

1904
 *May 11.
 *May 23.

BENONI GERVAIS AND OTHERS, } APPELLANTS ;
 (DEFENDANTS AND INTERVENANTS). }

AND

MARY JANE MCCARTHY, (PLAIN- } RESPONDENT.
 TIFF)

ON APPEAL FROM THE COURT OF KING'S BENCH, APPEAL
 SIDE, PROVINCE OF QUEBEC.

*Principal and agent—Satisfaction and discharge—Payment in advance—
 Custody of deeds—Notarial profession in Quebec—Art. 3665 R. S. Q.—
 Attorney in fact—Implied mandate—Evidence—Parol—Commence-
 ment of proof in writing—Art. 1233 C. C.—Admissions—Art. 316
 C. P. Q.—Practice—Adduction of evidence—Objections to testimony—
 Rule of public order.*

A notary public, in the Province of Quebec, has not any actual or
 ostensible authority to receive moneys invested for his clients
 under instruments executed before him and remaining in his
 custody as a member of the notarial profession of that province.

Admissions made to the effect that a notary had invested moneys and
 collected interest on loans for the plaintiff do not constitute evi-
 dence of agency on the part of the notary, nor could they amount
 to a commencement of proof in writing as required by art. 1233
 of the Civil Code, read in connection with art. 316 of the Code of
 Civil Procedure, to permit the adduction of parol testimony as to
 the authorization of the notary to receive payment of the capital
 so invested or as to the re-payment thereof alleged to have been
 made to him as the mandatary of the creditor.

The prohibition of parol testimony, in certain cases, by the Civil Code
 is not a rule of public order which must be judicially noticed,
 and, where such evidence has been improperly admitted at the
 trial without objection, the adverse party cannot take objection
 to the irregularity on appeal.

APPEAL from the judgment of the Court of King's
 Bench, appeal side, affirming the judgment of the

*PRESENT :—Sir Elzéar Taschereau C.J. and Girouard, Davies,
 Nesbitt and Killam JJ.

Superior Court, District of Montreal, maintaining the plaintiff's action with costs.

1904
 GERVAIS
 v.
 McCARTHY.
 —

The action by the plaintiff was for the amount of a debt due under a deed of obligation and hypothec executed in her favour by a former owner of the lands affected by the deed and for a declaration of the hypothecary charge thereby created in her favour to secure the debt. The deed had been executed before Maitre Bastien, Notary Public, in 1893, for \$3,500, the amount of a loan made through his ministry with interest at the rate of 6 per cent per annum, payable semi-annually, and remained in his custody as a member of the notarial profession of the Province of Quebec, under the provisions of the Revised Statutes of Quebec, articles 3660 to 3665. The property, subsequently, passed through various hands until it was purchased by one of the defendants. In January, 1901, the action was brought by the plaintiff for the full amount of the loan and a portion of the interest accrued. On dilatory exception the vendors were called into the suit, *en garantie* and *en arrière garantie*, and, thereupon, the appellant, Gervais, intervened as *arrière-garant*, alleging payment of the amount of principal and interest on the 8th of July, 1897, producing, at the same time, an authentic copy of deed of discharge of the mortgage purporting to be signed by the plaintiff and executed before said Bastien as a notary-public. The plaintiff denied her signature to the discharge and took proceedings by improbation to have the discharge declared false, forged and null and alleging, further, that she had never received the money and that the debt had never been satisfied by payment or otherwise nor any acquittance given therefor.

The defendant did not contest the *moyens de faux*, but they were contested by the intervenant who alleged, in substance, that Bastien was the son-in-law of the

1904
 GERVAIS
 v.
 McCARTHY.

plaintiff, with whom he resided; that he was her confidential adviser and counsellor; administered her affairs; loaned her capital, including the amount of the obligation in question; received her revenues and interest, including the interest on the amount of the loan in dispute; gave all the necessary receipts and discharges with her assent, express and implied, and that, for ten years preceeding his death, Bastien had been her agent for all such purposes with her express and tacit authorization.

On issue joined, on the contestation, the Superior Court, on 21st March, 1902, maintained the plaintiff's action and the inscription *en faux*, set aside the discharge as false and dismissed the intervention. An appeal to the Court of King's Bench was dismissed by the judgment now appealed from.

The evidence shewed that Bastien was residing, not with the plaintiff, but in the City of Montreal, at the time of the alleged discharge of the mortgage, and, shortly before his death, which occurred in November, 1899, he confessed that he had received the money in question and forged the discharge. At the time the money was paid to Bastien by a brother notary named Houlé, in July, 1897, the principal secured by the mortgage was not due, the term having, then, several years still to run. The circumstances under which Bastien had been acting for the plaintiff as her notary and, occasionally, as the collector of rents and interest falling due, from time to time, are shewn by quotations from the evidence in the judgments now reported, which also state the questions raised on the appeal.

Beaudin K. C. and *Gervais K. C.* for the appellants. The evidence adduced establishes that Bastien had the plaintiff's mandate to receive the principal secured by the mortgage in question. He had from time to time received the instalments of interest as they fell

1904

GERVAIS
v.
McCARTHY.

due and was held out to the public generally as the plaintiff's attorney in fact, the collector of her rents, interest and revenues and the general manager of her business affairs, for many years anterior to and at the time of the payment as well as for several years after the payment had been made and the mortgage satisfied. It is usual and customary, in the Province of Quebec, that the instrumenting notary, who has the custody of the securities for loans made through his ministration, receives the interest and principal of loans made for his clients. Plaintiff admits, in her evidence, that he was authorized to draw all her moneys and reimburse them to her. The plaintiff is responsible for the fraud and forgery of her agent. Arts. 1728 to 1731 C. C.; *Banque Nationale v. Banque de la Cité* (1); Pand Fr. vo. "Faux Incident" no. 708;. The payment was valid under art. 1144 C. C., although the discharge might be, as a fact, a forgery. The written discharge is a mere formality for the purposes of registration and radiation of the mortgage; the actual payment was a satisfaction of the debt.

Tacit mandate may be proved by parol testimony. The judge of the Superior Court, at the trial, properly admitted such testimony and there was no objection thereto made by the plaintiff's counsel. *Leroux v. Monnier* (2); *Michel v. Gastineau* (3); see also, notes of Labbé, S. V. '76, 1, 401-402. The provisions of the Code as to the admission of parol testimony are not rules of public order and, consequently, the court cannot of its own motion raise such objections on behalf of interested parties. There has been, by plaintiff's admissions, a commencement of proof in writing; art. 316 C.P.Q.; and the parol testimony was regularly admitted under any circumstances. *Schwersenski v. Vineberg* (4);

(1) 17 L. C. Jur. 197.

(3) S. V. '44, 1, 321.

(2) S. V. '90, 1, 325.

(4) 19 Can. S. C. R. 243.

1904
 GERVAIS
 v.
 McCARTHY.

Williams v. Wilcox (1); *Bain v. Whitehaven & Furness Junction Railway Co.* (2); *Macdougall v. Knight* (3); *Guerin v. Fox* (4); *Low v. Gemley* (5); Fuzier-Herman, Art. 1341, no. 53; Duranton, t. 13, no. 308; Carrée & Chauveau, Procédure Civile, n. 976; Bonnier, édition Larnaude, no. 177; Bioche, Dictionnaire de Procédure vo. Enquête, no. 42; Thomine-Desmazures, t. I, no. 295; Delamarre (LePoitvin), Contrat de Commission, t. II, no. 292; Colmet de Santerre, t. 5, no. 325, bis 11.

We contend, therefore, that the judgments of both courts below are against the evidence, and in opposition to the declared law and the constant jurisprudence on the subject matter in dispute.

Lafleur K.C. and *Ferguson* for the respondent. There is no evidence to shew that, in any case, there was authority given to Bastien to receive or grant acquittances for capital sums invested. Most certainly he had no authority to withdraw investments before maturity of the loans. Plaintiff's evidence clearly shews that the greatest authority ever given to Bastien was to receive rents and instalments of interest falling due from time to time and, further, it appears that the rents and interest invariably reached the hands of the plaintiff up to the time of Bastien's death. Nothing occurred to create suspicion or give her warning of the fraud he had committed. Neither the mortgagor nor his representatives nor the notary Houlé, who is alleged to have made the payment, thought it necessary to advise the plaintiff that such a payment had been made. If any such payment was made to Bastien then he became the agent of the

(1) 8 A. & E. 314.

(2) 3 H. L. Cas. 1.

(3) 14 App. Cas. 194.

(4) Q. R. 15 S. C. 199.

(5) 18 Can. S. C. R. 655.

party who made the payment for the purpose of transmitting the funds to the plaintiff. Consequently, the party who so constituted him the agent to make such payment to the plaintiff must suffer the loss resulting from his fraud. The good faith of the plaintiff throughout is abundantly manifest. There is no question as to credibility involved in the appreciation of the evidence. The character of Bastien as a notary cannot, alone, give rise to any presumption as to a tacit mandate and there is no proof to substantiate any assent by the plaintiff. The payment was not made to Bastien as a mandatary with authority to receive it, but he was trusted by the notary Houlé to hand it to the plaintiff and obtain the necessary discharge from her, personally, in order the mortgage might be discharged and radiated by registration. *Henderson v. Boivin* (1); *Low v. Bain* (2); 7 Toullier, Obligations, no. 19; 12 Duranton no. 38; Pothier, Obligations, no. 510; Colmet de Senterre, vol. 5, no. 178 *bis* II; S.V. '92, 1, 325, note 5; S.V. 1902, 1,188; S.V. '31, 1, 281-282; Dalloz aine, vo. "Obligations" p. 751; Fuzier-Herman, art. 1139, no. 29; 17 Laurent, no. 526-531; Fuzier-Herman, art. 1239, nn. 23,27,33,34,48,52; *Webster v. Dufresne* (3); Am. & Eng. Encycl. of Law, vol. 1, p. 937 and p. 1026 and authorities there cited.

The capital was payable at the domicile of the plaintiff, not at the residence of Bastien where it is alleged to have been made. The mandate must be strictly interpreted; art. 1704 C.C.; 27 Laurent no. 438; and at the time of the alleged payment the capital was not yet due. Even if it might be inferred that there was some sort of general mandate, these peculiar

1904
GERVAIS
v.
McCARTHY.
—

(1) Q. R. 4 Q. B. 247.

(2) 31 L. C. Jur. 289.

(3) 31 L. C. Jur. 100.

1904
 GERVAIS
 v.
 McCARTHY.

circumstances would prevent any presumption of authority on the part of Bastien to receive the money for the plaintiff at a place where it was not payable according to the terms of the mortgage and before maturity. 27 Laurent no. 419; *Browne v. Watmore* (1) *Préfontaine v. Boisvert* (2); *Latour v. Desmar-teau* (3); Recueil de Gaz. de Trib. (1902) 1re. Semestre, partie 4, p. 110, vo. "Mandat", Gaz. 21 Dec. 1901.

The indorsed cheque can be of no avail as proof or commencement of proof against the plaintiff. It was the act of Bastien alone. Neither this indorsement nor the plaintiff's evidence can amount to a commencement of proof in writing sufficient to admit parol testimony under the provisions of the Civil Code, art. 1234. Neither can the forged discharge avail for that purpose; *Durocher v. Durocher* (4). The provisions of the Code excluding parol testimony except in the cases mentioned in the article referred to are regulations of public order and, even in the absence of objection, must be judicially noticed by the courts. See authorities cited in Fuzier-Herman under art. 1341, no 39 and 9 Toullier, no. 36; 41 Larombière, art. 1347 no. 1, art. 1341, nn. 1 and 2; 19 Laurent, nos. 397, 398; 30 Demolombe, nn. 213-217; Marcadé, art. 1348, no. 8; 8 Aubry & Rau, (4ed) sec. 761, p. 293; Pas. '80, 2, 94; Gaud Pasic. 1842, 2, 45; Bioche, vo. "Enquête" no. 43; Carré-Chauveau, Quest no. 976, p 499; Thomine Desmouzures, no. 295, p. 436; S.V. '93, 1, 285. A new trial cannot be granted on the ground of improper admission or rejection of evidence; art. 500 C.C.; *The Glannibanta* (5); *Dempster v. Lewis* (6). The courts

(1) Q. R. 3 Q. B. 18.

(2) 1 Q. L. R. 60.

(3) Q. R. 12 S. C. 11.

(4) 27 Can. S. C. R. 363.

(5) 1 P. D. 283.

(6) 33 Can. S. C. R. 292.

must reject illegal or inadmissible evidence, even if secondary, whether or not it is objected to. *Paige v. Ponton* (1); Phipson on Evidence, p. 10; *Jacker v. International Cable Co.* (2); *Miller v. Babu Madho Das* (3); *Power v. Griffin* (4) at page 42.

1904
GERVAIS
v.
McCARTHY.

LE JUGE EN CHEF.—La cour supérieure a décidé que Bastien était autorisé à recevoir le paiement en question pour la demanderesse, mais que, vû qu'il n'y a pas au dossier de preuve légale qu'il l'ait reçu, l'intervention devait être rejetée. C'était décider que Bastien était autorisé à recevoir un paiement qu'il n'a pas reçu; car s'il n'est pas prouvé légalement qu'il l'a reçu, c'est tout comme s'il n'y en avait aucune preuve quelconque.

Les considérants de la cour d'appel se lisent comme suit :

Considérant qu'il n'appert pas de la preuve faite que le nommé Bastien, notaire, auquel les appelants allèguent dans leur réponse à la requête en faux avoir payé le montant de la dite obligation ait jamais été autorisé par l'intimé à recevoir ce paiement pour elle et d'en donner quittance :

Considérant que la preuve faite à l'appui de cette allégation de paiement par les appelants au dit Bastien, est contraire à la loi, et à l'article 1233 du code civil, et qu'il n'appert pas que l'intimée en ne s'objectant pas à cette preuve ait renoncé à son droit de faire telle objection au cours du procès; confirme le dispositif * * *

La cour d'appel a donc décidé avec la cour supérieure;—1. qu'il n'y a pas de preuve légale du paiement à Bastien; et 2., contrairement à la cour supérieure, que Bastien n'était pas autorisé à recevoir le paiement qu'il n'a pas reçu ou dont il n'y a pas de preuve légale.

L'un ou l'autre de ces considérants était suffisant pour rejeter l'appel du jugement de la cour supérieure.

(1) 26 L. C. Jur. 155.

(2) 5 Times L. R. 13.

(3) L. R. 23 Ind. App. 106.

(4) 33 Can. S. C. R. 39.

1904
 GERVAIS
 v.
 MCCARTHY:
 The Chief
 Justice.

Et nous nous serions abstenus de décider inutilement que Bastien était ou n'était pas l'agent de la demanderesse, si nous avions pu admettre avec la cour d'appel qu'il n'y a pas au dossier de preuve légale du paiement que l'intervenant allègue lui avoir été fait comme agent de la demanderesse. Mais le devoir nous incombe de décider qu'il y a erreur dans le motif basé sur ce que la prohibition de la preuve testimoniale décrétée par l'article 1233 du code civil est d'ordre public. La question est controversée. Les autorités d'un côté et de l'autre sont nombreuses. On les trouve, compilées dans Sirey, Code Annoté, (ed. 1901), sous l'art. 1341. On peut y ajouter, *Thwaites v. Coullhurst* (1); *Guerin v. Fox* (2); *Schwersenski v. Vineberg* (3); Dall. 93, 1, 445; et la note de l'arrêtiste, S. V. 93, 1, 285, et la note de l'arrêtiste, S. V. 43, 1, 403; S. V. 79, 1, 213, et l'annotation.

Nous sommes aussi d'avis qu'une partie qui assiste à une enquête et n'objecte pas à une preuve illégale offerte par la partie adverse ne peut ensuite se prévaloir de l'illégalité de cette preuve. Si l'objection eut été prise lorsque la preuve a été offerte, il est possible qu'un commencement de preuve par écrit (4), une preuve écrite complète peut-être, eût pu être fait. Mais tendre un piège à son adversaire, éviter soigneusement de le mettre sur ses gardes, afin d'invoquer contre lui plus tard une telle illégalité quand il ne lui sera plus possible d'y remédier, ou afin de permettre à la cour de le faire d'office, comme a été fait par la cour supérieure dans l'instance, c'est ce qui ne pourrait être permis. Il serait oiseux de répéter ici les arguments en faveur du point de vue que nous décidons être la loi sur les deux branches de la

(1) 3 Q. L. R. 104.

(2) Q. R. 15 S. C. 199.

(3) 19 Can. S. C. R. 243.

(4) Art. 316 C. P. Q.

question. Il me suffit de référer aux commentateurs cités au Code-Sirey sous l'article précité.

Nous sommes donc d'avis que le paiement à Bastien est clairement et légalement prouvé.

En étant venus à cette conclusion, il nous faut adjuger sur l'autre motif du jugement de la cour d'appel, celui basé sur le défaut de pouvoir chez Bastien de recevoir ce paiement. Sur ce point, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas erreur dans ce jugement. Bastien a agi sans autorisation. Le dispositif en sera donc confirmé. Mon collègue Monsieur le Juge Girouard dira les raisons de la cour sur cette partie de la cause. Nous y concourons tous sans réserve.

L'appel est rejeté avec dépens.

GIROUARD J.—En commençant les quelques observations que je me propose de faire, il n'est pas sans à propos de reproduire ce que dit Laurent au tome 17e. n. 531 :

Le notaire a-t-il mandat tacite de recevoir le paiement au nom de son client ? En droit, la question n'est guère douteuse ; si elle a donné lieu à de nombreux procès, c'est par suite de l'imprudence des débiteurs. Ils s'imaginent que le notaire qui vend a aussi le droit de toucher le prix ; en réalité, le notaire ne fait que prêter son ministère pour la vente, c'est le vendeur qui seul a qualité de toucher le prix, ou le mandataire à qui il a donné pouvoir de recevoir pour lui (art. 1239). En fait, ces débats deviennent tous les jours plus fréquents : depuis que les notaires deviennent banquiers, spéculateurs, agioteurs, les faillites abondent ; et le débiteur qui a payé irrégulièrement entre les mains du notaire, obligé de payer une seconde fois à son vendeur, en est réduit à se présenter à la faillite comme créancier de celui qui a trompé sa confiance.

Les notaires de la province de Québec sont meilleurs que ceux dont parle Laurent, les notaires de France et de Belgique. Rarement ils faillissent au devoir et à la probité, dans les grandes villes quelquefois, à la campagne presque jamais. Leur ambition suprême, c'est de devenir non pas banquier, mais régistrateur

1904

GERVAIS

v.

McCARTHY.

The Chief
Justice.

1904
 GÉRVAIS
 v.
 MCCARTHY.
 Girouard J.

ou protonotaire. Cependant, lorsqu'il arrive des défail-
 lances et des défalcatons, ce sont toujours des désas-
 trés pour un grand nombre. Le public s'imagine que
 l'étude du notaire instrumentant est un bureau officiel
 des consignations. Il découvre son erreur, mais trop
 tard. Il est bon de rappeler d'abord ce que la loi
 entend par notaire. "Les notaires", dit l'article 3607
 des Statuts Révisés de Québec,

sont des officiers publics dont la principale fonction est de rédiger et
 recevoir des actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent
 faire donner le caractère d'authenticité.

C'est la définition du droit français, 19 Laurent, n. 102 ;
 Gilbert sur Sirey, art. 1317,

Fuzier-Herman et Baudry-Lacantinerie ont résumé
 la doctrine et la jurisprudence française sur le sujet ;
 on y trouvera une liste complète des autorités et il est
 remarquable qu'elles sont presque unanimes en faveur
 du créancier et contre le débiteur. Il n'est donc pas
 sans intérêt de noter ici ce qu'ils enseignent et là-dessus
 il me suffira de citer l'un de ces jurisconsultes, Baudry-
 Lacantinerie, Obl., (éd. 1902), nn. 1441, 1442 :

1441. Il n'est pas contestable, (dit-il) que les notaires n'out pas en
 cette seule qualité, pouvoir de toucher ce qui est dû à leurs clients.

Ainsi le notaire qui passe un acte de vente n'a pas par cela seul
 mandat de toucher le prix au nom du vendeur. Il en est ainsi même
 lorsque l'acte de vente porte que le prix sera payé en l'étude du
 notaire. Cette indication n'a pas d'autre but que de déterminer le
 lieu où le paiement doit être fait. Cela suffit d'ailleurs pour qu'elle
 ait sa raison d'être, car elle peut donner plus de facilités au débiteur
 pour payer ou au créancier pour recevoir.

Mais rien ne s'oppose à ce qu'on donne à un notaire, comme à toute
 autre personne, le mandat de toucher, soit exprès, soit tacite. Seule-
 ment, pour qu'un notaire soit considéré comme constitué mandataire
 à cet effet, il faut qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté des parties
 à cet égard.

Quelquefois, dans la pratique, le débiteur apporte les fonds au
 notaire qui se charge de les transmettre au créancier. En pareil cas,
 c'est le débiteur qui donne un mandat tacite au notaire. Il s'ensuit

que, si ce dernier tombe en déconfiture avant que les fonds soient aux mains du créancier, la perte est pour le débiteur.....

1442. Le mandat de vendre ne renferme pas celui de recevoir le paiement du prix, car on doit interpréter les mandats strictement.

En note, l'éminent commentateur ajoute :

Il en est de même lorsqu'un acte de vente ou d'adjudication devant notaire renferme, outre cette stipulation que le prix sera payé en l'étude de notaire, une élection de domicile faite par le vendeur dans cette étude pour l'exécution de l'acte. Civ. cass., 23 nov. 1830 ; S. V. 31, 1, 153, Dall. Rép. Alph. vo. Oblig. n. 1713 ; 10—Req., 10 déc. 1889 ; S. V. 90, 1, 244 ; Dall. 91, 1, 136,—V. aussi Req. 25 janv. 1893 ; S. V. 94, 1, 186, Dall. 91, 1, 153.—Jugé également que, lorsqu'il s'agit d'actes d'obligations, la stipulation que le paiement aura lieu dans l'étude du notaire ne suppose pas que celui-ci a reçu le mandat tacite de toucher. Douai, 29 nov. 1849, précité,—Bordeaux, 11 juill. 1859, S. V. 60, 2, 92 ; Dall. 60, 2, 23.—Lyon, 16 fév. 1860, S. V. 61, 2, 607 ; Dall. 60, 2, 78.—Trib. civ. Lyon, 19 juill. 1895, Monit., Lyon, 11, nov., 1895 (dans l'espèce il y avait eu élection de domicile dans l'étude). Trib. civ. Narbonne, 22 mars, 1898, Loi, 14 mai, 1898. Le fait qu'au moment où le paiement a eu lieu le notaire avait en ses mains la grosse du titre n'implique pas davantage le mandat de recevoir le paiement. Douai, 29 nov. 1849, précité.

La jurisprudence de la province de Québec n'offre pas de nombreux exemples de vols ou d'escroqueries pratiqués par des notaires sur leurs clients ; cependant dans les quelques causes qui y ont été décidées, les tribunaux semblent avoir appliqué les mêmes principes. *Low v. Bain*, en appel, 1886, (1) ; *Webster v. Dufresne*, (2) en appel, 1887, *Cloran v. McClanaghan* (3) C. S. 1885 ; *Lauriault v. Lapointe* (4) C. S. 1899 ; *Beauchamp*, Code Annoté, art. 1144.

Maintenant, quels sont les faits dans l'espèce qui nous occupent ? Bien entendu, le notaire n'était pas porteur d'une procuration notariée ou même écrite. Aucun écrit de la demanderesse ne constate la position de Bastien, si ce n'est qu'il était son notaire et avait

(1) 31 L. C. Jur. 289.

(3) M. L. R. 1 S. C. 331.

(2) 15 R. L. 210 ; 31 L. C. Jur. (4) 5 Rev. de Jur. 433.

1904
 GERVAIS
 v.
 MCCARTHY.
 Girouard J.

passé l'hypothèque en question et une prolongation du terme de paiement, toutes deux signées par la demanderesse. Avant de recourir à la preuve testimoniale, il fallut donc l'examiner, afin d'obtenir au moins un commencement de preuve par écrit. Elle fut soumise à un examen sévère et très long, non seulement dans cette instance mais d'autres causes; elle fut appelée à expliquer ses réponses données à différentes époques, entre d'autres parties et apparemment sur des contestations différentes. Elle fut examinée et ré-examinée, transquestionnée à plusieurs reprises par plusieurs avocats se relevant tour à tour, jusqu'à tel point que son avocat dût protester, mais sans succès, sur la réouverture de l'enquête, "*after being closed and resumed and closed again,*" pour me servir de ses expressions. Ses deux dépositions couvrent 78 pages du dossier imprimé. Il n'est pas surprenant que la pauvre femme, harcelée et torturée—le mot n'est pas exagéré, elle fut même interrogée sans raison sur sa vie privée—et d'ailleurs malade et souffrante, ait eu des moments de faiblesse, de mauvaise humeur, d'impatience et même d'indignation, ait répondu quelque fois avec hésitation ou après des arrêts prolongés, et donné des réponses vives, irréfléchies ou confuses sur des circonstances plus ou moins pertinentes et étrangères, ou même sur sa position légale avec son notaire. Ce résultat n'aide l'appelant en aucune façon à établir le commencement de preuve par écrit qui doit se trouver dans ses réponses écrites et non ailleurs, pas même dans le ton ou la manière de les donner, particulièrement lorsqu'il n'y a pas d'autre preuve à invoquer et qu'il n'y a pas mauvaise foi. Il ne s'agit pas en effet de la crédibilité du témoin comparé à un autre témoin que l'on oppose. Il n'y a pas d'autre témoin qui la contredise. Ses réponses se soutiennent; elles sont généralement catégoriques et

précises; pas une seule n'a été rejetée en vertu des articles 366 et 368 du Code de Procédure Civile; enfin, elle affirme cent fois que Bastien n'était que son notaire, sans autorisation pour recevoir ses capitaux. Cette preuve, qui est d'ailleurs indivisible aux termes de l'article 1243 du Code Civil, amendé en 1897 par 60 Vict. ch. 50, ne peut servir de commencement de preuve par écrit. Elle établit tout le contraire.

1904
GERVAIS
v.
MCCARTHY.
Girouard J.

Le juge de première instance constate dans le texte de son jugement

que la demanderesse a admis devant le tribunal que le dit notaire Bastien avait droit de retirer ses capitaux placés par son entremise, ainsi que les intérêts,

sans indiquer où se trouve cette admission. La minorité de la cour d'appel attache de l'importance à ce considérant de la cour supérieure, "qui a vu l'intimée et l'a entendue rendre son témoignage." Dans les circonstances ce fait n'a aucune importance, comme nous l'avons déjà observé. Aussi, la majorité de la cour d'appel est arrivée à une autre conclusion, et nous acceptons son jugement sur ce point :

Considérant qu'il n'apparaît pas de la preuve faite que le nommé Chs. Eug. Bastien, notaire, auquel les appelants allèguent dans leur réponse à la requête en faux, avoir payé le montant de la dite obligation, ait jamais été autorisé par l'intimée à recevoir ce paiement pour elle et d'en donner quittance.

L'appelant invoque des réponses comme les suivantes pour établir le paiement de la somme payée avec l'autorisation de l'intimée :

Q. He was authorised to get the money provided he reimbursed you?

A. Yes, like every notary.

Q. He was authorised to get all the money you had?

A. I gave him no authorisation at all, I lent him the money and I expected to get it back when I asked for it.

C'est une simple opinion légale qu'elle exprime sur la nature de ses relations avec son notaire. L'acte

1904

GERVAIS

v.

McCARTHY.

d'obligation démontre que l'argent fut prêté non pas au notaire, mais à Lavigne, l'auteur de l'appelant.

Et ailleurs :

Girouard J.

Q. Provided Bastien had been honest throughout his life, all the payments made to him for you would be good payments ?

A. Well, I suppose so, if he were honest.

Q. Provided Bastien would have given you back the money, it would have been a straight forward payment, and a good valid payment ?

A. Yes, I suppose so, as far as I understand the business.

C'est encore une opinion qu'elle exprime, et elle avait raison. La remise de l'argent à la demanderesse aurait en effet été un paiement effectif, non seulement en affaires, mais en droit, autorisé ou non, aux termes de l'article 1144 du Code Civil. Partout ailleurs, elle ne cesse de répéter que Bastien était simplement son notaire et qu'il n'a jamais eu pouvoir de sa part de retirer ses capitaux. Presqu'au moment même où elle donnait l'appréciation de sa position en affaires, "*as I understand the business,*" elle répondait fermement :

A. He was my notary, and did what a notary does under the circumstances, and no more or less.

Nous sommes d'avis que non seulement ses dépositions ne nous fournissent pas une preuve complète du paiement et du pouvoir du notaire de le recevoir, comme l'affirment les juges dissidents, mais qu'elles sont insuffisantes même pour établir un commencement de preuve par écrit. L'endossement du chèque par Bastien peut bien faire un commencement de preuve par écrit du paiement contre lui ou ses héritiers, mais non contre la demanderesse, qui nie son autorité de recevoir le capital de cette obligation ou de toute autre obligation et jusqu'au moment de sa mort ignorait le fait même du paiement. Si l'autorisation était établie, cet endossement servirait probablement de commencement de preuve par écrit du paiement contre elle.

La preuve au dossier a soulevé devant les tribunaux inférieurs quelques questions de procédure importantes en pratique qui sont discutées par mon savant collègue le juge en chef et au sujet desquelles je n'entends pas dire autre chose que je concours entièrement dans son opinion.

Mais supposons qu'il y ait commencement de preuve par écrit et du paiement de l'hypothèque et du pouvoir du notaire, cette preuve a-t-elle été complétée? La demanderesse le nie et il n'y a pas un seul témoin qui la contredise sur ce point. Tout ce qui est prouvé c'est que le notaire, comme il arrive souvent, sinon presque toujours dans de pareils cas, était chargé par la demanderesse de lui trouver des placements, de passer ses obligations en son nom, d'en recevoir les intérêts et même de recevoir par occasion les loyers apportés à son bureau pour elle; c'est dans ce sens qu'il était son homme d'affaires et non autrement. Ces pouvoirs n'impliquent pas celui de recevoir les capitaux et la demanderesse jure qu'elle n'a lui jamais donné ce pouvoir. Jamais il n'a reçu les capitaux prêtés, à sa connaissance du moins. Peut-on dire que c'est la preuve qu'exige Baudry-Lacantinerie, savoir, "qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté des parties à cet égard?" Mais il y a plus. Il y a preuve écrite, authentique et incontestable qui corrobore parfaitement les dires de la demanderesse sous serment.

D'abord, ce qui s'est passé lors du paiement fait par Gervais démontre clairement que le débiteur, Gervais, agissant par son notaire Houlé, considérait la demanderesse comme seule capable de recevoir et de donner quittance. C'est cette quittance qu'il exigea et ce n'est qu'après son enregistrement que l'argent fut déposé entre les mains de Bastien, qui se chargea pour lui de le remettre à la demanderesse. S'il fût agent dans cette affaire, ce fut de Gervais, qui, par l'entre-

1904
 GERVAIS
 v.
 MCCARTHY.
 Girouard J.

1904

GERVAIS
v.
McCARTHY.

mise de Houlé, l'a chargé de remettre les deniers à la demanderesse. Le notaire Houlé explique le paiement comme suit :

Girouard J.

Q. Pourquoi avez-vous remis ce chèque à M. Bastien ?

R. C'est parce que je ne pouvais pas voir Mme. McCarthy.

Q. Pourquoi ne pouviez-vous pas la voir ?

R. J'ai été au bureau de M. Bastien et M. Bastien m'a dit que Mme. McCarthy était malade et que je pouvais payer, qu'il était son chargé d'affaires.

Objecté à cette preuve comme illégale.

Objection maintenue.

Q. A qui avez-vous remis ce chèque ?—R.—A M. Bastien, le notaire.

Q. Pourquoi avez-vous remis ce chèque au notaire Bastien ?—R. Parce que j'étais sous l'impression, moi, qu'il était son chargé d'affaires.

Et plus loin il ajoute :

R. D'après M. Bastien, Mme. McCarthy était malade, j'ai cru qu'il serait plus facile de voir M. Bastien. Je ne connaissais pas M. Bastien comme un fauteur, moi :—Je le connaissais comme correct honnête homme.

Le notaire Houlé a été la victime d'une trop grande confiance dans l'honneur professionnel de son confrère et c'est son client qui doit souffrir la perte résultant de son imprudence et non la demanderesse. Il ne songea même pas à endosser le chèque *payable à l'ordre de la demanderesse* ou à la notifier du dépôt de ce paiement que le notaire s'appropriâ, tout en continuant de lui solder les intérêts jusqu'à près de sa mort survenue presque subitement une couple d'années plus tard.

Enfin, elle fut si particulière dans cette transaction qu'elle stipula dans l'acte d'obligation que la somme prêtée serait remboursable "en sa demeure", et non en l'étude du notaire.

N'oublions pas encore que le paiement fut fait avant l'expiration du délai, qui dans un cas comme celui-ci existe non seulement en faveur du débiteur, mais aussi en faveur du créancier, vu le taux d'intérêt, 6 par 100, taux qu'il n'était pas toujours facile d'obtenir. Cela

est si vrai que dans l'espèce, le remboursement fut fait en grande partie par un nouvel emprunt à 5½ pour cent au Crédit Foncier.

1904
 GERVAIS
 v.
 McCARTHY.
 ———
 Girouard J.
 ———

Bastien, eût-il un pouvoir général de recevoir les capitaux de la demanderesse, n'aurait pu sans autorisation spéciale recevoir ce paiement par anticipation. Il n'est que juste que le dommage, causé par un paiement, ni convenu, ni autorisé ou ratifié, tombe sur la partie en faute.

Pour ces raisons, je suis d'avis de renvoyer l'appel avec dépens.

DAVIES.—I am of the opinion, for the reasons given by Mr. Justice Girouard, that this appeal should be dismissed.

NESBITT J.—The main point argued was, as to the right of Bastien to bind the plaintiff, assuming the receipt by him of the money.

Articles 1727, 1730, 1731 C. C. seem to express the law as it has long been settled under English law, and in the United States. See Story on Agency, s. 443. But these must be read in this case with articles 1144, 1152, 1163 and 1703 C. C. the latter of which seems to concisely state the result of the cases under English law. The stipulation of time in a mortgage must, I think, from our knowledge of affairs, be said to be in favour of the creditor. Bonds, debentures and mortgages for long terms are always sought for by lenders as more valuable than those for short periods, and Parliament has interfered in favour of mortgagors by giving them the privilege of paying off after five years where a longer term is fixed by the mortgage. (R. S. C. ch. 127, sec. 7.)

In this case the time for payment of the principal had not expired, and I find the strongest expression

1904

GERVAIS

v.

McCARTHY.

Nesbitt J.

used by the plaintiff as to the right to receive moneys, in her evidence.

Q. I am speaking of the old loans made through Bastien. Supposing I paid the interest to Bastien was it a good payment ?

A. How was it a good payment ?

Q. Bastien was authorised to receive your interest ?

A. *I suppose so. He was a notary.*

Q. Suppose I borrowed five thousand dollars from you, and the deed had been passed by Bastien, and supposing I wanted to pay my interest, I would be properly advised to go to Bastien and get a receipt from Bastien ? It was good ?

A. Well, we all supposed he was good at the time.

Q. Provided Bastien had been honest throughout his life, all the payments made to him for you would be good payments ?

A. Well, I suppose so, if he were honest.

Q. Provided Bastien would have given you back the money it would have been a straightforward payment, and a good solid payment ?

A. Yes, I suppose so, as far as I understand business.

Q. Because it was understood he was to draw those moneys !

A. And pay it immediately to me.

Q. *He was authorized to draw those moneys provided he paid them to you ?*

A. Yes.

Q. Provided he reimbursed you right away, or as soon as possible, he was authorised to do that, and draw the money for you ?

A. *Well, he was authorised to get the money for me and pay me.*

Q. He was authorised to get the money provided he reimbursed it to you at once ?

A. *Yes, I suppose so.*

which seems to me to fall within the very language of an old case of *Sir John Wolstenholm v. Davies* (1), bearing in mind the duties of a scrivener as they are explained, in 1850, in *Wilkenson v. Candlish* (2), from which it would appear Bastien in no sense occupied the position of a scrivener as spoken of in that case, but rather that of solicitors. in the later cases, being a person in the possession of the mortgage and accustomed to collect the interest.

(1) *Freemn* 289 ; 2 *Eq. Cas. Abr.* (2) 5 *Ex.* 91 at p. 97.
709.

The mortgage here was not due ; it affected land, and for its effectual discharge not only is payment of money an essential, but a discharge of the mortgage should be obtained for the purposes of registration. This the notary sought to do, and obtained a forged discharge. It is an unfortunate case, but the loss has been solely caused by the notary's misplaced trust in a brother notary by handing him cash and a cheque indorsed in blank, and trusting to the forged discharge. I find no evidence which under the decided English cases is sufficient to establish express authority to receive capital, and for the reasons I have indicated the language of article 1730 C.C. appears to require certainly as full authority in such a case. The leaving of the mortgage with the notary seems to be of even less importance in the Province of Quebec than leaving it with a solicitor in Ontario or England.

The admissions of the plaintiff cannot, I think, be divided under article 1243 C.C., and she most strenuously denied any authority whatever in Bastien to collect the principal before maturity except upon the condition that he handed it to her. She would be bound in similar case by any one else who might have carried the money to her.

I refer, in addition to the articles of the Code mentioned above, which seem to be drawn from the rules laid down in Story, to the following cases: *Gillen v. Roman Catholic Episcopal Corp. of Kingston* (1); *McMullen v. Polley* (2); *In re Tracy* (3); *Greenwood v. Commercial Bank of Canada* (4); *Withington v. Tate* (5); *Gordon v. James* (6); *Palmer v. Winstanley* (7).

(1) 7 O. R. 146.

(2) 12 O. R. 702.

(3) 21 Ont. App. R. 454.

(4) 14 Gr. 40.

(5) 4 Ch. App. 288.

(6) 30 Ch. D. 249.

(7) 23 U. C. C. P. 586.

1904
 GÉRAVAIS
 v.
 McCARTHY.
 Nesbitt J.

1904
GERVAIS
v.
McCARTHY.
Killam J.

KILLAM J.—I agree, upon the grounds stated by my brother Girouard, that the notary had neither actual authority to receive the mortgage money nor ostensible authority under art. 1730 of the Civil Code.

I express no opinion respecting the sufficiency of the evidence of payment to the notary.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants; *Rainville, Archambault,
Gervais & Rainville.*

Solicitor for the respondent; *J. M. Ferguson.*
