

## Technical and Bibliographic Notes / Notes techniques et bibliographiques

The Institute has attempted to obtain the best original copy. Features of this copy which may be bibliographically unique, which may alter any of the images in the reproduction, or which may significantly change the usual method of scanning are checked below.

L'Institut a essayé d'obtenir la meilleure copie originale. Les détails de cet exemplaire qui sont peut-être uniques du point de vue bibliographique, qui peuvent modifier une image reproduite, ou qui peuvent exiger une modification dans la méthode normale de numérisation sont indiqués ci-dessous.

- |                                     |   |                                     |   |
|-------------------------------------|---|-------------------------------------|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> | Coloured covers /<br>Couverture de couleur  | <input type="checkbox"/>            | Coloured pages / Pages de couleur   |
| <input type="checkbox"/>            | Covers damaged /<br>Couverture endommagée   | <input type="checkbox"/>            | Pages damaged / Pages endommagées   |
| <input type="checkbox"/>            | Covers restored and/or laminated /<br>Couverture restaurée et/ou pelliculée   | <input type="checkbox"/>            | Pages restored and/or laminated /<br>Pages restaurées et/ou pelliculées   |
| <input type="checkbox"/>            | Cover title missing /<br>Le titre de couverture manque  | <input checked="" type="checkbox"/> | Pages discoloured, stained or foxed/<br>Pages décolorées, tachetées ou piquées  |
| <input type="checkbox"/>            | Coloured maps /<br>Cartes géographiques en couleur  | <input type="checkbox"/>            | Pages detached / Pages détachées  |
| <input type="checkbox"/>            | Coloured ink (i.e. other than blue or black) /<br>Encre de couleur (i.e. autre que bleue ou noire)  | <input checked="" type="checkbox"/> | Showthrough / Transparence  |
| <input type="checkbox"/>            | Coloured plates and/or illustrations /<br>Planches et/ou illustrations en couleur   | <input checked="" type="checkbox"/> | Quality of print varies /<br>Qualité inégale de l'impression  |
| <input type="checkbox"/>            | Bound with other material /<br>Relié avec d'autres documents  | <input type="checkbox"/>            | Includes supplementary materials /<br>Comprend du matériel supplémentaire   |
| <input type="checkbox"/>            | Only edition available /<br>Seule édition disponible  | <input type="checkbox"/>            | Blank leaves added during restorations may<br>appear within the text. Whenever possible, these<br>have been omitted from scanning / Il se peut que<br>certaines pages blanches ajoutées lors d'une<br>restauration apparaissent dans le texte, mais,<br>lorsque cela était possible, ces pages n'ont pas<br>été numérisées. |
| <input type="checkbox"/>            | Tight binding may cause shadows or distortion<br>along interior margin / La reliure serrée peut<br>causer de l'ombre ou de la distorsion le long de la<br>marge intérieure. |                                     |   |
| <input checked="" type="checkbox"/> | Additional comments /<br>Commentaires supplémentaires:  |                                     | Comprend du texte en anglais.<br>Pagination continue.   |

# REVUE

DE

## LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE.

---

Vol. I.

MONTREAL, JANVIER, 1845.

No. 4.

---

*La Cour du Banc de la Reine, au Terme Supérieur, a-t-elle juridiction dans une cause, où une demande excédant £20 courant est réduite par la preuve, à une somme au-dessous de £20 courant?*

Le Banc de Montréal, par ses décisions récentes, s'est prononcé pour la négative, mais comme le Banc à Québec, suit une jurisprudence contraire, qui rencontre de plus l'opinion des premiers jurisconsultes du barreau de cette ville, j'ai pensé que la question était assez importante pour m'autoriser à attirer l'attention des membres de la profession ici, sur les arguments dont on peut s'étayer pour soutenir l'affirmative. Mon unique but en soulevant cette question est de donner occasion à une plume plus exercée et plus approfondie dans la science des lois, de démontrer le bien ou mal jugé de ces décisions, persuadé qu'il en résultera un grand bien, savoir, l'uniformité de jurisprudence sur ce point dans les deux districts, et par là même plus de respect pour nos décisions judiciaires.

Pour parvenir à une solution facile de la question, j'exposerai d'abord, le principe sur lequel je base mon opinion, et sous quel point de vue j'envisage cette question.

La compétence d'une cour de justice, selon moi, doit être décidée *in limine litis*, par l'examen seul de la nature de la demande et non après l'enquête et conformément au succès ou insuccès de la partie demanderesse dans sa preuve, abstraction du mérite de cette demande.

Un examen attentif et raisonné des ordonnances et statuts qui ont créé notre Cour du Banc du Roi, des modifications et des changements qui y ont été apportés subséquemment, ainsi que des statuts constitutifs des Cours de Justice des autres districts, sera d'une grande utilité pour nous faire parvenir à une conclusion logique et légale.

L'interprétation uniforme donnée à ces statuts, jusqu'à dernièrement, (la même que celle actuellement suivie à Québec,) présente au premier coup d'œil une forte présomption en ma faveur. Le rapprochement du texte de la 34 Geo: III. ch: 6, d'avec celui de la 7<sup>ème</sup> Vict: ch: 16, par la conformité de leurs dispositions confirme, cette présomption. En effet, il suffit de comparer le langage de la loi dans ces

deux statuts, pour être convaincu que l'intention du législateur, sa volonté et ses dispositions légales sont les mêmes et parfaitement les mêmes, quoiqu'exprimés en des termes un peu différents, sauf la restriction de la juridiction du Terme Supérieur, aux actions au-dessus de £20 courant et l'extension de celle du Terme Inférieur, aux actions de £20 courant ; les deux lois sont identiques quant à leur juridiction. Par la 7<sup>ème</sup> Section de la 34<sup>ème</sup>, l'époque des séances du Banc du Roi T. S. est fixée; sa juridiction limitée, voici le texte anglais. "Provided, that the said Courts shall *only* take cognizance in the Superior Terms aforesaid," (c'est-à-dire les Cours du Banc du Roi constituées par la deuxième Section) "of suits or actions wherein the value of the matter *in dispute* shall exceed the sum of £10 sterling, unless the said action shall relate to any fee of office, &c." Il est inutile de citer ici les termes du statut qui a rapport au Terme Inférieur, on sait que sa juridiction n'embranchait que les actions où la demande était de £10 sterling et au-dessous. Maintenant voyons ce que dit cette partie de la clause XI de la 7<sup>ème</sup> Vict : ch : 16, lorsqu'elle définit l'étendue de la juridiction du Banc du Roi, Terme Supérieur. "And be it enacted that the said Courts of King's Bench shall in Superior Term thereof aforesaid take cognizance of all suits or actions (those purely of admiralty jurisdiction excepted) which shall not be *cognizable* by the said Courts, in the Inferior Terms thereof hereinafter mentioned, or in the Circuit Courts hereafter established or which shall be evoked, or otherwise removed from the said Inferior Terms or from the said Circuit Courts, or from any other Court or jurisdiction, into the said Superior Terms and of such *suits or actions only*; unless in any case it be otherwise provided by this act, &c." Pour connaître les limites et les restrictions que comportent les mots "and of such suits or actions only" il faut faire attention particulièrement à la clause qui établit la juridiction du Terme Inférieur ; cette clause, la XX<sup>ème</sup>, est nécessaire pour l'interprétation de la XI<sup>ème</sup>, elle en est le complément. Je ne citerai que la partie qui désigne les actions dont la connaissance est donnée au Banc du Roi, Terme Inférieur, le reste de cette clause n'est qu'un privilège d'évocation dont le Défendeur peut faire usage en certains cas, Sect. XX. "And be it enacted that the said Courts of Queen's Bench, in the said Inferior Terms thereof shall have cognizance of, hear, try and determine, in a summary manner, all civil suits or actions, or where the Crown may be a party (those purely of admiralty jurisdiction excepted) wherein the sum of money or the value of the *thing demanded* shall not exceed the sum of £20 currency, and wherein no writ of *capias ad respondendum* shall be sued out."

Il ne faut pas perdre de vue ces mots "wherein the sum of money or the value of the *thing demanded*." Maintenant ne suis-je pas autorisé à dire qu'il a suffi de transcrire ces diverses sections des deux

statuts pour démontrer par leur rapprochement, qu'ils renferment tous deux, une pensée, un but semblables, une constitution judiciaire et des dispositions légales parfaitement identiques. Ces mots de la 34<sup>ème</sup> "shall *only* take cognizance of actions wherein the matter *in dispute* shall exceed £10 sterling," n'expriment-ils pas en effet aussi emphatiquement la même chose et ne comportent-ils pas le même sens que ceux-ci : "Shall in the Superior Terms take cognizance of all actions not cognizable by the said Courts in Inferior Terms, c'est-à-dire, all actions wherein the sum *demanded* shall exceed £20 currency." Pour donner un sens complet et défini à cette section (XI.) il faut ajouter ce que le statut entend par ces actions "not cognizable by the Inferior Terms," c'est-à-dire toutes les actions civiles où la somme d'argent ou la valeur de la chose *demandée* excède £20 courant. Il n'est pas dit "all actions wherein the Plaintiff by proof or otherwise shall be entitled to a sum not exceeding £20 currency." C'eût été pour me servir d'une comparaison de Pothier, en parlant des conclusions dans les actions hypothécaires; mettre la charrue devant les bœufs. On me pardonnera bien de trouver un peu étrange l'idée de faire dépendre la question de juridiction, du mérite de l'action même, des mille et une difficultés que peut rencontrer une partie à faire une preuve légale du montant entier de sa demande, et ce à peine de renvoi. Il faut donc ajouter, dis-je, les mots qui se trouvent dans la Sect. XX savoir : "wherein the sum of money or the value of the thing *demanded* shall exceed £20 currency," sans cela la clause XI ne veut rien dire. Delà je conclus que ces deux statuts sont identiques, sauf ce qui regarde le changement de £10 sterling en £20 courant et quelques autres légères modifications. Dans l'un et l'autre statut on retrouve le mot restrictif (*only*.)

Prenant donc pour admis, l'identité des dispositions de la 34<sup>ème</sup> George III ch : 6 et de la 7<sup>ème</sup> Vict : ch : 16, quant à la nature de la juridiction du Banc du Roi, au Terme Supérieur, il reste à dire quelle a été la jurisprudence suivie dans nos Cours du Banc du Roi au Terme Supérieur jusqu'aux décisions récentes ; mais avant de constater ce fait, je transcrirai la deuxième Section de la 34<sup>ème</sup> Geo. III. ch : 6. Par cette section le Banc du Roi est créé tribunal de première instance : "Shall have original jurisdiction to take cognizance, hear, try and determine, in the manner hereinafter enacted, all causes as well civil as criminal, and where the King is a party, except those purely of admiralty jurisdiction, &c." La deuxième Section de la 7<sup>ème</sup> Vict. ch : 16, loin d'abroger la Cour du Banc du Roi, créée par la 34<sup>ème</sup> Geo. III. ne fait qu'en changer le nom et déclare expressément qu'elle n'entend pas établir de *nouvelles Cours*, la section 9<sup>ème</sup> ne révoque que cette partie de la 34<sup>ème</sup> Geo : III., qui a rapport aux époques des séances ; donc la 34<sup>ème</sup> Geo. III. est en force à moins qu'il ne s'y rencontre quelque disposition compatible avec la 7<sup>ème</sup> Vict. ch : 16. Or, qu'elle

a été l'interprétation donnée par nos Cours de Justice, à la 34ème Geo. III., ch : 6. Ici il ne peut s'élever aucune difficulté. Les Cours du Banc du Roi au Terme Supérieur ont uniformément donné jugement en faveur de la partie demanderesse, dans toute action au-dessus de £10 sterling portée devant elles, quoique la preuve eût réduit le droit de cette partie, à une somme au-dessous de £10 sterling, abstraction faite des circonstances qui amenaient ce résultat, soit qu'il découlât d'une simple absence d'une preuve légale ou de ce que cette partie n'avait jamais eu même un droit d'action au-dessus du montant prouvé dû : si une partie réclamait £15 prix de vente d'un cheval et qu'à l'enquête ses témoins prouvassent et qu'elle-même avouât qu'elle avait vendu le cheval £7 10s. que le défendeur ne lui avait jamais dû plus de £7 10s ; dans ce cas la Cour du Banc du Roi au Terme Supérieur donnait jugement quoique la somme vraiment due et que le seul droit d'action qu'eût jamais le demandeur, fût au-dessous de £10 sterling. Bien plus la Cour donnait les frais du Terme Inférieur. Or, est-il raisonnable de supposer que cette jurisprudence eût été suivie uniformément par nos Cours de Justice, si l'on devait admettre le principe consacré par les dernières décisions du Banc du Roi de Montréal, i. e. *que la question de la compétence de la Cour se décide par le résultat de la preuve dans la cause, c'est-à-dire par le mérite de la demande.* Quoi jusqu'en 1845 on aurait ignoré les vrais principes de la loi à cet égard !

Je passe maintenant à une autorité que certainement personne ne récusera, je veux dire, celle de la Législature Provinciale. Les statuts qui ont créé les Cours des Districts des Trois-Rivières, St. François et Gaspé, font tous voir par leurs dispositions quant à la juridiction de ces Cours, que cette question d'incompétence dépend uniquement *de la chose en dispute ou demandée*, et non pas du montant que le demandeur prouvera lui être dû. Même langage dans la 4ème Vict. ch : 43, ch : 45. On voit aux sections 4 et 18 de ces statuts ces termes "the sum of money or value of the thing demanded" — "the matter in dispute."

La 4e et 5me Vic : ch : 20 sect. II et LXXXVI doit occuper principalement l'attention, la IIème n'est qu'une répétition des clauses des anciens statuts, et fixe la juridiction inférieure ; mais la 36me est tout importante, car elle confirme le principe que la question de compétence d'une cour ne se décide pas d'après le mérite de l'action, mais par la nature de la demande considérée en elle-même. Cette section porte que, si une action est intentée devant le Banc du Roi lorsqu'elle aurait pu l'être devant la cour de district ou de division ; ou si elle est intentée devant la cour de district, lorsqu'elle aurait pu l'être, devant la cour de division, et que jugement soit en faveur du demandeur, tel demandeur ne recouvrera que la somme sans frais, à moins que le juge ne certifie que le demandeur avait une cause probable d'action, pour un montant excédant la juridiction de la cour de district ou de division, selon le

**cas. Ainsi, si le juge donnait ce certificat, le demandeur avait même ses frais.**

Or si la question de la compétence d'une cour doit se décider par le mérite de l'action, le statut n'aurait-il pas immédiatement sanctionné ce principe, en disant, si le demandeur n'a droit à un jugement que pour une somme dont il aurait pu poursuivre le recouvrement devant la cour de division ou de district, non eulément il n'aura pas de frais mais son action sera déboutée, au lieu de lui donner jugement et même ses frais, si le juge certifiait qu'il avait un droit d'action *probable* pour une somme au-dessus de la juridiction de la cour de division ou de district. J'admire la sagesse de cette disposition du statut, elle remédie aux nombreux abus résultant d'actions portées aux Termes Supérieurs, et qui pourraient être intentées devant les tribunaux inférieurs, et il est à regretter qu'elle n'ait pas été introduite dans la 7<sup>e</sup> Vic : ch : 16, comme on l'a fait dans la 7<sup>me</sup> Vic : ch : 19, mais puisqu'elle n'a pas été adoptée, on ne peut y suppléer, et la loi reste telle qu'elle existait avant la 4 et 5<sup>me</sup> Vic : ch : 20, telle qu'elle a toujours été interprétée antérieurement, à moins que l'on ne montre dans la 7<sup>me</sup> Vic : ch : 16, une clause claire et expresse, qui abroge l'ancienne jurisprudence, qui crée de fait une nouvelle cour, lui donne une juridiction exclusive, déterminée non par "*the sum of money or value of the thing demanded*" mais par "*the sum of money or value of the thing proved to be due to the plaintiff.*" Il sera un peu difficile de trouver dans la 7<sup>me</sup> Vic : une disposition semblable ou même équipolente.

J'ajouterai maintenant quelques réflexions et je citerai des autorités au soutien de l'opinion que j'ai embrassée. La première idée qui se présente, est la nature de l'exception déclinatoire ; c'est une exception préliminaire, elle doit être proposée *in limine litis*, être jugée sommairement, sans enquête, voyez les autorités citées à la note A. Or si elle doit être proposée avant la défense au fonds ou en droit et sans enquête, ne s'ensuit-il pas rigoureusement que c'est la nature seulement de la demande qui doit régler la question de compétence ou d'incompétence et non le mérite de l'action non la preuve qui sera faite par les parties. Que dit l'exception, que le juge ne peut prendre connaissance de la demande portée devant lui, soit *ratione materiæ* soit *ratione personæ*. C'est donc par l'examen seul de la demande ou du privilège qu'allègue le défendeur, sans égard à la preuve que pourront faire les parties, que le juge doit décider s'il a juridiction ou non ; tout se réduit à cette question, la cour peut-elle connaître de la demande qui lui est faite ? il suffit donc que la somme *demandée* soit du nombre de celles comprises dans sa juridiction. Par exemple, l'action est pour £30, le défendeur allègue qu'il ne doit que £4, que la cour est en conséquence incompétente. Se déclarera-t-elle incompétente, ou ordonnera-t-elle la preuve avant faire droit, certainement non ; elle répondra, le demandeur prétend que vous lui devez £30, il nie votre avancé, la somme *demandée*,

la somme en dispute est de £30, nous avons juridiction pour cette somme, défendez au fonds ou en droit, la question du *quantum sera* décidée par la preuve, mais quand à cette demande, la loi dit que nous prendrons connaissance des causes qui ne sont pas du ressort du Terme Inférieur, or, la demande de £30 n'est pas du ressort du Terme Inférieur, donc cette cour et cette cour seule a juridiction.

Pour maintenir une doctrine contraire, il faudrait démontrer qu'en France d'où nous tirons notre droit, la question de compétence, lorsqu'elle était soulevée, ne se décidait qu'au mérite, au moment où la cour constatait les droits du demandeur. Les autorités déjà citées semblent prouver le contraire.

Afin de faire une application juste des principes suivis en France, en matière d'exceptions déclinatoires, il ne faut pas oublier que notre législature n'a reconnu, dans les statuts qui constituent le Banc de la Reine, que deux causes d'exception déclinatoire *ratione materiæ*, la première tirée de la nature même de la demande, la seconde résultant du *quantum* de la demande, ainsi l'exception déclinatoire a lieu, si une action purement d'amirauté (*purely of admiralty*) est portée devant le Banc du Roi, encore si une action pour £30 est intentée au Terme Inférieur, ou si une de £10 est intentée au Terme Supérieur. Dans les deux derniers cas la quotité est considérée comme la matière, la nature de la demande; dans le premier, c'est la nature, la qualité même de l'objet demandé. Dans toutes ces hypothèses la vue seule de la demande met la cour en état de décider, *in limine*, la question de compétence, si elle est soulevée, et quand bien même les parties n'auraient pas objecté au tribunal, la cour elle-même devrait se déclarer incompétente et ne pas procéder outre. De tout cela ne doit-on pas conclure que c'est la demande, c. à d. l'objet de la demande considéré en lui-même et abstraction faite du mérite de cette demande, qui doit régler la question de compétence ou d'incompétence, et qu'on ne doit jamais permettre une enquête au fonds, sur l'exception déclinatoire, *ratione materiæ*, telle était et telle est encore la jurisprudence, en France.

Quant à l'exception déclinatoire *ratione personæ* personne n'ignore qu'elle dérive d'un privilège personnel que la loi donne à une partie de ne pouvoir être traduit que devant certain tribunal, mais il ne s'agit pas de cette exception ici. Je me contenterai de dire seulement que dans le cas d'exception *ratione personæ*, on permettait quelques fois une enquête sommaire, non au fonds, mais sur les allégués de l'exception. On voit ici la différence entre ces deux exceptions, la première est matière d'ordre public, que les parties ne peuvent intervertir, l'autre n'a pour base qu'un privilège dont les parties peuvent se prévaloir ou non. et le juge n'est pas tenu *ex-officio* de se déclarer incompétent.

Quelques décisions hypothétiques feront ressortir toute l'injustice du principe, sanctionné par la cour dans ses dernières décisions. Suppo-

sons qu'une demande pour £25 soit portée au Terme Supérieur du Banc du Roi à Montréal, la dette est due en vertu de deux obligations l'une de £15, l'autre de £10, le défendeur qui sait devoir les £25 fait défaut, inscription à l'enquête et audition au mérite *ex-parte*, la cour s'aperçoit, lors du délibéré, que l'obligation de £10 est passée devant les *notaires du Canada*, ou que, par erreur, le demandeur a allégué l'obligation comme passée devant deux notaires lorsque de fait c'est devant un notaire et deux témoins, elle met de côté cette obligation et la somme pour laquelle elle peut donner jugement n'étant que £15, elle se déclare incompétente et renvoie l'action. Supposons encore l'action d'un marchand à qui il est dû pareille somme, le défendeur nie, l'enquête a lieu, tous les items du compte sont prouvés par deux témoins, mais par malheur il se trouve un item pour prêt de six louis cinq chelins, or comme ce n'est pas une affaire de commerce susceptible de la preuve testimoniale, le défendeur se prévaut de cette absence de preuve légale, dit que le jugement ne peut être que pour £15, et que cette somme n'est pas de la juridiction du Banc du Roi au Terme Supérieur. La cour se déclare encore incompétente, attendu, dit le motif du jugement, qu'il n'est dû que £15 au demandeur et que cette somme n'est pas de sa juridiction.

Je fais ici l'application du principe adopté dans les causes de l'Honorable Debartzch, renvoyées avec frais en novembre dernier. Cette application est strictement logique et légale, car il s'agit ici d'une exception déclinatoire *ratione materie* qui se propose en tout état de cause et dont le juge doit prendre connaissance *ex-officio*, tel que la cour l'a fait dans les causes du Seigneur Mailhot, où le montant de la demande était au dessous de £20 courant et par conséquent, non de la juridiction du Terme Supérieur. Ces exemples parlent par eux-mêmes, il n'est pas nécessaire de les commenter.

J'ai peut-être, été un peu prolix et il serait à souhaiter que j'eusse cité un plus grand nombre d'autorités, où la question fût traitée plus au long, je le regrette, ce défaut est dû à des circonstances que je ne puis contrôler, l'autorité du Nouveau Pigeau supplée à cette lacune, car il réfère à d'autres autorités récentes et d'un grand poids. Mon but n'a été que d'attirer l'attention du Barreau de Montréal, disposé à reconnaître mon erreur, si mon opinion est erronée, et plein d'espoir que quelque confrère plus habile saisira cette occasion pour discuter avec avantage, ce point de loi.

F. F.

---

NOTE A.—Ordonnance 1667 Article et Titre 5. “ Dans les défenses seront employées les fins de non recevoir, &c., si aucunes y a pour y estre préalablement fait droit.” Vide Note 5.

Le même titre 5, art. 1e. Note 4, Art. III. Tit. VI. “ Enjoignons à tous juges de juger sommairement à l'audience les renvois, incompétences déclinatoires, &c. sans appointer les parties, &c. ni réserver et joindre au principal.” Vide les Notes.

Guyot, Repert. Verb. Déclinatoire, p. 296. Do. Verb. Incompétence, p. 136, 137.

Deniz. Collect. Jurisp. Verb. Incomp. p. 738, No. 1. “ On dit qu'un juge est incompétent quand on porte devant lui des contestations, des demandes, qu'il n'a pas



## RÉBELLION A JUSTICE.

C'est l'action d'empêcher par violence et par voie de fait, l'exécution des ordres de la justice. Rép. Jurisp. Guyot, T. 14. V°. Rébellion à Justice, p. 470.

Voici les espèces de celles qui peuvent avoir lieu :—

Quand on empêche par violence, l'établissement ou l'administration des séquestres ou gardiens et commissaires aux meubles saisis.

Quand on enlève, à force ouverte, des meubles et fruits saisis.

Quand on a brisé des sceaux apposés par les Juges, ou qu'on déchire des lettres de Justice, portant condamnation.

Quand quelqu'un se tient fort dans sa maison ou château, pour résister à celui qui est porteur de pièces.

Quand on excède ou qu'on outrage les Magistrats ou les autres Officiers de Judicature, ainsi que les huissiers ou sergens qui exercent quelque acte de justice.

## LOIS A CONSULTER.

Ordonnance du Conseil Législatif, 1785, c. 2, sec. 37—

Ordonnance de 1667.

## Tit. 19, Art. 16 et 17.

L'article 16 a rapport aux Séquestres.

L'article 17 a rapport aux gardiens, c'est-à-dire, à la constitution des gardiens, et ceux qui l'empêchent.

Tit. 33, Art. 5.—À rapport aux procédés *avant* la saisie. V°. Art. 6, 7 et 8. L'on ne commence à parler de la vente qu'à l'art. 17.

Tit. 27, Art. 7.—Procès extraordinaire, inapplicable au Canada.

Il est un principe en fait de Rébellion, dont l'application est importante en pratique.

“Lorsqu'un huissier ou autre officier de justice excède son pouvoir, on ne doit pas pour cela, lui résister, à cause du respect dû à la justice même dont il exécute le mandement; on a seulement la voie de se plaindre et d'appeler de ce qui a été fait.” En Canada l'on fait Opposition.

Ce principe est consacré au Rép. Jurisp. Guyot, T. 14. Vo. Rébellion à Justice, p. 472.

droit de juger, ou dont la connaissance ne lui est pas attribuée.” Do. Verb. cause No. 10 *Quid*. Contestation. Do. Verb. Déclinat. No. 2, 3, 10.

Pothier, Proc. liv. p. 18, parag. II. “Incompétence résulte de la *matière* qui fait l'objet de la demande.

Nouveau Pigeau, Proc. liv. et Comm. sur le Code. Edition de 1827. Observations sur les art. 168, 169, 170. Vide 381, art. 170. Ce qu'on entend par *ratio materiae*, art. 172. Vide observations 1 et 2. V! aussi l'ancien Pigeau et les autorités citées par le Nouveau Pigeau.

“ Dans le cas de Rébellion, les huissiers ou autres officiers chargés de mettre à exécution, quelque ordonnance de justice, doivent en dresser un procès-verbal, et le remettre entre les mains du juge, pour y être pourvu conformément à la loi. Sur ce procès-verbal, employé pour plainte, le Juge doit décréter l'ajournement personnel, et après instruction, et avoir répété l'huissier en son procès-verbal, aussi bien que les témoins qui l'ont signé, et tels autres que l'on produirait, il doit décréter la prise de corps.”

Ici doit venir se ranger la sec. 37 du ch. 2 de l'Ordonnance du Conseil Législatif, 1785, car elle renferme des dispositions qui doivent recevoir leur application, “ nonobstant toutes lois, coutumes et usages à ce contraires.”

“ Dans tous procès, tant ceux au-dessus qu'au-dessous de dix livres sterling, où le Défendeur déserterait ou divertirait ses meubles, ou que par violence, ou en fermant sa maison, son magasin ou boutique, il s'oppose à la saisie de ses effets, dans tous tels cas, il sera décerné contre lui, une prise de corps, et il sera appréhendé et détenu en prison, jusqu'à ce qu'il ait satisfait au jugement, nonobstant toutes lois, coutumes et usages à ce contraires.”

“ In matters as well above, as of, or under the value of ten pounds sterling, if the defendant shall convey away or secrete his effects, or shall with violence, or by shutting up his house, store or shop, oppose his effects being seized; in all such cases, on due proof thereof, an execution shall go against his person, to be taken and detained in prison, until he satisfies the judgment, any law, usage or custom to the contrary notwithstanding.”

#### PROCÉDÉS POUR FAIRE OUVRIR LES PORTES.

Si c'est la partie qui ferme, et par là, empêche l'exécution, c'est-à-dire, empêche que la saisie se fasse, il semble qu'aux termes de l'Ordonnance de 1785, c. 2, sec. 37, qui prescrit la marche à tenir, “ nonobstant toutes lois, coutumes et usages à ce contraires,” l'on doit procéder d'après cette loi, et non suivant ce que porte l'Ordonnance de 1667, Tit. 33, Art. 5.

Et d'ailleurs, dans la supposition où le juge n'a pas, par l'Ordonnance de 1785, été dépouillé du droit dont étaient revêtus les juges en France, de faire ouvrir les portes, aux termes du dit Art. 5 du Tit. 33 de l'Ordonnance de 1667, cette permission d'ouvrir les portes ne devrait ou plutôt ne pourrait pas légalement être accordée dans le cas où le saisi tiendrait ses portes fermées, après que la saisie aurait été faite, car cet article 5<sup>me</sup> ne s'applique qu'au cas où l'on va pour faire la saisie.

En France, il n'y avait pas de difficulté à punir le réfractaire soit à la saisie, soit à la vente, le procédé participait du civil et du criminel, et l'on sait que l'on employait *la voie extraordinaire*.

En Canada où la Rébellion à Justice devant nos Tribunaux Civils,

ne peut être définie, instruite et punie que d'après les lois civiles, il faut recourir à l'Ordonnance de 1667, et ne l'appliquer que dans ce qui se pratiquait en France, *uniquement* au civil ; et si dans cette Ordonnance, l'on ne trouve aucune disposition qui puisse s'appliquer à la fermeture des portes ou de la maison, ou que celles des dispositions applicables en apparence, qu'on y trouve, soient contraires à celles de la sec. 37 du c. 2 de l'Ordonnance de 1785, c'est d'après cette dernière loi qu'il faut procéder.

Si les portes sont fermées, sans qu'elles l'aient été par la partie contre laquelle on procède, V. G. le cas où elle serait absente, et que personne n'aurait par son ordre ou de connivence avec elle, fermé ou fait fermer les portes de la maison, etc., il ne faut pas perdre de vue, qu'une Cour doit avoir les moyens de faire exécuter ses jugemens, et que ce ne serait pas un procédé contraire à l'Ordonnance de 1785, alors, il faudrait appliquer tant *avant qu'après* la saisie, l'Ordonnance de 1667, Tit. 33, Art. 5 :—

“ Si les portes de la maison sont fermées, et qu'il n'y ait personne pour les ouvrir, ou que ceux qui y seront n'en veulent faire l'ouverture, l'huissier ou sergent se retirera devant le Juge du lieu, lequel au bas de l'exploit ou procès-verbal du sergent, nommera deux personnes en présence desquelles l'ouverture des portes, et la saisie et exécution (\*) seront faites, et signeront l'exploit ou procès-verbal de saisie avec les records.”

Doit-on appliquer au cas de l'opposition à la vente, la sec. 37, c. 2, de l'Ordonnance de 1785, qui, au premier coup-d'œil, semblerait n'avoir rapport qu'au cas de l'opposition à la saisie ?

Sans doute, car le but de l'Ordonnance de 1785, était d'abord, de punir par la prison, le réfractaire, et en second lieu, de l'y tenir, jusqu'à ce qu'il eût payé. Or celui qui s'oppose à la vente, est tout au moins et même plus coupable que celui qui ne fait que s'opposer à la saisie, puisque dans le cas de l'opposition à la vente, les effets sont entre les mains et sous la garde de la Justice ; et quant à prendre les moyens de faire payer le créancier, par le réfractaire, en le tenant en prison, jusqu'à ce qu'il ait payé le montant du jugement, la même raison de décider existe. “ On ne doit raisonner d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a même motif de décider,” comme il est dit au titre préliminaire de M. Portalis, mis en tête du Code (et ensuite retranché, Vr. Toullier, T. 1, p. 117). Or il y a même motif de décider ici, on doit donc le faire. Et en bonne logique, on pourrait assurément, argumenter du moins au plus, comme nous l'avons fait voir plus haut. L'usage des Cours de Justice en Canada, est passé en force de Jurisprudence, et l'usage *en pareil cas*, est le meilleur interprète de l'Or-

(\*) Exécution signifie aussi la vente des meubles saisis.—Dict. Droit de Ferrière, édition de 1762, Vo. Exécution, T. 1, p. 873.

donnance de 1785, qui, si elle était restreinte au cas de l'opposition à la saisie, aurait l'effet de rendre parfaitement illusoire, ses propres dispositions dont le double objet, est d'assurer l'exécution des jugemens des Cours, et le paiement au créancier, de ce que lui doit, en vertu d'un jugement, le débiteur réfractaire.

Si dans l'intervalle qui s'écoule entre la rébellion et la demande faite à une Cour, pour une contrainte, ou décret de prise de corps, ou entre l'instruction sur la règle, et le jugement, la partie réfractaire payait le montant du mandat d'exécution, alors, le créancier demandeur, et la Justice, sont sans intérêt à procéder ultérieurement, et la procédure doit tomber, sauf à condamner le réfractaire débiteur, aux dépens qu'il n'aurait pas acquittés, ceux de la règle, par exemple.

M.

Montréal, Janvier, 1846.

---

## DES LOIS D'HYPOTHÈQUES.

### ARTICLE LU A LA SOCIÉTÉ DES AMIS.

MES AMIS,

Avant d'entrer spécialement dans le sujet que je me suis proposé ; la discussion de quelques questions sur les hypothèques, j'ai pensé qu'il serait bien de présenter quelques considérations générales, qu'un législateur qui décrète une loi sur cette matière, qu'un jurisconsulte qui l'interprète, qu'un juge qui l'applique, doivent avoir toujours présentes à l'esprit, parcequ'elles renferment des principes que ne doivent jamais contredire les dispositions ainsi que l'application de cette loi : à peine de ne créer que trouble et confusion ; principes, par conséquent qui devront servir à l'appréciation de notre Ordonnance d'Enrégistrement.

Si les bases des sociétés modernes, telles que celles-ci sont aujourd'hui constituées, sont intimement liées avec la *séparation des biens*, la *possession individuelle*, et à ce point que l'abolition de cette possession entraînerait le renversement de ces sociétés : si d'un autre côté, les biens se composent en très grande partie du sol même et des capitaux accumulés et que l'on y a incorporés de manière à ne former plus, généralement, qu'une même chose avec lui, et qu'à cause de leur nature, l'on a appelés immeubles : toutes lois, toutes dispositions législatives qui affecteront cette espèce de biens devront aussi agir puissamment sur les sociétés elles-mêmes, soit en bien, soit en mal ; en retarder les progrès, ou les faire marcher d'un pas rapide et sûr vers le but de toutes les sociétés : l'amélioration de leur condition, de leur bien-être matériel et moral.

Aussi lorsque le législateur décrète une loi de ce caractère ; et qui par conséquent agit sur les intérêts matériels des membres de la soci-

été, sur leurs fortunes privées, qui peut mettre en question leur position sociale, le rang que chacun peut avoir dans la société, qui peut même aller jusqu'à menacer d'une manière plus ou moins générale, leur existence et leur vie, lors, dis-je, que le Législateur porte une semblable loi, il est de *son devoir* de bien peser l'influence qu'elle devra exercer sur la société ; il est aussi *du droit* de chaque citoyen pour qui cette loi est faite, de l'examiner, d'en tirer les conséquences, de les mettre sous les yeux de tous, afin qu'en connaissance de cause, le public demande le maintien de cette loi, si elle est bonne ; sa modification, si elle est seulement vicieuse dans quelques uns de ses détails ; son entière abrogation, si elle est dangereuse dans son principe même.

L'attachement que les hommes ont généralement à leurs biens, la crainte de les perdre entièrement, ou de les voir seulement diminuer les portent naturellement à vouloir l'ordre, à soutenir les lois et leur bonne administration, à maintenir l'harmonie et la concorde entre les citoyens d'un même pays ; parcequ'il n'y a que ces choses qui puissent garantir la possession, le droit de propriété. Et parmi les biens, les hommes doivent essentiellement s'attacher à ceux qui de leur nature, sont les plus stables et les plus difficiles à détruire et anéantir, les moins pénible à conserver et à protéger, par conséquent aux *Propriétés Territoriales*. C'est donc sur ce genre de propriété surtout, que repose la stabilité, la prospérité, la force d'un Etat. Plus il y aura de propriétaires du sol dans un Etat, plus il sera appuyé sur une base solide ; il pourra braver bien des orages avant de tomber. Il ne sera pas exposé continuellement aux secousses et aux ébranlements dont l'on voit souvent menacés les Etats dont les bases reposent sur la possession de biens plus précaires et sujets à toutes les fluctuations du commerce et de l'industrie manufacturière.

Un législateur éclairé doit donc sans cesse encourager chez les citoyens le désir d'acquérir des biens territoriaux, faire naître le goût de les conserver, ne pas l'affaiblir s'il existe déjà, combattre, ou au moins ne pas favoriser l'idée dangereuse, que *la mobilisation des propriétés territoriales est un bienfait*.

Il n'est pas nécessaire, sans doute, d'insister sur l'heureuse influence que cette espèce de biens exerce toujours sur les mœurs, les habitudes, le caractère des populations, leur genre de vie, et qui, par là même, doit avoir un empire marqué sur l'organisation et le maintien de l'ordre social.

Le progrès est une des lois de l'humanité, et la Société est nécessaire au progrès : celui-ci ne peut exister sans elle. Si, par conséquent, la Société est essentielle à l'homme, d'un autre côté, du moment qu'elle existe, elle suppose des transactions entre ses différents membres qui entraînent des engagements réciproques, et aussi l'obligation mutuelle de les remplir, de les exécuter. Si l'homme avait une connaissance entière de ses devoirs et de ses obligations, en même temps que de

ses droits et de ses privilèges, s'il respectait toujours la propriété de son semblable, (propriété immatérielle, comme propriété matérielle, ses biens incorporels, moraux, comme ses biens corporels) enfin s'il n'avait pas de mauvaises passions, il n'eut pas été nécessaire à la Société, c'est-à-dire aux hommes réunis entr'eux pour s'entr'aider, et se protéger les uns les autres contre leur propre violence, de faire des lois, prohibitives ou impératives, suivant l'objet et le but particuliers pour lesquels ces lois sont faites ; il n'eut pas été nécessaire de leur donner une *sanction*, une *garantie*, c'est-à-dire établir des peines contre l'infraction de ces lois.

Malheureusement il n'en est pas ainsi, et pour ne parler que des obligations et des engagements qui se rapportent aux biens matériels ou qui doivent les affecter plus ou moins directement : soit mauvaise foi, soit ignorance, soit étourderie, souvent un obligé prodigue, dépense et gaspille un bien qui ne lui appartient plus, qui est, il est vrai encore en sa possession, mais dont il n'est plus réellement propriétaire, puisque ses biens doivent être *le gage commun de ses créanciers*, de ceux qui ont reposé foi et confiance sur ses promesses.

Aussi afin de se mettre à l'abri, le créancier veut une *sanction* une *garantie* plus solide qu'une obligation, qu'un engagement *personnels*. L'affectation particulière des biens de son débiteur, à la garantie de ses engagements, qui est une sorte de cautionnement réel, peut souvent seule le rassurer.

Mais pour que cette affectation particulière puisse avoir effet, il faut une garantie de son exécution en cas de mauvaise volonté ou de fraude de la part de l'obligé ; et cette garantie, la société au moyen de ses lois se charge elle-même de la donner.

Pour cela elle a établi diverses voies d'arriver au but qu'elle se proposait. Tantôt elle donne la sanction de son autorité aux conventions des particuliers entr'eux, faites d'après certaines formes ; tantôt elle accorde à quelques uns de ses membres le droit d'attribuer cette garantie par la seule force de leurs décisions et indépendamment de la volonté individuelle : tantôt elle fait elle-même, directement et par ses lois, cette affectation particulière.

L'affectation des biens des débiteurs à l'acquit de leurs engagements et le mode de cette affectation ; telle est la base d'un système de législation que l'on a appelé *régime hypothécaire*. Il ne faut pas perdre de vue ce principe, que ce n'est que *pour garantir l'exécution des engagements personnels* qu'il a été établi, que même ce ne peut être que pour cela qu'il doit l'être ; une législation sur cette matière et qui aurait pour base principale, par exemple, la mobilisation des propriétés territoriales, pêcherait contre son but et même serait dangereuse et devrait être repoussée pour les raisons que j'ai exposées plus haut.

Des considérations qui précèdent, de la multitude et de la variété des transactions accompagnées de la garantie que donne l'affectation particulière des biens, l'on doit tirer la conséquence que la matière des hypo-

thèques est une des parties les plus importantes de notre législation civile ; elle embrasse, en effet, les fortunes particulières, et soutient la fortune publique, elle peut consolider les propriétés et assurer leur transmission (lorsque cette transmission est utile, ou qu'elle est devenu nécessaire et forcée) comme elle peut aussi saper les titres aux propriétés, et jeter les droits naturels et positifs dans une confusion extrême ; elle peut vivifier l'agriculture, le commerce et l'industrie manufacturière de notre pays, comme elle peut produire le trouble dans la fortune privée des citoyens et par contre-coup dans l'Etat ; en un mot elle peut donner la vie et le mouvement à tous les intérêts matériels, comme elle peut en être le tombeau suivant que son organisation sera bonne ou mauvaise.

Le régime hypothécaire renferme nécessairement trois parties distinctes : la création de l'hypothèque, sa conservation, son extinction. Si l'une de ces parties ne se lie pas, ne se coordonne pas bien avec les autres parties, le but de la législation sur cette matière sera manquée : au lieu de la paix, de la prospérité et de la consolidation des fortunes, nous aurons bouleversement et désorganisation. La création de l'hypothèque se fait de trois manières différentes ainsi que je l'ai donné à entendre plus haut.

1° Par la convention des parties et la forme extérieure des contrats ; ce qui constitue l'*hypothèque conventionnelle*. Il est juste de laisser aux citoyens la liberté de se donner entr'eux des garanties solides de leurs obligations.

2° Par la décision des tribunaux ; ce qui constitue l'*hypothèque judiciaire*. Il est raisonnable d'attacher le droit d'hypothèques aux décisions des tribunaux, décisions qui sont, de la part de la Société dont les tribunaux sont les représentants, une espèce de reconnaissance authentique, publique et ouverte des engagements des particuliers.

3° Par le seul effet de la loi, et c'est ce qui constitue l'*hypothèque légale ou tacite*.

Il est naturel qu'il y ait des droits si importants par leur nature, à la tranquillité, à la prospérité, à l'existence même de la Société, que pour cette raison seule, elle doit d'une manière toute spéciale protéger et garantir, en établissant l'hypothèque tacite en faveur de ces intérêts majeurs.

L'ailleurs, la Société qui s'est établie pour la protection de tous ses membres, doit le secours de sa force plus spécialement à celui qui, soit par sa position, soit par sa condition sociale, soit par son état naturel de faiblesse, est moins capable de se mettre à l'abri des violences, des usurpations, des ruses et de la malhonnêteté des autres.

L'établissement de l'hypothèque légale ou tacite en faveur du faible, de l'incapable, de la femme mariée, du mineur et de l'interdit est donc naturel, équitable, et même nécessaire.

En effet, la famille est la base, l'élément essentiel de l'Etat ; celui-ci sera d'autant plus fort contre les causes de désorganisation intérieures

ou extérieures qui pourraient le menacer, que la famille sera plus fortement constituée, ses droits plus respectés et plus sacrés. Elle doit être sous le double rapport moral et physique l'objet de l'attention principale du législateur.

J'ajouterai même ici que les intérêts des femmes mariées, des mineurs, des interdits doivent souvent être préférés aux intérêts prétendus généraux de l'Etat et de son administration ; car ce ne doit pas être la *généralité* de l'intérêt qui en fasse l'importance, mais sa *nature*. Leurs intérêts sont tellement graves qu'ils tiennent à l'essence même de la Société et qu'ils ne pourraient être négligés sans compromettre son salut.

Si l'affectation particulière des biens des obligés à la garantie de leurs engagements est nécessaire pour en assurer l'exécution, il faut aussi qu'elle ait lieu de manière à ne pas induire en erreur ; que l'ignorance ou la bonne foi ne soit pas dupe de la ruse, de la cupidité et de la corruption.

La *publicité de l'hypothèque* prévient ces inconvéniens ; il en faut donc faire une formalité nécessaire, non à sa *création*, mais à sa *conservation*.

Mais il faut l'établir de manière à protéger également, autant qu'il est possible, les intérêts respectifs des acquéreurs, des tiers créanciers et du débiteur lui-même.

Dans l'hypothèque conventionnelle la spécialité qui se trouve jointe à la publicité et qui la facilite, est surtout favorable au débiteur ; par son moyen il peut avoir des biens libres pour répondre des nouveaux engagements qu'il contractera ; il pourra plus aisément se procurer les moyens de faire face aux besoins de ses opérations. La loyauté dont il fait preuve en donnant lui-même volontairement un gage et une garantie à son créancier lui donne droit à plus de faveur. Ainsi la spécialité devra toujours accompagner l'hypothèque conventionnelle.

Une condamnation contre un obligé le constitue pour ainsi dire en état, sinon de mauvaise foi, du moins de mauvais vouloir ; ou bien constate publiquement son insolvabilité ; dans l'un ou l'autre cas, il est juste que l'hypothèque soit, non pas spéciale sur certains biens, mais générale, et frappe tous les biens du débiteur ; dans le premier cas ce sera une punition, dans le second ce sera une espèce de déclaration que ce débiteur n'a plus guères d'autre garantie à offrir à de nouveaux créanciers que sa garantie personnelle. D'ailleurs, il est naturel et raisonnable que tous les biens d'un débiteur soient affectés à l'acquit d'engagements solennellement reconnus de la Société par la voix de ses tribunaux.

Quand à l'hypothèque légale ou tacite qui est établie en faveur d'une classe particulière de personnes, pour la sûreté d'intérêts qui ont une espèce de permanence dans la société, pour la sûreté de droits dont généralement et sans difficulté, tout le monde connaît ou peut connaître



l'existence, intérêts et droits qu'il importe beaucoup de protéger, quant à cette hypothèque, dis-je, elle doit être générale autant que possible.

Mais si l'hypothèque n'est qu'une garantie de l'engagement personnel, il est naturel que celui-ci étant éteint, l'hypothèque le soit par là même. Les différentes manières d'opérer cette extinction, sont expliquées au long dans les ouvrages spéciaux qui ont traité de cette matière. Je n'en parle ici, que pour faire remarquer, que de même que sa création est distincte de sa publicité, qu'elle peut exister sans celle-ci, de même son extinction est indépendante de sa publicité.

L'hypothèque étant une fois créée, et avant sa *libération*, il a fallu pour que les tiers ne pussent être induits en erreur et trompés sur son existence et sur les ressources que les particuliers pouvaient encore avoir à leur disposition pour l'exécution de nouveaux engagements, il a fallu, dis-je, pourvoir à sa conservation à l'encontre des droits qui pourraient subséquemment devenir acquis. Dans ce but l'on a eue recours, à peu près au seul moyen possible et efficace, la *publicité*.

Maintenant, quelles règles, quelles formes faut-il suivre, quels moyens, prendre pour effectuer cette publicité ? C'est là ce qui doit fixer l'attention du législateur ; ce sont ces détails qui doivent former les différentes parties *d'une loi sur la publicité des hypothèques*.

D'après les considérations qui précèdent, je crois devoir observer ici que le caractère d'une telle loi est d'être, il me semble, essentiellement *conservatoire*. Son but ne doit pas être de *créer des droits*, ou de nouvelles manières *d'en acquérir*, mais seulement d'établir des formes *suffisantes et nécessaires mais pas plus*, simples, abrégées et rationnelles, pour conserver vis-à-vis de tierces personnes les droits acquis sous l'autorité des lois ordinaires. Je dois encore faire remarquer que ce caractère conservatoire ne doit avoir lieu qu'à l'encontre *d'une création de nouveaux droits*, et non pas pour empêcher que la libération de l'hypothèque n'ait lieu conformément aux règles et aux lois ordinaires. Ceci est très important : car, par exemple, la publicité donnée à un droit, quelque juste et équitable qu'il soit, ne doit pas, *ne peut pas empêcher le cours ordinaire de la prescription contre ce droit*.

Maintenant suis-je autorisé à dire qu'un système hypothécaire complet doit embrasser la création, la conservation ou la publicité, et la libération de l'hypothèque ? Prochainement j'essaierai de discuter quelques principales parties de notre ordonnance d'enregistrement et de voir en quoi elle est conforme et en quoi elle dévie des principes que j'ai énoncés jusqu'ici, l'on pourra voir alors si, non seulement dans les détails, qui ont rapport à la publicité même de l'hypothèque mais aussi dans les autres points sur lesquels son auteur a voulu statuer, il n'y a pas manqué d'unité et d'ensemble, et par conséquent si nous n'avons pas à craindre une confusion bien grande dans les propriétés et les fortunes en ce pays.

COLLECTION DE DÉCISIONS  
DES DIVERS TRIBUNAUX DU BAS-CANADA.

COURT OF APPEALS—QUEBEC.

November Term. 1845

B. C. A. GUGY, *Appellant*,

AND

W. R. A. GILMOR, *Respondent*.

The Administration of a Testamentary Executor is a mandate of a private character, which can only be delegated by the Testator, and is not a trust of a public nature, which can be imposed by a Judge.

*Extract of the case of the Appellant.*

On the second of September one thousand eight hundred and forty two, by deed executed before Fanet and another Notaries, at Quebec, the Appellant sold to the Petitioner, James Douglas, a lot of Ground situate in the Upper-Town of the City of Quebec, amply described in the said deed. In February, one thousand eight hundred and forty four, Douglas took proceedings in the Court below with a view of obtaining a sentence or Judgment of Confirmation of the deed of sale above mentioned ; to these proceedings the Respondent became a party by an Opposition *afin de conserver* filed in the Court below on the sixth of July, one thousand eight hundred and forty four. This Opposition is filed by Gilmor as Testamentary Executor of the late Pierre Michel Cressé, Esquire, in his lifetime of Three-Rivers, and among other things, in substance, alleges : That on the 19th day of April, 1819, the said Pierre Michel Cressé made his last Will, at Three-Rivers, before Badeau, Notary, in the presence of witnesses, and thereby willed and ordained that having disposed of all his rights in the seigniory of Nicolet and its continuations, which belonged to him *en propre*, to one François Baby, for £12,500, £11,500 thereof remained *à constitut*, and being desirous that the said sum or such parts thereof as should be due at the period of his death, should be transmitted to his grand-children, willed and ordered, that the usufruct of the said sum should be enjoyed by his children in the manner provided by the said will, and the property or *fonds* of the said capital sum should belong to their children.

The Opposant further alleges those portions of the Will which provide for the investment of the said sums in the event of the redemption of the constituts, or any of them, in such way as to secure the *fonds* to his grand-children.

The Opposant then alleges that for the execution of the said last Will and Testament the said Cressé named Mr. Jean-Emmanuel Dumoulin, his nephew, Notary, in whose hands he divested himself (*se démit et dessaisit*) of all his property.

It also alleged that by Codicil dated the 18th July, 1819, executed at Nicolet before Badeau and another, Notaries, the said Cressé ordered that his said children should receive no part of the price of the said

seigniory or of the redemption of the said *constituts* without the consent of the said Jean-Émanuel Dumoulin, named Executor of the said last Will, willing that the said Jean-Émanuel Dumoulin should continue as such Executor to superintend the investment of the said monies, until they should be invested, any lapse of time notwithstanding.

That the said Pierre Michel Cressé departed this life on the 3rd August, 1819.

That on the 8th September 1839, by order of the Honorable J. R. Vallières de St Réal, Resident Judge of the District of Three-Rivers, the said W. R. A. Gilmor, the Respondent, was appointed Testamentary Executor of the said late P. M. Cressé, in the place of the said Jean-Émanuel Dumoulin.

That on the 30th June, 1831, by deed of *constitution de rente*, executed at Three Rivers aforesaid, before Badéau and another, the Honorable Louis Gogy, Esquire, created, settled and assigned, with warranty *de fournir et faire valoir*, to the said J. E. Dumoulin, in his said quality of Testamentary Executor, the sum of thirty-six pounds currency of annual and constituted rent payable to and in the manner mentioned in the said deed. That the said *constitution de rente* was made in consideration of six hundred pounds; the receipt whereof was acknowledged by the said Gogy. That for security of the said *rente* the said Gogy promised to furnish, as *cautions solidaires* with him, the Appellant in this cause and Thomas Gogy, his son, and as *caution simple*, the Honourable John Caldwell.

That subsequently, by deed alleged in the said Opposition, the said Appellant and the said Thomas Gogy, and the said John Caldwell, became the sureties of the said Louis Gogy under the terms of the said *constitution de rente*, and that the said *cautionnement* was accepted and ratified by the said Dumoulin.

And lastly, that by reason of the premises the immoveables of the said Appellant, and among others the property sold to the said James Douglas, were hypothecated, as well for the *rente* as for the principal of the said *constitut*.

The Opposant, concluding upon these premises that no sentence or judgment of confirmation should be pronounced in favour of the said Douglas, in relation to the sale or alienation of the said lot of ground and premises, except upon the charge and condition that the said Gilmor should out of the price of sale be paid the aforesaid sum of six hundred pounds, with interests and costs.

Upon the filing of this and other Oppositions in the cause the Appellant was permitted to intervene therein, and on the 16, September, 1844, his intervention was duly filed.

Having previously given notice of contestation to the Opposant Gilmor, the Appellant on the 23rd September, 1844, pleaded to the said Opposition;

1st.—The *Défense au fonds en fait*; and, 2ndly, a perpetual *exception péremptoire en droit*.

The Respondent took issue upon these pleadings, by general answers and replications, and the parties having gone to *Enquête*, were heard upon the merits, upon which the Court below, on the 27th November, 1844, ordered that the parties should be reheard, touching the legality of the appointment *par autorité de justice*, of the Respondent Gilmor to be the Testamentary Executor of the said P. M. Cressé; upon this order

the parties were heard *de novo*, and the case having again been submitted, the Court below by final Judgment rendered on the 31st March, 1845, maintained the Opposition of the said Respondent, with costs against the said Appellant.

It is from this judgment that the present Appeal is instituted, and the main grounds upon which it is respectfully submitted that the Judgment in question ought to be reversed, are these :—

1stly.—That there is no competent authority vested in the Judges of the land to name a Testamentary Executor.

2ndly.—That in the event of a Testator having omitted to name an Executor, or the Executor refusing to act, the execution of the Will by law devolves upon the heirs of such Testator.

3rdly.—That consequently the nomination of the Respondent as Testamentary Executor to the last Will of the said P. M. Cressé is illegal, nul and void.

4thly.—That there is no legal evidence of the existence of the *acte de constitution de rente*, and that the said *constitution de rente* is not proved.

5thly.—That there being no evidence that the deed of *constitution de rente* has been enregistered pursuant to the provisions of the 4th Vict. cap. 30, the Respondent hath lost his right of mortgage as against the Petitioner Douglas, a subsequent purchaser, who has complied with the requirements of the Statute above mentioned.

Upon the first and second points, the Respondent refers with confidence to the following authorities as being conclusive upon the subject :

“ Il n’y a que le Testateur qui puisse nommer un Exécuteur Testamentaire, s’il l’a omis, alors l’exécution du Testament appartient de droit aux héritiers.—Ancien Denizart.—*Verbo Exécuteur*, No. 5.”

“ 2. Bourjon, Droit commun, page 373, cap. 11, des Exécuteurs Testamentaires, No. 2.”

“ Ferrière, Dict. de Droit, *verbo Exécuteur Testamentaire*, page 615, vol. 2.”

“ 1 Argou, p. 409.”

“ Actes de Notoriété, p. 491, note a.”

“ Pand. françaises, p. 168, No. 373 ; p. 170, No. 374 ; p. 187, No. 386.”

“ Pothier, des Donations Testamentaires, cap. 5.

The 3rd point is established if the two first are well founded.

As to the fourth point, the Respondent refers to the Respondent's Exhibits, No. 4 and 5 (No. — of the record) it will be found that this document purports to be a true copy of the Exhibit No. 1, filed by the Plaintiff on the 1st February, 1840, in the cause No. 994, then pending in the Court of King's Bench for the District of Montreal, in which the now Respondent and his wife were Plaintiffs, and the Hon. Louis Gugué et al. Defendants.

It appears that the Officer of the Court of King's Bench, Montreal, having in his keeping a document purporting to be a copy of the *acte de constitut* in question, makes a copy of this copy which he delivers ; and this copy of a copy is the document filed in support of the claim of the Opposant.

With respect to the fifth ground above stated, the Respondent refers to the 4th Vict. cap. 30 ; see 4th.

*Extract of the Case of the Respondent.*

The parties in this cause were heard in the Court below, on the 23rd of November, 1844, and on the 27th of the same month, a re-hearing was ordered.

The re-hearing was specially confined to one point, namely, whether or not the Resident Judge of Three Rivers had the right of appointing the Respondent Executor of the late Mr. Cressé.

The Respondent then obtained a Rule to re-open the *Enquête*, for the purpose of withdrawing his Exhibit No. 3, being an imperfect copy of the *acte* of his appointment as Mr. Cressé's Executor, and to substitute in lieu thereof a correct and perfect copy; which rule was, after hearing the parties, declared absolute on the 17th of January, 1845.

The Respondent's object in making this application, was to produce a copy of the Petition presented to the Honble. Resident Judge of Three Rivers, and of the proceedings had upon it, and thus to bring before the Court the reasons which influenced that Honorable Judge in making the appointment.

The *Enquête* was thereupon re-opened for that special purpose, and copies of Dr. Gilmore's appointment as Executor, of the Petition praying for the same, and of the proceedings had upon it, were filed.

The Petition praying for the nomination of another Executor, was presented by Luc Michel Cressé, one of the children and universal legatees of Mr. Cressé, and sets forth the nomination of Mr. Dumoulin as his Testamentary Executor, to administer the entail in favor of his grand-children; that in and by a deed of *constitution de rente*, executed at Three Rivers, before Badeau and colleague, Public Notaries, on the 5th of November, 1827, Mr. Dumoulin, as such Testamentary Executor, had invested a sum of £300 in the hands of Louis Charles Cressé, one of the said legatees, for the payment of a certain lot of ground in Three Rivers, in pursuance of the terms and under the restrictions prescribed by Mr. Cressé's will and codicil, which sum formed part of the monies entailed, which it was Mr. Dumoulin's duty as Executor to superintend and administer; that Mr. Dumoulin, instead of using a proper surveillance over the said sum of money, and over the property upon which it was invested, as it was his duty to do, on the contrary caused the said property to be seized and attached, at his own private suit, on the 9th day of May then preceding, and it was advertised for sale on the 15th of September then next ensuing, in a cause No. 326, to the great prejudice of the legatees, and exposing them to lose the said sum;—that the legatees were in danger of losing several sums of money through Mr. Dumoulin's negligence in not prosecuting recent purchasers (*nouveaux détempteurs*) of property hypothecated for the payment of such sums in order to interrupt their prescription, and also in neglecting to file oppositions, when such properties were advertised for judicial sale, to the great prejudice and loss of the legatees; that Mr. Dumoulin was even himself a debtor to the estate of Mr. Cressé in a sum of £575, as being in possession of the greatest part of the real property of the late Jean Doucet, which rendered it necessary in order to preserve the hypothec upon such property for the payment of the last mentioned sum, that the prescription should be interrupted; that the interests of the legatees and of the executor, Mr. Dumoulin, were adverse to each other, and

that they were engaged in litigation ; that it became therefore absolutely necessary to appoint another person to carry out the entail created in favor of Mr. Cressé's grand-children, in pursuance of his will and codicil and according to the Testator's real intention. The prayer of the Petition is in the usual form, for an *assemblée de parens et amis*, in order to make such appointment.

The following consent is written at the foot of the Petition :

“ Je, Jean Emmanuel Dumoulin, Ecuier, dénommé en la requête ci-dessus et des autres parts, consens expressément, à ce que les conclusions de la dite requête soient accordées, sans néanmoins aucunement admettre les exposés en la dite requête, ce 22e Août, 1736.”

“ J. E. DUMOULIN.”

The consent of Mr. Dumoulin and the Petition bear date on the 22nd August, 1836, and on the same day the usual order was made by the Judge, allowing the *assemblée de parens* to be held on the 8th of September then next ensuing. Then follows a consent on the part of all the legatees, bearing date at Nicolet, on the 31st August, 1836, in the following terms :

“ Nous soussignés, après avoir pris communication de la requête ci-dessus et des autres parts, ainsi que de tous les titres et papiers y relatifs, consentons expressément à ce que les conclusions de la dite requête soient accordées, la trouvant juste et conforme à nos opinions, dont nous consentons à ce qu'une autre personne soit nommée au lieu et place du dit Jean Emmanuel Dumoulin, pour être Exécuteur Testamentaire au lieu et place du dit Jean Emmanuel Dumoulin, et pour le remplacer dans la dite charge, et le tout conformément au dit testament et codicile.”

The *assemblée de parens* took place on the 8th of September, 1836, when the Respondent (who is married to one of the legatees,) was nominated by the relations, and appointed by the Judge, as Executor of Mr. Cressé's Will, in lieu of Mr. Dumoulin.

The parties were finally re-heard, and on the 31st of March, 1845, the Court pronounced the following judgment :—

“ La Cour ayant entendu les parties en cette cause par leurs Avocats, examiné les documens filés de record, et sur le tout mûrement délibéré, déclare et adjuge qu'attendu que la qualité d'Exécuteur testamentaire prise par l'Opposant, William Robert Arthur Gilmor, n'est pas mise en question par l'Intervenant Bartholomew Conrad Augustus Guky, et que la nomination du dit William Robert Arthur Gilmor, comme Exécuteur testamentaire de feu Pierre Michel Cressé, était dans les attributions du Juge qui a reçu, confirmé et homologué l'avis de parens en date aux Trois-Rivières, le huit Septembre, mil huit cent trente-six, produit en cette cause par le dit Gilmor opposant, cette nomination n'étant que la mise à exécution de la volonté expresse du dit testateur Pierre Michel Cressé, dont l'intention était de nommer sous une dénomination quelconque, une personne pour veiller à l'exécution entière de son testament et aux intérêts de la substitution par lui établie ;— considérant de plus que le dit William Robert Arthur Gilmor, quoique nommé Exécuteur testamentaire, peut être considéré comme tuteur à la substitution portée au dit testament, la Cour déclare le dit William Robert Arthur Gilmor, Opposant, en droit de s'opposer ; et la Cour considérant que par l'Acte de cautionnement passé devant Mre. W. F. Scott et son confrère, Notaires, à Québec, le cinq Juillet, mil huit cent

vingt-et-un, consenti par le dit Bartholomew Conrad Augustus Gogy, aux représentans du dit feu Pierre Michel Cressé, la succession de ce dernier a acquis un hypothèque légal sur l'immeuble mentionné en l'opposition du dit William Robert Arthur Gilmor, filée en cette cause, et dont le dit Bartholomew Conrad Augustus Gogy, intervenant, était propriétaire, avant et à l'époque du dix-neuf Juin, mil huit cent trente; et attendu que par son fait et en effectuant subséquemment au dit dix-neuf Juin, mil huit cent trente, un changement de tenure, le dit intervenant Bartholomew Conrad Augustus Gogy n'a pu préjudicier aux droits hypothécaires de la dite succession ou de les détruire, la Cour déboute le dit Intervenant de son Exception péremptoire, et maintient l'opposition du dit William Robert Arthur Gilmor, ès qualité, avec dépens contre le dit Intervenant, tant sur la contestation que sur son intervention, en autant qu'elle a rapport à l'opposition du dit William Robert Arthur Gilmor,—auquel jugement Sir James Stuart, Baronet, a exprimé une opinion contraire.”

The express declaration of the Testator referred to in the above Judgment, is to be found in the Codicil, and is in the following words :—

“ Déclare le dit Sieur Cressé, Testateur, que comme par le douzième article de son testament il est déclaré que ses enfans pourraient recevoir le rachat du constitut ou parts du prix affecté sur la Seigneurie de Nicolet et dépendances, vendus à François Baby, en appliquant les sommes qu'ils pourraient recevoir sur des fonds suffisans ou créations de nouveaux constituts, pour être iceux substitués à leurs enfans, ou de celui ou celle qui recevront le dit rachat, le dit Sieur testateur veut, entend et ordonne de plus, que ses dits enfans ni aucun d'eux ne pourront recevoir aucune partie du dit prix de la Seigneurie ou rachats de constituts, sans le consentement et approbation de M<sup>r</sup>. Jean Emmanuel Dumoulin, nommé Exécuteur du dit testament, et qui veillera à ce que l'emploi des deniers soient appliqués sur des fonds et propriétés suffisans ou en constituts solvables, pour que l'intention et volonté du dit Testateur ne puisse être frustrée ou éludée en aucune manière; la volonté et intention du dit Testateur étant de transmettre à ses petits enfans, le fonds, capital ou prix de la dite Seigneurie, ainsi qu'il est expliqué au dit testament, entendant le dit Sieur Testateur, que le dit Sieur Jean Emmanuel Dumoulin continue comme Exécuteur du présent pour surveiller à l'emploi des dits deniers, pour et jusqu'à ce qu'ils soient appliqués, nonobstant tout laps de tems, et au cas du décès du dit Sr. Jean Emmanuel Dumoulin, il sera nommé, sur avis de parens ou amis, une autre personne pour surveiller au dit rachat et emploi des dits deniers.”

The Appellant's Counsel urged, 1<sup>o</sup> That the appointment of a Testamentary Executor can only be made by the Testator himself, it being an office of a private character.

2<sup>o</sup> That in the case under consideration there was a Testamentary Executor named by the Will, to exercise his functions during his lifetime.

3<sup>o</sup> That the only person that could replace him, in the event of his demise, was a *Curateur à la Substitution*.

4<sup>o</sup> That the person (the Respondent) appointed by the Judge had been so appointed under an *Avis* of the heirs, who were only intitled to the usufruct under the substitution,—and who were excluded from the execution of the Will by the terms of that instrument; and that

by reason of such appointment the intentions of the Testator had been frustrated.

5° That the Appellant could urge the nullity of this appointment under the plea of general issue, inasmuch as the quality of Testamentary Executor, alleged by the Respondent, formed part of his title, and inasmuch as this nullity was an absolute nullity.

A variety of other points were urged, the substance of the arguments in relation to which is omitted, not touching upon the point above stated.

The Respondent contended, 1° That the Appellant could not avail himself of the irregularity of his appointment, not having pleaded the same specially.

2° That the appointment of the Respondent had become necessary by reason of difficulties which had arisen between Dumoulin and the heirs of the Testator.

3° That the appointment, under the circumstances, had been made with the view of carrying out the dispositions of the Will and the intentions of the Testator.

4° That the appointment of the Testator was analogous to the appointment of a *Curateur* to a substitution, and that the terms of the appointment itself were not so much to be taken into consideration as the intentions of the Testator.\*

It was replied that supposing the terms of the Will to warrant this appointment, (which was denied,) this provision could not give jurisdiction to the Judge.

QUÉBEC, *Lundi, le 10 Novembre 1845.*

Présens : L'Honorable Mr. le juge Rolland, Président. Mr. le juge Mondelet, Mr. le juge Day, Mr. le juge Gairdner.

La Cour après avoir entendu les parties par leurs Avocats, examiné la procédure et en avoir délibéré, a infirmé et infirme le jugement de la Cour du Banc de la Reine en date du trente-unième jour de Mars, mil huit cent quarante-cinq, dont est appel en cette cause avec dépens contre l'Intimé William Robert Arthur Gilmor. Et rendant le jugement que la dite Cour eut dû rendre; cette Cour sans égard à l'exception péremptoire plaidée par l'Appellant à l'opposition du dit William Robert Arthur Gilmor, l'Intimé, mais considérant que l'Intimé n'a aucune qualité pour former l'opposition dont il s'agit dans l'intérêt des parties qu'il dit représenter, n'étant et ne pouvant être exécuteur testamentaire de feu Pierre Michel Cressé, nonobstant la nomination faite sur avis de parens le huit Septembre mil huit cent trente-six, par le juge résident du district des Trois-Rivières, qui est nulle et sans effet; considérant de plus que la preuve au soutien des allégués de l'opposition est insuffisante, le dit opposant ne produisant pas une expédition authentique de l'acte de constitution de la rente au paiement de laquelle l'appellant s'est obligé comme caution de feu Louis Guky, son père, lequel acte ne se trouve ni prouvé ni admis, non plus que le montant

---

\*Note.—The only authority which seems to sustain the pretensions of the Respondent, in so far as the legality of his appointment is concerned, is to be found in Ricard. *Traité des donations* Vol. I part I. p. 404, 405. This authority is contradicted by all the writers on the subject, and seems to be contrary to the arrests and the general principles of the case; it stands isolated.



de la rente ou du capital d'icelle auxquels le cautionnement réfère, a débouté et déboute l'Intimé de son opposition, avec dépens. (\*)

MM. LELIÈVRE ET ANGERS, Procureurs de l'Appellant.  
M. MCTAVISH, Procureur de l'Intimé.

PROVINCE OF }  
CANADA. }

COURT OF APPEALS,

QUEBEC, November Term, 1845

*In a Cause between*

HENRY LEMESURIER, ESQ. & OTHERS.

(*Plaintiffs and Incidental Defendants in the Court below,*)

APPELLANTS.

AND

HART LOGAN, ESQ., & OTHERS,

(*Defendants and Incidental Plaintiffs in the Court below,*)

RESPONDENTS.

Upon the Sale of Goods by admeasurement, which may happen to be destroyed before measurement, the loss is cast upon the seller; stipulations of admeasurement, and delivery at a particular place and time renders the sale conditional and incomplete until the occurrence of those events, and in the meantime the risk, *periculum rei venditæ* must be borne by the seller. †

The Appellants, by their action in the Court below, sought to recover from the Respondents a sum of £1979 3s. 4d., which the latter had received from the former, as the price of a raft of red pine timber, which was sold by the Respondents to the Appellants on the 2nd December, 1834, and which was wrecked at Quebec, on the 20th June, 1835; and also, £400 as damages for the pretended non-delivery of the said raft. That action having been dismissed by the Court below, the Appellants instituted the present Appeal, the object of which was to have the decision of this Tribunal, as to who should bear the loss of the raft so wrecked.

The Case is of importance, not only on account of the magnitude of the sum involved, but also as tending to determine a question of much interest to those concerned, in an important branch of the trade of this Colony.

The Contract between the parties was in the following words :

“Hart, Logan & Company, of Montreal, sell, and LeMesurier, Routh & Co., of the same place, buy, a quantity of Red Pine Timber, the property of Thos. Durrell, of Hull, L. C., but under control of

(\*) His Honor the President of the Court, in rendering judgment, cited the case of the Heirs Normandeau, in which the Judges of the Court of Q. B. for the District of Montreal, upon an application made to them, refused to sanction an appointment of this description, though the Testator had expressly willed that such should be the case.

† The majority of the Court, in the present case, seem to have been influenced in their Judgment by the latter consideration, to wit : The condition of delivery at a particular place and time.

" the sellers, now lying above the rapids, near the Chaudière Falls, Ottawa River, and stated by said T. Durrell, to consist of 1391 pieces, measuring 50,000 feet, more or less, deliverable at Quebec, on or before the 15th June next, and payable by the purchasers' promissory notes, of ninety days date, from this date, at the rate of 9½d. per foot, measured off. Should the quantity turn out more than

To be delivered at M. B. Farlin's Booms, Sillery Cove, Quebec.	}	" above stated, the surplus to be paid for by the purchasers at 9½d. per foot, on delivery, and should it fall short, the difference to be refunded by the Sellers. Signed in Duplicate.
---	---	--

" Montreal, 3rd December, 1834.

(Signed,)

" HART, LOGAN & Co.

" LE MESURIER, ROUTH & Co."

The point at issue between the parties, was, whether the raft sold to the Appellants by the Respondents had been delivered according to the terms of their contract, and whether the loss of the same was to be cast on the sellers or on the purchasers : in other words, what constitutes a delivery at law, under a contract as the one above stated.

Extracts of the case of the Appellants :

" The Judgment of the Court below, was, that the Appellants' action be dismissed, and that the Respondents should recover £140 10s. 5d.

After due consideration of the proof on both sides, it will be found—

1stly. That the raft did not arrive in the neighbourhood of Quebec until the 19th of June, (instead of the 15th.)

2ndly. That it never reached Farlin's Booms, at Sillery Cove, but was wrecked at Convent Cove.

3rdly. That, independently of the legal but unfulfilled obligation of the Respondents, to deliver at a certain time and place, their agents were guilty of gross laches, and want of diligence.

4thly. That, had the said raft arrived at the stipulated time and place, it could and would have been secured, and measured off, to constitute a valid delivery.

On these, which are the leading facts in the suit, the Appellants would found the following legal propositions, as decisive of the merits of the case, and entitling them to a reversal of the Judgment of the Court below, with such degree of relief as this honorable Court shall deem lawful and just:—

1st. That, upon the sale of goods by admeasurement, which are destroyed before measurement, the loss is cast on the seller.

2ndly. That the stipulations of admeasurement, and of delivery at a particular place, render the sale conditional, and incomplete until the occurrence of those events ; and that in the meantime, the *periculum rei vendite* is not to be borne by the purchasers.

3rdly. That, after the expiration of the time fixed for the delivery, the purchaser is not bound to receive the property, the contract having been determined by the seller's breach of its conditions.

4thly. That in the performance of all commercial contracts, punctuality is required, the rule of the civil law, "*Dies interpellat pro homine*," being strictly applicable to them.

5thly. That, when the vendor, in such cases, is *in morá*, according

to the terms of the contract, he shall bear the consequences of *casus fortuitus* or of *vis major*."

Montreal, 21st October, 1844.

A. BUCHANAN,  
F. G. JOHNSON,  
*For Appellants.*

Extract of the case of the Respondents.

The Respondents contended in the Court below :

Firstly. That the sale of the raft was the sale of a *corps certain* of an entire raft as a specific thing, and that the object of the Appellants was to become the proprietors and possessors of that particular raft of timber, and not of any 50,000 feet of red pine timber that the Respondents might have wished to deliver to them. That by the operation of the sale, as set forth in the contract, the property was individualized, and the price stipulated and paid, and thereupon the property vested in the Appellants ; that the property having thus passed and become vested in the Appellants, the risk was theirs ; that the Respondents, from the moment of the sale, were the mere Agents of the Appellants, and the *dépositaires* of the timber ; and that after the sale they were bound to use due diligence for the preservation of the property in their possession, but could not be held liable for losses resulting from the acts of God, or from a *force majeure*.

Secondly. That the Respondents by delivering the rafts at Farlin's Booms at Quebec did all that they were bound to do : that the Appellants were not ready to receive it at Farlin's Booms ; that if they had been ready to receive it, the loss would not have taken place, and that the default and negligence of the Appellants in this respect, cannot have the effect of throwing back upon the Respondents a risk to which they otherwise would not have been exposed : that although the time stated in the contract for the delivery of the raft was on or before the fifteenth of June, yet as the delay was occasioned by the weather being bad, and the spring late, and as the Respondents had not in any way been put *en demeure* by the Appellants, the mere delay of three days, unaccompanied by any demand tending to place the Respondents *en demeure* cannot have the effect of relieving the Appellants from a loss to which, without the occurrence of that delay, they would have been liable.

Thirdly. That the Appellants' by collecting and shipping a large portion of the timber after the wreck, and by prohibiting all other persons from meddling with it, have treated the sale as being what in fact it was, a perfect and absolute sale, and therefore they cannot now be allowed to say that it was conditional and incomplete.

The parties were heard on the 18th October, 1843, and on the 5th February, 1844, the Court below rendered judgment, dismissing the principal demand, and condemning the incidental Defendants to pay the sum of £140 10s. 5d. Currency, as the balance remaining due upon the price of the raft.

It is from this Judgment, which is manifestly well founded in law and justice, that the present Appeal has been instituted.

FISHER & SMITH,  
*Attys. for Respondents.*

The Court of our Lady the Queen now here, having seen and examined the record and proceedings in this cause, and heard the

parties, Appellants and Respondents, by their Counsel respectively and having maturely deliberated thereon : It is considered and adjudged by the said Court now here, that the Judgment in this cause rendered in Her Majesty's Court of Queen's Bench for the District of Montreal, on the fifth day of February, one thousand eight hundred and forty four, now appealed from, be, and the same is hereby reversed ; and this Court, proceeding to render such Judgment as the Court below ought to have given in the premises ; considering that in this cause wherein the Appellants (Plaintiffs in the Court below) seek to recover from the Respondents (Defendants in the Court below) the sum of two thousand five hundred pounds damages for breach of contract, for the sale and delivery of a quantity of red pine timber, by which contract dated at Montreal, the 3rd December, 1834, the said Respondents did sell, and the said Appellants did buy a quantity of red pine timber, the property of Thomas Durrell, of Hull, Lower Canada, but under the control of the sellers, then lying above the rapids, near the Chaudière Falls, Ottawa River, and stated by the said T. Durrell, to consist of one thousand one hundred and ninety one pieces, measuring fifty thousand feet, *more or less*, deliverable at Quebec, on or before the 15th day of June then next, and payable by the purchasers, promissory notes at 90 days' date from that date (to wit on the said 3rd December, 1834,) at the rate of nine pence half-penny per foot, *measured off*, and should the quantity *turn out more* than above stated, the surplus to be paid for by the purchasers, at nine pence half-penny per foot ON DELIVERY, and should it fall short, the difference to be refunded by the sellers : and that by a memorandum at foot of the said contract, the place for the delivery of the said red pine was agreed to be at *M. B. Farlin's Booms*, at Sillery Cove, Quebec.

And this Court, considering that at the *enquête*, the contract upon which the action is founded, as also the making and delivery of the promissory notes mentioned in the declaration of the said Plaintiffs, the present Appellants, and the payment by them the said Appellants of the several sums of money therein specified, were duly admitted, amounting in the whole to the sum of £1979 3s. 4d.

And this Court, further considering, and it appearing from the evidence adduced in this cause, that on or about the 19th day of the same month of June, at a place called Convent Cove, near Quebec, the aforesaid quantity of red pine timber, then and there being in the possession of the said Defendants, the present Respondents, and their Agents or Servants, *unmeasured and undelivered* to the Appellants, was by the force of the winds and waves, wrecked, scattered, destroyed and lost, without any default on the part of them the said Appellants, whereby they were deprived of the said sum of £1979 3s. 4d., so by them paid to the Respondents, as and for the price of the said quantity of red pine timber so to be delivered, and of the lawful interest of the said sum from the 6th day of March, 1835, when the same was paid, and considering likewise that the said Appellants were compelled and obliged to buy and purchase, and did buy and purchase other red pine timber at a greater and higher price, to wit, at and after the rate of 10½d for each foot thereof, to enable them the said Appellants to fulfil and perform certain contracts and promises by them entered into and made in the way of their business as Merchants at Quebec, aforesaid, under the presumption and belief, that the said Respondents would have delivered to them the said quantity of red

pine timber, according to the tenor and effect of the said contract or agreement for the sale and delivery thereof, at Sillery Cove, near Quebec, on or before the 15th day of June, 1835.

And this Court considering further, that upon the sale of goods by admensuration, which may happen to be destroyed before measurement, the loss is cast upon the seller; that the stipulations of *admeasurement* and of delivery at a particular place, rendered the sale conditional and incomplete until the occurrence of those events; and that in the meantime the risk, the "*periculum rei venditæ*," is not to be borne by the Purchasers; that after the expiration of the time fixed for the delivery, the Purchaser was not bound to receive the property, the contract having been determined by the seller's breach of its conditions; and that in the performance of all commercial contracts punctuality is required, the rule of the Civil Law, "*Dies interpellat pro homine*" being strictly applicable to them:

It is therefore by the Court now here considered and adjudged, and the said Respondents are hereby adjudged and condemned to pay and satisfy to the said Appellants:

First. The sum of £1979 3s. 4d. with interest thereon, from the 13th day of July, 1835, till paid: and,

Secondly. The sum of £312 10s. being the difference in value on the quantity of 50,000 feet of red pine, between the Market price thereof in the month of June, 1835, and the price of 9½d. per foot being the contract price for which the said Respondents were to have delivered the said quantity of red pine timber to the Appellants, with interest on the said sum of £312 10s. from this date till paid:

And this Court hereby dismisses the demand of the said Respondents as incidental Plaintiffs in, the Court below, reserving to them, the said Respondents, nevertheless, all such recourse as they may legally have and take for the value of such quantities or parcels of the said red pine timber as may have come into the hands and possession of the Appellants, belonging to the said Respondents, subsequent to the said 19th day of June, 1835.

And lastly, this Court doth adjudge and condemn the Respondents to pay to the said Appellants, as well the costs of the said Suit or Action, as of the incidental demand in the Court below, together with the costs of the present Appeal.

PROVINCE OF } COURT OF APPEALS.  
LOWER CANADA. }

QUEBEC, November Term, 1845.

BENJAMIN HALL,

*Plaintiff in the Court Below,*

APPELLANT:

AND

WILLIAM BRADBURY AND JOHN ROBERTS,

*Defendants in the Court Below,*

RESPONDENTS.

No set form of words is requisite to constitute a promissory note; and an instrument called a writing obligatory or a *Bon* payable to order for value received, may be considered as a *note in writing*, within the intent of the Provincial Statute 34, Geo. III; ch. 2, though it does not follow the very words of that Act; and though it be merely described and designated in the Plaintiff's Declaration as a writing obligatory, or *Bon*.

The Appellant in his Declaration states, that "William Bradbury and John Roberts, (the Respondents), on the twentieth December, one thousand eight hundred and thirty-four, made their certain writing obligatory, commonly called a *Bon*, and thereby declared the same to be good, on demand, to the order of the said Norman Bethune, for the sum of four hundred and twenty-six pounds, current money of the said Province, received in cash, to wit, for value received in cash, and then and there delivered the said *Bon* to the said Norman Bethune." A payment of fifty pounds is then acknowledged to have been made to Norman Bethune. The Declaration proceeds as follows: "And the said Norman Bethune to whom, or to whose order the payment of the said sum of money in the said *Bon* specified, was to be made after the making of the said *Bon*, and before the payment of the balance due upon the said sum of money in the said *Bon* specified, or any part thereof, to wit: on the first day of April last past, at Montreal aforesaid, endorsed the said *Bon*, and thereon, and then and there ordered and appointed the said balance of the said sum of money, in the said *Bon* specified to be paid to the order of the said Plaintiff, and then and there delivered the said *Bon*, so endorsed, to the said Plaintiff. That afterwards, to wit, on the first day of April last past, the Plaintiff, in a personal interview which he then had with the said William Bradbury, presented to him, the said William Bradbury, the said *Bon* for payment of the residue or balance due thereon; whereupon he the said William Bradbury, requested the said Plaintiff to wait for payment of the said balance of the said *Bon*, until the third day of the said month of April, to which, with the express concurrence and acquiescence, and at the special request of the said Norman Bethune, he, the said Plaintiff, consented. That accordingly, on the said third day of April, the said Plaintiff repaired to the office of the said William Bradbury, in the said City (where he had made the said demand of payment aforesaid,) two several times, for the purpose of again demanding payment of the said balance of the said *Bon*; but the said William Bradbury was not there, nor, on enquiring at the said office, could the said plaintiff ascertain where the said William Bradbury was. That afterwards, to wit, on the fifth day of the said month of April, at the said City, the said *Bon* was, by the ministry of Gibb and his colleague, Public Notaries, duly presented to the said William Bradbury, personally, at the office of him, the said William Bradbury, and whereat the said firm of William Bradbury and Company had carried on their business, for payment of the said balance, and payment of the said balance was then and there duly demanded and refused: whereupon the said *Bon* was duly protested for non-payment.

"And for that, whereas, on the ninth day of May, instant, at the City aforesaid, (the said John Roberts, having after the time of the said protest, and before the said ninth day of May, instant, arrived and come into the said Province, for the first time), the said *Bon* was duly presented to the said John Roberts, for payment of the said balance due thereon, and payment of the said balance was then and there duly demanded and refused; whereupon the said *Bon* was duly protested.

The Respondents, Bradbury and Roberts, filed four pleas to the first count of Plaintiff's Declaration. By the first of these pleas, they alleged, that the Appellant (Plaintiff in the Court below) could not maintain his action on the first count of his Declaration, because it

did not appear by the said count that the instrument upon which that count is based, and which the Appellant had by his declaration described as "a certain writing obligatory commonly called a *Bon*," had been legally transferred by Norman Bethune, the payee, to the plaintiff; that a transfer by endorsement as mentioned in the said count, of a writing obligatory or *Bon*, could not give the endorsee any right of action against the drawer; and that in fact, it did not appear by the said count that there had been any privity of contract between the Appellants and the Respondents, or that the Appellant had any right of action against the Respondents.

The Respondents by their second plea averred that the alleged endorsement of the *Bon* or writing obligatory, spoken of in the said first count of the said Declaration, could not give the Appellant any right of action against the Respondents, because the sum of money mentioned in the said writing obligatory or *Bon* had never been legally transferred by Norman Bethune, the payee of the said *Bon*, or the transfer of the said sum of money accepted by the Appellant, the endorsee of the said *Bon*; that the pretended transfer of the sum mentioned in the said *Bon* or writing obligatory, by the endorsement and delivery of that instrument, was null and void.

The third and fourth pleas of the Respondents set forth—that the pretended transfer of the said *Bon*, spoken of in the said first count of the said Declaration, did not take place until long after the *Bon* had reached maturity; that during the period the *Bon* had remained in the hands of the payee, the liability of the drawers (the Respondents) had been extinguished, partly by payment and partly by compensation, as is fully explained by the said third and fourth pleas.

The fifth plea is a *défense au fonds en fait*, and applies to all the counts of the Plaintiff's Declaration.

Law issues were raised upon the first and second pleas filed by the Respondents, and upon these issues the parties were heard in the early part of the Term of October last.

The Respondents contended—that the instrument spoken of in the said first count was not "a note in writing, commonly called a promissory note," and had therefore been truly described by the Appellant as "a writing obligatory, commonly called a *Bon*;" but relied chiefly on this ground: that whatever may be the nature of the instrument in question, as it has not in this case been brought within the limits of our Provincial Statute respecting the negotiation of promissory notes, but, on the contrary, has been designated as "a writing obligatory or *Bon*," the Appellant was bound to aver and prove, that he held that writing obligatory by a title sufficient to vest in him the sum due under the said *Bon* or writing obligatory; that the Appellant had not made a sufficient averment in this respect, as the title he had set up under an endorsement, could not have had the effect of transferring the sum of money due under the instrument in question. In fine, that as the Appellant had described the instrument upon which his claim is founded as "a writing obligatory, commonly called a *Bon*," he could not derive any advantage from the provisions of our Provincial Statute, which refers to "notes in writing, commonly called promissory notes," and to none other.

Chief Justice Reid, Mr. Justice Pyke, and Mr. Justice Rolland concurred in this view of the case; and as the majority of the Court (Mr. Justice Gale dissentient) rendered judgment on the twentieth

day of October last, dismissing the first count of the Plaintiff's Declaration, with costs, *sauf à se pourvoir*.

PRESENT :—MESSRS. JUSTICE BOWEN,  
PANET,  
BEJARD, and  
GAIRDNER.

The Court of Appeals of our Lady the Queen, now here, having seen and examined the Record and Proceedings in this cause, more particularly the Declaration of the said Plaintiff and the demurrer or *défense au fonds en droit* of the said William Bradbury and John Roberts, to the first count of the Declaration of the said Benjamin Hall, and to the demand therein contained, having heard the parties by their Counsel respectively, and mature deliberation had thereon. Considering that in the said first count of the Declaration it is sufficiently alleged and set forth that the said William Bradbury and John Roberts, as merchants and copartners, on the 20th December, 1834, made their certain writing obligatory, commonly called a *Bon*, and thereby declared the same to be good on demand to the order of the said Norman Bethune for the sum of £426, current money of the Province, received in cash, and then and there delivered the same to the said Norman Bethune, and that there was paid to the said Norman Bethune on the thirty-first January 1845, the sum of fifty pounds on account, there leaving a balance of £376 due thereon, and that the said Norman Bethune, to whose order the payment of the sum of money in the said *Bon* specified was to be made, after the making of the said *Bon* and before the payment of the balance due thereon, to wit, on the 1st of April 1837, endorsed the same to the said Plaintiff; and considering that no set form of words is requisite to constitute a promissory note; and that the instrument called a writing obligatory, as set forth, does contain an absolute promise to pay to the order of the said Norman Bethune, and for value received, the sum of money therein mentioned, and that such allegations bring the note in writing called a *Bon* within the intent of the Provincial Statute 34, Geo. III, ch. 2, though it does not follow the very words of that Act :

It is therefore considered and adjudged by the said Court now here (dissentient, the Hon. Mr. Justice Gairdner,\*) that the Interlocutory Judgment of the Court below rendered in this cause on the 19th day of October 1837, rejecting and overruling the first count of the said Plaintiff's Declaration be, and the same is hereby reversed with costs to the Appellant; and proceeding to render that Judgment which the Court below ought to have given in the premises; It is considered and adjudged that the parties do proceed to the proof of the several issues of fact alleged and raised in and by the pleadings in the said cause; and that the Record be forthwith remitted to the Court below for such further proceedings thereon as to law and justice may appertain.

---

\* NOTE.—The dissent of Mr. Justice Gairdner merely applied to the insufficiency of the Plaintiff's Declaration, in not having alleged the *writing obligatory* or *Bon* to be a *note in writing* within the intent of the Provincial Statute 34 Geo. III, ch. 2.



PROVINCE DU }  
CANADA. }

## COUR D'APPEL.

QUÉBEC, *Terme de Novembre, 1845.*

Présens :—Mr. le Juge ROLLAND, MONDELET, DAY, GAIRDNER.

JOSEPH CORRIVEAU, *Appellant.*

vs.

J. B. POULIOT, *Intimé.*

Le Bail d'un *moulin* ne peut être assimilé au bail à ferme de biens ruraux, par rapport auquel la loi sanctionne une réduction du prix du bail en cas de manque de récolte par un accident extraordinaire ou imprévu.

Dans cette action l'appellant étant poursuivi pour plusieurs années de loyers de moulins seigneuriaux par lui pris à bail, avait opposé à la demande, comme moyens de défense, que vû le manque total de la récolte du bled depuis plusieurs années, il avait droit à une réduction du prix du bail. La Cour Inférieure avait rejeté cette défense comme non fondée, et de son jugement appel ayant été interjeté, la Cour d'Appel l'a confirmé ainsi qu'il suit :

La Cour après avoir entendu les parties par leurs Avocats, examiné la procédure et en avoir délibéré ; Considérant que l'Appellant ne peut être reçu à demander une diminution du prix de son Bail, qui n'était pas seulement d'un droit de Banalité, dont le revenu dépendait de récoltes de grains dans la Seigneurie, mais de deux moulins mus par l'eau, dont l'un est un moulin à farine, et l'autre un moulin à scie, le revenu de ces moulins pouvant être plus ou moins grand, suivant le plus ou moins d'industrie du possesseur et d'ailleurs le Bail d'un moulin ne pouvant être envisagé en aucun cas comme le Bail à ferme de biens ruraux, où la loi sanctionne une réduction du prix du bail au cas du manque de récolte par un accident extraordinaire et imprévu ; Que d'ailleurs la preuve ne justifie pas les prétentions de l'appellant, a confirmé et confirme le jugement dont est Appel en cette cause, savoir le jugement de la Cour du Banc de la Reine du District de Québec, en date du 29 Janvier 1845 avec dépens contre l'appellant.

J. Duval, Procureur de l'Appellant.

G. Vanfelson, Procureur de l'Intimé.

MONTREAL, }  
QUEEN'S BENCH. }

JULY TERM, 1845.

THE HONBLE. ROSS CUTHBERT, *Plaintiff,*

vs.

HENRY MCKINSTRY, *Defendant.*

This was an action brought by the Plaintiff as Seigneur of the Fief Lanoraye, to recover from the Defendant *lods et ventes* upon his acquisition at Sheriff's sale of a lot of land on which a *rente viagère* during the life time of one Mrs. Rankin was payable. The Plaintiff claimed in addition to those due on the principal of the purchase money, *lods*, at an estimation of 10 years duration of this rent. The Defendant pleaded that Mrs. Rankin was 80 years of age, and according to all estimation, her life was not worth four years purchase, upon which ratio the *lods et ventes* were tendered by the Defendant. To this Plea the Plaintiff demurred, and

Vandenvelde in support of demurrer, contended, that *lods et ventes* on such *rentes* were by law and custom invariably estimated at 19 years duration; that such invariable rule had been adopted from the obvious impossibility of arriving at any correct estimation of what the *lods* ought to be;

Rose, *contra*,—Such practice may have existed among the Seigniors of Lower Canada, but it is mere matter of agreement between them and the *Censitaire* for their mutual convenience, and the practice cannot be cited as a law, or even a binding custom; on the contrary, there was nothing to be found in any of the books to sanction the arbitrary rule contended for by the Plaintiff. In France, the modes of estimating what *lods* should be payable in cases like the present, was precisely that adopted by the Defendant in the present case.

Tonmaur, *Traité des Lods et Ventes*, Part 3rd. chap. 22nd. No. 570, says, “mais dans le cas de rente, comment fixer le capital de la rente puisque ce capital doit déterminer le montant des lods? les uns le fixent au denier 10, d’autres au tiers du capital, qu’ils évaluent au denier 20, d’autres sur l’âge du créancier de la rente viagère et c’est à ce dernier avis qu’on doit s’en tenir. En effet il est visible que la rente se règle sur l’âge du rentier, puisque c’est un contrat aleatoire et dépendant de la probabilité du terme de la vie du dit rentier.

Besides this direct authority, all the authorities concurred, that the *lods* were dependent upon the estimation of the value of the property.

Doumoulin, *sur la Coutume*, 76 m. 35 et sec. 55. Tonmaur, Part 2nd. ch. 8. No. 158.

*Per Curiam*. The plea is good. *Lods et ventes* may be fixed either by the value of the property sold, or by an estimation of the probable duration of the *rentier’s* life, in addition to the *lods* on the principal sum of the purchase money.

---

IN THE QUEEN’S BENCH, }  
QUEBEC. } No. 1046.

BELANGER, Plaintiff,

vs.

LEVESQUE, Defendant

The Certificate required to be appended to Letters Patent conformably to the 2d section of the 6 Will. IV, cap. 34, must be given by the Attorney, or, in his absence, by the Solicitor General, and such Certificate, given by a Queen’s Counsel, renders the Letters Patent invalid.

JUDGMENT 23RD JULY, 1845.

The Plaintiff, in the year 1842, obtained Letters Patent as the inventor of a machine hung with nets for fishing and taking eels; these Letters Patent issued under the provisions of the 6 Will. IV. cap. 34, by the 2d section of which it is enacted that “the Letters Patent shall be delivered to His Majesty’s Attorney, (or, in his absence, to His Majesty’s Solicitor General,) in this Province, to be examined, who shall, within fifteen days of such delivery, if he find the same conformable to this Act, certify accordingly at the foot thereof.”

The Plaintiff, subsequently to his obtaining his Patent, conceiving that the Defendant had encroached upon his privilege, by using nets of the description mentioned in his Patent, brought the present action.

The Letters Patent were filed by the Plaintiff, and, upon examination, it was found that the certificate, required by the section above in part recited, had not been given either by the Attorney or the Solicitor General, but by a Queen's Counsel.

This objection having been urged by the Defendant, as invalidating the Letters Patent, which were the basis of the demand, the Court maintained the legality of the objection and dismissed the action.

The following is an extract of the Judgment rendered, in this cause, on the 23rd July, 1845: "Considering that it does not appear that the Letters Patent mentioned and in part recited in the Plaintiff's declaration in this cause, on which his said action is grounded, before the signing thereof and before the affixing of the great seal of the late Province of Lower Canada to the same, were delivered to the Attorney General of His late Majesty King William the Fourth, in the said late Province, or, in his absence, to the Solicitor General of His said late Majesty, to be examined or that the said Letters Patent have been or were certified by the said Attorney General or Solicitor General to be conformable to an Act of the Legislature of the said late Province of Canada, passed, &c., &c., and inasmuch as the said Letters Patent have not been issued conformably to the said Act, it is adjudged that the action of the Plaintiff be hence dismissed," &c.

---

## IN THE QUEEN'S BENCH—QUEBEC.

POZER, *Plaintiff*.

vs.

GREEN, *Defendant*.

The wife who undertakes with her husband, such husband being a trader, becomes the *caution solidaire* of a trader, in so far as such undertaking concerns his trade, and without the necessity that the instrument by which she so binds herself should express the *solidité* or the fact that she is authorised by her husband.

In the month of May, 1833, John Graves, then of the City of Quebec, trader, and the Defendant, Mary Green, his wife, made their promissory note in favor of the Plaintiff a merchant carrying on business at Quebec, by which they promised to pay him, twelve months after date, the sum of £63 5s. The note was written in the following terms, "T e ve months after date we promise to pay Mr. George Pozer or to his order the sum of sixty-three pounds five shillings currency with interest value received."

"Quebec, 13th May, 1833 "

"JOHN GRAVES,  
"MARY GRAVES.

Graves having died, an action was brought by Pozer against his widow, as one of the makers of the note, for the recovery of its amount.

The action was in the usual form; the Plaintiff after alleging the making of the note arguing that by means thereof the Defendant and the said John

Graves had become *jointly and severally* liable to pay to the Plaintiff, &c. To this action the Defendant pleaded the general issue, and a perpetual exception, the grounds of which were not insisted upon at the trial.

Upon the hearing of the cause it was urged on behalf of the Defendant, that she had not obliged herself jointly and severally with her husband, that she was not at the time of the making of the note carrying on trade separately from her husband, and that it did not appear upon the face of the note that she was authorised by her husband to make the note in question.

On the part of the Plaintiff it was urged that the wife who signs a note with her husband in the way of his trade, becomes the *caution solidaire* of a trader, and that consequently the Defendant had become bound for the whole amount of the note. (1)

Judgment for the Plaintiff, condemning the Defendant to pay the sum demanded.

---

## DISTRICT OF MONTREAL—IN BANKRUPTCY.

26th July, 1845.

*In the matter of*

JOHN BATES, *Bankrupt,*

AND

F. X. BEAUDRY, *Claimant,*

AND

JOHN H. TAFFÉ, *Assignee, opposing the said claim.*

In Bankruptcy, contested claims to be governed either by the English rule of evidence or by the Ordinance of Moulins, and 1667, according as they are of a mercantile nature or not.

In the course of the Enquête, Mr. Driscoll, of Counsel for Taffé, attempts to prove, *par compensation*, to a house rent claimed by Beaudry against the Bankrupt, by virtue of an authentic lease, the sale and delivery of goods, wares and merchandises, and also services performed by the Bankrupt a Bailiff, for the said Beaudry.

---

(1) 4. Ancien Denizart—160 solidaire, No. 17. Feu M. Sarrazin consulté sur la question de savoir si une femme qui ne fait pas un autre commerce que celui de son mari est obligée à la *solidité*, ayant contracté avec son mari sans *solidité*. répondit : la femme qui s'oblige avec son mari, marchand, devient la *caution solidaire* d'un marchand pour les marchandises fournies.

18. Il paraît que la Cour a adopté ces principes lors d'un arrêt dont voici l'espèce : Louis de la Jolenne, marchand, et Marie Chauvin sa femme, avaient fait un billet le 24 Juillet 1734, conçu en ces termes : *Pour la somme de 9283 livs. 10 sols que nous reconnaissons devoir à Madame DesPruges, veuve Crespeau, de compte fait avec elle ce jourd'hui de toutes les marchandises qu'elle et feu son mari ont fournies et vendues, et autre commerce que nous avons fait ensemble, et laquelle somme nous promettons lui payer savoir, etc.* : Marie Chauvin ne faisait point un commerce séparé de celui de son mari ; et il faut remarquer que, par ce billet elle n'était pas autorisée, et qu'elle ne s'obligeait pas solidairement.

Elle fut condamnée à payer par sentence du 27 Août 1734, tant en son propre nom que comme commune et tutrice de ses enfans, y ayant eu Appel, jugement est intervenu le 27 Janvier 1742, au rapport de M. Daumond, par lequel la Cour a confirmé la sentence au chef seulement qui condamnait la veuve comme commune et a ordonné au surplus que la sentence eut son effet.

Mr. Cherrier objects, on the ground that the evidence tends to prove facts which are *outré et contre* the contents of *actes*, and also an agreement which exceeds one hundred livres ancient currency.

The Court (C. Mondelet Esq. presiding) having from yesterday, taken the case en *delibéré*, gave the following judgment :

“The Court having heard the parties, rejects the objections, inasmuch as the Assignee, in and by his opposition to the claims of François Xavier Beaudry, has amongst other causes set forth, set off by way of compensation, certain services, and the sale and delivery of certain goods, wares and merchandises, which, by law may be offered *en compensation*, either in deduction or in full satisfaction of the claim of the said François Xavier Beaudry for rent. The Court, however, adjudicates and orders, that inasmuch as the sale and delivery of the goods, wares and merchandises, mentioned by the said Assignee, are of a mercantile nature, the proof thereof, shall be had, according to the Rule of Evidence laid down by the Law of England ; but in so far as respects the services made by the said Bankrupt as Bailiff, mentioned by the said Assignee, the proof, shall be had according to the rules laid down by the law of the country, and that should the amount claimed, exceed the sum of one hundred livres *ancien cours*, the evidence, shall be regulated by the Article 54 of the *Ordonnance de Moulins*, and by the title 20 of the *Ordonnance* of 1667, whereby oral testimony is prohibited.”

## DISTRICT OF MONTREAL—IN BANKRUPTCY.

14th May, 1845.

*In the matter of*

VITAL GIBEAU, ET AL *Bankrupts*.

Assignees in case of removal or resignation of a former one, to be appointed by the creditors whose claims have been admitted.

This was a special meeting for the purpose of appointing an assignee or assignees, in the place and stead of John Dods, who had resigned.

A motion was made by Mr. Edward Carter on behalf of some of the Creditors, to have the claim of Mr. Tucker, one of the creditors, set aside, inasmuch as the Power of Attorney given by Mr. Tucker to his agent, here, for the purpose of proving his claim, &c., was not sworn to before a Judge, or any of the persons mentioned in the 59th Section of the Bankrupt Law; but before a Justice of the Peace. The object to be attained, was the preventing Mr. Tucker from voting at the election of an assignee ; Mr. Carter contended that the presiding Judge could not shut his eyes to this fact that there was no valid power of Attorney before the Court, and therefore that Mr. Tucker's claim not being proved, no vote from him or his agent could be entertained, the provisions of the 27th Section not having been conformed to.

Mr. Rose, on behalf of Mr. Tucker, opposed the applications on two grounds, 1° want of notice, 2° on the principle that at the first meeting of the creditors, Mr. Justice McCord had admitted Mr. Tucker's claim, and had permitted his vote to be taken and recorded for the election of Mr. Dods, the Assignee. It was sufficient for him to say that it had been so ruled, the then presiding Judge was of opinion that the affidavit proving

the Power of Attorney was sufficient, and that in that respect, the 27th Section had been conformed to. The appointment of an Assignee, to replace Mr. Dods, who has resigned, should be carried in pursuance of the 27th Section; the creditors, therefore, who were recognized as such, whose claims were admitted, and Mr. Tucker whose claim was admitted because it was proved, had a right to vote, and if his claim was held sufficient, in the opinion of Mr. Justice McCord, he could not, this day, be cut off from his right of voting on the present occasion.

DECIDED, that the admitting by Mr. Justice McCord, of Mr. Tucker's vote, because both the Power of Attorney and the proof thereof, as well as the mode of substantiating his claim, were held good in his opinion, (Sect. 27th) is conclusive. Then was the time to object, no objection was raised; the votes were recorded. It is clearly pointed out on the 32d Section how and in what manner other Assignees are to be chosen, in case of death, removal or otherwise; it is to be effected "by such vote as is provided in the twenty-sixth Section of this Act, for the choice of Assignees, &c., at any regular meeting called by order of the Judge or Commissioner for that purpose, and called in his discretion, on the application of a majority of the creditors who have proved their debts either in number or value, to remove &c. . . ." Now, this Mr. Tucker's Power of Attorney and claim have been admitted, his claim, his debt has been proved, so far as the voting for this appointment of an Assignee renders it necessary; he is therefore, this day, entitled to vote, in pursuance of the provisions of the 32d Section. This motion which for want of proper notice, could not be entertained, should be and is rejected, inasmuch that it is not borne out by law.

When the votes were about being recorded, Mr. Carter made another application, the object whereof was to cause Mr. Dods, the former Assignee's claim, to be set aside, on various grounds, which, if true, would justify the inference that his claim is founded on fraudulent and illegal transactions.

This application was resisted by Mr. Rose, on the same grounds.

In each case there is a final appeal to the Court of Review, which, on examining and reviewing all the proceedings, may set aside, and the decisions of Mr. Justice McCord, as well as the present, if found to be erroneous.

#### APPLICATION REJECTED—AN ASSIGNEE APPOINTED.

Judge McCord and Judge Badgely were stated by Judge Mondelet, to concur in the above opinion.

THE COURT. (C. Mondelet, Esq. presiding.) There has been no notice given; the application, therefore, cannot be entertained. But on the merits of it, the Court is with Mr. Rose; it is ready to follow up the principle it has laid down, on the previous questions. The end of the present application, if attained, would inevitably, have the effect of setting aside (without and previous to a regular contestation of Mr. Dods' claim) a judgment rendered thereinto by this Court, and thereby converting the Court of Bankruptcy into a Court of Appeals. The decision given on the pending application, bears upon the present.

## COMMISSIONERS' COURT,

QUEBEC, *Monday, 20th Jany. 1845.*

Present:—W. K. McCORD, Esq., Circuit Judge.

ANTOINE LAURENT dit LORTIE vs. MICHAEL STEVENSON.

The prescription of five years as to loyers is an absolute prescription.

This was an action brought for the recovery of £3 10s. 8d., for rent alleged to be due by the Defendant to the Plaintiff, for the occupation of certain premises, from the 1st day of August, 1839, to the 12th day of October of the same year; on which last day the Defendant having purchased the premises, the lease under which he occupied was determined: these facts appear on the face of the Summons or Declaration.

To this *Demande* the Defendant has pleaded—

1st—Prescription of five years as a bar to the action.

2d—The general issue.

3d—Set off.

4th—Incidental demand.

The Plaintiff answered that the Ordinance establishing the prescription of five years here pleaded was never registered *au Parlement de Paris*, and therefore not in force.

That if in force, it is only to be considered a presumption of payment, and not a bar to the action, and consequently the Defendant should also have pleaded payment and tendered his oath.

Defendant has replied generally, and prays the Judgment of the Court upon the demurrer.

The first question that arises is whether the prescription now invoked be in force in this Province,—that is, whether the Ordinance (1629, art. 142.) commonly called *Code Marillac* or *Code Michaud*, which establishes this prescription, was registered *au Parlement de Paris*.

Any doubt upon this subject will be removed by reference to the *Collection des Anciennes Lois Françaises*, by *Isambert und others*, vol. 16th, page 233, where it will be found to have been registered *avec Modification*, under the title of *Code Michaud*.

The full particulars of its registration are to be found in the *second vol. of Néron*, page 782.

*Lacombe's Recueil de Jurisprudence, verbo Prescription, sec. II. No. 9. Arrêt of 18th Jany. 1728, at Paris, enforcing the 142nd art. of the Ord. 1629.*

*Troplong de la Prescription, vol. 2nd, pages 509–10, Nos. 1005–6. Dictionnaire de Pratique, by Ferrière, under the title Code Michaud. Merlin. Question de Droit, vol. 12th, verbo prescription § 16, pages 51–2–3.*

It is true that M. Pothier differs on this subject with other authors; he does not, however, give a positive opinion; but merely states that he had no knowledge of this point having been decided at Paris, and cites Bourjon's opinion in support of this, and yet on referring to Bourjon's Treatise on the *Droit Commun de la France, vol. 2, p. 571, distin. III, partie Irea Tit. 7, No. 46*, he says, "*C'est a tort que quelques auteurs on dit que cette Ordonnance (1629, art. 142, n'avait pas été enrégistrée*, consequently much weight cannot be given to M. Pothier on this point; moreover, Pothier himself at a later period, in his *Coutume*

*d'Orleans*, makes mention of this Ordinance in very flattering terms, and cites it as authority.

The first point being settled, the next that presents itself is whether the prescription of *five years* as laid down in the 142 *art.* of this Ordinance is a complete and positive bar to the action, or whether it is only a restraint as to the evidence, and to be considered a mere presumption of payment requiring confirmation by the oath of the Defendant.

To assist in deciding these questions it would be well to examine how the terms of the article are explained by *Dunod* in his able Treatise on Prescriptions, when discussing the prescriptions of *five years* generally.

*Dunod*, pages 169-70, part II. cap. VII.

It will be found upon reference to this authority that *Dunod* treats the prescription of five years for rent as an absolute bar to the action, and not as a mere presumption of payment.

The same doctrine is also laid down in the *2nd Répertoire de Jurisprudence v. Bail*, 16<sup>me</sup> partie, 7<sup>me</sup> paragraphe. *Bretonnier, Questions de Droit*, page 251. *Troplong de la Prescription*, vol. 2<sup>nd</sup>, page 509, No. 1005.

*Dalloz, Dictne, Univl. v. Prescription*, No. 856-7. and was acted upon in the case No. 2072, *Garron v. Saucier*, decided in the Inf<sup>r</sup> term of the King's Bench, Quebec, 1824.

I am therefore of opinion that the Prescription invoked in this cause must be considered as a bar to the action, and not a mere presumption of payment.

The Plea of Prescription is therefore maintained, and the action dismissed with costs.

## L'AVEU JUDICIAIRE EST-IL DIVISIBLE ?

TO THE EDITOR OF THE REVUE DE LEGISLATION.

SIR,—In answer to a communication which appeared in your first number, and headed: "L'aven judiciaire est-il divisible?" will you do me the favor of inserting the following authorities, selected for the purpose of establishing the principle, that a plea or assertion of payment is not, in general, an admission of the debt.

In the absence of a very positive Law, we have the uniform Jurisprudence both before and since the promulgation of the Code Civil, as well as the practice of our own Courts, with the exception of a practice prevailing in the District of Three-Rivers, which has been established since the removal from that District, of the present Chief Justice of Montreal.

"Exception proposée n'est pas censée admettre la Demande. Ainsi celui qui propose l'Exception de paiement n'avoue pas la dette," 2<sup>nd</sup>. *Despeisses*, Tit. 6, No. 5."

"1. *Brodeau sur louet*, lettre C. Sommaire 34, page, 278, cite deux arrêts de Paris, l'un du dernier mai, 1630, l'autre du premier Août 1630. Celui qui excipe ne confesse que conditionnellement, c'est-à-dire, en cas que le Demandeur fasse preuve de sa Demande."

*Denisart verbo Exception*, No. 11.

"Ce n'est pas avouer qu'exciper,—"*qui excipit non fatetur*"—*ibid* No. 12.



Vide *ibid*, Verb. Compensation, No. 23.

"C'est une autre règle fort importante en matière de confession qu'elle ne peut pas être divisée, et qu'il faut la prendre, ou la rejeter toute entière. Supposons par exemple que je vous ai assigné en paiement d'une somme que je soutiens vous avoir prêtée, si sur cette demande vous êtes convenu du prêt, mais en ajoutant que vous m'avez rendu la somme, je ne pourrai pas diviser votre confession, c'est-à-dire me servir de votre aveu pour prouver la dette, et rejeter sur vous la preuve de paiement."

Nov. Denisart, verb. Confession, No. 9.

"Le Demandeur doit prouver le fait qui sert de base à sa prétention, et comme le Défendeur est toujours assimilé au Demandeur, lorsqu'il avance quelque chose dans ses exceptions, c'est à lui à prouver le fait sur lequel il appuie sa défense. Mais celui-ci n'est tenu à cette preuve que lorsque celui-là a vérifié le fondement de sa demande."

Répertoire de Jurisprudence par Guyot, verb. Preuve, vol. 13, page 562.

"Par la commune disposition du droit, le Défendeur, quand même il ne prouverait pas son exception, est toujours en voie d'être renvoyé absous, si le Demandeur ne prouve sa demande. *Actore non probante, reus absolvitur.*"

1. Bornier page 38.

Pothier No. 832.

4 Henrys page 17.

Arrêt du 12 Décembre 1594.

2 Cochin, page 689—40e. Consultation.

Toulier, vol. VI. page 182, No. 177.

"M" contends that the borrower in such a case to whom money was lent without any written acknowledgement on his part, ought not to have paid without taking a receipt; to this Mr. Cochin 2 vol. page 691 makes this decisive answer. "Comme il n'était obligé par aucun acte de son fait, il n'avait aucune décharge à se procurer. Les obligations se détruisent de la même manière qu'elles se contractent."

The author whom I am now answering has been bold enough to impeach the authority of the learned author of the Treatise of Obligations, whom he accuses of having erred more than once, and in more particulars than one. Having disposed of "M"s doctrine, I have not the hardihood to set myself up as the Defender of Mr. Pothier whose work on obligations has been translated into every European language, but I cannot refrain from giving the opinion of Messrs. Delaporte and Riffé, Cambrai, Pandectes Français, vol 10. page 2. in reference to this very question. "Nous n'avons pas l'orgueil de prétendre mieux faire que Mr. Pothier dont le traité des obligations est un chef-d'œuvre de Science, de Justice et de Clarté."

In conclusion, I will merely remark that "M" in treating this subject, has committed one egregious error. He has mistaken the Rule for the Exceptions, and the Exceptions for the Rule. Let him but restore each to its own place and all will be right.

Montreal, 8th December, 1845.

I. H.