pas contenir et exister seul. Vous pouvez avoir le droit de voiturer à travers mon enclos pour entrer vos récoltes, ou d'y passer pour mener paître vos bestiaux, sans avoir pour cela droit d'y passer pour vaquer à vos affaires ou même pour vous promener. Il en était certainement ainsi à Rome comme ailleurs, et si *via*, comme aussi *actus*, comprenait ordinairement *iter*, elle ne le comprenait pas nécessairement.

Cela posé, si le premier jugement vous refuse *viam* et *iter* expressément, vous n'avez plus rien à demander ; et si le premier jugement vous refuse *iter*, vous ne pouvez plus demander *viam cum itinere* ; car il y a contradiction entre les deux propositions ; mais vous pouvez demander *viam sine itinere* en certains cas.

Disons en résumé que si celui qu'on a jugé n'avoir droit à aucune partie du tout n'en peut plus rien réclamer, celui qu'on a seulement jugé n'avoir pas droit au tout, peut fort bien réclamer une partie, et réciproquement, que celui qu'on a jugé n'avoir pas droit à telle partie du tout, peut réclamer les autres parties, quoique non pas le tout intégralement avec cette partie. Cette doctrine est si claire qu'un homme sans éducation, mais qui possède le gros bon sens, serait étonné qu'on en ait professé une autre, et le fait que c'est l'immortel Toullier, qui a renouvelé la doctrine que l'on combat ici, peut faire voir dans quelles erreurs les subtilités légales peuvent jeter les plus grands génies.

Mais les jurisconsultes Romains auraient-ils admis toutes les conséquences déduites par Toullier dans les exemples qu'il rapporte ?... Nous en doutons ; et le collaborateur de la Revue de Wollowski en aurait douté comme nous, s'il était tombé sur le passage du livre du Digeste qu'il a cité : *Quum quæritur an hæc exceptio noccat, nec ne, inspiciendum est an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, eadem causa pretendi et eadem conditio personarum, quæ nisi omnia concurrant, alia res est.*

Nonobstant la règle le plus contient le moins, quelqu'un qui a succombé dans l'action pour le plus peut-être admissible dans l'action pour le moins ; ainsi, par exemple, un jugement déjà rendu, qui rejette une action intentée pour obtenir le droit d'un grand chemin sur le terrain d'autrui, n'empêche pas qu'on agisse pour obtenir un droit de passage sur ce même terrain, dit M. Olivier, dans ses Principes du Droit Civil Romain.

Sur l'identité de la cause, dit un autre collaborateur de la Revue de Législation, le point de savoir ce qu'il faut entendre par cause d'une demande, point assez délicat en lui-même déjà, est devenu beaucoup plus difficile encore par les singulières expli-

cations des interprètes. Les uns, comme Bornier et Poujol, ont trop confondu la cause avec les moyens, et d'autres par une aberration étrange, ont été jusqu'à la confondre avec l'objet."

Mais ne voit-on pas clairement par ces mots que nous avons cités au eadem causa petendi ce que les Romains entendaient par la cause?... Bornier et Poujol ne les ont-ils pas suivis, et le collaborateur lui-même ne revient-ils pas à leur avis dans l'alinéa qui suit :

" Cette dernière et lourde erreur (la confusion de la cause avec l'objet) est bien simple à éviter, puisque l'objet de la demande, c'est ce à quoi tend le demandeur, c'est la chose qu'il veut obtenir, tandis que la cause de cette demande, c'est le fondement sur lequel il s'appuie pour demander cette chose ; en sorte que l'on distingue facilement l'objet d'avec la cause par la réponse aux deux questions : Qu'est-ce que demande le réclamant?... Sur quoi se fonde-t-il pour le réclamer ? "

Il est si vrai que le collaborateur semble revenir à la traduction qu'il critique, qu'il ajoute :

" Mais s'il est simple de distinguer l'objet d'avec la cause, il est un peu moins facile de distinguer les moyens d'avec la cause."

Il paraît néanmoins, d'après ce jurisconsulte, qu'on peut établir quelque distinction, et qu'on doit appeler spécialement cause causam proximam actionis des Romains, celui des fondemens de la demande que l'ordre naturel des idées appelle le premier, tandis que l'on doit conserver le non générique de moyens aux causes plus éloignées. Ce n'est pas, avoue-t-on, que la différence soit bien réelle. De même que l'on a dit fort exactement en physique, pour faire comprendre en quoi le nuage et le brouillard diffèrent et se ressemblent, qu'on appelle nuage le brouillard dans lequel on n'est pas, et brouillard le nuage dans lequel on est, de même on peut appeler cause le moyen qui motive immédiatement la prétention, et moyens les causes plus éloignées.

Ainsi, en trois actions en nullité intentées l'une pour erreur, l'autre pour violence et la troisième pour dol, le fondement immédiat se trouvant toujours dans l'insuffisance du consentement, insuffisance qui découle ici de l'erreur, là de la violence, et dans le troisième cas, du dol, il s'en suit que les trois actions ont une même cause et qu'elles ne diffèrent que par les moyens.

VI.—L'obligation cesse aussi en règle générale par l'extinction de la chose due, quand c'est un objet certain et déterminé.

Mais il y a trois exceptions :

1o. Si le débiteur est dans un retard coupable.

2o. Si l'objet a péri par sa négligence.

3o. S'il avait pris sur lui les cas fortuits.

On a dit, si c'est un objet certain et déterminé, car on sent, par exemple, que si l'on a promis un cheval indé-

terminément, on sera tenu tant qu'il y aura des chevaux : *genus non perit* ; tandis que si l'on a promis un cheval désigné, on est libéré s'il meurt.

VII.—Les obligations passent en général aux héritiers et successeurs, et ainsi, ne cessent point par la mort du créancier ou du débiteur ;—il n'y a d'exceptions que pour les obligations, dettes ou créances purement personnelles telles que la rente viagère.

VIII.—Enfin, les obligations prennent fin de la même manière qu'elles originent. *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*, dit le jurisconsulte Paulus ; et Ulpien :—*Nil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est : ideo verborum obligatio veris tollitur*. C'est pour cela que quelques vieux auteurs, entr'autres Delhommeau, mentionnent les dictrats par opposition aux contrats. Les contrats (onéreux), dit le même auteur, contiennent trois choses essentielles, le consentement, la chose et le prix : lesquelles trois choses concourent en leur dissolution ; savoir, le consentement *utriusque partis*, la restitution de la chose, et la reddition du prix.—Pourquoi faut-il, le cas de faute excepté, le consentement réciproque ?—Parce que, comme l'observe encore le bon Delhommeau, si les contrats sont au commencement volontaires, ils deviennent, après qu'ils sont passés, nécessaires : *Contractus ab initio sunt voluntatis, et ex post facto necessitatis*. (\*)

(\*) Maximes du Droit Français.

# DES CONTRATS EN PARTICULIER

OU

## SECTION CINQUIÈME DU TRAITÉ DES OBLIGATIONS.

---

### §. 1. De La Promesse

Par promesse, on entend en droit, l'obligation formelle que l'on contracte de donner ou faire quelque chose dans un temps déterminé. *Aliae consistunt in dando ; aliae consistunt in faciendo*

La promesse de faire est bien différente de celle de donner. Celui qui a promis de donner quelque chose peut y être contraint ; *qui promisit se daturum aliquid, si non det, manu militari capi potest* disait le droit romain.

Il n'en est pas de même de la promesse de faire ; *nemo precise ad faciendum cogi potest, ne naturalis hominum libertas infringatur*. La promesse de faire non exécutée, se convertit donc en dommages et intérêts.

La promesse peut être un contrat onéreux comme un contrat gratuit. La promesse gratuite est la promesse de donner ou faire quelque chose pour l'utilité de quelqu'un, sans imposer aucune charge à celui à qui elle est faite.

La promesse onéreuse est celle où les parties s'obligent réciproquement, comme la promesse de vente par le vendeur, et d'achat, par l'acheteur.

La promesse gratuite doit être faite librement et spontanément, parcequ'il est de principe que les contrats gratuits ont besoin de la plus grande liberté.

Il faut que celui à qui l'on promet accepte : sans cela il y aurait bien promesse, selon le vocabulaire ; il y aurait même la *pollicitation des Romains*, mais dans notre droit il n'y aurait pas contrat ou obligation.

Notre contrat de promesse est un contrat consensuel qui trouve sa perfection par le consentement de celui qui offre et de celui qui accepte.

Il y a des promesses verbales et des promesses par écrit, soit sous seing privé, soit authentiques.

Il a été jugé dans la Cour du Banc de la Reine le 18 juin 1859, qu'une promesse de vente, suivie de possession, est équivalente à une vente absolue, et qu'une créance hypothécaire contre le vendeur, créée subséquemment à cette promesse, est de nul effet quant à la propriété offerte.

Mais ce jugement ne va pas assez loin. Il est de principe absolu du droit romain et du droit français tant nouveau qu'ancien, que promesse par écrit de vente, de location et même de passer une lettre de change, équivale au contrat même de vente, location &, indépendamment de l'exécution, pourvu que les élémens nécessaires se rencontrent, par exemple dans la promesse de vente, *res, pretium et consensus*. En disant suivie de possession, c'est quasi comme si la Cour du Banc de la Reine disait que promesse de vente ne vaut pas vente, et la cause de l'erreur du tribunal se trouve dans ce que la jurisprudence des cours de ce pays ne se met pas en quête de la nature du contrat de vente et mêle sans cesse le droit romain, le droit français et le droit anglais, d'où naît une étrange confusion d'idées.

On a dit que la promesse devait être par écrit, parce que, bien que la promesse, comme simple promesse dont l'objet ne dépasse pas cent francs puisse être prouvée par témoins ou par serment, Papon ( ) nous apprend qu'il faut que la promesse soit par écrit pour qu'elle équivale à une vente ou à une location.

Ainsi la promesse en général, produit une action civile, quand elle a été faite devant témoins ou devant notaires, ou qu'il y a eu un écrit signé ou tout autre instrument de la promesse.

L'obligation de la promesse cesse par la renonciation de la personne intéressée, si l'accomplissement lui devient nuisible, ou s'il est impossible à celui qui s'est obligé par promesse. Si l'accomplissement devient seulement inutile, ou si le motif de la promesse cesse, il faut peser les circonstances pour décider.

## §. 2. De l'Echange

L'échange a été la première convention usitée parmi les hommes avant qu'ils ne connussent la monnaie.

C'est un contrat commutatif par lequel une chose est donnée pour une autre *qui n'est point de l'argent*, en quoi il diffère surtout de la vente; mais bien que la vente et l'échange suivent en général les mêmes règles, il y a d'autres différences.

Et d'abord, la vente est un contrat consensuel, tandis que l'échange est plutôt un contrat réel. (†) En effet si l'une des parties n'exécute pas le contrat d'échange, l'autre a le droit de redemander sa chose, et le contrat est au néant; tandis que, dans le contrat de vente, l'obligation se trouve parfaite par le seul consentement des parties sur la chose et sur le prix, et que, si le vendeur ne livre pas au temps dit, le contrat n'est pas moins valide et l'acheteur ne peut ordinairement que demander l'exécution.

De même encore, dans le contrat d'échange, non seulement la partie lésée peut se faire restituer pour lésion d'outre-moitié, comme dans la vente; mais comme dit Denizart, ( ) la partie lésée par un échange peut contraindre l'autre à lui rendre l'héritage échangé, au lieu que, s'il s'agit d'une vente, la partie lésée d'outre-moitié entre majeurs, ne peut contraindre l'acquéreur à lui rendre l'héritage, s'il offre de suppléer jusque à concurrence de la valeur." Echange  
no. 4.

Voici de plus un effet du contrat d'échange qui est étranger à celui de vente: *l'héritage échangé participe de la nature de l'héritage contréchangé*, dit Loysel, car, comme l'ajoutent les conférences Théologiques de Montréal, il n'y a point à vrai dire une aliénation, mais subrogation d'un immeuble à un autre, qui est ordinairement de même valeur et qui doit suivre la même loi que celui dont il tient la place, d'où naît la maxime *subrogatum capit naturam subrogati*. (†)

On infère de cet axiome, que si l'immeuble échangé par un particulier lui est propre, celui qu'il reçoit en contre-échange est également propre à lui et dans sa succession.

---

1 (\*) *Nec solo consensu perficitur, nisi re secuta* dit le Code Justinien

2 [\*] *Subrogata res assumat qualitates et conditiones illius in cuius locum subrogatur.* (Féreginus, De Fideicommissis.

Il faut excepter avec Denizart les qualités de noble et de roturier qui ne pouvaient se perdre ni se communiquer par la voie de l'échange.

En échange, il n'y avait pas lieu au retrait, à moins qu'il n'y eût soultte, c'est-à-dire qu'un des héritages valût plus que l'autre et qu'il eût fallu donner du retour.

Enfin, dans le contrat de vente, il n'y a que le vendeur qui soit garant naturel, au lieu que, dans l'échange, les deux parties se garantissent réciproquement, en sorte que, si l'une est troublée dans la possession ou la propriété de l'héritage que lui a procuré l'échange, l'autre partie doit faire cesser le trouble ou rendre l'héritage qu'elle a reçu en contre-échange, dit Denizart ;

*Echange*  
no. 3. ou comme s'exprime Domat, (\*) si celui qui a pris une chose en échange, en est évincé, il tient lieu d'acheteur, et il a son recours pour la garantie ; et l'autre est tenu de l'éviction comme vendeur.

On appelle plus proprement échange celui des immeubles ; l'échange de meubles contre meuble s'appelle plutôt troc, traite &c.

### §. 3. Du Change.

Le change comprend la réduction des monnaies et la négociation des lettres de change et billets promissoires. Cette opération détermine la valeur comparative des cours monétaires des différens pays, et montre comment les dettes extérieures sont payées, et les remises faites d'un pays à un autre sans le risque, la peine ou le coût de l'argent en barres ou monnoyé.

Il y a donc deux sortes de change, celui où un débiteur cherche à acquérir des créances payables dans les lieux où il a à faire des payemens, pour éviter des envois de fonds ; et celui par lequel les *échangistes* ou changeur (brokers) trafiquent les monnaies de divers pays. Ce change s'appelle *change local* ou *change manuel*, et l'autre s'appelle proprement *opérations de change*.

Cette opération peut se réaliser de deux manières ; directement, si celui qui contracte l'engagement de faire trouver une somme dans un lieu autre que son domicile, s'oblige à effectuer lui-même ce paiement ; c'est ce qu'on nomme *change personnel*, qui s'opère par le moyen d'un engagement direct de celui qui promet de

payer une somme convenue dans le lieu qu'il désigne ; l'écrit s'appèle ordinairement billet ; (\*) indirectement, par l'entremise d'un tiers, à qui celui qui veut la somme dans un lieu, mande de la payer à la personne qu'il lui indique ; l'écrit s'appèle lettre de change.

Pardessus,  
Droit com-  
mercial,  
Vol. I  
No. 23.

Ainsi les lettres et billets sont les instrumens par le moyen des quels se réalisent les opérations de change.

Nous allons les étudier principalement d'après Nouguier, qui est l'auteur le plus concis et le plus lucide sur cette matière.

On peut définir la lettre de change, une lettre conçue en style concis, revêtue des formes prescrites par la loi, par la quelle on donne un mandat à un débiteur ou correspondant que l'on a dans un lieu autre que celui d'où on la tire, de compter à une personne désignée ou au porteur de son ordre (†) une somme d'argent cédée en échange de pareille valeur reçue en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière.

C'est un contrat mercantile dans le quel il intervient le plus souvent quatre personnes, savoir :

1o. Le tireur ou celui qui confectionne et fournit la lettre de change et la passe à celui qui lui donne la valeur, c'est-à-dire au preneur ou bénéficiaire.

2o. le preneur ou celui qui reçoit la lettre de change en paiement de valeur pareille fournie au tireur par lui, comme ci-dessus. ou par un tiers pour son compte.

3. Le tiré soit débiteur, soit correspondant du tireur, qui est chargé de payer la lettre au preneur ou bénéficiaire, ou à son ayant droit.

Si le tiré est débiteur du tireur, on donne à la lettre le nom particulier de traite. Ainsi on appelle traite la lettre tirée par un créancier sur son débiteur et donnée en paiement à un tiers.

Si le tiré a des fonds pour le paiement, ils s'appèlent *provision*.

---

[†] L'ordre est d'usage général, si on de nécessité absolue. Mais il n'y a pas de vraie lettre de change sans remise d'un lieu en un autre, quoiqu'un jugement de la Cour d'Appel du 9 juin 1849 suppose le contraire ; c'est ce qui résulte de l'article 4 du titre 34 de l'ordonnance de 1667, Dou les commentateurs déduisent la différence entre la lettre de change et la rescription.

40. le porteur, qui étant l'ayant droit du preneur ou bénéficiaire, doit recevoir le paiement du tiré, et peut lui-même transporter son droit. Il se fait beaucoup de paiemens mercantiles au moyen de lettres de change qui passent ainsi d'une main en une autre jusque à ce qu'elles soient dues.

C'est pourquoi la lettre de change doit être à ordre. Fût-elle rédigée avec toutes les autres formalités, si celle-la y manque, elle ne serait encore qu'un titre ordinaire en faveur du preneur : ce titre lui donnerait incontestablement le droit d'exiger le paiement ; mais il ne saurait le négocier par voie d'endossement,—la livrer à la circulation ; ce n'est que par l'ordre que la lettre de change acquiert la perfection qui la rend si utile (*Pardessus*.)

Maintenant, dit Nonguier, il peut intervenir d'autres personnes dans la lettre de change, et les mêmes personnes peuvent y intervenir sous d'autres noms. Ainsi ; on appelle :

10. Tireur pour compte, le tireur qui, en tirant la lettre, agit par ordre et pour le compte d'un tiers.

20. Donneur d'ordre, celui par ordre duquel est confectionnée la lettre qui n'est pas pour le compte du tireur.

30. Accepteur, le tiré qui accepte le mandat de payer la lettre.

40. Accepteur par intervention, par honneur et sous protêt celui qui, à défaut d'acceptation de la part du tiré, accepte pour faire honneur à la signature d'un débiteur.

50. Endosseur, le preneur ou bénéficiaire qui cède la lettre à un tiers par voie d'endossement ; ce tiers, lorsqu'il la transmet à un autre cessionnaire de la même manière, prend aussi le nom d'endosseur, et ainsi de suite jusque au cessionnaire qui se trouve propriétaire au jour de l'échéance, et qui s'appelle, comme nous l'avons dit, porteur.

Si la multiplicité des endossements dont la lettre a été l'objet, remplissait le dossier de la lettre en son entier, on y ajouterait une *allonge* pour recevoir les négociations ultérieures : cette allonge est censée ne faire qu'un tout avec la lettre. (\*)

60. Donneur de valeur, celui qui fournit au tireur la valeur de la lettre de change.

70. Domiciliaire, le tiers au domicile duquel la lettre est payable, quand le domicile indiqué pour le paiement est autre que celui du tiré.

80. Donneur d'aval, le tiers, qui, étranger à la lettre de change, se rend caution *solidaire* d'un ou de plusieurs des obligés.

L'aval peut être donné sur la lettre même dont il a pour objet d'assurer le paiement. Il arrive plus souvent que, pour ne point inspirer de défiance sur la solvabilité du tireur, de l'accepteur ou de l'endosseur d'une lettre de change, au lieu de faire donner l'aval sur le titre même, on se contente d'un écrit séparé, soit pour garantir spécialement cette lettre de change, soit pour garantir les lettres de change qu'une personne pourrait tirer en vertu d'un crédit ouvert. L'ordinaire, quand l'aval est fourni sur la lettre, est de faire précéder la signature du donneur d'aval des mots pour *aval*.

On a dit que la lettre tirée sur un débiteur s'appelait *traite*. On appelle ensuite *remise* la lettre de change fournie par le tireur à un bénéficiaire déjà son créancier et qui, par conséquent, ne lui donne point la valeur de la lettre.

Avant de nous engager dans d'autres détails à propos du contrat de change, il est important de bien considérer sa nature, à propos de laquelle Domat nous paraît être tombé dans plus d'une erreur. Et d'abord, pour ce qui est de sa prétention qu'il n'y a que deux personnes, essentielles dans la lettre de change, cela est à peine pratique. Ensuite, a-t-il raison de dire que le contrat de change n'est ni un échange ni une vente?... Ce n'est pas non plus un dépôt, dit-il, car quand l'argent périrait par un cas fortuit, celui qui l'a reçu en serait responsable, à la différence du dépositaire.

Nature du  
contrat de  
change.

Il a quelque ressemblance avec le loage, en ce qu'il il y a un droit à payer. Comme il y a quelque danger à se contenter d'une créance qui peut n'être pas payée avec exactitude, il en résulte une balance par suite de laquelle l'un paye ordinairement à l'autre un profit semblable au retour de l'échange de choses d'une valeur inégale. Ce profit qui, comme on le voit, n'a rien de commun avec l'intérêt de l'argent, se nomme *prix du change*, ou tout simplement *change* ou encore *commission*. Il prend naturellement un taux uniforme dans une même province : c'est ce qu'on nomme *cours de change*.

On dit que le change est *au pair* entre deux villes, quand, par exemple, on donne dans l'une mille piastres pour recevoir mille piastres dans l'autre ; on dit que le change est *pour cette ville*, quand les lettres payables dans cette ville gagnent un prix de change ; et au contraire, qu'il est *contre elle*, quand on offre une lettre payable dans cette ville, pour une somme au-dessous de celle que la lettre donnera droit de recevoir.

*L'escompte* n'est point également étranger à l'intérêt de l'argent. Si une lettre n'est payable qu'à un certain terme, l'accepteur obtient, selon le délai à courir et le taux de l'intérêt de l'argent dans le lieu où la lettre doit être acquittée, une diminution qui est *l'escompte*. La bonne foi, la solvabilité influent également en cette matière. Il y a *escompte* (discount des Anglais) sur tels billets de banque ou autres.

Pour revenir à la nature du contrat de change, s'il a quelque analogie avec le louage à cause de la commission, il en diffère en ce que l'argent n'est plus à celui qui l'a donné.

Denizart et Nonguier retrouvent le mandat dans le contrat de change. On peut objecter que s'il y a un mandat, c'est entre le tireur et l'accepteur, et que ce mandat ne regarde pas le preneur, d'où il paraît que Domat a du moins assez raison de dire que la convention de change a des caractères particuliers qui la distinguent de toutes celles qui pourraient y avoir rapport.

Il y a en effet dans le change une complication de transactions. "Quoique le contrat de change se compose de la combinaison de divers contrats, dit Pardessus, il n'en a pas moins sa nature particulière, qui ne permet pas de la confondre avec les autres, même avec ceux dont il est formé."

Le seul nom de contrat de change indique les rapports qu'on lui a reconnus avec l'échange, rapports qui existent en réalité, puisque du numéraire ou des marchandises sont donnés dans un lieu, contre une somme d'argent à recevoir dans un autre ; et par suite, on voit comment les principes sur la vente peuvent y être appliqués."

"Le contrat de mandat en fait une partie essentielle ; car puisqu'il est de l'essence du change que la somme cédée soit payable dans un autre lieu que celui où le

prix est compté, l'emploi d'un tiers, pour la délivrer, devient indispensable.”

A cela nous dirons que la convention entre celui qui a reçu l'argent et celui à qui il donne ordre de payer en un autre lieu est une acte de société, si ce sont des associés correspondans l'un de l'autre, ou une commission, si celui qui reçoit l'ordre de payer n'est que le commis ou l'agent.

La convention qui a lieu entre celui qui a donné l'argent (preneur) et celui à qui il donne son ordre pour le recevoir est un transport ou une procuration ; *prius*, s'il le met en sa place, et lui cède son droit (*porteur*) ; *posteriorius*, s'il lui donne seulement le pouvoir de recevoir pour lui.

*Corollaire.*—Donc 1o. dans les cas que la loi n'a pas prévus expressément, la convention entre le tireur et l'accepteur suit les règles du mandat qui peuvent s'y appliquer.

2o. Celle de celui qui a reçu l'argent ou tireur, et de celui qui reçoit l'avis ou l'ordre d'acquitter, étant correspondant ou commis, suit celles de la société ou de la commission.

3o. Celle de celui qui donne et celui à qui il donne son ordre pour recevoir, suit celles du transport ou de la procuration.

Pardessus dit aussi que le cautionnement entre pour une partie essentielle dans le contrat de change, parce que celui qui cède une somme par ce moyen, reste garant solidaire du paiement même après l'acceptation donnée par celui à qui il a donné ordre de payer.

Une lettre de change peut être tirée à vue ou à date, à un ou plusieurs jours, mois etc., de vue ou de date.

Quand elle est tirée à un mois de sa date, on dit qu'elle est tirée à usance, l'usance étant de 30 jours.

La lettre de change tirée à demande est payable à sa présentation, et la lettre de change à vue, trois jours après. ( )

† 12 Viet.  
chap. 22  
Sec. 5.

*Formules de lettres de change pour l'Intérieur et l'Extérieur.*

\$1000.

QUÉBEC, 3 juillet 1849.

A trente jours de cette date, payez à———ou ordre, mille piastres courant, pour valeur reçue.

Nom du tiré.

Signature.

Change pour £2000 sterling.

MONTREAL, 2 juillet 1859

A trente jours de vue de cette troisième de change (la première et la seconde de mêmes teneur et date n'étant pas payées) payez à———ou ordre, deux mille livre sterling, avec ou sans nouvel avis de ma part.

Nom du tiré.

Signature.

On a en effet pour ordinaire, de crainte d'accident ou de méprise, de tirer trois copies d'une lettre de change pour l'extérieur, et de les envoyer par différentes voies. On les nomme première, seconde, ou deuxième et troisième de change, et quand l'une d'elle a été payée, les deux autres deviennent nulles.

De droit commun une lettre de change payable au porteur est transportable par simple livraison sans endossement ; lequel n'est nécessaire (mais voyez la section deuxième de l'acte 12 Viet. chap. 22.) que pour la lettre payable à ordre.

L'endossement peut être spécial, en plein ou régulier, et en blanc ou irrégulier. L'endossement en blanc est appelé irrégulier parce qu'il n'était pas autrefois permis. Le statut de la 34ème George III ne le permettait encore qu'aux banquiers ; mais l'usage en a prévalu.

La signature ou seule apposition au dos du billet du nom de celui à qui la lettre ou le billet a été fait ou transporté une première fois, constitue l'endossement

en blanc. Après un endossement en blanc, la lettre ou billet est censé payable au porteur et peut être négociée par simple livraison aussi longtems que l'endossement continue d'être en blanc.

L'endossement en blanc peut en effet être rempli par le nom d'un individu quelconque et il devient alors spécial ; car l'endossement en plein spécifie le nom de la personne en faveur de qui il est fait : *payez à l'ordre de M.——*. Et le porteur d'une lettre en vertu d'un endossement régulier ne peut lui-même la transporter que par un endossement, mais en plein ou en blanc *ad libitum*.

Tout individu capable de faire des actes de commerce peut endosser une lettre de change, et tout endosseur aussi bien que l'accepteur devient garant du paiement et peut être poursuivi pour le montant.

Un exécuteur testamentaire, s'il négocie par endossement, la lettre dont le porteur est décédé, est responsable personnellement, et non comme exécuteur testamentaire.

Une lettre de change doit être acceptée à sa présentation ou au plus tard dans les vingt-quatre heures ; si alors elle n'est pas remise, acceptée ou non, celui qui l'a retenue est passible de dommages et intérêts envers le porteur.

L'acceptation ne peut pas être conditionnelle, mais elle peut être restreinte quant à la somme. (†) et alors elle doit être protestée pour le surplus.

Quand une lettre de change est présentée pour acceptation, la manière ordinaire d'accepter est d'écrire son nom en travers de la lettre avec le mot *accepté*.

Lorsque l'acceptation ou le paiement a été refusé, le porteur de la lettre doit en donner avis à toutes les personnes auxquelles il se propose de recourir pour être payé.

Le protêt régulier n'est point absolument nécessaire au porteur pour maintenir son droit d'action contre le tireur, mais il l'est dans tous les autres cas, et surtout pour les lettres étrangères : un notaire public se présente avec la lettre et demande acceptation ou paiement sui-

---

[\*] Il en est de même de Paval.

vant le cas, et s'il y a refus, il dresse un instrument appelé protêt, exprimant que l'acceptation ou le paiement a été refusé, et que le porteur a intention de recouvrer tous les dommages qu'il peut souffrir en conséquence.

Si le protêt est envoyé par la poste, et que le port ne soit pas payé, le protêt est nul.

Cet instrument est admis dans les pays étrangers comme preuve du fait.

Quand une lettre de change est protestée faute d'acceptation ou de paiement, et qu'il intervient un accepteur ou un payeur, (†) l'intervenant doit déclarer s'il

\* Denisart  
change,  
No. 16.

Napoléon.

J. J. 126,

177

intervient pour le tireur ou pour un endosseur. \*

L'intervenant qui paye est subrogé aux droits du porteur.

Si le paiement par intervention est fait pour le tireur, tous les endosseurs sont libérés, comme accessoires.

S'il est fait pour un endosseur, les endosseurs subséquens seulement sont libérés.

\* Le porteur a l'action solidaire contre l'accepteur et les tireur et endosseurs qui manquent de faire acquitter la lettre, dit Denisart (No. 16) ; ou, aux termes de l'article 140 du Code Napoléon, tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur.

Faute de paiement, il peut exercer son droit d'action ou individuellement contre le tireur et chacun des endosseurs, ou collectivement contre tous. \*\*

Chacun des endosseurs a les mêmes privilèges que le porteur à l'égard du tireur et des endosseurs qui le précèdent.

Du Re-  
change

Au change se rapportent le rechange et le billet à ordre.

Le rechange s'effectue par une retraite.

La retraite est une nouvelle lettre de change au moyen de laquelle le porteur se rembourse sur le tireur ou sur l'un des endosseurs du principal de la lettre protestée, de ses frais et du nouveau droit de change qu'il paye.

Par exemple, un marchand de Québec me fournit une lettre de change à vue, dont je lui paye le change sui-

[†] Une lettre de change peut être endossée en tout temps, même après que le jour de paiement est passé.

vant le cours, ayant besoin de sa lettre pour me procurer la somme en un lieu où le cours de l'argent n'est pas le même : J'arrive à ce lieu sur lequel elle est tirée, et son correspondant refuse de l'accepter ; ne pouvant me passer de la somme, je la prends d'un banquier, à qui je paie le rechange ou nouveau droit de change, et lui donne une lettre sur Québec. A mon retour, le marchand qui m'avait fourni la lettre que son correspondant a laissé protester, me doit restituer la somme principale, le change que je lui avais payé, les intérêts du jour du protêt, et le rechange.

Avant que d'aborder les billets promissoires, il n'est pas hors de propos de dire un mot de certains mandats appelés *rescriptions* quand ils sont tirés sur un particulier et *chèques*, quand c'est sur des banquiers.

Ce mandat participe de la nature de la lettre de change en ce qu'il concerne ordinairement trois personnes, qu'il est négociable, et qu'il peut être protesté pour non paiement.

Mais il en diffère en ce qu'il n'y a point de remise d'un lieu en un autre, ce caractère distinctif de la lettre de change.

De plus, la présentation pour acceptation, le protêt ou avis de protêt et autres diligences, la grâce ne sont prescrits ou accordés par nos statuts que pour les lettres et billets et non pour les mandats. Il n'y a point d'acceptation distincte du paiement. Cependant l'usage s'introduit parmi les négocians de protester les mandats comme les lettres, et il paraît que le protêt leur donne droit aux intérêts du jour de sa date, ainsi qu'aux frais du protêt. \*

Les mandats sont généralement payables au porteur, bien qu'il puissent aussi être à ordre et endossés soit en entier, soit en blanc. C'est surtout quand il y a des endosseurs que nos négocians n'oublie pas le protêt.

Guill. IV.  
chap. 14,  
Sec. 4 et  
13 et 14.  
Vict. chap  
23 Sec. 2.

Dans la coutume de Paris, on entend par un simple billet ou *cérûle* la reconnaissance sous seing privé d'une dette avec promesse de la payer ; mais ce n'est point là ce que nous entendons aujourd'hui proprement par *billet promissoire*, dénomination qui indique un billet de commerce ou de *valeur reçue*.

On distingue le billet au porteur, comme les billets de banques, le billet non négociable (†) ou payable à un individu en particulier, et le billet à ordre ou reconnaissance écrite d'une dette consistant en une somme d'argent avec promesse de la payer au créancier ou à son ordre pour valeur reçue. On distingue encore le billet payable à vue et le billet payable à demande.

Il y a plusieurs choses à considérer concernant le billet à ordre. Ce billet doit être fait à l'ordre de l'endosseur, et non à l'ordre de la personne à qui on le consent. L'endosseur est considéré comme caution du montant pour lequel le billet est consenti ; conséquemment, il est responsable du montant du billet, si celui qui l'a consenti fait défaut de le payer à l'échéance. Le possesseur en fera demande à l'échéance à la personne qui l'a souscrit, et si elle refuse d'en payer le montant, il le présentera à l'endosseur, et sur le refus de celui-ci, le billet sera protesté pour conserver l'endosseur.

Formule : A—de cette date je promets payer à l'ordre de——à la Banque——à Montréal, la somme de——courant, pour valeur reçue.

Signature

On voit assez que le billet promissoire est une obligation proprement dite, tandis que la lettre de change est un mandat.

Maintenant un billet de banque est un billet promissoire destiné à la circulation comme signe de l'argent, que l'établissement doit payer au porteur en monnaie courante à demande.

Les banques chartrées ou incorporées ont seules le pouvoir d'émettre des billets. \*

<sup>13 et 14</sup>  
*Vitt. chap*  
<sup>21</sup> Sec. 2. Le délai pour demander le paiement de ces billets n'est point limité, et ils peuvent circuler aussi longtemps que l'établissement qui les a émis ne cesse pas le paiement de ses billets en espèces. (Sec. 14.)

Il y a obligation pour toute banque de payer ses propres billets à présentation et en espèces, à défaut de quoi le porteur peut les protester faute de paiement. S'il le transmet avec une copie du protêt à l'Inspecteur-Géné-

[†] A moins d'un transport en règle.

ral ou ministre des finances, celui-ci notifiera la banque de payer son billet ainsi que les frais du protêt, ceux de la poste et l'intérêt de six par cent de la date du protêt dans les dix jours, et à défaut, il pourra fermer la banque par avis dans la Gazette Officielle (Sec. 17):

Le porteur de billets d'une banque lors de sa faillite, a un privilège spécial sur les effets et garanties de la dite banque avant même les créanciers hypothécaires.

Il ne nous reste plus à présent qu'à analyser les principales clauses de l'acte 12 Vict. chap. 22, et quelques statuts moins considérables.

La section deuxième se rapporte à la négociation des lettres et billets, et porte que tout billet promissoire fait payable, ou lettre de change tirée à l'ordre d'aucune personne ou à l'ordre du faiseur ou tireur, sera considéré comme négociable et sera transférable par endossement régulier ou en blanc ou par délivrance, et que le porteur de l'endossement en blanc aura le même droit d'action que si l'endossement eût été fait régulièrement.

Les sections quatrième et huitième regardent l'acceptation. La quatrième porte que l'acceptation ne lie pas si elle n'est écrite sur la lettre même.

Par la huitième, si celui sur qui on a tiré refuse d'accepter, le porteur peut protester pour non acceptation, et après qu'avis du dit protêt aura été signifié aux parties liées sur telle lettre, les obliger au paiement immédiat et les poursuivre pour le capital, frais et intérêts sans attendre l'échéance. Après tel avis de non acceptation ainsi donné aux parties, il ne sera pas nécessaire de présenter la lettre pour paiement, ou si la dite présentation est faite, de donner avis de non paiement.

Selon la section cinquième, la grâce n'est que de trois jours après la présentation, si la lettre et le billet sont payables à vue, ou de trois jours après l'échéance s'il en est autrement, et le troisième jour expire dans l'après-dinée. Par un amendement à ce statut, si le troisième jour est un dimanche ou un jour férié légal, au lieu d'expirer la veille, la grâce n'expire que le lendemain de la fête.

La grâce ne s'étend point au cas où la lettre ou billet sont payables à demande, car alors le porteur peut demander le paiement quand il veut et protester pour non paiement.

Et la section sixième ajoute que le non paiement d'aucune lettre ou billet à son échéance ou le dernier jour de grâce, quand même un protêt ne serait point alors fait, rend exigible *ipso facto* par le porteur, l'intérêt légal à dater du dernier jour de grâce, outre le capital.

Toute lettre ou billet est censé payable *ubis vis*, à moins que le lieu ne soit spécifié, comme par exemple à une banque.

Cette spécification du lieu est ce que le statut appelle *qualification* de la stipulation, et il porte en ce sens, que l'acceptation peut être ou générale ou qualifiée.

Si elle est qualifiée, l'accepteur et le faiseur ne sont pas tenus de payer si le paiement ne leur est demandé dans le lieu spécifié. *Si certo loco quis stipulatus sit, hac actione utendum erit*, disent les Pandectes.

Mais par la section quatrième de l'acte 13 et 14 Vict. chap. 23, les mots *et non autrement ni ailleurs* ne sont pas nécessaires pour que la stipulation soit qualifiée, pourvu que le lieu du paiement ait été spécifié.

Les sections 10, 11, 12, 13, 16, 17, et 18 règlent le protêt.

Un seule notaire sans témoins peut protester les lettres de change et les billets ; le juge à paix, assisté de deux témoins le peut aussi, selon la section vingtième, mais seulement à défaut de notaire.

Lorsqu'une lettre de change a été protestée pour non acceptation et quelle le sera ensuite pour non paiement, il suffira de mentionner dans le dernier protêt le nom du notaire qui a fait le protêt pour non acceptation et sa date.

On a trois jours pour signifier le protêt pour non paiement.

Celui pour non acceptation n'a pas besoin de l'être, pourvu que, s'il y a ensuite protêt pour non paiement, la notice comprenne celle du protêt précédent, ce qui sauvegardera les droits du porteur de même que s'il eût fait signifier d'abord le protêt pour non acceptation.

Une lettre ou billet peuvent être protestés à l'expiration de la matinée du troisième jour de grâce, après présentation pour paiement ; mais alors il n'y a que l'accepteur et le faiseur qui soient liés envers le porteur, les autres ne l'étant que si la présentation est faite dans l'après-dinée et notice à eux dûment donnée.

Le service du protêt peut se faire personnellement, à résidence ou au bureau des affaires, et en cas de mort à la dernière résidence, au dernier bureau, ou au bureau de poste le plus voisin.

On a la même latitude quand la lettre ou le billet sont faits payables *généralement* ou sans que le lieu soit spécifié.

Le lieu où la lettre ou le billet sont datés peut guider quand l'accepteur et le faiseur sont absents, ou qu'il n'ont aucune résidence ou bureau connus.

Le double du protêt du notaire ou la vraie copie certifiée de l'original de son greffe, fait preuve du fait dans les cours du Bas-Canada.

La section 28 veut que les protêt, notices, services soient conformes aux cédules annexées au statut.

La section vingt-septième porte que l'on continuera à suivre la loi française, quant au fond, et la loi anglaise quant la loi française se tait, (†) et que pour la preuve, on suivra la loi anglaise même entre personnes non marchandes, sauf l'emploi des interrogatoires sur faits et articles et des sermens décisive, judiciaire, supplétoire et *in litem*.

Cela révoque sans doute la clause de l'acte de la 35e. Geo. III, qui veut que la preuve de la signature se fasse par deux témoins.

Quand la souscription d'un billet ou d'une lettre est en initiales pour les noms de baptême, ces initiales suffisent, en vertu de la section 24, dans les procédures en justice.

La trentième section détermine le temps de la prescription, qui est de cinq ans depuis l'échéance tant pour l'extérieur que pour l'intérieur, au cas qu'il n'ait été fait aucun acte conservatoire durant cet espace de temps.

Cette prescription est une fin de non recevoir.

Elle ne doit point être appliquée aux mandats ou réscriptions, dont le statut ne parle pas. Comme le statut ne mentionne en outre que les lettres et billets promissoires comme actes de commerce même entre personnes non marchandes, il semble que les mandats entre telles

---

(\*) Voilà une disposition légale qui peut occasionner beaucoup de malentendus.

personnes ne soient prescriptibles que par 30 ans, et que si c'est entre marchands, ce doit être par six ans, conformément au statut 10 et 11 Victoria.

Les lettres tirées à l'étranger sur le Canada ou payables dans ses limites, sont soumises au statut 12 Vict. quant à la grâce, aux intérêts, aux protêts, aux notices et services.

Par l'acte 14 et 15 Vict. chap. 62, quand la période de la journée en laquelle a été faite le protêt n'est point mentionnée, il est censé avoir été fait dans l'après-dinée.

Le notaire peut se présenter aux banques pour demander le paiement même après les heures ordinaires de bureau des dites banques.

En vertu de la section 87ème du nouvel acte de judicature, toute souscription de lettres ou billets est censée vraie dans les causes *ex parte*, et jugement peut être rendu sans qu'il y ait besoin de faire la preuve.

Et cette souscription ou signature ne peut même être niée qu'en accompagnant cette dénégation d'un *affidavit*, sauf néanmoins le recours en faux après jugement.

Les dommages à recouvrer sur les lettres protestées sont fixés par l'acte 3 Guill. IV. chap. 14. Le taux est de dix par cent pour l'Europe, les Indes Occidentales, et autres parties de l'Amérique que les États-Unis ; et de quatre par cent pour les États-Unis et les colonies britanniques.

#### § 4.—*De a vente.*

*Si pecuniam dem ut rem accipiam, emptio et venditio* disent les Pandectes, ou Cujas : *emptio est conventio nuda qua id agitur ut rei tradendæ dominium in accipientem transeat, dato certo pretio.*

La vente en général est donc un contrat consensuel par lequel une personne donne une chose pour un prix en argent ou monnaie publique, ou la chose pour avoir le prix.

Toutes sortes de personnes peuvent vendre et acheter, à moins qu'il n'y ait en elles quelque inaptitude naturelle ou incapacité civile, ou que la chose vendue ne soit point dans le commerce, ou qu'il y ait quelque autre vice dans la vente.\*

Les tuteurs, curateurs et autres administrateurs n peuvent rien acheter des droits des mineurs ou autres personnes qui sont sous leurs soins, ni par eux mêmes, ni par personnes interposées.

Mais Domat dit [\*] que les procureurs constitués et ceux qui font les affaires des autres, peuvent se rendre acquéreurs des biens de ceux pour qui ils gèrent, pourvu qu'ils achètent directement d'eux.

Un bien substitué ne peut être vendu tant que dure la substitution.

Le fonds dotal ne peut être vendu sans le consentement de la femme, selon la loi unique *de re uxoria*, au Code, qui revient sur la loi *Julia*, par laquelle il ne pouvait l'être même avec son consentement.

Il faut se garder ici de confondre, comme l'ont fait quelques auteurs, la dot, que la femme peut apporter avec le douaire que le mari doit à la femme.

L'ordonnance des bureaux d'hypothèques, depuis 1841 veut que le douaire soit légal ou coutumier, soit préfix ou les biens qui y sont sujets, puisse être aliéné, mais non pas par le mari du simple consentement de sa femme ; ce doit être par les deux époux conjointement, la femme parlant pour elle-même à l'acte.

La prohibition du droit romain de vendre les choses litigieuses, quoique très sage, n'a point passé dans notre droit, et la punition imposée par les statuts pénaux d'Angleterre pour l'offense de faire métier d'acheter des procès, *champerty*, n'est point appliquée dans ce pays.

On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, c'est-à-dire qu'on ne peut vendre ses droits héréditaires suivant l'ancien droit ; à plus forte raison ne peut-on pas le faire dans l'état présent de notre législation, qui met facilement de côté les héritiers légitimes en sorte qu'ils ne peuvent guères dire qu'ils ont des droits héréditaires avant l'événement, c'est-à-dire avant que leurs parents ne soient morts intestats.

Mais on peut vendre et céder ses droits dans tout ou partie de la succession d'une personne décédée.

Comme tous les contrats synallagmatiques, la vente produit des obligations de part et d'autre et deux actions *directe et contraire*, pour s'obliger réciproquement à remplir les engagements du contrat. (\*)

---

[\*] *Emptoris ac venditoris conditio par esse debet* (Averanius *interpretationum juris libri quinque*.)

De la part du vendeur, le premier engagement est la prestation ou tradition de l'objet vendu.

De cette obligation en résultent deux autres, la première de garder la chose jusqu'à la délivrance ; secondement, à moins de stipulation au contraire, la garantie, consistant à faire cesser toute recherche de la part de quiconque prétendrait à la propriété de la chose vendue ou à quelque autre droit qui troublerait l'acheteur dans sa jouissance.

Cependant quant à la tradition, la tradition réelle n'est pas absolument nécessaire, et la tradition légale ou feinte est suffisante.

La tradition des immeubles se fait par le vendeur, dit Domat, lorsqu'il en laisse la possession libre à l'acheteur s'en abstenant lui même, ou par la délivrance des titres, s'il y en a, ou par celle des clefs.

La réserve de l'usufruit emporte avec soi la tradition.

Quand l'objet ne peut se transporter ou que l'acheteur a déjà l'objet à un autre titre, comme d'emprunt ou de dépôt, il est certain que le consentement fait tout et qu'il n'y a point lieu à tradition, du moins réelle.

Une des raisons pour lesquelles la tradition réelle des immeubles n'est pas absolument nécessaire pour parfaire la vente (indépendamment du cas où la chose est déjà en la possession de l'acheteur à un autre titre) c'est que la coutume de Paris n'est point une coutume de saisine et de dissaisine, comme quelques unes, où il fallait que le vendeur ensaisinât ou installât l'acheteur, et dans lesquelles la saisine était aux biens roturiers ce que l'investiture était pour les biens nobles. On a dit dans la division des contrats en donnant des exemples de contrats consensuels, qu'il y avait en pratique quelque difficulté pour la vente, et en effet, plusieurs de nos magistrats, Sir James Stuart, le juge Van Felson, en exigeant qu'il y eût un commencement d'exécution, l'ont traitée comme si elle était un contrat réel, — *re contraheretur* ; mais ils étaient dans l'erreur. *Emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit*, disent les Institutes de Gaius (\*) Le juge Panet se confor-

---

(\*) *Pretium autem certum esse debet. Alioquin, si ita inter eos convenerit ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo ne gavit ullam vim hoc negotium habere: quam sententiam et Cassius probat.*

inaît à l'enseignement du droit sur cette matière. C'est précisément par ce que la vente est un contrat consensuel, que promesse de vente vaut vente.

Le premier effet de la tradition, réelle ou légale, est, dit Domat, que, *si le vendeur est réellement le maître de la chose vendue*, l'acheteur en devient pleinement le maître avec droit d'en jouir, user et disposer en payant le prix ou donnant au vendeur une sûreté, si ce n'est qu'il se contente de la simple obligation ou promesse de l'acheteur, et c'est parfaire la vente.

On a souvent mis en question si l'on ne pouvait pas vendre la chose d'autrui, et parceque le droit romain dit que oui, Pothier et M. Olivier l'ont répété, sans faire attention que ce oui veut aussi bien dire non.

En effet, pour qu'il y ait véritablement le contrat appelé par les Romains *emptio et venditio*, suffit-il que l'acheteur de bonne foi ait l'action en garantie contre le vendeur de mauvaise foi, qui devra l'indemniser s'il ne peut lui procurer la chose?... est-ce assez, sans acquérir le domaine, que l'acheteur de bonne foi puisse le prescrire, et cette prescription même, qui court en sa faveur, ne prouve-t-elle pas assez qu'il n'y a point de véritable vente ?

Ne faudrait-il pas enfin que le vendeur eût contre l'acheteur (auquel ont vent bien concéder *l'actio empti*) (†) l'action *venditi*. Or n'est-il pas constant que le vendeur de mauvaise foi ne l'a point.

Quoi qu'il en soit, peut-on parler sérieusement d'achat, de vente, sans translation de domaine ?

“ On peut vendre les choses d'autrui, dit Olivier, (\*) \* Principes du droit Civil Romain. soit que le vendeur sache, soit qu'il ignore que ce qu'il vend ne lui appartient pas. En vertu de ce contrat, le vendeur est obligé envers l'acheteur de lui remettre la chose vendue, en la rachetant du vrai propriétaire, ou de lui en remettre une pareille, ou de l'indemniser de ce qu'il pourra perdre par l'éviction ou réclamation du vrai maître de la chose. Mais la vente de la chose

[†] *Ex venditione invalida datur actio ex empto* (Averanius.)

d'autrui ne nuit point au propriétaire, qui a le droit d'empêcher que cette vente ait son effet."

*Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*, dit le jurisconsulte Pomponius.

Aussi Domat n'est point tombé dans le piège ; et Dantoine, sur cette règle de Pomponius précisément, pense que la maxime du droit *res aliena vendi potest*, ne peut s'entendre que de la prescription qui peut suivre de ce titre coloré pour l'acheteur de bonne foi.

Qui appellera-t-on acheteur de bonne foi ? — *Bonæ fidei emptor esse videtur qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem, aut tutorem esse*, dit Modestinus.

L'acheteur de bonne foi de la chose qui n'appartient pas au vendeur, continue Domat, possède, jouit et fait les fruits siens, sans danger d'être obligé de compenser ce qu'il a consommé lorsque le maître est reconnu.

La prescription court en sa faveur, c'est-à-dire qu'il prescrit la propriété incommutable par dix ans, si le propriétaire est présent, et par vingt ans, s'il est absent.

Or, si la vente de la chose d'autrui était un titre véritable ; l'acheteur n'aurait pas besoin d'invoquer la prescription. (†)

Quoique la tradition réelle ne soit point nécessaire pour parfaire la vente, si deux acheteurs ont acheté d'un même vendeur, celui qui est mis le premier en possession doit être préféré : *melior est conditio possidentis*.

La tradition se doit faire au temps marqué par le contrat, et si le temps n'est pas exprimé, au plus tôt.

On appelle en droit, vente avec pacte commissaire celle où il y a clause de résolution du contrat si le prix n'est point payé au temps dit. Ce pacte est désigné par la loi *commissoria*.

La promesse qui intervient de payer dans un certain temps une somme ou autre chose déjà due, mais dont le terme de paiement n'était point encore fixé, s'appelle *pactum constitutæ pecuniæ*.

La tradition se doit aussi faire au lieu convenu ; mais s'il n'y a rien d'exprimé, la chose est ordinairement li-

---

[\*] Aussitôt que le temps requis pour prescrire est expiré, dit Dantoine, le possesseur de bonne foi acquiert en vertu de sa possession la propriété qu'il n'avait pas en vertu de son titre, pou avoir acquis *a non domino*.

vrable où elle est et, comme dit Pothier, c'est à l'acheteur à l'aller prendre.

On ajoute, à moins qu'il n'y ait lieu de juger que telle n'a pas été l'intention des parties, et en effet l'usage fait beaucoup; celui de livrer chez l'acheteur a paru prévaloir.

Si le vendeur est en demeure de livrer, et qu'il refuse de le faire, il est tenu des dommages et intérêts selon le tort causé par le retard, eu égard à l'état des choses et aux circonstances.

Le vendeur ni l'acheteur ne sont naturellement tenus des cas fortuits; mais ils le sont l'un ou l'autre eu égard à la manière dont la convention a été faite, et l'on doit considérer, avant de décider, si ça été à l'acheteur d'aller prendre, ou au vendeur d'envoyer.

Le vendeur n'est point tenu de livrer en péril de perdre le prix, ni l'acheteur de payer en péril d'éviction. C'est une preuve de plus que la vente de la chose d'autrui n'est point une véritable vente.

Le vendeur doit montrer ses titres, *instrumenta fundi*, et les aboutissans, *finis ostendere*. Jugé en Cour Supérieure le 9 janvier 1858, que des titres de propriété qui n'en indiquent pas l'étendue ne peuvent déterminer les limites dans lesquelles on a fait des actes de possession, mais que tels titres mettent le possesseur supposé de telle propriété dans la même position que s'il n'avait pas de titre du tout. Ce jugement proscriit-il les expressions usuelles *sans garantie de mesure précise*?... ce serait peut-être aller trop loin. *Identitas fundorum, per confines demonstratur*, dit Averanius.

Celui qui, en aliénant, cache une servitude, en est lui-même tenu, ou aux dommages. S'il l'a ignorée, il n'est pas moins tenu de diminuer le prix.

L'acheteur est engagé 1o, à ne point acheter à vil prix.

2o. A payer au temps fixé et dans le lieu indiqué par la convention.

3o. Si l'acheteur ne paye pas, l'acheteur pourra demander en justice la résolution de la vente; mais le magistrat peut accorder un délai pour payer, même dans le cas où il y aurait clause commissaire. (\*)

4o. Il doit en trois cas l'intérêt du prix. D'abord s'il a été stipulé; en second lieu, en vertu de la sentence du

*Le vendeur*

*Des engage-  
mens de  
l'acheteur*

*Domat  
Sec. 3,  
No. 8*

jugé qui intervient, lorsqu'il n'a pas payé à terme ; en troisième lieu, par la nature de la chose vendue, *interesse ex natura rei*, si elle produit des fruits ou revenus, tels une maison, un champ, dans le cas où l'acheteur est en retard.

Domat.  
No. 12.

50. Il est tenu de prendre soin de l'objet dans le cas où il peut arriver que la vente soit résolue, comme s'il y a clause de réméré, et cela sous peine de dommages. (\*)

Du trouble  
et de  
l'éviction.

On appelle trouble la diminution du droit de l'acheteur par le droit d'un tiers dans le domaine utile, comme la prétention à une servitude, à l'usufruit, à une rente foncière.

L'éviction est la perte que souffre l'acheteur de tout ou de partie de la chose vendue à cause du droit d'un tiers dans la propriété ou co-propriété (*Voir de plus la matière de la garantie au titre de la procédure.*)

De la dis-  
solution  
de la  
vente.

La vente peut se résoudre à cause de la vilité du prix, des vices de l'objet, par l'éviction si le vendeur ne peut remettre l'acheteur en possession, par l'arrivée de la condition résolutoire, par la rescision qu'obtiendraient les créanciers d'une vente faite en fraude de leurs droits ; enfin par le consentement mutuel du vendeur et de l'acheteur.

Nous ne croyons pas devoir mettre, comme fait Domat, l'erreur parmi les causes de résolution de la vente, par ce que dans le cas d'erreur, il n'y a pas de vente du tout, l'erreur tombant *ex hypothesi* sur la substance comme objet du contrat : *quoties in corpore vel materia erratur, nulla venditio est* disent les Pandectes, car il faut bien distinguer la nullité de la rescindibilité.

Mais on peut avec plus de raison mettre le dol parmi les causes de rescision.

On appelle proprement redhibition la résolution de la vente à cause des vices de la chose, quand ils sont assez notables pour obliger le vendeur à la reprendre, et l'on appelle redhibitoire l'action de l'acheteur : *redhibitio quasi redditio est.*

Domat  
Sec. XI.  
Nos. 2 et 3

Le vendeur est donc tenu de déclarer à l'acheteur les défauts qui rendent l'objet inutile ou notoirement moins bon. (\*)

Il n'importe point qu'il ait lui-même ignoré le défaut, car il ne doit pas profiter de la valeur fictive de la chose

vendue, c'est-à-dire de ce qu'il lui a attribué une valeur qu'elle n'avait pas en effet.

Mais la vente, dans ce cas et dans tous les autres invariablement, sera-t-elle mise au néant?—Non, il faut distinguer avec Cujas deux actions, l'action redhibitoire proprement dite, qui fait résoudre la vente, et l'action estimatoire (*astimatoria*) qui tend à faire réduire le prix, tandis que la redhibition doit remettre le vendeur et l'acheteur dans le même état que s'il n'avaient point contracté.

Le vendeur doit donc rendre le prix avec dommages et intérêts, et l'acheteur l'objet avec ses fruits et profits. Mais si la chose a subi des déchets après la vente et avant la redhibition sans la faute de l'acheteur, c'est le vendeur qui en souffre.

L'acheteur ne peut se plaindre des vices qu'il a dû voir, ou qu'il a pu prévoir.

Domat nous avertit que la clause "comme il se comporte ; ainsi que le vendeur en a joui" que les notaires insèrent souvent dans leurs actes, n'exempte point le vendeur de la garantie des servitudes cachées et des charges inconnues, comme d'une rente foncière.

Le délai pour exercer l'action redhibitoire ne compte que du temps où l'acheteur a découvert, ou dû découvrir les vices de la chose.

Ce terme est selon le droit romain, de six mois pour l'action redhibitoire, et d'un an pour l'action estimatoire. Il ajoute que celui qui n'ayant pas intenté l'action redhibitoire dans les six mois, voit son action infirmée par une exception, peut intenter l'action estimatoire dans les autres six mois pour la diminution du prix. Mais, quand la vente est d'une nature commerciale, le statut des *Limitations* d'actions (10 et 11 V.) doit sans doute être appliqué, et le droit d'action devra alors durer six ans.

L'action redhibitoire passe aux héritiers, pourvu qu'ils soient tous consentans à l'exercer, et s'intente également contre les héritiers.

On ne peut demander la redhibition d'une vente faite en justice, car l'autorité vend la chose telle qu'elle est.

Quelle que soit la cause de la résolution d'une vente, si elle est contestée par l'acheteur ou autre étant à ses droits ou en possession, le vendeur ne saurait reprendre sa chose que par autorité de justice, selon les lois pre-

mière et deuxième *uti possidetis*, conformes à nos usages.

L'action hypothécaire résout la vente si l'hypothèque n'est pas acquittée.

De quel-  
ques ven-  
des spé-  
ciales

La vente à *rémeré* est celle dans laquelle le vendeur se réserve le droit de racheter la chose vendue, en rendant le prix ou au moins une partie, payant les honoraires du notaire, remboursant les droits qui peuvent avoir été payés et les dépenses nécessaires ou même utiles faites pour conserver et améliorer la chose, qui lui revient libre de toute autre charge ; et si elle a été détériorée par la négligence même légère de l'acheteur, il a droit d'être indemnisé.

Le droit de rachat, réservé dans l'acte de vente même, exemptait de payer de nouveau au seigneur les lods et ventes. Dans ce cas, les biens propres avant la vente, retournent aussi propres au vendeur originaire.

Si au contraire le droit de rachat est un pacte postérieur, les propres aliénés par le vendeur, quand il les rachète, lui sont acquets, ou conquets, de sorte que ceux-ci entrent dans la communauté conjugale.

Le *rémeré* se prescrit par 30 ans. Il ne faut pas le confondre avec le retrait lignager de l'ancien droit.

On demande ce que c'est que la *ventilation* ?

Il arrive souvent que plusieurs choses étant vendues ensemble ou en bloc pour une certaine somme sans distinction de prix pour chacune, il devient nécessaire dans la suite d'estimer combien ces choses doivent valoir en particulier sur le pied du prix total ; c'est le résultat de cette estimation qu'on appelle *ventilation*. Par exemple, si un de plusieurs héritages vendus en bloc se trouvait sujet à un droit de lods et ventes, c'était par une *ventilation* qu'on réglait la quotité de ce droit.

Les créanciers ont droit de poursuivre la vente des biens de leurs débiteurs, et ces ventes forcées se font par main de justice.

En conséquence de la saisie réelle et des autres procédures qui se font dans la poursuite des criées, on parvient à l'adjudication, et le jugement qui adjuge l'immeuble saisi réellement au plus offrant et dernier enchérisseur est appelé décret. (\*)

Ferrière,  
Dict. de  
droit et de  
pratique.

La licitation (*venditio sub hasta*) est l'exposition à l'enchère que l'on fait d'un immeuble qui ne se peut aisément partager et dont les co-propriétaires ne veulent

point jouir par indivis, car selon le droit, *nemo invitus debet in communione retineri: siquidem communio lites et jurgia parit, quibus turbatur civium pax et concordia.*

Cette exposition à l'enchère se fait pour faire adjuger l'héritage au plus offrant et dernier enchérisseur pour être le prix en provenant distribué entre ceux qui en étaient les co-propriétaires, à proportion de la part que chacun d'eux avait dans la propriété vendue.

La licitation se divise en licitation volontaire et en licitation forcée.

La licitation volontaire se fait à l'amiable devant notaires, et on ne reçoit point d'étrangers à y enchérir, à moins que les propriétaires n'en conviennent, soit parce que quelqu'un d'eux n'est pas en état d'enchérir, soit qu'ils le jugent à propos pour d'autres raisons. Le notaire fait l'office de crieur.

L'ancien droit veut que s'il y a des mineurs, la licitation soit publique *et coram judice.*

Nous avons sur la licitation volontaire le statut 16 Vict. chap. 203. Il règle, la procédure à y observer.

Il sera d'abord nommé deux experts et acte sera dressé de leur nomination devant notaires.

Ils prêteront serment et feront leur rapport également par acte notarié en brevet. Le notaire convoquera une assemblée de parens et d'amis; il dressera l'acte et en fera lecture, puis transmettra les procédés au juge, avec requête afin d'homologation. Le juge, s'il refuse d'homologuer, doit déclarer les motifs de son refus.

La licitation qui se fait à la rigueur, se poursuit devant le juge, et toutes sortes de personnes sont admises à enchérir.

Pour y parvenir, il faut que celui des co-propriétaires qui veut provoquer la licitation, (†) fasse assigner les autres à l'effet de voir dire qu'un tel immeuble ne pouvant être partagé, sera vendu au plus offrant et dernier enchérisseur, pour être les deniers provenant de la vente distribués entre les parties; et que publications soient faites et affiches mises aux lieux accoutumés.

---

[†] Celui qui n'a qu'une légère portion dans un héritage ne peut provoquer la licitation, quoiqu'il puisse très-bien y être contraint, et à se contenter du prix de sa part.

Si les défendeurs ou l'un d'eux soutiennent que l'immeuble est de nature à pourvoir être partagé, le juge ordonne que les lieux seront visités par experts, pour être, sur leur rapport, ordonné ce que de raison.

Si les experts estiment que l'immeuble peut être partagé commodément, les défendeurs demandent l'entérinement du rapport, et le juge ordonne le partage.

Si au contraire leur avis est qu'il ne peut se partager, celui qui a provoqué la licitation, demande l'entérinement du procès verbal et conclut à ce qu'il soit procédé à la vente et adjudication du total de l'héritage par licitation. Il faut qu'il fasse une enchère ou mise à prix contenant la déclaration des lieux et les clauses et conditions sous lesquelles l'adjudication doit être faite. L'adjudication se fait à la dernière licitation, par ce que les auteurs qui ont traité de la pratique veulent qu'après la première licitation, il y ait deux remises.

Les deniers sont distribués aux parties, à moins qu'il n'y ait des opposans, car en ce cas, ils le sont entre ceux-ci selon l'ordre de leurs privilèges et hypothèques.

On appelle licitation d'un héritage saisi réellement, ou vente d'icelui, par forme de licitation, celle qui est faite en vertu d'un jugement qui ordonne que cet héritage sera adjugé au plus offrant et dernier enchérisseur après trois publications, sans autres procédures, attendu qu'il n'est pas d'assez grande valeur pour soutenir les frais et les longues poursuites d'un décret, et que le débiteur; sur qui cet héritage est saisi, n'a pas d'autres biens sur lesquels ses créanciers puissent se pourvoir pour être payés de leur dû.

Au reste, l'acte 18 Vict. chap. 110 assimile la licitation forcée au décret.

Avis public de la mise à l'enchère est publié dans la gazette du Canada et affiché à la porte de l'église.

La licitation sera suspendue en cas d'oppositions.

L'adjudication a l'effet du décret et purge comme lui les droits ouverts.

A côté de la licitation du droit français, les mœurs anglaises nous ont donné l'institution quasi-analogue de la vente par encan, qui diffère de la licitation, en ce qu'elle a lieu le plus souvent pour les objets mobiliers et que le crieur forme partie d'une profession particulière, les encanteurs, tandis que la licitation a lieu ordinaire-

ment pour les immeubles et que le crieur a coutume d'être un notaire.

L'acte 4 et 5 Vict. chap. 21 veut que les encanteurs prennent une licence, fournissent caution, rendent compte des ventes et paient un droit de 1 par cent au fisc.

On peut citer quelques règles communes à la licitation et à la vente par encan.

De la part du vendeur l'équité veut qu'il n'expose pas en vente une chose pour une autre et qu'il ne produise pas de faux enchérisseurs pour faire monter le prix.

De la part des acheteurs, qu'ils ne fassent point entre eux pacte de n'enchérir que jusque à un certain montant notablement audessous de la valeur réelle de la chose.

Le crieur, notaire ou encanteur, ne doit pas commencer la vente avant l'heure indiquée, en sorte que l'objet doive être sacrifié à défaut d'enchérisseurs.

A propos de la vente par décret dont nous avons parlé en premier lieu, il y avait autre fois des ventes par décret volontaire, qui se faisaient du consentement des parties sur le vendeur, pour purger les hypothèques et mettre l'acquéreur en sureté ; on convenait dans l'acte de vente que le vendeur ne toucherait le prix qu'après le décret qui serait fait de l'héritage et qu'il aurait été adjugé à l'acheteur.

Mais l'acte de la 9ème. Geo. III chap. 20, ou loi des Lettres de Ratification, abolit le décret volontaire. Cette loi est modélée sur celle qui avait été adoptée en France postérieurement à la conquête du Canada et quelques années avant la révolution française.

Le préambule porte que pour prévenir les troubles et évictions qui résultent fréquemment d'hypothèques secrètes inconnues aux acheteurs, tous propriétaires d'immeubles, qui les auront acquis par achat, échange, licitation ou autre titre translatif de propriété, qui voudront purger les hypothèques dont ils ont pu être gravés, pourront obtenir une sentence ou jugement de ratification de leur achat ou acquisition, qui aura l'effet de purger les privilèges et hypothèques dont les immeubles pouvaient être gravés lors de l'aliénation à l'égard de tous les créanciers du vendeur ou cédant ou de ses auteurs, qui auront négligé de faire leur opposition dans la

forme et dans le temps prescrits, et les dits acquéreurs deviendront propriétaires incommutables sans être tenus d'aucune dette.

Selon la section cinquième, l'acquéreur doit déposer son contrat chez le protonotaire, qui avertit à différentes reprises et durant quatre mois dans la gazette de Québec (maintenant du Canada) de la demande de jugement de ratification que doit faire le dit acquéreur et à quelle date, et il notifie toutes les personnes qui peuvent avoir ou prétendre avoir des privilèges ou hypothèques sur les immeubles qui ont fait l'objet du contrat, de produire leurs oppositions par écrit huit jours au moins avant le jour fixé pour la demande du jugement.

La section troisième porte qu'il sera loisible aux créanciers hypothécaires d'aller enchérir de manière à être préférés à l'acquéreur, pourvu que l'enchère se monte à un dixième du prix originaire, et qu'un autre créancier puisse encore être préféré à l'enchérisseur qui offre un dixième de plus, s'il offre comme surenchère un vingtième du prix originaire et du dixième réunis.

Toutefois l'acquéreur originaire est maintenu en possession s'il veut payer la différence ou parfaire, (†)

Ce que nous venons de dire des enchères et sur enchères nous donne lieu d'expliquer ce que c'est que la folle-enchère.

C'est la publication qui se fait de nouveau au risque, péril et fortune de celui qui a le dernier enchéri et qui se trouve adjudicataire, faute par lui d'avoir rempli les conditions de l'adjudication.

S'il ne se présente point d'enchérisseur qui porte la chose au prix pour le quel l'adjudication lui avait été faite, ou si elle est adjugée à un moindre prix, il est tenu du prix ou des frais, dans le premier cas, ou à parfaire jusque à concurrence de sa propre enchère, dans le second. (\*)

Arrière,  
Dict. de  
droit et de  
Pratique.

La quatorzième section de l'acte 41 Geo. III. chap. 7, intitulé Acte pour faciliter l'administration de la justice,

† Si durant la session législative actuelle, le Procureur-Général Oartier nous impose quelque disposition légale qui affecte la loi des lettres de ratification, nous reviendrons sur cette matière au chapitre des hypothèques dans le second tome. Il est de fait que la publication dans la Gazette du Canada des demandes de ratification ne suffit pas pour sauvegarder les droits du véritable maître ou des créanciers, cette gazette n'étant dans les mains que de quelques avocats.

Comme cette législation de la France en disant que, lorsqu'il paraîtra à la Cour par le rapport du shériff que l'acquéreur a négligé de remplir les conditions de l'adjudication et de payer le prix, il sera permis sur motion du plaignant qui poursuit la vente, ou d'aucun opposant, de procéder de nouveau à la vente de l'immeuble à la folle-enchère du dit adjudicataire en défaut, à la suite de trois avertissemens trois dimanches consécutifs à la porte de l'église du lieu où est situé l'immeuble, et deux avertissemens en langue anglaise et française dans les papiers-nouvelles.

Et si le dit adjudicataire en défaut refuse d'abandonner l'immeuble au shériff ou à l'adjudicataire nouveau, celui-ci obtiendra par motion un *bref de possession* adressé au shériff qui en étant muni, peut entrer sur le fonds *vi et armis*.

#### §. 5. Des Baux.

Le bail est un acte par lequel une personne donne à une autre la jouissance ou l'usage d'une chose pendant un temps déterminé, moyennant un certain prix.

C'est un contrat consensuel : *non verbis sed consensu contrahitur* dit le droit romain ; et il suit à peu près les règles du contrat de vente : *emptioni et venditioni proxima est, isdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, (†) sic locatio conductio, si de mercede.*

On peut bailer toutes sortes de biens, meubles et immeubles.

On peut faire un bail verbalement ou par écrit, et il y a au moins cette différence entre le bail et la vente d'immeubles, outre que la vente fait changer la propriété de main.

La durée du bail ne peut être que pour un certain temps plus ou moins long, d'où l'on voit que l'expression de *bail à cens* est impropre, puisque le contrat de censive est perpétuel.

Il y a des personnes qui ne peuvent louer que pour neuf ans au plus, comme le mari, administrateur des biens de son épouse, l'usufruitier, le tuteur.

---

(\*) *Emptionis substantia consistit ex pretio*, dit Averanius.

On peut faire des baux à vie, c'est-à-dire qui finissent avec a vie du preneur.

On distingue le bail à loyer, le bail à ferme, le bail emphytéotique et le bail à cheptel.

Et le bail à loyer, *locatio*, se subdivise en bail des lieux et en bail des ouvrages. *Locatio conductio est conventio nuda faciendi fruedive aliquid, data certa mercede*, dit Cujas.

*Du bail à cheptel.* Pour commencer à rebours, on appelle bail à cheptel une espèce de société qui se peut faire entre le propriétaire de bestiaux et celui qui se charge de les garder et de les nourrir à pertes et profits communs.

*Du bail à loyer.* Dans le bail à loyer, celui qui donne l'usage de sa chose, s'appelle bailleur, *locator*, et celui qui offre un prix, locataire ou preneur, *conductor*.

S'il s'agit du louage d'une chose, comme d'une maison, d'un champ, le bailleur est tenu :

1o. De livrer la chose au temps fixé, et s'il n'y a rien de fixé, de suivre l'usage.

2o. De la livrer propre à l'usage pour lequel elle a été louée.

C'est du reste au preneur à visiter les lieux et à prendre ses autres précautions, car il a été jugé en Cour Supérieure le 4 mars 1851, qu'on ne peut demander la résiliation d'un bail pour insuffisance ou mauvais état des lieux, si l'on n'a sommé judiciairement le bailleur de les mettre en état.

3o. De faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée de son bail.

Ainsi, il doit le garantir contre le trouble et l'éviction, et, selon Domat, (\*) il ne suffit pas d'offrir un logement aussi commode, à moins que ce ne soit de gré à gré, parce que l'objet du contrat n'est plus le même. Le droit romain dit néanmoins le contraire : *evicta domo, licet sine culpa ejus qui locavit, non alias absolvetur quam si aliam non minus commodam habitationem præstet.*—*Pompon us ait . . . plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam præstare, æquisimum esse absolvi locatorem.* Les mots *si dominus non patitur* donnent toutefois lieu de croire qu'il faut décider selon les circonstances.

40. De faire les grosses réparations.

Cette obligation de l'ancien droit est confirmées par l'acte 18 Vict., chap. 108, en vertu duquel le locataire a une action pour y contraindre le propriétaire, et ils ne s'agit pas seulement dans le statut des grosses réparations, mais de toutes réparations stipulées au contrat. Il a aussi cette action pour obtenir de la cour le droit de faire les dites réparations aux dépens du propriétaire, si mieux il n'aime encore poursuivre la résiliation du bail, faute par son bailleur de les avoir faites.

Un seul juge en vacance a les pouvoirs de la cour pour les fins de cet acte.

On appelle grosses réparations, les réparations *d'entretien*, tels que les murs, couvertures, cheminées et ouvertures, du moins quant au cadre d'icelle.

30. Si l'héritage ou l'édifice périt par un cas fortuit, tel que débordement ou tremblement de terre, ou par le fait de l'état, le bailleur ne pourra exiger les loyers postérieurs à cet événement, parce que *res perit domino*; mais il ne faudrait pas dire avec Domat qu'il doit rendre ceux qu'il a reçus, puisque le preneur n'a payé que pour le temps durant lequel il a réellement joui.

Il s'est agi jusqu'ici des baux de maisons ou de fermes; voyons maintenant le cas des ouvrages.

Celui qui baille une chose à jouir, dit Domat, s'appelle bailleur ou locateur, et l'on donne ces mêmes noms à celui qui donne à faire quelque ouvrage; mais dans les louages ou prix faits du travail et de l'industrie, les ouvriers ou entrepreneurs tiennent aussi en un sens lieu de locateurs, car ils louent ou baillent leur peine, *locat artifex operam suam, id est faciendi necessitatem*, dit le droit Romain.

Dans les baux à prix fait et autres conventions qui regardent le travail des personnes, on peut régler ce qui sera fourni par le bailleur ou l'entrepreneur, la qualité de l'ouvrage, un temps pour le faire et autres conditions semblables.

Si ces choses ne sont pas exprimées, on suit ce qui est d'usage, ou l'avis des experts. (\*)

L'entrepreneur est tenu du soin le plus vigilant, il répond de sa gaucherie, et aussi de la bonne qualité des matériaux eu égard au prix, quand bien même il en aurait ignoré le vice.

Domat  
Louage,  
Sect. 48,  
No. 5.

On donne le nom propre de marchés à des contrats que Domat appelle louage d'après le droit Romain ; ou encore on appelle *devis* le contrat que comprend le marché que l'on fait pour la réparation d'un édifice, et dans lequel on détaille les ouvrages à faire dans chaque pièce article par article.

L'inexécution de toutes ces conventions donne lieu à des dommages-intérêts.

*Obligation du locataire ou preneur.* Pour ce qui est des obligations du locataire ou preneur, on distingue de nouveau de louage d'un objet et celui du travail.

*neur.* S'il s'agit du louage d'une maison, d'une ferme, il est tenu :

1o. De payer le prix au temps et de la manière spécifiés dans le bail.

2o. D'user de la chose selon la destination spécifiée au dit bail. A défaut même de stipulation expresse, le preneur ne doit se servir de la chose baillée que pour l'usage pour lequel le bailleur est présumé raisonnablement l'avoir louée, à peine de dommages, disent Domat et le Code Napoléon.

Ainsi, on ne présume pas que le propriétaire d'une belle maison qui la loue à un homme de profession, soit consentant à ce qu'elle soit changée en brasserie ou en forge.

De même encore, celui qui loue un cheval pour la promenade, ne le loue point comme cheval de force.

3o En général, le locataire ne peut, malgré le maître abandonner la maison ou la ferme avant l'expiration du bail, sans fournir un bon locataire : c'est comme une conséquence de notre loi coutumière, qui oblige le locataire à tenir les lieux garnis pour sûreté du loyer.

S'il abandonne avant le temps, il est tenu de payer comme s'il occupait.

Le jurisconsulte Labeo décide néanmoins avec raison qu'il n'en est pas ainsi si on laisse les lieux par une crainte fondée de quelque péril, ou sous l'empire de quelque cas fortuit dont on n'est pas le maître, ou par le fait de l'état ; et cette question peut se présenter pour les employés du gouvernement, quand le siège est changé sans qu'on ait pu le prévoir.

Mais quand un locataire ou fermier abandonne les lieux sans cause, il peut être poussé avant le terme

tant pour le prix du bail que pour les dommages et intérêts.

4c. Les meubles que le locataire porte dans la maison sont affectés au paiement du loyer, et les fruits des héritages, ustensils aratoires, etc., pour le prix du bail à ferme.

Notre privilège du bailleur sur les meubles du locataire est imité de l'action *Servienne* des Romains.

Conformément au statut provincial 12 Vict., chap. 38, le bailleur ne peut empêcher par une opposition afin d'annuler la vente des meubles en vertu d'un bref *de bonis*, mais il peut produire une opposition afin de conserver avant la vente, ou avant que l'huissier porteur de l'exécution n'ait payé le poursuivant, pour être payé de son gage ou privilège sur les meubles.

5. C'est au preneur à faire les réparations locatives ou menues et habituelles réparations.

6c. Il est obligé de souffrir les grosses réparations.

Le code Napoléon a une sage disposition, qui exprime qu'il ne faut pas que les travaux empêchent le locataire d'habiter.

7c. Il doit quitter les lieux à l'expiration du bail.

Le propriétaire peut intenter l'action en éviction (ejection) si le locataire demeure plus de trois jours après l'expiration.

8c. En vertu du statut de la 18<sup>me</sup> Vict., chap. 100, le locataire est tenu de payer à demande les taxes municipales sauf son recours contre le bailleur pour la dite cotisation, intérêts et frais.

Maintenant, celui qui donne à faire est tenu :

Premièrement et généralement, de tenir tout ce qu'il a promis.

De payer le prix de l'ouvrage soit à mesure du travail soit après l'ouvrage fait et reçu, soit par avance, comme il a été convenu ; et à défaut de paiement au terme convenu, il doit les intérêts du jour de la demande ; mais s'il était convenu de payer d'avance, et qu'il y eût péril à payer, il pourrait exiger une sûreté, dit Domat. (\*)

Sect. 9.,  
No. 203.

S'il diffère de recevoir l'ouvrage qu'il a commandé ou qu'il refuse sans sujet de le recevoir, il n'est pas moins tenu du prix, bien que l'ouvrage se détériore ou périsse.

Les Pandectes veulent que bien qu'un ouvrier se soit fait fort de faire un ouvrage dans un temp. donné,

on lui accorde le temps qu'il faut, si le temps stipulé ne suffit pas : *vir bonus aestimabit ut eo spatio absolvetur sine quo fieri non possit.*

De ce que la même collection veut que le preneur de maison ou de ferme puisse répéter les impenses nécessaires et utiles, Domat conclut la même chose du preneur d'ouvrage, mais on doit prévenir toute difficulté en s'expliquant bien expressément.

Rien n'oblige de faire un bail par écrit, mais plus d'une raison y porte ; d'abord la difficulté de la preuve testimoniale, et ensuite la nécessité d'avoir un bail pour prouver contre la municipalité dans les cas fréquents où elle surcharge de cotisations le propriétaire.

Le preneur a le droit de souslouer, c'est-à-dire, de donner à un autre une portion des biens qu'on lui a loués, ou même de céder son bail à un autre.

Il est vrai que cette faculté peut être interdite par le bail, et cette clause était autrefois de rigueur, mais aujourd'hui les tribunaux ne font pas toujours droit, et elle paraît n'être plus guère que de style. L'acte de la 18<sup>me</sup> Vict., ne parle pas en effet de l'action en résiliation en ce cas.

Les meubles des sous-locataires répondent du loyer comme ceux du locataire ; mais en payant le bailleur pour sa part, il doit obtenir main-levée de la saisie.

Le bail étant expiré, le louage est dissous de plein droit ; cependant, si le locataire continue de jouir, il peut s'en suivre une tacite reconduction.

La tacite reconduction est la continuation d'un bail par le consentement tacite et mutuel du bailleur et du preneur à pareil prix et aux conditions portés par le bail.

Ce tacite consentement s'induit de la jouissance du preneur sans aucune dénonciation par le bailleur de quitter les lieux.

La tacite reconduction renouvelle toutes les conditions du bail ; mais celui qui s'est rendu caution du preneur ne l'est plus contre son gré après l'expiration du premier bail exprès.

La reconduction n'a lieu qu'aux baux conventionnels et non aux baux judiciaires. \*

Elle n'a pas non plus lieu aux baux emphytéotiques. \*

Fénière  
Dict. de  
Droit.

Le statut 18 Vict. chap. 108 a une disposition sur la reconduction.

« Quand quelqu'un occupe un lieu par permission du propriétaire, sans bail, il n'est pas moins estimé locataire, et son bail est censé annuel, sujet à tacite reconduction et à toutes les règles de la loi applicables aux baux. »

Les baux ne finissent point par la mort du bailleur ou par celle du preneur

Le statut de la 18<sup>ème</sup> Vict. accorde l'action en rescision (*résiliation*) quand le locataire ne garnit pas les lieux, quand il les détériore ou qu'il en use en contradiction à l'intention évidente du bailleur, pour violation de quelque clause ou d'obligations résultant du bail et pour défaut de paiement.

Ce statut permet au preneur d'unir à l'action en résiliation une demande de loyer, avec ou sans saisie-gagerie, et d'exercer son droit de suite, au cas où il en use.

Le droit de suite est le droit que conserve ordinairement durant huit jours le bailleur de saisir les meubles en quelque lieu qu'ils aient été transportés.

Quand le preneur est trois mois sans payer, le bailleur peut user de l'action en éviction.

De droit commun, le bailleur qui a besoin des lieux, peut obliger le locataire à les lui remettre en prouvant son besoin, s'il y a contestation : *si aedes necessarias suis usibus probaverit.*

Mais le statut provincial 16 Vict. chap. 104 fait disparaître ce privilège, à moins qu'il ait été expressément réservé dans le bail, et le bailleur doit donner un mois d'avis en ce cas.

Il est digne de remarque que nos législateurs qui n'auront pas bientôt conçu des idées nettes des choses et des expressions, se servent, quant à la loi *Aede* du mot d'abrogation. On n'abroge que ce qui est de loi fixe, et nous avons cru que le droit Romain n'était pour nous que raison écrite. Mais si la disposition de cette loi Romaine était loi en Canada, avant qu'on l'abrogeât, celle par laquelle le droit Romain accorde au bailleur le même privilège, non seulement pour faire les grosses réparations, mais pour réparer en général. (†) de-

[†] Si c'est pour empêcher la ruine de la maison, le bailleur n'est tenu que de décharger le locataire des loyers postérieurs; autrement, il faut qu'il le dédommage du contre-temps et qu'il fasse cesser les demandes des sous-locataires; dit Domat. *Si sine necessitate, sed quia melius aedificare vellent, tenetur quanti conductoris interest.*

meure donc loi, puisqu'elle n'est point abrogée par le statut... Mais il ne faut pas poser comme prémisses d'une argumentation les expressions de nos sénateurs, et nous croyons que le locataire n'est tenu de se déranger que si les grosses réparations l'y obligent.

Pour faire disparaître toute espèce de doute, on devrait adopter la disposition du Code Napoléon qui est que, pendant la durée du bail, le bailleur ne peut changer la forme de la chose baillée.

Par le droit Romain encore, la vente résout le bail, et l'acheteur a droit d'être mis en possession ; mais le locataire a son recours contre son bailleur pour ses dommages et intérêts : *dominus qui domum vel fundum quam locaverit, vendidit, ex conducto tenetur*.

Le légataire a le même droit que l'acheteur, mais le locataire a son recours contre l'héritier de son bailleur ; *successor singularis colono non tenetur, ... heres vero tenetur erga colonum*.

Malgré le droit Romain, il a été jugé en Cour Supérieure dans la cause de Boucher *versus* Forneret, qu'un bail ne peut être rompu quant à l'année courante ni sans avis préalable par une vente subséquente ; il est vrai que la contradictoire de cette proposition a été jugée par le même tribunal dans la cause de Mountain *versus* Leonard !!!

Le juge Meredith a jugé en Cour de Circuit que les loyers de maisons se prescrivaient par cinq ans, mais nous ignorons quelle est la loi qui a basé son jugement.

Formules  
de tous les  
actes.

Promesse de bail vaut bail ; mais, comme l'observe le docteur Leopold, (\*) autant vaut et même mieux, passer de suite un bail qu'une simple promesse : cet avis est suivi dans la pratique.

Les clauses obscures s'interprètent ordinairement en faveur du preneur.

De l'em-  
phytéose.

L'emphytéose, *emphyteusis* des Grecs, se prend *in sensu lato* et *in sensu restricto*.

1o. *In sensu lato*.—Dans ce sens le plus étendu, l'emphytéose indique le contrat de censive et la directe seigneurie.

Diction-  
naire des  
Fiefs.

“ L'emphytéose, dit Laplace, (\*) signifie la concession que le seigneur fait de son fonds sous un certain cens ou rente annuelle qui s'appelle chef-sens, et qui marque la directe seigneurie.

Domat, sans faire observer expressément l'identité du contrat de censive et de l'emphytéose, distingue aussi l'emphytéose *in sensu lato*.

“ Il diffère, dit-il, des baux à ferme par la perpétuité et la translation d'une espèce de propriété. (\*)

Louage,  
Section X  
No. 3.

Par cette convention, ajoute le même auteur, sous No. 15, il se fait comme un partage des droits de propriété entre celui qui baille à rente et l'emphytéote; car celui qui baille demeure le maître pour jouir de la vente *titulo domini*, avec les autres droits qu'il s'est réservés, et l'emphytéote acquiert le droit de transmettre l'héritage à ses héritiers,—de le donner, vendre ou autrement aliéner sans préjudice des droits du bailleur.

La propriété du maître (seigneur) s'appelle propriété directe; et propriété *utile*, celle de l'emphytéote. (\*)

No. 6.

Voyons maintenant, l'emphytéose *in sensu restricto*, ou proprement le bail emphytéotique, car l'emphytéose n'est pas proprement un bail, le bail ne pouvant être fait que pour un temps, comme l'observe sur le Code Napoléon le docteur Léopold, bien que cette observation ait échappé à Domat et à Laplace, qui a l'air ici de ne reconnaître qu'une sorte d'emphytéose.

“ L'emphytéose, dit-il, est un contrat introduit par le droit écrit, par lequel on prend à longues années un héritage à la charge de l'améliorer moyennant une certaine pension modique (*rente*) payable chaque année par le preneur.”

Le bail emphytéotique est passé ordinairement pour 99 ans; Mais il peut l'être pour moins, jusqu'à neuf ans.

Il diffère du contrat de censive, qui donne la propriété *utile in perpetuum*, et dans lequel le censitaire ne s'oblige pas à améliorer l'héritage.

Exemple de bail emphytéotique. Ainsi l'on conviendra, dans un bail emphytéotique pour 99 ans, que le preneur bâtera à ses frais, pour, au bout du terme, les bâtimens appartenir au bailleur. Tel a été le bail des Filles de l'Hotel Dieu de Montréal, seigneures du Fief Nazareth, avec les Griffin.

Jugé en Cour d'Appel le 12 Décembre 1857, conformément aux principes, qu'un immeuble détenu par le preneur emphytéote après l'expiration du bail, peut être saisi comme appartenant au bailleur auquel il a dû revenir.

L'Ordonnance des Bureaux d'Hypothèques (1841) soumet les baux emphytéotiques à l'enregistrement.

§. 6. Du Prêt.

Le prêt en général est un acte par lequel une personne accorde une chose à une autre sans récompense à la charge de la lui remettre selon les termes de la convention.

Le prêt se divise selon le droit romain en prêt à usage, *commodatum*, et en prêt de consommation, *mutuum*.

Dans notre droit particulier, une autre division est importante ; c'est-à-dire la division du prêt en précaire et en prêt à intérêt.

Le prêt à usage, dit Domat, est une convention par laquelle l'un passe une chose à l'autre pour s'en servir à un certain usage (†) et pendant son besoin, sans payer aucun prix.

*Commodatum est conventio qua res gratis utenda datur*, dit Cujas.

Dictionnaire Théologique.

Le docteur Alletz (\*) donne une définition plus complète encore, parce qu'il ajoute ces mots, qu'on ne doit point sous entendre, puisqu'ils forment le point saillant de différence entre le prêt à usage et le prêt de consommation : à la charge de rendre, après un certain temps, la chose même qui a été prêtée.

Il paraît bien entendu que le commodat est un contrat gratuit : *commodatum gratuitum est* ; *commodatum, mercede pro usu statuta, fit locatio*, dit Averanius.

Notre choix de définitions montre comment le commodat ressemble à d'autres contrats, et comment il en diffère.

On donne l'usage d'une chose, et en cela le prêt à usage et le louage conviennent ; mais le prêt à usage diffère du louage en ce qu'il n'y a point de prix.

L'obligation de rendre la chose même qui a été prêtée, différencie comme on l'a déjà vu, le commodat du prêt de consommation, dans lequel on ne rend pas la chose même, *eundem individuum*.

---

[†] *Commodans potest praescribere modum et finem utendi*, dit Averanius.

Le prêt à usage diffère aussi de la vente en ce que le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée : *res commodata proprietatem* (†) *retinemus*, dit le droit Romain.

On infère de là que si la chose périt par un cas fortuit, l'emprunteur n'est pas tenu, à moins qu'il n'ait pris sur lui les cas fortuits.

Le prêt à usage est un contrat réel : *re obligatur commodatarius*, disent les Institutes de Justinien.

Il passe aux héritiers : *commodatum ad heredes transit* dit Averanius.

Pour bien préciser les engagements respectifs des parties, il faut noter avec Domat ( ) que le prêt à usage se fait ordinairement pour l'intérêt seul de celui qui emprunte, mais quelquefois aussi dans l'intérêt des deux contractans.

No. 12.

Celui qui emprunte est tenu premièrement du soin le plus vigilant, dumoins si le prêt est pour son avantage exclusif : *commodatarius ob dolum et culpam etiam levissimam tenetur*, dit Averanius ; mais la loi dixhuitième de *commodato* se contente du soin ordinaire lorsque le prêt est en faveur des deux parties, *utriusque gratia*.

Il est tenu des réparations, moins les grosses ; et encore doutons-nous qu'il ait action contre le prêteur pour celles-ci, si le prêt est à son seul avantage.

Alletz nous dit ( ) que si l'emprunteur ne se conforme pas aux réserves faites par le prêteur quant à la manière d'user de la chose, il devient *ipso facto* tenu des cas fortuits.

Dictionnaire Théologique.

Quand le contrat n'est pas bien explicite, l'usage est borné au service naturel et ordinaire qu'on peut tirer de la chose, d'où l'on conclut que le temps finit avec l'usage naturel.

D'autre part, celui qui prête s'engage à ne pas répéter sa chose (†) avant le temps nécessaire pour en jouir.

Domat prétend que si celui qui prête à usage a caché les défauts de la chose qu'il prête, il est tenu des dommages, parce que l'on prête pour servir et non pour nuire ;

---

[\*] Il ne faut certainement pas lire *possessionem*, comme le porte l'*Epitome Juris* de Montvallon.

(†) On peut prêter à usage des objets mobiliers ou immobiliers.

mais cela doit s'entendre tout au plus du cas où l'avantage est réciproque, car autrement, ce n'est point nuire que de prêter une chose moins bonne ; c'est seulement faire un moindre bien.

Du prêt de  
consommation.

Le prêt de consommation, *mutuum*, est un contrat par lequel l'un transfère à l'autre par la tradition le domaine parfait d'une chose qui se consomme par l'usage, à la charge d'en rendre une semblable en qualité et quantité après un certain temps. *Mutui natura est ut mutuataris non idem quod accipit, sed tantumdem restituat ; alioquin non esset mutuum*, dit Averanius.

Si nous faisons l'analyse de notre définition, nous voyons que les mots *d'une chose qui se consomme par l'usage* différencient le prêt de consommation du prêt à usage.

Que la tradition requise en fait un contrat réel.

Qu'en précisant une *chose semblable*, on distingue ce contrat de celui d'échange.

Le temps déterminé éloigne toute idée du contrat de précaire.

Le prêt de consommation est encore distingué du prêt à usage en ce que, dans celui-ci, il n'y a pas de translation de domaine, tandis qu'elle est nécessaire dans le premier. Cujas appelle avec raison le prêt à usage *commodatum ad usum* et le prêt de consommation *commodatum ad abusum*.

Toutes choses fungibles et telles qu'on puisse en rendre de semblables en qualité et quantité peuvent être l'objet du prêt de consommation.

Domat dit que le prêteur ne peut exiger l'accise ou l'intérêt de l'intérêt : il peut donc exiger l'intérêt ? Il paraît que non. M. de Férière nous dit qu'à la différence du droit Romain, le prêt de consommation, dans le droit Français, ne porte pas intérêts, si ce n'est du jour de la demande en justice. (\*)

Dict verbo  
Prest.

Le demandeur conclut, dit-il, à ce que le défendeur soit condamné à lui payer la somme (+) de... qu'il lui a prêtée, ou à lui rendre pareille quantité de bled ou de vin, de même bonté et valeur, avec les intérêts du jour de la demande, et qu'il soit condamné aux dépens.

[\*] L'argent est une chose fungible *fictione juris*. Il est censé se consommer par l'usage.

On nous dit que, puisque le prêteur transfère le domaine, il faut qu'il soit le maître de la chose qu'il prête; d'accord; mais la même argumentation ne vaudra-t-elle pas pour la vente? Les expressions de style *vend, transporte, quitte et cède* n'indigent-elles pas que le vendeur transfère également le domaine, sans que pour cela la vente soit un contrat réel? Pour que la proposition *res aliena vendi potest* fût un principe et non un cas particulier, il faudrait que ce qui est bon à vendre fût bon à acheter. En effet *emptionis et venditionis nomina promiscue accipiuntur, utrumque nomen significat totum contractum*, dit Averanius. Or on ne veut pas que l'acheteur soit de mauvaise foi: *emptor sciens rem esse alienam, non etiam agit ad pretii restitutionem*, dit Peregrinus.

Mais on est encore trop empressé — M. Olivier par exemple, de dire qu'on pourrait vendre sciemment ou non la chose d'autrui, car Ulpien ne s'avance pas tant dans ses Règles: *venditor, si ejus rei quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto, auctoritatis manebit obnoxius; aliter enim obligari non potest.* ( )

Pithou,  
Ecloga-  
juris.

Dans le commodat, dit Alletz, on doit comprendre le précaire, qui est une convention par laquelle on accorde aux prières de quelqu'un l'usage ou possession de quelque chose autant de temps et pas plus que celui qui l'accorde le trouvera bon; en quoi il diffère du commodat; et encore en ce que l'héritier de celui qui a reçu le précaire n'en est tenu qu'autant que la chose qui en a fait l'objet lui est parvenue. *Precurium non transit ad heredes rogantis.* Averanius ne le rapporte point au commodat: *toto genere differt a commodato.* Mais on ne saurait en convenir.

Du  
Précaire.

Le précaire n'était pas un contrat dans le droit Romain proprement dit; il origina dans le droit des gens, et le Prêteur le recueillit comme il seyait à ses attributions. *Precurium est genus liberalitatis quod ex jure gentium descendit. Non est contractus, nec ullam civilem parit actionem; sed Prator d. t. interdictum, et ex bonafide oritur actio præscriptis verbis*, dit Averanius. (†)

(\*) Dans le système Romain, tous les contrats innommés, c'est-à-dire les contrats dont il ne résulte pas d'action expressément désignées par le droit écrit, produisent l'action *præscriptis verbis*, qui sert à faire exécuter les conventions contenues dans ces contrats. Tels sont les contrats *do ut des, do ut facias, fucto ut des, facio ut facias*.

Quant au prêt à usage et au prêt de consommation, ils produisent une action civile. Ainsi on connaît la double action *commodati directa* et *commodati contraria*.

Nous avons vu que le commodataire était tenu de la faute même légère ; il n'en est pas de même de celui qui reçoit quelque chose à titre de précaire : *tentur de dolo et lata culpa, non vero de levi aut levissima*.

Le jurisconsulte en donne pour raison que le précaire n'est pas assez avantageux pour obliger si strictement le preneur : *breve et fragile beneficium est precarium* dit Décius.

Le prêt à intérêt se rapporte au prêt de consommation.  
*De l'usure* L'usure est la matière la plus difficile que nous ayons à traiter dans ces commentaires, à cause de la fluctuation remarquable qu'il y a eu dans les principes, qui sont au jourd'hui bien différens de ce qu'ils étaient il y a un siècle.

Les théologiens scholastiques, appuyés sur le droit Romain, enseignaient que l'argent est stérile. *Usura in fructu non est, quia non ex ipso corpore sed ex nova obligatione oritur*, dit la loi cent-vingt-et-une *de verborum significatione*.

Cujas appelle l'usure *accessio ad sortem*. Cette accession est ce que repousse l'ancienne théologie. Thomas d'Aquin citant les paroles mêmes d'Aristote, dit que l'argent a été surtout inventé comme un moyen d'échange, *ad commutationes faciendas*. Pour cette raison, il prétendait qu'on ne pouvait rien charger pour son usage au-dessus de la valeur précise, et que l'argent ne vaut pas plus que le montant qu'il représente. C'était condamner bien formellement l'usure où le prêt à intérêt, car un jurisconsulte Allemand dit bien que *usura ad usu dicitur*.

Voilà pourquoi l'église allait jusqu'à refuser à l'état le pouvoir de permettre un taux d'intérêt. Les Conciles de Nicée et de Latran avaient condamné l'usure et Grégoire XIII, à qui Guillaume, Duc de Bavière, demandait si quelque chose au-dessus du capital ne pouvait point être exigé conformément à l'usage invétéré dans ses états, répondait ; *nulla lege aut consuetudine excusari potest (illud auctarium), cum ille contractus sit jure divino et naturali prohibitus*.

On a adhéré pendant des siècles à ces principes et on

a refusé l'absolution à des personnes qui prenaient plus que leur capital, sous prétexte que cent écus ne valent que cent écus.

Mais est-il avéré que l'usure (\*) soit contraire au droit naturel ou au droit divin... Il y a eu de tout temps des théologiens qui ont trouvé que la prohibition de l'usure contenue dans l'ancien testament ne regardait que les Hébreux ; et en effet, il leur est permis de prendre l'usure des nations : il n'y a donc pas un précepte général, et du fait que Dieu permet de prendre l'usure des nations, il s'ensuit qu'elle n'est pas directement ou absolument contraire au droit naturel, bien qu'elle n'en dérive point ; *Natura non pervenit sed jure percipitur, dit le Droit Romain*. Cependant l'idée que l'usure était contre le droit naturel a été assez commune même parmi les auteurs. Le statut de Jacques Ier, permettant de prendre cinq pour cent d'intérêt, porte qu'il n'est point porté pour justifier en conscience ceux qui prendraient cet intérêt, et Domat, qui admet la prohibition du droit naturel, n'est point arrêté par le fait que l'usure était permise avec les gentils. Mais le philosophe Paley se moque à bon droit des considérations contenues dans le statut anglais, et le cardinal de La Luzerne a remarqué avec raison que, *si l'on admet que cet intérêt est réprouvé par la loi soit naturelle, soit divine, aucune loi ne peut faire qu'il ne soit pas un péché*.

L'ancienne doctrine a été vivement attaquée par Jérémie Bentham et son école, et l'église est aussi libérale de nos jours, qu'elle a été sévère autrefois, sans que cela soit dû précisément au travail de ce critique. C'est surtout la force majeure du changement des circonstances, aidé par certaines distinctions émises même par les anciens théologiens qui a préparé cette mutation de doctrine ou du moins de conduite.

On exposera les doctrines généralement admises aujourd'hui en fait d'usure, après avoir signalé cette mutation de jurisprudence du for ecclésiastique. Dès 1822, il a été défendu d'inquiéter une dame de Lyon qui recevait l'intérêt de son argent, et en 1830, il

---

(\*) On entend en droit par *usura* le taux d'intérêt, quoique dans le langage moderne, ce mot se prenne en mauvaise part.

fut défendu de refuser l'absolution aux confesseurs qui soutenaient la légitimité de l'usure. Grégoire XVI, qu'on a consulté du Canada, se contenta de *conseiller* aux communautés religieuses de ne point placer leur argent à intérêt, de sorte qu'insensiblement, la libéralité de la Cour de Rome a été regardée comme équivalente à une sanction. En effet, dit le docteur Brownson, c'est être d'une rigueur outrée que de vouloir créer des difficultés là où Rome, après un mûr examen, a donné liberté de conscience aux personnes agissant de bonne foi.

Maintenant, parlons de quelques points de doctrine théologique transitoires à l'état actuel des choses.

Il paraît qu'on a toujours distingué le *prêt de commerce* dont parle le cardinal de La Luzerne, et qu'il a toujours été admis, même par Thomas d'Aquin, qu'une personne prêtant de l'argent pour des fins commerciales, pouvait en partager les profits, en les mettant dans un fonds de société.

L'église maintient encore que le prêt en lui-même *nulum et simplex mutuum*, doit être gratuit, parce que c'est un acte de charité, *officium* ; mais Benoît XIV, dans la bulle encyclique *Vix pervenit*, concède qu'à côté du contrat de prêt il peut exister des titres accessoires *titulos extraneos*, d'où surgit une juste cause d'exiger quelque chose au-delà du capital, posé que ce titre soit estimable à prix d'argent. Tels sont l'inconvénient grave de la privation, *damnum emergens*, comme si prêtant du blé que j'ai acheté à bon marché, il m'en faille acheter plus cher pour mon propre usage; le danger de perdre mon capital, *periculum sortis*. La Propagande avait admis cette cause dès 1645 ; enfin l'intérêt qu'on s'impose pour peine du retard, *clausula penalis* ; enfin, l'autorité de la loi à certaines conditions.

Grotius enseigne que si la compensation promise par la loi n'excède pas la proportion du hasard encouru, elle ne répugne ni à la loi révélée ni au droit naturel.

Ces faits posés, il resté à dire des choses intéressantes sur le point de vue auquel on se place actuellement pour envisager l'usure. Mastrofini publiait avec permission en 1831, à Rome, une dissertation sur l'usure, où il enseigne que l'usage de l'argent peut faire l'objet d'un contrat et est un titre à l'indemnité. L'homme en moyens qui prête à un autre qui est sur le point de

s'engager dans les affaires, lui fournit des moyens de réussite qui sont très précieux, et pour lesquels il peut demander raisonnablement une part dans les profits, quoiqu'il ne soit pas même associé neutre. Mastrofini prévenait l'objection des théologiens qui ont dit que l'augmentation de l'argent par l'industrie de celui qui le fait valoir appartient à lui seul, en admettant que le prêteur n'a pas droit de partager le fruit du travail individuel, ou de l'industrie du jeune marchand ; mais que les profits de son commerce ne doivent point être attribués à son industrie seulement, mais en grande partie au placement entre ses mains d'un capital considérable. Comme le remarque Bergier, l'argent prend le caractère de marchandise depuis que le commerce a pris une expansion démesurée, que les banques ont été créés ; sans compter le grand nombre de compagnies incorporées dont les fonds viennent dans le commerce. Dans l'origine l'argent était en effet une unité de mesure légale d'après laquelle on estimait les valeurs, tandis que la marchandise est, au contraire, ce qu'on évalue au moyen de cette unité ; mais nous sommes libres d'admettre que la nature de la monnaie a été grandement altérée par les dispositions artificielles dont elle a été l'objet chez les modernes. Le crédit de nos banques les hausses et les baisses dans les fonds publics, le succès ou la déconfiture des compagnies incorporées, le montant énorme de valeurs émises quotidiennement en papier ont causé insensiblement cette révolution, cette mutation de doctrine, qui était au reste autorisée par l'inconsistance de théorie et de pratique dans le droit Romain. L'usure ne vient pas *ex natura* ; mais elle est perçue *ex jure*. Il y a eu un taux d'intérêt, qui est haussé jusqu'à huit pour cent (*ad/bessem*) en faveur du commerce. *Usura in fructu non est, et cependant vicem fructuum obtinet.*—*Usurae ex stipulatione peti possunt* disent les Pandectes et le Code.

La légitimité de l'intérêt stipulé admise, cet intérêt doit être modéré ; s'il surpasse le risque encouru, Grotius nous dit que c'est une usure tyrannique, et que bien que les lois municipales puissent lui accorder l'impunité, elle ne peuvent le rendre juste. Blackstone souscrit à ce sentiment. Ils suivaient la tradition romaine ; *cursus usurarium* (l'accisme perçu pour retard) dans le paiement

de l'intérêt d'abord stipulé y est compris, dans les cas exceptionnels où il est licite.) *ultra duplum non procedit. Usurae ultra duplum solutae sorti imputantur, vel repetuntur.* "Nous considérons comme un état social peu rassurant celui où la loi n'impose aucune limites à la rapacité de l'individu, et où l'homme nécessairement est laissé sans protection contre les demandes exorbitantes de son riche voisin," dit le gouverneur Wise. Bentham et ses disciples prêchent que les lois d'usure gênent le commerce et devraient être mises de côté afin de procurer des avantages pécuniaires selon les termes qu'on consent à accepter. A cela M. Whipple, auteur Américain, répond sensément que celui qui emprunte ne se trouve pas toujours sur le même pied que celui qui prête, que les contractans doivent être sur le pied de l'égalité pour que l'engagement soit honnête, et que le consentement de l'emprunteur est fréquemment le résultat de la nécessité, d'où il suit que l'un des contractans a un avantage signalé sur l'autre.

Il ne faut pas confondre l'usure ou l'intérêt conventionnel avec l'intérêt légal ou imposé par la loi, comme celui que paie le tuteur au pupille pour les fonds d'argent dont il a négligé de faire emploi, et encore celui qui résulte du retard coupable ou d'une sentence judiciaire : *in bonae fidei contractibus, ex mora usurae debentur. Ex contractu stricto nunquam veniunt usurae, ut quidem post litem contestatam.* (†)

Ces deux dernières sortes d'intérêt sont une transition aux dommages-intérêts, qui doivent cependant être distingués des intérêts. Ceux-ci sont ordinairement un lucre, et les dommages-intérêts sont la perte qu'on a soufferte par le fait d'autrui ou le gain qu'on a manqué de faire : *quod nobis abest, quodque lucrari potuimus.* C'est une indemnité.

Il y a quatre causes qui produisent les intérêts : la convention, la nature de l'obligation, le retard et la loi.

Les dommages-intérêts se peuvent réduire à deux espèces ; l'une des dommages visibles que causent ceux qui diminuent la valeur des choses, soit meubles ou im-

---

(\*) En France, à dater du jour de l'ajournement, en vertu de l'Ordonnance d'Orléans, Article 60.

meubles ; et l'autre, des dommages que causent ceux qui, sans rien détériorer, donnent sujet à des pertes ou empêchent un gain légitime.

Cujas paraît confondre l'usure avec la rente constituée, quand il la définit : *reditus pecunie creditæ, qui debetur a tempore contractus, vel a tempore moræ*, car dit le droit romain, *usura in fructu non est*, l'argent ne produit point de fruits, *nec propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium imponitur*.

L'obligation contractée de payer les intérêts est un contrat accessoire, — une clause d'un autre contrat. En effet, sur ce texte Romain : *usura ex stipulatione peti possunt*, M. de Montvallon observe : *non apud nos, nisi sorte transmissa* (par constitution de rente) (\*)

On semble croire que les Romains ne connaissent point nos rentes constituées ; le même auteur avoue pourtant que le texte suivant peut s'y rapporter, — *Valet stipulatio ut donec usura solverentur, sors non peteretur*.

Telles sont, dit-il, nos constitutions de rente, dont cette loi peut avoir fourni l'idée. Quoi qu'il en soit, nos rentes constituées sont essentiellement rachetables, bien que la constitution se fasse de deux manières, en perpétuel et en viager, et c'est la constitution en perpétuel qu'on peut toujours racheter. Voir de plus la division des biens dans le second tome et les contrats aléatoires.

On ne peut demander que cinq années d'arrérages de rente constituée.

Si nous terminons cet article en signalant l'état de notre législation en fait d'usure, disons que nous sommes passés d'un extrême à l'autre ; car par le statut provincial de la dix-septième année de George III, il était défendu de prendre directement ou indirectement plus de six pour cent d'intérêt à peine de perdre la créance elle-même et de payer une amende du triple, loi si sévère, quelle ne fut guères mise à exécution du moins quant à l'amende. Cet acte est remplacé par l'acte 16 Vict. chap. 80, pour abolir les pénalités contre l'usure, excepté quant aux banques, assurances et corporations, pour les quelles le taux d'intérêt à percevoir le plus élevé est de sept pour cent. Quant au taux exigible par les parties, le statut a l'air de le borner à six pour cent en disant que les conventions et garanties seront nulles quant à l'excédant de l'intérêt seulement ; mais tout en prohi-

bant de demander directement plus de six par cent, il indique les moyens d'exiger individuellement un taux illimité. Ce statut, qui mérite plutôt le nom de fraude que le nom de loi, a déjà causé de bien pernicious effets ; mais malgré plusieurs suppliques pour son abrogation en Parlement, le Procureur Général Cartier a prétendu que le pays n'avait pas eu encore le temps de l'apprécier suffisamment !

La collection des statuts contient un acte important sur le prêt sur gage : c'est l'acte 14 et 15 Vict. chap. 30, auquel nous renvoyons pour cette matière.

### §. 7. *Du Dépôt.*

(Consignation, Séquestre.)

Le dépôt est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature, dit l'article 1915 du Code Napoléon, et quand il plaira au déposant de la répéter, sans pouvoir en user soi-même, ajoute Domat, sans quoi il y aurait précaire et non véritable dépôt.

En droit, ce contrat diffère du gage en ce qu'il n'est point donné comme sûreté du paiement, bien qu'il puisse en devenir la sûreté ensuite selon le droit français ; et du louage, en ce qu'ordinairement il n'y a point de prix.

Selon le droit romain et le droit Napoléonien, il est si vrai que le déposant peut répéter quand il veut, qu'un terme fixé par le contrat n'y fait rien ; il n'y a d'excuse qu'une saisie ou une opposition au déplacement de la chose déposée. On n'excepte pas même le cas où il est dû quelque chose au dépositaire. Il est bien vrai que celui qui a fait le dépôt est obligé de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a faites pour conserver la chose déposée, et de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées ; mais ce n'est que le droit français qui accorde au dépositaire pour ce remboursement un privilège sur la chose déposée, qu'il peut garder à titre de gage jusque à satisfaction.

Le dépôt ne peut généralement avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter ; néanmoins, si une personne capable accepte le dépôt fait par une personne

incapable, elle est tenue de toutes les obligations du dépositaire véritable, et peut-être poursuivie par l'administrateur de la personne qui a fait le dépôt.

Le dépositaire doit rendre identiquement la chose qu'il a reçue. *In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est* dit Paulus.

Le dépôt n'obligeant qu'à la simple garde, il est de sa nature que la chose soit rendue dans le lieu où elle est gardée, et la loi douzième *de deposito* dit que si la convention porte qu'elle sera rendue ailleurs, c'est aux dépens du déposant.

Le dépositaire n'est tenu d'apporter à la garde du dépôt que le soin qu'il apporte à la garde de ses propres choses, à moins qu'il ne soit en demeure ou qu'il ait pris sur lui les cas fortuits, *Ob res depositas dolus tantum præstari solet*, dit encore Paulus. (°)

Libr. 11  
Sentent.

Le dépôt doit être prouvé par écrit c'est-à-dire que la preuve testimoniale n'est point reçue si sa valeur excède cent francs, à moins qu'il ne s'agisse du dépôt nécessaire, comme le disent Pothier et Pigeau.

Le dépositaire ne doit remettre la chose déposée u'au déposant ou à celui qui a été nommé pour la recevoir, ou qui a qualité par la loi, comme le tuteur de l'héritier du déposant.

Le dépôt, *dans le commerce*, est une convention par laquelle une personne se charge, moyennant une rétribution, souvent convenue et la plupart du temps fixé par l'usage, de conserver la chose d'autrui, et de la rendre à celui qui l'a déposée ou à son représentant.

Il produit une espèce de louage de soins qui en fait un contrat intéressé, tandis que le dépôt ordinaire est un contrat de bienfaisance. Un dépôt purement officieux qui interviendrait même entre commerçans et dont l'objet serait des marchandises ne serait point par sa nature un engagement commercial. (*Pardessus*.)

Comme le dépôt ordinaire, le dépôt de commerce peut être volontaire ou nécessaire ; et le dépôt volontaire peut être régulier ou irrégulier.

Le dépôt volontaire régulier a pour objet des marchandises ; les monnaies donnent plus particulièrement lieu au dépôt irrégulier.

Le dépôt irrégulier est un contrat par lequel une personne confie de l'argent ou une certaine quantité de

choses fungibles à une autre, avec la faculté d'en user, et consent à ce qu'elle ne lui en fasse pas la restitution identique, mais seulement celle d'une égale somme ou quantité. Tels sont les dépôts qu'on fait aux banques.

Des espèces peuvent absolument être placées à titre de dépôt régulier ; mais dans ce cas, il faut que les parties aient eu soin de marquer les pièces déposées de caractères d'individualité tel qu'on ne puisse douter de l'identité du dépôt.

Voici ce qui occasionne aussi le dépôt commercial. Il arrive que des marchandises sont expédiées pour une destination où elles ne peuvent parvenir qu'après avoir séjourné par certain lieu, soit pour subir les vérifications qu'exigent la sûreté et la santé publiques, ou l'application des lois relatives aux douanes,—soit pour être réunies avec d'autres, soit pour attendre que l'expéditeur vienne lui-même ou par ses préposés, prendre les mesures nécessaires pour les mettre en route : c'est ce qu'on appelle communément *entrepôt*. Celui qui reçoit les marchandises se nomme *consignataire*. Le dépôt peut quelquefois lui être fait, soit pour vendre, soit pour expédier ces marchandises : il est alors commissionnaire de vente, d'expédition ou de transport ; et dans ces cas, indépendamment des obligations qui lui sont imposées comme dépositaire, et des droits qu'il a en cette qualité, il en a d'autres dont il sera parlé dans l'article du mandat.

**Obligations du dépositaire** Celui à qui des marchandises sont expédiées, pour les recevoir en dépôt, doit tous ses soins à leur réception.

Il vérifie, en recevant les objets envoyés, si ce sont bien ceux qui lui ont été annoncés et expédiés, s'ils sont bien conditionnés, et s'ils n'ont éprouvé aucune diminution ou avarie pendant la route. Faute d'avoir pris cette précaution, il est présumé les avoir reçus en bon état, et il ne pourrait mettre sur le compte du déposant que les déchets postérieurs à la réception.

Il veille à ce qu'en déchargeant les marchandises et en les plaçant dans ses magasins, on évite tout ce qui pourrait les détériorer ; à ce qu'on sépare des autres marchandises, celles qui pourraient leur communiquer des vices, ou dont le voisinage pourrait en causer l'inflammation ou d'autres accidens.

Le dépôt commercial n'étant point gratuit, on ne peut pas lui appliquer les règles du dépôt ordinaire. Si

dans un incendie, un pillage, le dépositaire avait sauvé ses propres effets, et sacrifié les marchandises déposées, il serait coupable de négligence, à moins qu'il ne prouvât que les siens pouvaient être sauvés, tandis qu'on n'aurait pu sauver le dépôt quelque soin qu'on y eût mis.

Si entre plusieurs objets déposés par différents dépositaires, les uns avoient été sauvés, et les autres, non, le dépositaire serait censé avoir fait de son mieux à moins qu'on ne prouvât qu'il avait fait une préférence injuste; qu'il aurait pu sauver les uns et les autres, ou que, dans la nécessité de faire un choix, il a sauvé des objets peu précieux, appartenant à un ami ou parent, et sacrifié des objets de plus grande valeur et aussi faciles à sauver, mais appartenant à un commettant moins favorisé.

On considère comme fautes du dépositaire celles de ses employés.

Le dépôt doit être rendu à la première réquisition du déposant; à moins que des tiers, dont les droits auraient été notifiés au dépositaire, ne fussent intéressés à ce que le dépôt ne fût pas restitué sur le champ.

Le dépositaire doit rendre lui-même les choses déposées.

Il n'est tenu de rendre les objets déposés que dans l'état où ils sont au moment de la restitution; les déchets, diminutions, dépréciations et détériorations postérieurs à la réception ne lui sont imputables que si ils sont le résultat de son fait ou de sa négligence.

La restitution doit s'effectuer au lieu indiqué par la convention; et s'il n'y a rien d'exprimé, dans le lieu où le contrat de dépôt s'est réalisé par la tradition de la chose déposée, quand même cette chose ne s'y trouverait point à l'époque où elle doit être restituée, à moins qu'il ne l'ait déplacée par nécessité. (\*)

Le dépositaire doit apporter à l'expédition des objets déposés le même soin qu'il a déployé à leur arrivée; il est passible des fautes commises et des déchets arrivés pendant qu'on sort les marchandises de ses magasins.

C'est à la personne qui a fait le dépôt, ou à son représentant légitime, que la chose doit être remise. On considère comme déposant, celui par l'ordre et pour le compte de qui un dépôt a été fait; de manière que si un dépôt avait été fait pour être remis à un tiers envers

qui le dépositaire se serait obligé à conserver la chose déposée, non seulement la remise à ce tiers serait libératoire, mais encore, le dépositaire ne serait point libéré en se déssaisissant dans les mains de celui de qui il avait reçu le dépôt.

Si le déposant usant de ses droits est ensuite tombé en puissance d'un administrateur légitime, comme il peut arriver par mariage, interdiction, faillite, le dépôt ne peut être rendu qu'au mari, au syndic ; ou au tuteur, si l'héritier du déposant est mineur. Mais on ne peut leur faire cette restitution qu'autant qu'ils conservent cette qualité, et le mineur devenu majeur, la femme mariée devenue veuve et le failli rentré dans l'administration de ses biens ont seuls le droit de retirer le dépôt.

On appelle *destinataire* le tiers qu'indiquent quelquefois les balles ou caisses comme celui à qui la remise devra être faite

Si il y a plusieurs déposans d'un même objet, on suit les principes de la solidarité en faveur de plusieurs créanciers.

Si le déposant est mort, laissant plusieurs héritiers, ils sont tenus de s'accorder entre eux pour répéter et recevoir la chose lorsqu'elle est indivisible soit naturellement, comme serait un cheval, soit par le rapport sous lequel on l'aurait considérée dans le contrat.

Obligation  
du Déposant.

Quant aux obligations du déposant, outre la rétribution fixée par la convention, il est tenu à peu près aux mêmes indemnités envers le dépositaire que le déposant ordinaire. Si faute par l'expéditeur, de déclarer la nature et même la qualité particulière de certaines compositions peu connues, l'humidité, le voisinage d'objets susceptibles de fermentation, la chaleur, avaient fait prendre le feu aux choses, déposées, et causé quelque dommage au dépositaire, soit dans ses propriétés, soit dans celles de tierces personnes qui auraient aussi déposé chez lui, le déposant ne pourrait s'excuser sur ce qu'il aurait ignoré lui-même l'état des choses.

Le dépositaire a, pour l'indemnité, un droit de rétention sur les objets déposés, d'où résulte, en cas de faillite un privilège contre les autres créanciers.

Ce n'est pas seulement dans le cas où il a reçu des saisies ou oppositions, que le dépositaire peut retenir le dépôt ; mais s'il découvre que la chose déposée appar-

tient à une personne qui en est injustement dépouillée, par vol ou par perte, il peut avertir le véritable maître, en lui dénonçant le dépôt et offrant de lui remettre la chose, après qu'il l'aura fait ordonner contradictoirement avec le déposant.

Ce point nous conduit au *séquestre*, car on divise le dépôt en dépôt simple et en séquestre.

Il est simple quand la chose déposée n'est pas litigieuse, et c'est le cas où l'on doit rendre à celui qui a fait le dépôt.

On appelle séquestre le dépôt où la chose est litigieuse.

On ne peut rendre en ce cas qu'à celui à qui la chose est adjugée.

Le séquestre est donc le dépôt faite par une ou plusieurs personnes d'une chose contentieuse entre les mains d'un tiers, qui s'oblige de la rendre après contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir.

Le dépositaire chargé du séquestre ne peut s'en décharger avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties intéressées ou pour une cause jugée légitime.

Il n'en est pas ainsi dans le dépôt simple. Si le dépositaire ne veut plus garder la chose, même avant le temps convenu, le maître, appelé est tenu de venir la reprendre à moins qu'il ne le puisse pas faire sans inconvénient grave, ou qu'il ne prouve qu'il n'y a pour le dépositaire aucun inconvénient à garder plus longtemps le dépôt.

Le séquestre, comme le dépôt simple, peut avoir pour objet non seulement des objets mobiliers mais même des immeubles, quoique cela soit moins ordinaire.

Le séquestre est judiciaire ou conventionnel:

Il est appelé judiciaire, quand c'est par sentence du juge que la chose est remise à un tiers pour être gardée, conservée et même administrée jusque à l'adjudication.

Le gardien, qu'on appelle aussi séquestre, a un droit incontestable à un salaire, outre ses frais.

Mais le séquestre est rarement gratuit, même lorsqu'il est volontaire, et le salaire est ordinairement offert.

Si il est gratuit, il suit les règles du dépôt simple qui peuvent s'y appliquer.

Si plusieurs ont déposé ensemble, ou qu'il y ait plusieurs héritiers, le dépositaire ne doit rendre la chose

qu'à eux tous, ou à chacun sa part si la chose est divisible et que tous conviennent de leur portion.

Que s'il y avait des absens ou contestation entre présents, le dépositaire ne rendrait le dépôt qu'en prenant ses sûretés pour sa décharge à l'égard de tous, la demandant, s'il le faut, en justice, et consignait le dépôt dans les formes pour être ensuite pourvu par le juge sans préjudice au droit des absens.

Domat ajoute que s'il y a plusieurs dépositaires d'une même chose, chacun d'eux sera tenu pour le tout selon la règle *correi singuli debent solidum*, et il répondent les uns pour les autres de leur dol *commun*, sans que la demande de la chose à l'un d'eux éteigne le droit de la demander aux autres jusque à ce qu'elle soit pleinement restituée.

### §. 8. Du Mandat.

(Procurations, Prépositions, Agences ou Commissions.)

Il ne s'agira pas dans cet article que de la procuration ordinaire ou mandat des Romains, mais de toutes les opérations commerciales, qui s'y rapportent. Rien ne prouve (\*) que le monde Romain ait eu l'idée de la profession du mandataire commercial que nous appelons commissionnaire ou marchand à commission. Dans l'antiquité, le commerce se faisait au loin par des commis permanents, nommés facteurs ou instituteurs, que le chef du négoce plaçait à la tête de ses comptoirs. Ce mode d'opérer fut aussi celui des plus grandes entreprises du moyen âge. Il fut pratiqué par les Lombards. On voit leurs comptoirs et leurs préposés en permanence dans la plupart des villes où il y avait des opérations à faire et de l'argent à gagner. Mais l'exploitation d'un commerce par l'établissement de comptoirs suppose des moyens puissans; elle est dispendieuse, et ne peut se soutenir qu'à l'aide de gros bénéfices et de forts capitaux. Elle n'est pas à la portée de tous les spéculateurs. Au contraire, le commerce qui s'opère à l'aide de commissionnaires, aux quels on se borne à donner un tant pour cent pour chaque affaire, exige moins de frais; il ne nécessite point un capital roulant aussi considérable; il y a économie dans les dépenses de loyer,

Troploig,  
Préface  
du Contrat de  
Mandat.

magasins, salaires-du personnel, déplacements &c., &c. Il semble donc que ce fût une idée fort naturelle et fort simple que d'agir au loin par l'intermédiaire de correspondans ou commissionnaires. Mais ce qui est le plus simple échappe souvent à tout le monde. Deux causes contribuèrent cependant à une révolution : ce furent la concurrence et le privilège. Ces deux contraires se donnèrent la main pour ouvrir au commerce une voie nouvelle.

Lorsque le commerce eût pris de l'accroissement, et que la concurrence eût fait baisser les profits qu'on en retirait, il fallut s'ingénier pour diminuer les frais généraux. On commença d'avoir recours aux correspondans ou commissionnaires, gens placés sur les lieux, offrant des garanties d'aptitude et de probité, et servant d'auxiliaires beaucoup moins coûteux que ne l'était l'établissement d'un comptoir.

On a ingénieusement comparé le mandat au talisman merveilleux par lequel Pythagore était à la fois présent à Crotona et à Métaponte. Cette comparaison peint, aussi bien qu'une comparaison peut le faire, les idées que nous attachons au mandat et l'utilité que nous en retirons. " Il n'y a rien, dit Savary, qui maintienne tant le commerce que les commissionnaires ou correspondans. Car, par leur moyen, les marchands et banquiers peuvent négocier dans tout le monde sans sortir de leur magasin ou comptoir."

Le mandat en général est défini par Cujas d'après le droit romain : *conventio qua roganti fides datur procurandi aliquid sine mercæde.*

Troplong en prend occasion de critiquer la définition du code Napoléon, et en effet, il faut se garder de confondre absolument le mandat et la procuration, le mandat signifiant tantôt le contrat produit par la réunion de deux volontés, l'un disant *rogo*, l'autre répondant *recipio*, et tantôt la simple procuration, acte unilatéral préexistant à l'acceptation. Au contraire, comme l'observe encore Troplong, le mandat n'est pas seulement un *ponvoir d'agir* comme le dit le Code, puisque, quand il a été accepté, il impose le *devoir et l'obligation* d'accomplir le mandat. Sans doute, il en est de même de la procuration, mais Troplong n'en a pas moins raison de trouver que la définition napoléo-

nienne n'en dit pas assez. Ce jurisconsulte s'objecte encore à ce qu'on fasse entrer dans la définition du mandat les mots qu'on y met ordinairement *au nom du mandant*, parceque, dit-il, il y a une foule de ces cas où le mandataire n'agit point au nom du mandant à l'égard des tiers. Question de savoir si Troplong ne confond pas ici le mandat avec la commission.

Dans tous les cas, on nomme indistinctement celui qui a accepté un mandat, mandataire, procureur ou fondé de pouvoir ou procuration.

Le mandat est ordinairement gratuit. Troplong dit que, dans le droit français le mandat est gratuit par sa nature, tandis que, dans le droit romain, il était gratuit par son essence. A cela, observons qu'il est bien vrai qu'on lit *nisi gratuitum nullum est mandatum, nam originem ex officio atque amicitia trahit*, et que M. Olivier ajoute que, toutes les fois que la procuration n'est pas gratuite, elle est regardée comme un louage ; mais chacune des deux assertions de Troplong et d'Olivier nous paraît fautive. Quant à celle d'Olivier, \* il faut au moins distinguer le cas où le fait est de nature à tomber en louage ; ce sera alors un contrat innommé qui donnera ouverture, selon le droit romain, à l'action *præscriptis verbis* ou *in factum*. On jugeait que les services des professions libérales n'étaient point de nature à être loués ; ainsi de l'avocat et de l'*agrimensor* ou arpenteur salarié.

\* *Principes du Droit Civil Romain.*

Mais n'y aurait-il pas eu antinomie dans le droit romain. Il suffit bien déjà pour nuire à la doctrine de Troplong, qu'à Rome le mandat était gratuit par essence, qu'il avoue, comme il le fait, qu'on admettait l'honoraire *ex post facto*. Mais n'y avait-il pas des mandataires salariés *ab initio* ? On ne lit pas seulement dans le droit le texte rapporté *verum honorarium remunerandi gratia intervenire debet*, mais l'*Epitome juris* de Montvallon nous fournit encore celui-ci *salarium vero constitui potest et peti*. L'opinion de Wissebach, qu'à Rome il y avait deux espèces de mandat, le mandat gratuit et le mandat salarié, rejetée par Troplong, est la seule qui puisse tout concilier.

Nous apprécions davantage les différences fondamentales que le célèbre jurisconsulte contemporain signale entre le mandat et le louage. Il prend pour point de

Il part deux règles posées par Gaius et Paulus. Ce qui est louage d'ouvrages parce qu'il y a un prix stipulé, devient mandat quand il n'y a pas de prix dit Gaius. Réciproquement, dit Paulus, ce qui était mandat parce qu'un sentiment officieux présidait à l'agissement, peut devenir louage quand ce sentiment s'efface et est remplacé par la stipulation d'un prix. Le prix est essentiel dans le louage. Point de prix point de louage d'ouvrage. Et non seulement le louage doit avoir un prix ; mais il faut encore que ce prix soit en rapport avec la valeur de l'ouvrage. Il en est autrement dans le mandat, la gratuité est le caractère naturel de ce contrat ; et si, dans certains cas la loi autorise le mandant à reconnaître par une récompense le service qui lui a été rendu, si même elle donne action au mandataire pour obtenir la juste indemnité que la convention lui a promise pour ses pas et démarches, elle entend que cette récompense et cette indemnité ne soient point assimilées au prix vénal d'une chose qui s'achète. Par cela même que le mandataire rend un service, et qu'il y a dans son ministère quelque chose d'officieux, la loi résiste à trouver entre le fait et la récompense une équation. Ainsi, il y a une grande différence entre le prix du louage d'ouvrage et l'honoraire du mandat. Le premier correspond à la valeur du fait, il en est l'estimation exacte ; le second n'a pas la prétention d'être le juste équivalent du service rendu et laisse une place pour la gratitude, qui seule peut compléter le prix. Partant de là, plus le prix du louage s'écarte de la valeur réelle de l'ouvrage, plus on s'éloigne de la nature du louage de service, qui veut l'égalité entre la chose et le prix. Plus au contraire l'honoraire est faible, eu égard au service rendu par le mandataire, plus on approche de la nature normale du mandat, qui est la gratitude.

On se gardera donc bien de prendre les mêmes règles pour guide dans les jugemens relatifs au prix du louage et dans les jugemens relatifs à l'honoraire du mandat.

Pour que le mandat soit valable, il faut qu'il soit accepté par le procureur constitué, car personne n'est tenu de se charger contre son gré des affaires d'autrui.

C'est un contrat consensuel *obligatio mandati consensu contrahentium consistit.*

Le mandat se fait quelquefois tacitement :

*qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur.*  
Mais c'est un quasi contrat qui tombe dans la gestion d'affaires, *gestio negotiorum*.

Le mandat ou la procuration est général ou spécial, simple ou conditionnel, judiciaire ou extra-judiciaire.

Si les pouvoirs que la procuration attribue s'étendent généralement sur tous les biens du constituant, elle est générale ; si ces pouvoirs n'ont été donnés que pour un objet ou pour une affaire particulièrement désignés, elle est spéciale.

La procuration est simple quand les pouvoirs qu'elle confère sont indéfinis, elle est au contraire conditionnelle, quand il est assigné des bornes au mandataire.

La procuration conçue en termes généraux, n'embrasse que les actes d'administration. Celui qui a une telle procuration peut agir contre les débiteurs du constituant et en recevoir paiement, payer les dettes, percevoir les revenus et déférer le serment en justice. Mais il ne peut faire aucune donation ou abandon des biens qu'il administre, ni les aliéner ou même engager. Il peut seulement vendre les fruits et les autres choses qui risqueraient de se gâter ou détériorer si on ne les vendait point.

Mais lorsque le mandant a voulu expressément que son mandataire ou procureur général eût l'entière liberté de faire tout ce qui lui plairait, et qu'il lui a donné pouvoir *cum libera*, celui-ci peut faire les aliénations qu'il juge avantageuses.

La procuration judiciaire est celle qui se donne à un avocat pour la poursuite d'un procès. Elle n'est point gratuite.

La procuration extrajudiciaire est celle qu'on donne à un individu quelconque, qui n'a aucune qualité spéciale, en lui confiant la gestion de ses affaires, comme la perception de son revenu, ou le soin de ses biens ruraux.

Toute personne peut être mandataire, sans distinction d'âge ni de sexe, pourvu qu'elle soit raisonnable. L'épouse elle-même peut constituer son mari pour son procureur, pourvu qu'il soit présent pour l'autoriser, ou que, s'il est absent, il lui envoie l'autorisation de passer la procuration. \*

\* Ferrière, *Dictionnaire*.

L'objet de la procuration doit être honnête et licite.

Le mandat est ordinairement pour le fait ou l'avantage du mandant; cependant on reconnaît en droit le *procurator in rem suam*. C'est celui qui s'est fait céder les actions de quelqu'un, et qui procède sous son nom et à sa place, mais dans son propre intérêt.

Celui qui donne un mandat est tenu de respecter ce qui a été fait dans les bornes du mandat conféré.

Le procureur soit universel soit particulier n'est jamais censé avoir excédé les bornes du mandat lorsqu'il a contracté d'une manière plus avantageuse que la transaction prescrite par le constituant.

Le mandant n'est tenu de ce qui a été fait au-delà des bornes du mandat qu'autant qu'il a ratifié expressément ou tacitement.

Il doit indemniser son mandataire ou procureur de ses dépenses nécessaires et utiles, outre le salaire qu'il peut lui avoir promis.

Enfin, il doit l'indemniser des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.

L'intérêt des avances que le mandataire a faites, lui est dû par le mandant à dater des avances constatées.

Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

Le mandataire est tenu d'exécuter le mandat qu'il a accepté sous peine de dommages et intérêts, et de l'exécuter loyalement: *diligenter fines mandati custodiendi sunt*.

Il répond non-seulement de son dol, mais même des fautes qu'il commet dans sa gestion: *procurator tam dolum quam omnem culpam praestat*.

C'est fort sagement néanmoins que le droit napoléonien dit que la responsabilité relative aux fautes est applicable moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

Le mandataire n'est point tenu des cas fortuits, s'il ne s'en est fait responsable: *casus improvisos non praestat*.

Tout mandataire est tenu de rendre compte et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de la procuration, quand même il excéderait l'attente

du mandant, car bien qu'il ne puisse pas faire sa condition pire, il peut la faire meilleure. *Si pretium statuit, tu pluris emisti, usque ad statutum duntaxat pretium ages.*

Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion ; premièrement, quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; secondement, quand ce pouvoir a été conféré sans désignation d'une personne en particulier, et que celle dont le mandataire a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.

Deux mandataires constitués par un même acte sont solidaires : *si duobis mandatum sit, in solidum unusque tenetur.* Il n'en est pas ainsi dans le code Napoléon.

Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage à dater de son emploi, et de celles dont il est réliquataire à dater de la mise en demeure. Le droit de gérer ne passe point à l'héritier du mandataire.

Mais demande Domat, si le mandataire venant à mourir, l'affaire est en péril si l'héritier n'en prend soin, n'est-il pas tenu ?

Il doit prendre soin de l'affaire *propter officium*, mais il n'est pas tenu *ex justitia*.

Cependant l'article 2010 du code Napoléon veut qu'en cas de mort du mandataire, les héritiers en donnent avis au mandant et qu'ils pourvoient, en attendant, à ce que les circonstances exigent dans l'intérêt du constituant de leur auteur.

Si deux procureurs ont été nommés à l'insu l'un de l'autre pour une chose que l'un peut faire sans l'autre, comme une demande en justice, l'un d'eux ayant accompli le mandat ou commencé à l'exécuter, consomme le pouvoir de l'autre : *occupantis melior conditio erit.*

Si deux procureurs ont été nommés pour agir ensemble, Domat dit que rien ne lie le mandant que ce qui a été fait de concert.

Si le procureur ou mandataire est dans la nécessité de se décharger, comme s'il tombe malade en route et qu'il ne lui soit pas possible d'avertir le mandant, c'est un cas fortuit dont il ne répond pas.

Le mandat finit par la révocation expresse ou tacite

comme est la constitution d'un nouveau procureur, laquelle implique révocation du premier ; par la renonciation légitime du mandataire. Ce n'est qu'en notifiant sa renonciation au mandant, quand il le peut faire, que le mandataire peut renoncer ; et si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer sans éprouver lui-même un tort considérable.

Le mandat finit enfin par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture soit du mandant, soit du mandataire.

Si le mandataire ignore le mort de son constituant ou la cause qui met fin au mandat, ce qu'il fait dans cette ignorance est valide, et ses engagements envers les tiers de bonne foi doivent surtout être exécutés.

*Des Mandats Commerciaux.*

Il y a dans le commerce de très fréquens emplois du mandat. Mais le nom de mandataires ou procureurs quoique n'étant point inconnu dans le commerce, n'est pas le plus habituel, ce nom étant plus spécialement propre au droit civil. Celui d'agent, de préposé ou de commissionnaire est plus usuel dans le négoce et dans le style des marchands.

Les préposés, commis, ne diffèrent des mandataires ou procureurs que par leur état de dépendance, et les commissionnaires diffèrent des préposés par leur indépendance et la spécialité de leur mandat.

Et si l'on demande de nouveau quelle différence il y a entre la commission et le mandat, la voici d'après Pardessus. \*

*Droit Commercial, Vol. I, No. 42.*

Il arrive souvent qu'indépendamment de leurs préposés, à qui ils peuvent confier sous leur yeux la direction de quelque branches de leurs affaires, les commerçants sont obligés de recourir à des fondés de pouvoir.

Lorsque celui qui en représente ainsi un autre, fait connaître la personne pour qui il négocie et n'agit point en son nom propre, les règles du droit commun sur les procurations sont suffisantes.

Mais le plus souvent, le fondé de pouvoir ne fait point connaître pour qui il agit, ni même qu'il agit pour un tiers, et en cela il y a de grands avantages : premièrement pour la célérité des opérations qui se trouve entravée par la nécessité où se trouverait celui qui

traite avec un fondé de pouvoir de chercher des renseignements sur la solvabilité du mandant; secondement, pour le secret, qui ne pourrait plus être gardé si le fondé de pouvoirs était obligé de nommer celui qu'il représente. Il traite en son propre nom et devient l'obligé direct de celui avec qui il contracte: c'est ce qu'on nomme *commission*, et il en résulte une sorte de location commerciale, car ce contrat n'est jamais gratuit.

Les préposés, au contraire, ne sont point engagés personnellement.

Il s'ensuit qu'il importe peu que les préposés soient capables ou incapables aux yeux de la loi de contracter.

On peut faire sa profession d'agir par commission pour toutes espèces d'affaires et de personnes, on peut en limiter l'exercice à certain genre d'opération, on peut même n'agir qu'occasionnellement pour quelques correspondans, tout en faisant son occupation principale de négociations dont l'objet et la nature seront différens.

Les commissionnaires, plus indépendans que les préposés, ne se trouvent pas constitués en état de location de services et d'obligations continuel et en quelque sorte exclusifs pendant un temps donné envers un seul commerçant, et ils sont libres d'accepter simultanément la confiance de diverses personnes.

Nous avons relativement aux agens de commerce, le statut 10 et 11 Vict. chap. 10, dont le but est de protéger ceux qui transigent avec des agens.

Les agens sont considérés comme propriétaires de manière à donner garantie aux acheteurs de bonne foi, ou qui ignoraient que l'agent n'avait point le pouvoir de garantir.

Toute transaction faite avec le commis de l'agent est censée le fait de l'agent lui-même.

L'agent qui engagera des marchandises pour son propre bénéfice et contrairement à ses instructions, sera coupable d'un délit, à moins toutefois que l'engagement de marchandises n'exécède pas ce qui lui est dû par son commettant. Les commis pourront être coupables de complicité et punis comme tels.

Par contre, en vertu de l'acte 12 Vict. chap. 12, tout propriétaire disposant de marchandises après que des avances (paiemens) ont été faites, avec l'intention de

frauder le consignataire, se rend coupable d'un délit.

§ 9.—*De la Société.*

Cujas définit la société, *contractus qui ex consensu duorum pluriumve communionem inducit inter eos.*

C'est donc un contrat consensuel par lequel deux ou plusieurs personnes, qui se choisissent mutuellement, conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra résulter de la mise. Le choix mutuel est la base du contrat, qui existe *ipso facto.*

La société peut se contracter de tous les biens, ou seulement de quelque commerce ou affaire: *societatem gerere solemus aut totorum bonorum, aut unius alicujus negotii.* \*

\* Pithon.  
Eclogæ  
Juris Ci-  
viliis.

S'il n'y a rien d'exprimé, une société de gains ou profits, dit Domat, ne comprend point les successions, les legs, les donations et toutes acquisitions autres que de l'industrie des associés.

Il en est autrement de la société de tous biens.

S'il n'est rien dit d'exprès sur les parts du gain ou de perte, il doit y avoir équation dans les parts au gain ou à la perte.

L'un peut mettre en société son argent et l'autre son ouvrage, dit Domat, car il en est dont le travail vaut de l'or.

On peut convenir qu'un associé ne sera pas passible, tandis que le gain sera commun: *Ita coiri potest societas ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit*, mais non que l'un souffrira toute la perte, tandis que l'autre fera tout le gain: *non tamen ut lucrum tantum, alter damnum sentiat, et hanc societatem leoniam solutum est appellare.* (†)

---

(†) Magna autem quæstio fuit an ita coiri possit societas ut quis majorem partem lucretur, minorem damni præstet, quod. Q. Mucius etiam contra naturam societatis censuit. Sed Servius Sulpicius, cujus prævaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni præstet, sed lucri partem capiat; si modo opera ejus tam pretiosa videatur ut æquum sit eum cum hac pacto in societatem admitti. Et aliud certum est, si de partibus lucri et damni nihil

Quand les parts ne sont pas bien exprimées, la part au gain bien exprimée règle les parts de la perte ou l'inverse.

La société ne passe point aux héritiers, et dans le cas même, dit Domat, ou l'on conviendrait qu'elle passera aux héritiers, elle ne serait continuée que dans le cas où ils l'agréeraient. *Heres socii, socius non est.*

*Contrahitur (societas) verbis et per nuntium.*

*Rerum inhonestarum nulla societas est.*

Après bien des variations dans la jurisprudence romaine, l'empereur Justinien décida enfin qu'il suffit que chaque associé apporte aux affaires de la société le même soin qu'à ses affaires propres : *talem diligentiam sufficit socio adhibere, qualem rebus suis solet, modo dolum et culpam præstet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.*

*De negligentia vero tenetur et desidia, (oisiveté affectée.)*

De ce que nous avons dit que la base du contrat de société est le choix mutuel des associés, il suit que si un des associés s'associe un tiers, c'est une société à part : *socii mei socius, meus non est*, dit Ulpien.

La société cesse de plusieurs manières, par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée, par la mort naturelle ou civile de l'un des associés, par le défaut de la condition, si la société est conditionnelle : *coiri tantum potest vel dum vivunt, vel ad tempus, vel sub conditione.*

La société se dissout encore par la nécessité : ce mode contient plusieurs causes de dissolution énumérées par le droit romain : *egestate, puta, si bonis cesserit ; si ita injurius et damnosus socius sit ut non expediat eum pati.*

*Solvitur ex rebus, si nullæ relinquantur ; (c'est la consommation du négoce), vel conditionem mutant.*

La société se dissout encore : *aut stipulatiue aut iudicio.*

---

inter eos convenerit, tamen œquis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse. Sed si in altero partes expressæ fuerint, velut in lucro, in altero vero omissæ, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt. *Ulpiani Regulae apud Pithou.*

Elle se dissout même par la volonté : *cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur*, dit le jurisconsulte Ulpien ; cependant, ceci n'est pas constant, car nous lisons dans l'*Epitome* de Montvallon : *Vel ex voluntate, videlicet renuntiatione, si omnes dissentiunt. Qui vero solus ante tempus renuntiat, liberat socios suos a se, se autem ab illis non liberat, si societati intersit non dirimi.*

Nous avons vu que la société se dissout par la mort : *nec potest ultra mortem porrigi* Mais nous allons exposer ici la doctrine de la Rote Romaine, des auteurs italiens, de la Cour de Cassation, de Pothier et de Troplong, sur la continuation fictive d'une société dissoute, pour cause de l'ignorance de tiers de bonne foi. Le droit romain lui-même consacre une doctrine approchante : le jurisconsulte Paul prononce que la société continue, *valet societas*, ou du moins que l'obligation continue d'associé à associé selon le correctif de Cujas, à cause de l'ignorance de l'associé géant. Or Troplong juge avec beaucoup de raison que les argumens qui font dire à Paul que la société dure entre associés, ont une égale force pour faire durer la société à l'égard de tiers de bonne foi. En effet, quel est le motif du jurisconsulte pour faire durer l'obligation de la société entre les associés ? C'est l'ignorance de l'associé qui n'ayant aucune connaissance du décès, entame de bonne foi de nouvelles spéculations sociales. Par un argument *ex analogia*, les tiers qui auront traité avec la société dans l'ignorance de sa dissolution doivent se trouver dans la même position, car l'esprit n'aperçoit point de raison plausible pour refuser aux tiers de bonne foi, le bénéfice de la fiction qui milite en faveur des associés ou contre eux ; il existe même de très graves considérations pour faire penser que cette fiction doit à plus forte raison les protéger.

Pothier pose le cas de marchands qui avaient coutume de faire des fournitures à la société, et qui, dans l'ignorance du décès, ont continué ces fournitures à l'associé ou aux associés survivants ; il déclare, sous Nc. 156, que ces actes lient les associés ou leurs héritiers.

Exemple :—Il y a à Montréal une société de commerce qui a eu des correspondans en Angleterre, en Ecosse, aux Etats-Unis, lesquels étaient dans l'usage de

fournir cette maison. Un des associés est mort ; mais le ou les survivants, au lieu de mettre un terme aux opérations sociales, continuent de s'adresser aux correspondants habituels, et ils reçoivent encore des cargaisons. Ces correspondants qui, ignorant le décès, n'ont fait que se conformer à leur coutume en suivant la foi de la société et continué des rapports liés depuis longtemps, n'auront-ils pas une action contre la société, laquelle ils pourront exercer contre l'héritier de l'associé décédé ?.. Pothier répond que oui, et c'est le *valet societas* de Paulus, appliqué aux tiers de bonne foi.

Les auteurs italiens vont encore plus loin, en disant qu'il n'est pas nécessaire que les fournisseurs eussent continué d'être en rapport avec la société, et qu'il suffit que l'associé survivant se soit adressé à eux. Straccha est de cette opinion, mais l'annotateur de Dalloz prétend qu'il n'a point fait allusion au cas de la dissolution de société par le décès. Troplong renonce alors généreusement à son autorité, parceque les autorités ne manquent point : *uno avulso, non deficit alter*. Il cite Casaregis, l'oracle, selon lui, du droit commercial, celui de tous les jurisconsultes qui a le mieux concilié les principes du droit civil et les besoins du crédit,— l'auteur qui a résumé avec le plus de précision, de justesse et de haute raison, les notions consacrées par la science des interprètes et la jurisprudence des tribunaux.

Après avoir montré la nécessité de protéger les tiers, afin de rendre le commerce libre et facile,—après avoir loué le jurisconsulte Ulpian, d'avoir pris la bonne foi pour régulateur des droits des tiers, il pose en principe, que lors même que la société est dissoute, les tiers qui ont eu un juste sujet de la croire existante, ont action contre la raison sociale employée dans les contrats passés avec eux, et il appuie ce principe sur les nécessités les plus urgentes du commerce, et les besoins les plus palpables du crédit, puis il formule ces axiômes.

*Si socius, post dissolutionem societatis, permiserit ejus nomen expendi et continuari ab aliis consociis, tenetur etiam ipse pro omnibus negotiis et contractibus ab illis post solutam societatem cum mercatoribus initis.*

Il étend cette décision au cas du décès : *quod procedit, &c.*

La Rote Romaine a donné une décision conforme en 1719 :—Jean Marie et Hyacinthe Landi s'étaient associés pour tenir un commerce à Bologne, et donnèrent avis de leur société en divers lieux de l'Italie. La raison sociale était Jean Marie et Hyacinthe Landi. Ces deux individus décédèrent l'un après l'autre, laissant pour héritiers les trois frères, Jean-Baptiste, Jean-Marie et Hyacinthe Landi. Jean-Baptiste continua de traiter avec les tiers sous la raison sociale de Jean-Marie et Hyacinthe Landi. Il reçut des marchandises et contracta des emprunts. Plus tard, il fit faillite, et la question s'éleva de savoir si les créanciers qui avaient fourni leurs marchandises et leurs capitaux à la raison sociale, avaient action contre les héritiers des associés décédés. Ceux-ci ne manquèrent pas de dire : la société dont nos auteurs fesaient partie a été dissoute, nous ne sommes point responsables des actes qu'il a plu à notre frère de faire de sa propre volonté, l'un de nous est mineur, l'autre est ecclésiastique et ne peut par conséquent se mêler de commerce : à quels titres donc pourrions-nous être tenus pour des actes auxquels nous sommes étrangers et tous postérieurs à la dissolution de la société ?

Que fit la Rote ? Elle ne s'arrêta pas aux objections des frères Landi, et les condamna par une décision à laquelle prit part le célèbre Ansaldo : il fut dit : " La raison sociale Jean-Marie et Hyacinthe Landi a continué malgré le décès, à être mise en action ; elle a déterminé la confiance des tiers, qui n'ont pas eu connaissance de la dissolution de la société ; il faut donc que la raison sociale tienne ses promesses. C'était aux héritiers à arrêter le cours des opérations ou à avertir les tiers qu'on les induisait en erreur en leur représentant comme vivante la raison d'une société déjà dissoute."

Casaregis, qui a surtout contribué à mettre la présente théorie en lumière, cite deux autres décisions de la Rote et l'opinion du cardinal Delacca, qui s'exprime de la sorte : " On sait qu'il arrive très-souvent que les affaires se continuent en les traitant sous le nom d'une personne décédée. Si l'on ne venait point au secours des tiers de bonne foi, le monde commercial serait bouleversé et l'on ouvrirait la porte aux fraudes ; on blesserait l'utilité publique, dont la facilité du commerce est un élément, et qui doit toujours être préférée à l'utilité

privée." Le commerce ne vit que par le crédit, finit par dire Troplong; et l'intérêt des tiers de bonne foi est toujours le point dominant dans la théorie des fondateurs du droit commercial. Il cite deux arrêts de la Cour de Cassation, l'un du 26 juillet 1843, et l'autre du 10 juillet 1844.

*De quel-  
ques So-  
ciétés  
Particu-  
lières.* Cette dissertation ou ces considérations nous conduisent à parler de diverses sortes de sociétés, car il ne s'était agi jusque là que de la société en général.

On distingue la société en nom collectif, la société en commandite et la société anonyme.

La société en nom collectif est celle que contractent deux ou plusieurs personnes, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale, telle la raison sociale de Jean-Marie et Hyacinthe Landi, mais il n'est pas nécessaire que tous les associés soient nommés. Ce peut être Hyacinthe Landi et Compagnie,—Robertson, Masson et Compagnie, &c.

Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait contracté, pourvu que ce soit sous la raison sociale.

La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires d'une part, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds d'autre part, ou comme s'exprime le statut provincial 12 Vict. chap. 75, elle est composée d'associés en nom collectif et d'associés commanditaires; ce sont les simples bailleurs de fonds qu'on nomme commanditaires.

Elle est réglée sous un nom social qui doit être celui d'un ou de plusieurs des associés responsables.

Les associés commanditaires ne font aucune acte de gestion, et suivant la section dixième du statut, la société est gérée au nom des associés en nom collectif.

Mais par la section quatrième les commanditaires ont droit d'examiner les affaires de la société.

Ils ne peuvent d'ailleurs retirer aucune partie de leur mise.

Les associés en nom collectif se rendent compte les uns aux autres, ainsi qu'aux commanditaires, (sec. 15.)

Les associés commanditaires ne sont passibles des pertes que jusque à concurrence de leur mise.

Par la section seizième du statut les créanciers d'une société en commandite devenue insolvable, sont préférés aux commanditaires.

La section dix-septième veut qu'une société en commandite ne puisse être dissoute qu'après avis dans la gazette.

Des sociétés en commandite peuvent se former, en vertu de la section première, pour toute affaire de commerce, de mécanique et de manufacture, mais non pour affaires de banques et d'assurances.

L'inscription de la raison sociale au greffe, par les sociétés en nom collectif et en commandite fait voir que la société est un contrat écrit.

Pour ce qui est de la société en commandite, par la section quatrième du même statut, les associés signeront un certificat, et la société ne vaudra qu'après que le dit certificat aura été logé à la Cour du District juridique.

Les renouvellemens de société seront aussi certifiés et déposés.

Le changement d'aucune chose spécifiée dans le certificat original est censé une dissolution, et si la société est continuée, elle sera considérée comme une société en nom collectif.

Toute fausse assertion dans le certificat est un délit. (Sect. 7.)

En vertu de l'acte 12 Vict. chap. 45, les sociétés en nom collectif, ou les sociétés commerciales non incorporées, devaient déjà, à peine d'une pénalité de £50 déposer leur raison sociale avec certains détails tels que les noms, prénoms, qualité et résidence de chaque associé au bureau du protonotaire du District et à celui du registrateur du comté, dans les soixante jours.

Une nouvelle déclaration doit être faite lors de tout changement.

Telles déclarations sont enrégistrées et accessibles au public.

La société anonyme est celle qui n'existe pas sous un nom social et n'est désignée par le nom d'aucun asso-

cié, mais par l'objet de son entreprise, comme la société de construction du district de Montréal. (†)

Elle peut être administrée par des mandataires *ad tempus*, associés ou nom, salariés ou non salariés.

Les administrateurs ne sont responsables que de la gestion de leur mandat, et ne contractent à raison de leur gestion aucune obligation personnelle ni solidaire à l'occasion des engagements de la société.

Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur *intérêt* ou de leur mise dans la société.

Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au comenree et par la convention des parties.

#### § 10.—Des Contrats Aléatoires.

Les principaux contrats aléatoires sont l'assurance et la rente viagère.

On appelle contrat d'assurance une convention par laquelle l'un des contractans (l'assureur) se charge moyennant une certaine somme (la prime d'assurance), des cas fortuits auxquels une chose est exposée, et s'oblige envers l'autre contractant (l'assuré) de l'indemniser de la perte que causeraient ces cas fortuits. \*

Guyot  
Diction-  
naire de  
Jurispru-  
dence.

Denizart dit que ce contrat prit naissance dans l'Italie moderne, et qu'il fut bientôt adopté par les Espagnols et les Hollandais, mais il paraît bien que les Romains le connaissaient et le prirent des Rhodiens.

Ce contrat est très licite pourvu que les assureurs

---

[†] " L'idée d'une société fondée sur ces principes, dit un écrivain écossais, [les sociétés de construction ont pris origine en Angleterre et en Écosse,] bien conduite et administrée, est de la nature la plus admirable, car d'un côté, elle porte les personnes industrieuses à mettre périodiquement de côté à même leur revenu, de petites ou de fortes sommes d'argent, lesquelles sont placées pour elles par la société, et après un certain temps, leur sont remises sous forme d'une accumulation considérable, sans qu'elles aient eu le trouble de faire elles-mêmes des placements; tandisque d'un autre côté, l'argent souscrit étant avancé à quelques-uns des autres membres, ceux-ci se trouvent en état de bâtir ou d'acquérir quelque propriété, puis de rembourser l'argent emprunté en capital et intérêt par petits paiemens périodiques, étendus ou distribués sur nombre d'années."

aient des fonds pour payer. C'est au reste l'intérêt que l'assuré doit avoir pour lui-même ou pour ses ayans causes, ou pour ceux dont il veut conserver les droits, qui forme surtout le caractère licite de ce contrat, et le distingue du jeu et du pari, qui sont généralement suspects.

D'un autre côté, c'est l'incertitude du risque en lui-même, ou dans sa qualité, qui forme le caractère aléatoire du contrat d'assurance.

Enfin l'obligation actuelle, quoique conditionnelle dans son résultat, constitue le lien de droit entre l'assureur et l'assuré et forme une véritable convention synallagmatique. \* Les risques sont donc de l'essence de ce contrat.

\* *Pardessus No. 588.*

On ne peut pas non plus, concevoir un contrat d'assurance sans prime. \*

La prime ne devrait être que le juste prix du risque dont l'assureur se charge : mais l'incertitude des évènements et la variété des circonstances ne permettent point d'invoquer pour la déterminer les règles des contrats rigoureusement commutatifs.

\* *Ibid, No. 591*

La créance de la prime, est généralement une créance privilégiée, du moins pour l'assurance maritime ; Pardessus doute qu'il en soit ainsi pour l'assurance terrestre. La disposition qui accorde, dit-il, un privilège à la prime d'assurance maritime, ne saurait être étendue aux assurances terrestres, parce que les privilèges sont de droit étroit.

Il y a donc deux espèces d'assurance, maritime et terrestre.

Il est certain que l'assurance maritime est un contrat écrit. Question de savoir s'il en est de même de l'assurance terrestre.

“ Il faut tenir jusque à ce que le législateur se soit occupé de cette importante matière, dit Pardessus (sous No. 593) qu'une rédaction dans telle ou telle forme déterminée, n'est pas essentiellement exigée. Ainsi, outre les actes notariés ou sous seing privé, la correspondance et les livres des parties, la quittance qu'une partie aurait donnée de la prime reçue, ou la promesse de payer une prime seraient autant de moyens de preuve. Rien ne s'opposerait même à ce que les juges admissent la

preuve testimoniale contre les personnes à l'égard de qui l'assurance serait reconnue être un contrat commercial." (†)

Jugé en Cour du Banc de la Reine, en Appel, le 7 juillet 1858, qu'un contrat d'assurance contre le feu peut être fait et prouvé sans écrit à cet effet.

\* *Dict. verbo, Assurance.* Cependant M. de Ferrière \* assimile la police d'assurance au contrat :—“ Assurance, ou Police d'Assurance, est, dit-il, un contrat par lequel on s'oblige à réparer les pertes qui pourront arriver par cas fortuit à un vaisseau ou à son chargement, moyennant une certaine somme qui est donnée d'avance par le propriétaire, à celui qui fait une telle promesse.”

Les décisions de Pardessus et de notre Cour d'Appel ne sont pas même concordantes, car en décidant que l'assurance contre le feu peut être prouvée sans écrit, celle-ci semble déclarer, que cette assurance est toujours un engagement commercial.

L'assurance terrestre contre le feu est peu connue dans l'ancien droit français, et le droit Napoléonien n'en parle guères davantage ; c'est pourquoi Denizart aussi bien que Ferrière, définit l'assurance maritime comme l'unique assurance, comprenant le cas fortuit de l'incendie.

Le contrat doit contenir le nom et le domicile de celui qui se fait assurer, sa qualité de propriétaire, les effets sur lesquels l'assurance est faite, le nom du na-

---

[†] Cet auteur enseigne (No. 580) que l'assurance terrestre, le législateur ne s'étant point expliqué à son égard, n'est point un contrat commercial, du moins quand aucun but de spéculation commerciale n'a présidé à l'acte. Il en infère, plus bas, qu'un mineur ne peut valablement s'engager lorsqu'il stipule une assurance de sa propriété mobilière et immobilière, puisque tout engagement civil d'un mineur est nul en faveur de l'assureur, quoique le mineur oblige l'assurance envers lui-même. On objecterait en vain, ajoute-t-il, que le mineur n'est restituable qu'autant qu'il est lésé, et que la nature aléatoire du contrat ne permet pas de reconnaître s'il y a ou non lésion. Ce raisonnement conduirait à une conséquence diamétralement contraire au texte et à l'intention de la loi qui protège les mineurs, puisqu'il leur refuserait le bénéfice de restitution dans les contrats qui peuvent plus facilement déguiser les lésions. Il est pourtant de principe général en effet que les tribunaux ne rescindent guères les contrats aléatoires.

vire et celui du lieu où les marchandises doivent être chargées, du hâvre ou port d'où le vaisseau doit partir et de ceux où il doit entrer, le temps auquel les risques commencent et finissent d'être assurés, la somme qu'on entend assurer, la prime ou coût de l'assurance et la soumission aux arbitres en cas de contestation. \*

En général les dommages qui arrivent aux vaisseaux et aux marchandises assurés, par tempête, naufrage, échouement, changement de route, feu, fortune de mer dans le temps fixé par la police, sont à la charge des assureurs. Mais ils ne répondent point des pertes qui arrivent par la faute des assurés et par celle des maîtres marinières, ou gens de l'équipage : *qui suscipit periculum navigationis, suscipit periculum fortunæ, non culpæ.* \* Ils ne se chargent pas non plus des déchets, diminutions et pertes qui arrivent par le vice propre de la chose ; ni du risque des effets portés à terre durant le voyage ; ni enfin des pilotages, visites, encrages et autres droits qui peuvent être imposés sur les navires ou sur les marchandises.

Dans l'assurance terrestre contre le feu, qui est bien connue en Canada, à défaut de lois positives, l'assureur et l'assuré sont tenus d'observer ce qui est contenu dans la police d'assurance, dans laquelle on exprime avec soin le péril dont l'assurance entend se charger.

La résolution du contrat d'assurance s'appelle proprement *ristourne* de l'assurance. Il peut y avoir lieu à la ristourne pour causes d'inexécution du contrat ou des clauses du contrat, pour déclarations fausses et erronées et à plus forte raison, pour défaut de risque, puisque l'assurance est nulle de plein droit en ce cas.

Quelquefois l'assureur et l'assuré deviennent *vice versâ*, assuré et assureur, comme sont tous les membres de la compagnie dite *Assurance Mutuelle contre le feu du comté de Montréal*. Souvent, dit Pardessus, des personnes exposés aux mêmes risques se font réciproquement assureurs, et forment dans ce but, une espèce d'association. \*

On demande ce que l'on doit penser des assurances sur la vie ?

Le Code Marchand les condamne, se motivant sur

ce que la vie n'est point appréciable à prix d'argent.

Mais dans notre siècle essentiellement spéculateur et économiste, il s'est formé des compagnies d'assurance sur la vie en Écosse, d'où elles ont étendu leurs ramifications au Canada : nous les voyons fonctionner, et par conséquent elles sont licites en vertu de l'usage, qui imite la loi : *consuetudo legem imitatur, et pro lege custoditur*. Les établissemens appelés les *tonlines* en France, sont aussi des assurances sur la vie.

Le contrat aléatoire le plus connu après l'assurance est la rente viagère.

La rente viagère peut être constituée à titre onéreux moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour un immeuble.

Elle peut être aussi constituée à titre purement gratuit, par donation entre vifs ou par testament.

La rente viagère peut être constituée sur une ou plusieurs têtes.

Toute rente viagère constituée sur la tête d'une personne qui était morte ou au lit de mort lors de la passation de l'acte est nulle.

La rente viagère ne s'éteint que par la mort naturelle du rentier ; et l'on n'est pas moins tenu de la lui solder quoiqu'il soit mort civilement.

De quel-  
qu'autre  
moyen  
légal aléa-  
toire.

On fait l'honneur à la loterie, à la gageure et aux jeux en général, de les ranger parmi les contrats aléatoires.

La loterie est un contrat par lequel on dépose en commun pour avoir le droit de tirer au sort à qui aura le lot.

Ce contrat peut être considéré comme l'achat d'une chose incertaine estimable à prix d'argent.

L'équité doit y être gardée, ainsi que dans tous les contrats et celui qui fait la loterie ne doit pas gagner plus que s'il eut vendu ; mais le propre des contrats aléatoires est précisément de déguiser la lésion, dont les tribunaux prennent rarement et difficilement connaissance en ce cas.

Il est digne de remarque que nos Statuts, qui sont si favorables à l'usure, sont contraires aux loteries.

L'acte 19 et 20 Vict. chap. 49, prohibe particulièrement la loterie des propriétés, (il ne s'adresse pas aux

co-propriétaires qui possèdent des droits indivis) sous peine de cinq louis d'amende pour celui qui annonce la loterie, et la *forfaiture* de la propriété pour celui qui poursuit la possession.

L'acte 23 Vict. chap 36, déclare que le susdit acte 19 et 20 Vict., ne s'applique point aux raffles pour objets de petite valeur, et bazars tenus dans un but de charité, pourvu que permis de tenir tel bazar ait été obtenu de la juridiction municipale ou du maire ou officier principal, que les objets raffles ne seront pas autres que ceux qui ont d'abord été offerts en vente et que la valeur d'aucun ne dépassera celle de cinquante piastres.

Il faut donc inférer de ce statut que le premier prohibe la loterie des objets tant mobiliers qu'immobiliers, sauf l'exemption pour les raffles charitables, statuée maintenant.

La gageure, est un *pacte* où deux ou plusieurs personnes disputant sur la probabilité d'un fait ou d'un incident, se promettent mutuellement quelque chose ou le déposent dans les mains d'un tiers ou chez lui pour que l'objet déposé soit à celui qui gagne.

Pour la validité de la gageure, il faut que les parties se soient entendues sur les conditions demanière à ce qu'il y ait *consensus in idem*, et aussi que l'événement soit incertain pour toutes les parties également.

Le jeu, en autant qu'il peut mériter le nom de contrat est celui dans lequel les joueurs conviennent de céder un certain prix au vainqueur.

On distingue le jeu aléatoire proprement dit, ou qui dépend du hasard, comme les cartes, et le jeu d'industrie, qui dépend surtout de l'adresse, comme le jeu d'échec, le jeu de disque.

Les Romains n'étaient point favorables aux jeux, et la loi deuxième *de aleatoris* au Digeste, défendait de jouer de l'argent.

Les modernes font peu de lois contre les jeux, mais ils les gênent quelquefois par des droits, tels que les droits sur les jeux de billiards imposés par nos autorités municipales.

§ 11.—*Des Contrats Accessoires.*

Les principaux contrats accessoires sont les dommages et intérêts conventionnels, ou clause pénale, dont il a été parlé plus haut ;—l'hypothèque conventionnelle et le gage dont, il sera parlé sur la Coutume de Paris, la garantie dont on traitera au titre de la procédure civile, et le cautionnement et la solidarité, dont on va traiter incontinent.

Le cautionnement est une sûreté. Caution signifie celui qui s'oblige pour un autre, faute par lui de remplir son obligation, sans novation et l'obligation du principal débiteur subsistant toujours.

Les cautions ou fidéjusseurs du droit Romain diffèrent des co-obligés qui n'ont point contracté pour leur propre affaire, en ce que ceux-ci, tout en ne s'engageant que pour autrui, ne laissent pas que d'entrer dans l'obligation principale, au lieu que les cautions ordinaires n'en sont que l'accessoire, et ne s'obligent que pour l'assurance de la dette principale. La caution dit Pothier accède à l'obligation du principal obligé. Il n'y a que les cautions, improprement dites ou solidaires qui ressemblent aux co-obligés.

Quand on veut exiger une caution, il le faut faire les choses étant en leur entier. Ainsi le bailleur d'une maison, après le bail passé, ne peut exiger du locataire un cautionnement.

Celui qui se porte caution pour un autre s'expose à beaucoup d'inconvéniens, car, ordinairement *qui cautionne paye*, et presque toujours en pure perte, attendu l'insolvabilité de celui qu'il a cautionné.

Il est vrai qu'il a en sa faveur le bénéfice de discussion, *beneficium ordinis*, octroyé à la caution par l'empereur Justinien, en vertu duquel elle ne peut être poursuivie que subsidiairement, le débiteur principal discuté, c.-à-d. poursuivi, saisi, exécuté en tous ses biens ; mais c'est une exception, que la caution poursuivie par le créancier du principal obligé, a le trouble de faire valoir en justice, et qu'il faut opposer avant contestation en cause, en tant que dilatoire, à quoi il faut ajouter que si l'exception est reçue, le créancier

à droit à ce que les biens du débiteur principal à discuter lui soient indiqués par la caution.

Ce n'est pas tout. Il est bien rare que celui qui exige un cautionnement ne fasse pas renoncer aux bénéfices de discussion comme de division, (†) afin que, de même que si la caution se portait solidaire, il puisse lui demander le paiement sans être obligé de discuter au préalable le débiteur principal.

Un cautionnement ne peut exister que sur une obligation primordiale valable.

Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal. *E contra*, il peut être contracté pour une partie de la dette seulement: *Fidejussor in durio rem causam obligari non potest quam reus principalis; sed potest arctiori vinculo teneri.*

Les engagements de la caution passent à ses héritiers.

Toute personne capable peut cautionner.

Une femme séparée peut *apparemment* se porter caution, puisque le sénatusconsulte Velléien, qui défendait aux femmes de s'obliger pour autrui, n'était observé en France que dans les provinces de droit écrit; mais, par l'ordonnance des Bureaux d'Hypothèques, elle ne saurait cautionner pour son mari, si elle n'est commune en biens avec lui, auquel cas seulement elle le peut faire.

Le cautionnement peut encore être contracté pour un temps, et le terme échu, le cautionnement cesse, quand bien même l'obligation principale subsisterait.

Le cautionnement n'étant que l'accessoire de l'obligation principale il cesse avec elle, soit par le paiement effectif, soit par novation. Il cesse également quand l'obligation principale est à terme, et que le créancier proroge le terme sans l'agrément de la caution.

---

[†] L'empereur Adrien accorda le bénéfice de division, par lequel, lorsqu'il y a plusieurs cautions, elles peuvent contraindre le créancier de diviser son action, ne poursuivant chacune d'elles que pour une part, pourvu qu'elles soient toutes solvables lors de la contestation, et qu'elles ne se soient point obligées solidairement. En ce cas celle qui a payé *totum et totaliter* a une action contre chacun de ses co-obligés pour leur portion.

Quand une caution devient insolvable avant l'échéance de l'obligation, le créancier a droit d'en exiger une nouvelle.

Mais quand il n'a tenu qu'au créancier de se faire payer du principal débiteur, il perd son recours contre la caution.

Il y a trois sorte de cautions, la caution conventionnelle, dont on vient de parler, la caution légale et la caution judiciaire.

La caution légale est celle que la loi oblige de fournir en certains cas, comme pour sortir de prison ou pour pouvoir remplir certains offices.

La caution judiciaire qui est ordonnée par une cour de justice, et qui se rapporte à la caution légale, puisqu'il faut que le cas soit prévu par la loi. Tel est le cautionnement que le magistrat faisait fournir au tuteur, chez les Romains, et celui que le *bill* de judicature Lafontaine exige pour pouvoir interjeter appel d'une sentence. L'hypothèque du mineur sur les biens du tuteur le dédommage ordinairement du cautionnement que le droit français ne requiert pas en sa faveur.

#### § 12.—*Des Contrats entre Nations, ou Traités.*

Cette matière n'est point aussi étrangère au Canada, qu'on pourrait se l'imaginer. Dans les lettres patentes de Vice-Roi d'Amérique accordées en 1655 par Louis le Grand, au duc d'Amville-Ventadour, il lui est permis "de traiter et contracter telles paix, alliances et confédérations, bonne amitié, correspondance et communication avec les dits peuples, leurs princes ou autres, ayant pouvoir ou commandement sur eux, garder et soigneusement observer les traités et alliances, dont vous conviendrez avec eux, pourvu qu'ils y satisfassent de leur part." Les peuples sauvages dont il s'agit traitaient avec les droits souverains, et y mettaient de plus nombreuses solennités que les peuples policés de l'Europe, à défaut d'écriture. Les Gouverneurs et Lieutenant-Généraux, de la Nouvelle-France, continuèrent à exercer les mêmes pouvoirs que les Vice-Rois d'Amérique, à raison de l'éloignement du foyer de l'empire. Ainsi le gouverneur d'Aillebout de Cou-

longe envoya à Boston le P. Druillettes et le sieur Godfroy pour traiter avec le gouverneur de la Nouvelle-Angleterre, qui proposait un traité de neutralité perpétuelle entre les deux colonies, indépendamment de toutes les ruptures qui pourraient avoir lieu entre les deux couronnes. Plus tard, le patron d'Albany, Van Ransselaar, parut à Montréal avec une mission diplomatique. Les sieurs de Rouville et Dupuy, parurent également à Boston. Sous la domination anglaise, la distribution des droits de douanes entre les deux Canadas, était réglée par des commissaires nommés par les deux Provinces.

Comme les nations, aussi bien que les individus, trouveraient peu de garantie à faire fond sur les obligations naturelles et sur les devoirs réciproques que l'humanité impose aux nations, elles mettent en sûreté leurs intérêts par des conventions qui répondent aux contrats du droit civil.

Ces conventions expresses faites entre les nations sont comprises sous la dénomination générique de *traités*.

Un traité, *foedus*, est un pacte fait en vue du bien commun par des puissances supérieures, à perpétuité ou pour un temps considérable.

Il y a des pactes inférieurs et transitoires, distincts des traités proprement dits, et que l'on désigne ordinairement sous les noms d'accords, conventions, &c.

Les traités proprement dits reçoivent une exécution successive.

Les conventions s'accomplissent par un acte unique et non par des prestations réitérées.

Il faut, pour la validité d'un traité, les mêmes conditions que pour la validité d'un contrat entre particuliers.

Il n'y a que le pouvoir souverain qui puisse traiter, ou ses agens en son nom.

La qualité de vassal, au moyen âge, celle de membre de l'ancien empire d'Allemagne; le protectorat même n'ôte pas aux états secondaires le droit de faire des traités (*Vattel*.)

Les souverains traitent ensemble par le ministère de

leur mandataires proprement appelés ministres, plénipotentiaires, &c., revêtus de pouvoirs suffisans.

Les pouvoirs de ces mandataires se définissent par la nature et l'étendue du mandat qui leur est confié, et dont ils ne doivent point dépasser, les limites. C'est ainsi qu'un traité conclu à Paris par d'Oabril, ministre de Russie, avec les mandataires de Napoléon Ier, fut désavoué par son gouvernement. Mais tout ce qu'ils concluent dans les limites de leur commission lie le pouvoir qui les accrédite. Hors de là, il n'y a tout au plus que promesse (*sponsio*) de faire ratifier. (*Martens de Goettingue*) et ce pouvoir n'est point tenu de le faire.

L'usage s'est établi de ratifier même les traités conclus dans les limites des pouvoirs confiés aux négociateurs. Pour éviter tout danger, jusque là, le traité demeure, non précisément sans force, comme l'observe l'avoyer de Vattel, mais sans effet.

Un souverain ne peut refuser en honneur, de ratifier un traité conclu avec pleins pouvoirs (*cum libera*) sans faire voir que son ministre a erré.

La lésion ne peut rendre un traité invalide. Les lois civiles ont sagement établi la rescision en cas de lésion; mais il ne peut en être ainsi, es droit des gens quant aux traités, parce que les traités se font avec plus de solennité et de soin que les contrats entre particuliers et en outre, parce que les souverains ne reconnaissent point de juges.

Les traités confèrent un droit strict ou parfait, à plus forte raison que les contrats, et la foi des promesses est la sûreté des nations pour les clauses des traités qui ne peuvent être exécutées sur le champ; mais on ne peut qu'approuver la coutume qui s'est établie depuis le dernier siècle entre les nations contractantes de prier une puissance tierce de garantir l'exécution du traité. On avait recours autrefois au serment, aux gages et mortgages, aux hôtages et autres sûretés. On lit en tête du traité d'Annibal avec Philippe de Macédoine :—“ Eu présence de Jupiter, de Junon et d'Apollon : en présence du démon (génie) de Carthage, d'Hercule et d'Iolaus; en présence de Mars, de Triton et de Neptune; en présence de tous les dieux protecteurs de

notre expédition, du soleil, de la lune et de la terre ; en présence des fleuves, des prés et des eaux ; en présence de tous les dieux que Carthage reconnaît pour ses maîtres ; en présence de tous les dieux qui sont honorés dans la Macédoine et dans toute la Grèce ; en présence de tous les dieux qui président à la guerre, et qui sont présens à ce traité, Hannibal, stragète (général,) et avec lui tous les sénateurs de Carthage et tous les soldats, ont dit, &c.”

— Les assévérations sont des paroles qui ajoutent à la solennité, par exemple, le roi de la Grande-Bretagne promet solennellement, irrévocablement, &c.

Les conventions par paroles n'obligent point entre nations.—*Neyron.*

Il y a des traités qui servent à confirmer à une nation les droits qu'elle tient de la nature, et d'autres qui changent le droit naturel en droit positif (*Mendelson*) ; ou mieux, les uns qui roulent simplement sur des choses auxquelles on était déjà tenu par le droit naturel, et les autres, par lesquels on s'engage à quelque chose de plus. \*

*Grotius,*  
liv. 2. ch.  
15, § 5.

Les traités dans lesquels l'on s'engage à ce à quoi l'on n'était point déjà tenu par le droit naturel, se subdivisent en traités égaux et en traités inégaux.

Les traités égaux de même que les contrats commutatifs sont ceux par lesquels les contractans se promettent les mêmes choses ou des choses équivalentes ; telle est une alliance offensive dans laquelle on stipule les mêmes secours réciproques.

Aux traités égaux se rapportent les alliances où on ne met aucune différence entre la dignité des contractans, et encore ceux où il est stipulé que les puissances contractantes agiront et s'aideront de toutes leurs forces quoique leur puissance ne soit point égale.

Les traités inégaux, dit de Vattel, sont ceux dans lesquels les alliés ne se promettent pas les mêmes secours ou l'équivalent. Et Martens entend par traités inégaux ceux où un pouvoir s'oblige de rendre à un autre de plus grands honneurs et services, comme les souverains qui se faisaient concéder par un autre des provinces à titre de vassaux. On ne concevait là rien

d'humiliant. (†) Les rois d'Angleterre étaient vassaux des rois de France, ceux de France le furent de quelques empereurs d'Allemagne, et on lit dans l'Histoire Chronologique du Président Hénaut, que même des empereurs d'Allemagne furent vassaux des rois de France pour certaines terres. Mais il y a en même temps alliance inégale quand un état s'engage à n'avoir point de forteresses en certains lieux, à ne point faire la guerre ; à avoir les mêmes amis et les mêmes ennemis. Le traité du sénat carthaginois avec les Romains après Zama rendit Carthage dépendante de Rome.

Les traités se divisent ensuite en traités réels et en traités personnels.

Sont personnels tous les traités conclus de souverain à souverain, s'ils ne s'obligent point pour eux et pour leurs successeurs, ou à moins qu'ils ne soient déclarés perpétuels ou conclus pour un terme fixe, auxquels cas ils sont réels.

Sont réels aussi les traités conclus entre républiques, parce que la souveraineté n'y réside pas entre les mains d'homme vivant et mourant.

Les traités personnels expirant quand le souverain meurt ou abdique, on a soin de les faire renouveler.

Les traités réels au contraire, n'ont pas besoin d'être renouvelés, parce qu'ils ne cessent jamais d'être obligatoires, si ce n'est es cas où toute convention cesse d'obliger, comme si, par exemple, le traité n'a plus d'objet, son but étant accompli ou consommé.

Dans le doute si un traité est réel ou personnel, il est présumé réel, s'il est favorable ; personnel s'il est odieux.

On appelle ici choses favorales celles qui tendent à la commune utilité des contractans.

Quand on fait un traité de paix, on renouvelle directement ou indirectement tous les traités antérieurs, suspectés d'avoir été violés durant la guerre, si l'on veut

---

[†] A moins que l'hommage ne dût être lige.

qu'ils soient observés dans la suite, car c'est un principe que l'état de guerre ne laisse subsister aucun traité. (*Moser.*)

Il y a des traités personnels de leur nature, ce qui arrive quand les souverains contractent relativement à eux et à leur famille ; telle fut le traité de Louis XIV avec Jacques II, que le premier s'oblige à traiter comme roi d'Angleterre, au préjudice de Guillaume d'Orange.

Outre la consommation du but et la guerre, les traités cessent quand l'une des parties perd son indépendance, et quelquefois aussi par un changement dans la constitution d'un pays.

Le traité à terme cesse aussitôt que son terme est arrivé ; mais il est des circonstances où il peut cesser avant. Ainsi, le traité de Clément entre l'Angleterre, l'Autriche, la Russie et la Prusse contre Napoléon, ayant été conclu pour vingt années, ces puissances au Congrès de Vienne voulurent reconstituer l'Europe sans la France, mais M. de Talleyrand soutint avec succès que l'heureux rétablissement de la maison de Bourbon dans ce pays consommait l'objet de la quadruple alliance.

Quelquefois le terme est incertain, comme si deux monarques s'unissent pour rétablir un souverain sur son trône ; le terme est alors dépendant du succès final de l'entreprise ou de l'impossibilité reconnue de la conduire à bonne fin. On a un exemple d'un terme incertain dans le traité d'Abo, entre la Suède, l'Angleterre et la Russie, pour détronner Napoléon ; après sa défaite en 1814, Bernadotte prétendit que l'obligation de la Suède s'éteignait et n'entra pas dans la coalition de 1815.

La plupart des règles sont donc subordonnées à celle que la consommation de l'objet met fin au traité.

Gréotius et de Vattel enseignent que tous les articles d'un traité ont force de condition, dont le non accomplissement singulier le rend nul. En effet, le premier de ces publicistes nous apprend qu'on y insère quelquefois que la violation de quelqu'un des articles ne le rompra pas ; donc si on ne s'explique pas, l'inobservation d'un seul article peut rompre le traité.

Il y a des traités qu'on appelle conventions ; capitulations, &c., conclus par des pouvoirs subalternes, telles que les généraux d'armée, en vertu d'une commission

expresse ou découlant naturellement de leurs attributions. Cette matière est sujette à beaucoup de difficultés ; l'Angleterre refusa de ratifier la convention de Saratoga conclue par le général Bourgoyne avec les Américains, ne voulant point traiter avec des rebelles : mais elle observa plus tard la convention odieuse de Cintra accordée aux troupes de Napoléon, en Portugal, bien qu'elle eût soulevé l'opinion contre les généraux. Napoléon, moins scrupuleux, refusa d'observer l'armistice de Castiglione, accordé par le général Brune au maréchal de Bellegarde, à moins qu'on ne lui cédât Mantoue.

On trouve un exemple célèbre de l'accord appelé *sponsio* dans l'histoire romaine. Les consuls Calvinus et Postumius se voyant engagés avec l'armée dans un défilé, sans espoir d'échapper, firent avec les Samnites un accord honteux, en les avertissant toutefois qu'ils ne pouvaient faire un véritable traité, *foedus*, sans l'ordre du peuple romain et des *féciaux*. Le général samnite fit passer l'armée sous le joug, et la renvoya, se contentant de la parole des consuls. Mais Rome rejeta l'accord et offrit seulement aux Samnites de leur livrer ceux qui l'avaient conclu. Il est évident que la République n'était point tenue de ratifier. Mais les Samnites prétendirent, non sans raison, qu'alors elle devait mettre les choses dans leur premier état et renvoyer l'armée dans le défilé. Cependant Tite-Live fait dire à Postumius :—“ C'est la fortune qui a sauvé notre armée, après l'avoir mise dans le danger. La tête a tourné à l'ennemi dans la prospérité, et ses avantages n'ont été pour lui qu'un beau songe. C'est à l'ennemi à prendre ses sûretés, s'il les néglige, pourquoi ne profiterait-on pas de son oubli ?”



On se flatte que les élèves qui ont vu avec soin cette première partie de Commentaires, et entendu les explications du Professeur, auront de bonnes notions du droit en général, quoique non pas dans une mesure suffisante, des lois particulières de leur pays. Quant à elles, la deuxième partie leur rendra le même service. Tout en les stimulant à se livrer avec le même soin à cette étude particulière de nos lois, on ne saurait se dissimuler que la transition semble pénible,—celle de l'étude d'un système suivi et coordonné à celle d'une législation informe, et disparate. Le droit Romain est le véritable chef-d'œuvre de l'esprit humain. Henrys, en sa harangue intitulée : *La véritable liberté de l'homme*, dit qu'il est vrai que ceux qui ont fait les lois Romaines étaient des hommes ; mais outre qu'ils s'étaient acquis par un long travail l'art de discerner les choses, il faut avouer que le ciel leur avait communiqué de grandes lumières. On ne saurait lire leurs décisions sans en être ravis, et cette âme qui les anime, nous voulons dire cette raison décisive qui s'y rencontre, est si charmante qu'elle paraît divine. Aussi Augustin, dans la *Cité de Dieu*, attribue-t-il les lois Romaines à une providence divine, laquelle en donnant à Rome l'empire de l'univers, lui imprima en même temps la prudence et la sagesse avec laquelle elle voulait que cette domination régît les peuples de la terre. Cette législation sublime perdue puis retrouvée dans les bas siècles, a préparé la renaissance, en s'imposant par la force des choses, à toutes les nations modernes. Seule elle a été enseignée dans les universités jusque à ces derniers tems, et elle a eu, sans interruption, l'approbation de tant de grands hommes, que c'est folie que de vouloir mépriser ses enseignemens. Aussi, des oracles même de l'Ecole Coutumière, tel que Coquille, n'ont-ils pas hésité à appeler les lois Romaines, *la raison écrite, ratio scripta*, épithète qui demeura consacrée. "En est-il de même de nos Coutumes ? Peut-on leur attribuer aucuns des avantages qui se trouvent dans les lois Romaines ? dit à son tour M. de Ferrière. Non, sans doute : leurs dispositions sont presque toutes bizarres, et même quelquefois barbares. La même cause qui les a fait naître, les a

produites toutes différentes." La Coutume et nos statuts ne sont pas un digeste, ce sont des faits sans suite et discordans qu'on est libre d'apprécier comme l'on veut, car quand on veut appliquer les principes du droit aux lois de la communauté conjugale par exemple; on est bien vite dérouteré. Un grand but pourtant est marqué à la philosophie du droit, c'est surtout de dégager les principes, de les formuler, de les chercher là où ils font défaut. Il ne faut pas s'arrêter tout court devant la parole du législateur: Si toute législation moderne est nécessairement impuissante et vicieuse, démentie qu'elle est souvent par des faits postérieurs, c'est surtout aux lois trop spéciales et sans principes que ce défaut est attribuable. Un vice de nos législations, c'est d'être trop détaillistes. Elles prévoient moins en voulant trop prévoir; elles ne posent pas, elles évitent souvent de poser les principes, contentes de tout régler et de tout plier à des dispositions impératives. Quand il faut dépouiller le principe inédit d'une disposition spéciale, pour décider les cas non prévus; on sort presque toujours incertain de cette recherche, de cette fouille difficile. Le législateur lui-même, faute de formuler les principes ne s'est que mal rendu compte de ses dispositions. Comment croire que les lacunes ne se multiplieront pas si aucun principe générateur, n'est mis au jour? Le principe caché crée une première confusion. Les faits que la loi n'a point prévus la complètent. La plupart des discussions judiciaires ont leur source dans l'absence de principes déclarés.

FIN DU TÔME PREMIER.