

1918
 *Nov. 21, 22.
 *Dec. 9.

JOSEPH PESANT DIT SANSCAR- } APPELLANT;
 TIER (PLAINTIFF) }

AND

CHARLES ROBIN ALIAS LAPOINTE } RESPONDENT.
 (DEFENDANT) }

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

*Husband and Wife—Donation to the wife—Acceptance—Absence of
 marital authorisation—Wife acting as mandatary—Evidence—
 Community not a juridical person—Authentic deed—Arts. 177, 183,
 763, 1272 C.C.—Art. 933 C.N.*

The appellant, by deed of cession, gave "pour bonnes et valables con-
 siderations" a sum of money to his daughter, the respondent's
 wife, common as to property, and she accepted without the author-
 isation of her husband. Some years later, the appellant took an
 action to set aside the deed as null and void.

Held that the deed of transfer was really one of gratuitous donation.

Held, also, Davies C.J. and Brodeur J. dissenting, that the dona-
 tion, being made to the wife herself and accepted by her alone,
 without marital authorization never had any legal existence and
 the sum given did not fall into the community. The donation
 could not be treated as made to the community, which is not a
 juridical person apart from the persons of the two spouses, and
 the wife therefore could not be deemed to have acted as
 mandatary of her husband, head of the community.

Per Anglin J.—The requirement of the law, in the Province of Quebec,
 that an instrument should be in authentic form does not import
 that the authority of an agent to execute it must be evidenced in
 the same manner.

Per Davies C.J., Anglin and Brodeur JJ.—The proof of a mandate,
 made by parol testimony at the trial without objection, cannot
 subsequently be set aside in a court of appeal. *Schwarsenski*
v. Vineberg, (19 Can. S.C.R. 243; *Gervais v. McCarthy* 35 Can.
 S.C.R. 14), *followed*.

Per Davies C.J. and Brodeur J. (dissenting)—A donation made to a
 wife common as to property can be accepted by her alone as
 mandatary of her husband, head of the community.

Judgment of the Court of King's Bench (Q.R. 27 K.B. 88); reversed,
 Davies C.J. and Brodeur J. dissenting.

*PRESENT:—Sir Louis Davies C.J. and Idington, Anglin, Brodeur,
 and Mignault JJ.

1918
PESANT
v.
ROBIN.
—

APPEAL from the judgment of the Court of King's Bench, appeal side, Province of Quebec (1), reversing the judgment of the Superior Court, District of Montreal (2), and dismissing the plaintiff's action.

The appellant sold his lands to one Caron for \$90,000, of which \$21,000 was paid in cash, \$11,000 was payable to the *Crédit Foncier Franco-Canadien*, and the balance was payable to himself. Later on, by a deed of transfer, "pour bonnes et valables considérations," he allotted to his daughter, the respondent's wife, a sum of \$5,000.11 out of the balance of the price of sale. In the deed, the wife was erroneously described as separate as to property. The wife accepted alone, the husband not appearing in the deed to authorise her. She died a few years later, after having made her will by which she instituted the respondent her universal legatee. Two years after, the respondent signed a notarial deed of acceptance of the transfer which had been made to his wife and had that deed registered in the lands which were mortgaged for the payment of the sum so transferred. The appellant, later on, took the present action to have declared null the gift made to her daughter and claimed the radiation of the registration of the deed of acceptance by the respondent. The Superior Court maintained the action; but, on appeal, it was held that a gift made to a wife common as to property falls into the community and that the acceptance by the wife alone was legal, as made on behalf of her husband and as his mandatary acting under special mandate proved by parol evidence of the husband given at the trial without objection.

(1) Q.R. 27 K.B. 88.

(2) 23 R. de J. 211.

1918
 PESANT
 v.
 ROBIN.

Paul St. Germain K.C. for the appellant.
Thibaudeau Rinfret K.C. and *R. Genest* for the
 respondent.

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—I concur with Brodeur J.

IDINGTON J.—I concur with Mignault J.

ANGLIN J.—The facts of this case sufficiently appear in the opinions delivered in the provincial courts (1). I am not disposed to differ from the view taken by the learned trial judge and the judges of the Court of King's Bench that, looking at the substance of the transaction in question, the donation by the appellant to his daughter should be deemed gratuitous.

Notwithstanding that, as a result of their marriage contract not providing otherwise (art. 1271 C.C.), legal community of property existed between the defendant and his wife, in the deed of cession, which the wife's father seeks in this action to have declared void, his daughter is described as "séparée de biens." The plaintiff, however, does not claim that the deed should be set aside on the ground of error (arts. 991 and 992 C.C.). Indeed, he does not even allege mistake. Neither does he aver that he intended to make the money donated to his daughter her separate property (*propre*), as he might have done by a distinct stipulation (art. 1272 (1) C.C.). Nor does he pretend that he made the donation under the belief that she would enjoy the money as her separate property. He was a party to his daughter's marriage contract, which bears date the 14th November, 1907, and contains a provision that a certain donation of money thereby

(1) Q.R. 27 K.B. 88; 23 R. de J. 211.

made by him to her should be *propre* to her. All he says in his evidence on this aspect of the case is that he does not know whether his daughter was or was not married under the system of community of property—he does not recollect her marriage contract, *i.e.*, at the time of his examination in October, 1916. He does not pretend that he had forgotten it when he made the deed of cession in December, 1911. Under these circumstances the plaintiff should, in my opinion, be taken to have known when he executed that deed that community of property existed between his daughter and the plaintiff and, since, under that regime, in the absence of a contrary provision, any movable property acquired by either of the spouses during coverture falls into the community (art. 1272 C.C.), he must be taken to have intended in giving \$5,000 to his daughter to augment the community property. From the fact that if the wife were separate as to property the donation of this money to her would admittedly be void (art. 183 C.C.) for lack of marital authorisation to accept it, which must be in writing or evidenced by the husband's execution of the deed (arts. 177 and 763 C.C.)—there is no question here of judicial authorisation—there arises a presumption that it was not intended to go to her in this character—*ut res magis valeat*. Speaking generally, every one is presumed to know the law; I made an effort to review the authorities on this latter presumption in *Montreal Investment Company v. Sarault* (1), and refer to my judgment in that case—of course, merely for convenience—and no one should be presumed to intend his deed to be a nullity. It must, therefore, I think, be assumed that the plaintiff knew and intended that the \$5,000 in question should fall into the community. If these

1918
 PESANT
 v.
 ROBIN.
 Anglin J.

(1) 57 Can. S.C.R. 464.

1918
 PESANT
 v.
 ROBIN.
 Anglin J.

presumptions be rebuttable, there is no evidence of any contrary intention in the record to rebut them.

The invalidity under art. 183 C.C. is absolute and may be taken advantage of by any person interested, whereas under the corresponding article of the Code Napoleon (No. 225) it is relative and can be set up only by the wife, the husband or their heirs. D.P. 97, 1, 449 and note.

On this state of facts there arises an interesting question, viz., whether a gift of movable property made to a married woman subject to the regime of community can be validly accepted by her husband alone acting either personally or by an agent (who may be his wife, art. 1708 C.C.), or whether the acceptance must be by the married woman, either in person, or by agent, on her own behalf.

The theory put forward by the respondent, which has found favour in the Court of King's Bench, is that the acceptance by Emma Robin (Pesant) was on behalf of her husband and as his mandatary acting under special mandate proved by parol testimony of the husband given at the trial without objection. He also relies on a general mandate arising from the existence of the community and the wife's proven habit of controlling the *menage*. Inasmuch as the acceptance of property cannot be regarded as a matter of administration (art. 177 C.C. so indicates) a general mandate, express or implied, would seem insufficient (art. 1703 C.C.). I incline to think that the finding that a special mandate was proved should not be disturbed. The efficacy of parol evidence on such a question received without objection is not open to question in this court. *Schwersenski v. Vineberg* (1); *Gervais v. McCarthy* (2).

(1) 19 Can. S.C.R. 243.

(2) 35 Can. S.C.R. 14.

I am also inclined to agree with the respondent in upholding the view of the Court of King's Bench that, although the acceptance itself must be in authentic form (art. 776 C.C.), when it is executed by procuration the mandate therefor need not be so. Art. 933 C.N. is not reproduced in the Civil Code of Quebec. Under English law an agent who executes an instrument required to be under seal must be appointed by deed; *Steiglitz v. Egginton* (1); *Berkeley v. Hardy* (2); although the authority of an agent who signs a writing exacted by the Statute of Frauds may be oral. *Clinan v. Cooke* (3). Compare *Carruthers v. Schmidt* (4). The contention of the appellant as to the necessity for appointment by notarial instrument of a mandatary who is to execute a document required to be in notarial form assimilates the latter to the English deed under seal. But the Court of King's Bench, upwards of twenty years ago, decided that the appointment of an agent to execute a conventional hypothec, required by art. 2040 C.C. to be in notarial form, need not be made by notarial instrument. *La Société de Prêts, etc. v. Lachance* (5). An appeal to this court was quashed for lack of jurisdiction (6). The principle of this decision of the Court of King's Bench is directly in point. It determines that a requirement of the law that an instrument should be in authentic form does not import that the authority of an agent to execute it must be evidenced in the same manner. As Lacoste C.J. points out, the French authors are divided in their opinions on this question and the French courts have now definitely adopted a contrary view. See too

1918
PESANT
 v.
ROBIN.
Anglin J.

(1) Holt (N.P.) 141.

(2) 5 B. & C. 355.

(3) 1 Sch. and Lef. 22.

(4) 54 Can. S.C.R. 131; 32

D.L.R. 616.

(5) Q.R. 5 Q.B. 11.

(6) 26 Can. S.C.R. 200.

1918
PESANT
 v.
ROBIN.
Anglin J.

Langelier, Cours de Droit Civil, vol. VI., p. 277. But the late Chief Justice of the King's Bench tells us that in Quebec the authentic form of mandate has never been required. This decision of the highest court in the province has stood unquestioned for twenty-two years. Many authentic acts have doubtless been executed on the faith of it by procuration not so evidenced. Confusion would be introduced and many titles possibly upset were we now to overrule it. In my opinion we should not do so. *Dunlop & Sons v. Balfour Williamson & Co.* (1).

Inasmuch as the acceptance by the wife, if regarded as given on her own behalf, would be inefficacious for lack of marital authority in writing (arts. 177 and 183 C.C.), if her acceptance as mandatary of her husband would render the gift valid I would incline on the evidence in the record to give it that construction. Upon the testimony given by him it is not open to the respondent to contend for any other. We are thus squarely confronted with the question whether acceptance by the husband alone suffices to maintain the gift.

A passage in Laurent (vol. XII., No. 244, which he bases on Pothier, Coutume d'Orleans, Introd. au titre XV., No. 35) would seem to indicate that it would. See, too, Furgole, Question IV., "Donations," t. VI., p. 27. But in my opinion this view cannot be supported:

Mais cette doctrine qui pouvait se justifier sous le régime de l'ordonnance, qui admettait l'acceptation de la donation en vertu d'un pouvoir général (Furgole sur l art. 5 de l'ordon. de 1731; Ronssilhe, Jurisp. de Donations No. 284) serait inadmissible aujourd'hui * * * Dans tous les cas le mari seul ne peut pas accepter pour sa femme * * *. Le mari en effet n'est pas donataire et n'a point, par conséquent, qualité pour accepter. Pan. Fr. "Donations." No. 3838.

(1) [1892] 1 Q.B. 507, at p. 518.

Compare arts. 177 and 763 of the Quebec Civil Code with arts. 217 and 934 of the Code Napoleon.

To permit the husband alone to accept a donation made to his wife would involve the mistaken idea that the law prescribes marital authorisation solely for his benefit and protection, and consequently that he alone can set up its absence (art. 183 C.C. in terms precludes this view); that he might give the required authorisation subsequently (which is contrary to the spirit, if not to the letter of art. 177: Langelier, Cours de Droit Civil, vol. 1, p. 316); and that *he may-compel an acceptance by the wife which the Code merely empowers him to authorise*—Merlin Rep. vbo. "Authorisation Maritale," sec. 6, par. 3, No. 2; De Lorimier, Bibl. du Code Civil, vol. 2, pp. 182-3.

Le mari ne peut accepter la donation seul, sous quelque régime que les époux soient mariés * * * soit même qu'il s'agisse d'une donation mobilière," 18 Fuzier-Herman, vbo. "Donation Entre Vifs," 362-365; 20 Demolombe 159; Beltjens, Code Civil Belge, art. 934, No. 3; 3 Troplong "Des Donations entre Vifs," No. 1122; 2 Arntz, Droit Civil No. 1862.

It may be urged that Demolombe, Troplong and Arntz rest their opinions, that the view of Pothier and Furgole, based on the *Coutume d'Orleans* and the *Ordonnance* of 1731, that a husband living in community, by virtue of his general marital authority, may, without his wife's concurrence, accept for her a donation made to her, cannot prevail under the Code Napoleon, on the presence in that Code of art. 933, which, as already stated, is without counterpart in the Quebec Civil Code. The argument deduced by these writers from art. 933, however, is that its requirements shew that the general mandate of the husband arising from his marital control under the community system cannot be invoked to uphold the acceptance by him of a donation made to his wife; a special mandate is necessary. But since,

1918
PESANT
v.
ROBIN.
Anglin J.

1918
PESANT
v.
ROBIN.
 Anglin J.

as has already been indicated, acceptance of property is not an act of administration and the Quebec Civil Code expressly provides that the authority conferred by a general mandate is restricted to acts of administration (art. 1703 C.C.), the absence from the Quebec Code of an article couched in terms similar to those of art. 933 C.N. does not seem to me to detract materially from the weight that should be given in Quebec to the opinions of the writers I have cited as to the necessity for acceptance by the wife or her specially authorised mandatary.

The Court of King's Bench appears to have proceeded on the assumption that the husband, in accepting, would do so as head of the community. This necessarily implies that the community exists as a juridical person apart from the persons of the two spouses. That, I think with deference, is a fundamental error. Laurent himself, with what seems to me unaccountable inconsistency, recognises that the community (the only régime to which he would extend the doctrine enunciated in No. 244 of his XII. volume, Supp. 1902, vol. 4, No. 123) is neither a civil nor a moral juridical person. Vol. XXI., Nos. 189, 210, 250. He concludes the latter number in these words:—

La loi considère donc la communauté, non comme une personne, mais comme une masse de biens, un fonds social.

Huc, in his IX. volume, at p. 85, says:—

Cette société, en l'absence d'un texte formel, ne constitue pas une personne juridique distincte de la personne des conjoints. Si la loi emploie l'expression en apparence abstraite, de communauté, c'est simplement pour désigner les époux eux-mêmes, considérés comme associés, par opposition aux époux envisagés individuellement.

Baudry-Lacantinerie, "Mariage," vol. 1, Nos. 249-250, writes to the same effect. The authorities are collected by this author in Note 1, p. 259, 3 ed. He concludes (No. 250) in these words:—

En somme, la véritable notion de la communauté nous paraît être qu'elle constitue une copropriété entre époux, soumise à des règles particulières.

See, too, III Dalloz Codes Ann. 1905, Art. 1339, Nos. 4 and 5. One cannot act as agent for or representative of a non-existent person. If, therefore, the husband has authority to accept a gift to his wife it must be not as head of and on behalf of the community which has no existence as a person, and therefore cannot have an agent or representative, but as the mandatary of his wife and on her behalf. Citing Colmet de Santerre, vol. VI., No. 65, Huc, in his 9th volume (No. 157), says:—

Ce qui est vrai, c'est que le régime en communauté est combiné de telle manière que le mari chargé par la femme de faire prospérer les affaires communes, est censé, dans ce but, recevoir de celle-ci des pouvoirs presque illimités.

But, since acceptance is not an act of administration, the general mandate would not cover it; a special mandate would be necessary. Art. 1703 C.C. Compare art. 181 C.C.

It is not pretended, however, that there was in fact any such acceptance by the wife through the agency of her husband or that she was deputed to act as sub-mandatary of her husband and as such to accept for herself—if, indeed, such a situation as that of a donee *ex facie* accepting in her own name and on her own behalf, but in reality as sub-mandatary of her own agent, would be possible or conceivable, or if the requirement by art. 177 of an authorisation in writing could be thus circumvented.

But what are the limits of the husband's rights as agent of his wife in respect to the community property? They are impliedly defined by art. 1292 C.C. They are rights of administration, alienation (onerous), hypothecation and donation *inter vivos*. These rights

1918
PESANT
v.
ROBIN.
Anglin J.

1918
PESANT
 v.
ROBIN.
Anglin J.

all appertain to property already in the community. They do not extend to the acquisition of property by the wife which, when acquired, will fall into the community by operation of law. Acceptance is not administration (art. 177 C.C.). Since without acceptance a donation is not complete (arts. 755 and 776 C.C.), until there has been a valid acceptance of it the property which is its subject cannot be vested in the wife. Upon being so vested *eo instanti* it, no doubt, falls into the community. But until so vested it cannot be subject to community control. The fallacy therefore—if I may say so with respect—underlying the judgment of the Court of King's Bench is double. It consists (1) in ascribing to the husband the power as head of the community to contract with regard to property not yet in the community, and (2), in assuming the existence of the community as a distinct juridical person for which the husband may act as mandatary.

I am, for these reasons, of the opinion that the donation required acceptance by the wife on her own behalf in the form prescribed by art. 776 given with the authorisation of her husband evidenced either by his execution of the deed itself, or otherwise in writing (art. 177 C.C.), and that for lack of such authorisation the intended gift fails under art. 183 C.C.

I would, therefore, allow the appeal with costs in this court and in the Court of King's Bench, and would restore the judgment of the learned trial judge.

BRODEUR J. (dissenting).—Il s'agit dans cette cause de la validité d'une donation mobilière faite par l'appelant le 4 décembre 1911 à sa fille mariée sous le régime de la communauté.

Le père, qui est le demandeur-appelant, prétend que la donation est nulle parce que sa fille n'était pas

autorisée par son mari à accepter la donation. Le mari, qui est le défendeur-intimé, allègue, au contraire, que la donation est valable, et que sa femme, en acceptant la donation, a agi comme son mandataire.

L'acte de donation, en décrivant Emma Pesant, l'épouse du défendeur-intimé, comme une femme séparée de biens, était incorrect; car elle s'était mariée sous le régime de la communauté de biens; et, dans son contrat de mariage, qui avait été fait le 14 novembre 1907, son père, le demandeur-appelant, avait comparu à l'acte; et il savait, lui aussi, qu'elle était commune en biens, vu qu'il lui avait fait une donation mobilière qu'il avait déclarée être un propre de communauté.

Emma Pesant est décédée le 23 juillet 1913, laissant un testament par lequel elle instituait son mari son légataire universel. Des difficultés survinrent alors entre l'appelant et l'intimé au sujet de la propriété de certains tributs mortuaires qui avaient été faits à la mort de Dame Emma Pesant; et, le 4 décembre 1913, l'appelant donnait avis aux débiteurs de la somme donnée que cette donation était nulle.

Le 2 juin 1915, l'intimé, Robin, vu l'attitude de l'appelant, lui a fait signifier une déclaration disant que sa femme avait accepté la donation avec le consentement, l'autorisation, le mandat et suivant les instructions de son mari, le chef de la communauté; que cela était bien connu du père; que, de plus, en autant qu'il était nécessaire, il confirmait et ratifiait les actes de son épouse.

Joseph Pesant, le père, institue maintenant la présente action pour faire déclarer nulle cette donation, en alléguant qu'elle est illégale, vu que la femme n'avait pas été autorisée par son mari à l'accepter; et il demande également à faire mettre de côté la déclaration faite par le mari dans son protêt du 2 juin 1915.

1918
PESANT
v.
ROBIN.
Broudeur J.

1918
PESANT
 v.
ROBIN.
 Brodeur J.

Le défendeur plaide, en substance, que l'acceptation faite par sa femme était valide et invoque comme moyens de défense ceux indiqués dans son acte de confirmation et d'acceptation.

L'intimé a aussi prétendu que l'acte en question était un acte à titre onéreux; mais la Cour Supérieure a décidé que cet acte constituait une donation; et sur ce point la Cour d'Appel est du même avis; je crois que sur cette question ces jugements sont bien fondés.

Sur la validité de la donation, la Cour Supérieure (1), a décidé que la donation, n'ayant pas été acceptée par la femme autorisée de son mari, était nulle. La Cour d'Appel (2), au contraire, en est venue à la conclusion que la femme a agi au contrat comme mandataire de son mari et que l'acceptation ainsi faite rendait la donation valable.

Par l'article 177 du code civil une femme ne peut accepter une donation sans le concours du mari dans l'acte ou sans son consentement par écrit.

Cette disposition de la loi s'applique aussi bien à la femme commune en biens qu'à celle qui s'est mariée sous le régime de la séparation de biens. La question qui se pose dans cette cause-ci est de savoir si une donation faite à la femme commune en biens peut être acceptée par le mari seul, ou bien acceptée par la femme comme mandataire du mari.

La question que je viens de poser demande à être résolue dans la présente cause parce que la donation est apparemment nulle, vu qu'elle est faite nommément à la femme, qu'elle a été acceptée par cette dernière et que le mari n'a pas comparu à l'acte et ne paraît pas avoir donné son consentement par écrit: et alors si nous prenons l'acte de donation lui-même il

(1) 23 R. de J. 211.

(2) Q.R. 27 K.B. 88.

paraîtrait à première vue nul, parce que l'acceptation n'a pas été faite par la femme autorisée de son mari.

Mais le mari dit: Nous étions en communauté de biens, ma femme et moi. Je lui ai donné mandat d'accepter la donation pour moi, chef de la communauté; et alors l'acceptation que ma femme a faite comme ma mandataire a rendu la donation valable.

L'autorisation exigée par l'article 177 doit être faite par écrit.

Le mandat, au contraire, peut exister sans qu'il y ait d'écrit. La preuve du mandat peut être parfois difficile à faire. Cependant s'il y a un commencement de preuve par écrit de la part de la partie adverse, ou s'il y a un aveu de sa part, ou encore, si la preuve testimoniale en a été faite sans aucune objection, le mandat doit être tenu pour avoir été légalement prouvé.

Dans la cause actuelle, le mandat que le mari alléguait avoir donné à sa femme n'a pas été prouvé par écrit. Mais le mari en a fait la preuve testimoniale, à laquelle aucune objection n'a été faite, et à raison des décisions qui ont été rendues par cette cour dans les causes de *Schwarsenski v. Vineberg* (1), et de *Gervais v. McCarthy* (2), le mandat est donc prouvé.

Nous avons donc dans la présente cause la preuve du mandat.

Reste cependant à décider une question bien importante, celle de savoir si la donation, ayant été faite à la femme, le mari, comme chef de la communauté, pouvait accepter pour sa femme.

Pothier, dans son introduction au titre des donations, no. 35, dit:—

(1) 19 Can. S.C.R. 243.

(2) 35 Can. S.C.R. 14.

1918
 PESANT
 v.
 ROBIN.
 Brodeur J.

Le mari ayant le bail, gouvernement et administration des biens et de la personne de sa femme, il s'ensuit qu'il peut pour sa femme accepter une donation faite à sa femme.

Cette opinion de Pothier était, dans l'ancien droit, également entretenue par Furgole, "Donations," seconde édition, p. 29. Furgole, dans son commentaire sur l'ordonnance de 1731, nous dit qu'il y avait dans la jurisprudence divergence d'opinions sur la question de savoir si le mari pouvait accepter une donation faite à la femme. Les parlements de Toulouse et de Dijon optaient pour la négative: le parlement de Bordeaux était d'opinion que de telles acceptations étaient valables.

Furgole considère que la jurisprudence du parlement de Bordeaux paraissait très équitable et conforme aux maximes du droit romain, et il ajoutait:—

A tout cela il faut joindre cette règle, que suivant la Loi Maritus 21, Cod. de Procurator, le mari est procureur naturel et légal de sa femme, sans qu'il ait besoin d'aucun mandat; de là on peut inférer que l'acceptation faite par le mari, de la donation faite à sa femme absente, est suffisante pour rendre la donation parfaite, même pour les biens paraphernaux; car s'il s'agissait des biens dotaux, il n'y aurait aucun doute à cause de l'intérêt personnel du mari; il ne nous semble pas non plus qu'il y en ait lorsque la femme est en la puissance de son mari, parce que cette puissance ne doit pas avoir moins d'effet que celle du tuteur ou du curateur.

Et il ajoute:—

Cela paraît encore mieux fondé et plus raisonnable dans les pays où la communauté des biens est en usage, parce que le mari devant profiter de la moitié de la libéralité, comme étant un acquet qui entre dans la communauté, en acceptant la donation pour sa femme, il est censé le faire comme associé, non-seulement pour la portion qui doit lui revenir, mais encore pour le tout, parce que la qualité d'associé lui donne le droit de stipuler et d'accepter tous les contrats favorables à la société; car c'est une maxime établie par les lois et les auteurs, que chaque associé a un mandat tacite par la nature du contrat, et par la volonté des autres associés, pour faire l'avantage de la société: ce qui est encore plus indubitable dans la société conjugale, dont le mari est le maître.

Laurent, vol. 3, p. 145, est également de l'avis de

Pothier et de Furgole. Après avoir déclaré qu'il ne faut pas confondre l'autorisation avec le mandat, il ajoute:—

Il importe donc beaucoup de distinguer quand il y a autorisation et quand il y a mandat. Ce ne sont pas les termes qui décident la question. Il est possible que le mari se soit servi du mot *autorisation* alors qu'il donne un véritable *mandat* à sa femme. Il faut voir si l'acte juridique concerne les droits de la femme ou les droits du mari. Dans le premier cas, la femme doit être autorisée; dans le second, elle ne peut agir qu'en vertu d'un mandat. La question de savoir s'il s'agit des droits de la femme ou des droits du mari dépend des conventions matrimoniales. Supposons que les époux soient mariés sous le régime de la communauté légale. Il va sans dire que si le mari donne pouvoir à la femme d'agir pour ses biens propres ou pour les biens de la communauté, il y a mandat et non autorisation. De là suit que si le pouvoir concerne l'administration des biens de la femme, il y a encore mandat; car sous le régime de la communauté, c'est le mari qui administre les biens de la femme.

Laurent est encore plus explicite dans son douzième volume, *Traité des Donations*, no. 244, p. 309, où, discutant la question de savoir si le mari peut accepter au nom de sa femme, il dit:—

En principe, il est certain que le mari n'a aucune qualité pour acquérir au nom de sa femme, ni pour l'obliger. Mais les conventions matrimoniales ne peuvent-elles pas lui donner ce pouvoir? Pothier suppose que les époux se sont mariés sous le régime de la communauté; sous ce régime, les donations mobilières, de même que les successions mobilières, tombent dans l'actif de la communauté; le mari, comme chef de la société, est cessionnaire des droits de la femme; l'on admet qu'en cette qualité il peut accepter les successions mobilières échues à la femme, bien qu'il ne soit pas héritier; par la même raison, il faut lui reconnaître le pouvoir d'accepter les donations mobilières, bien qu'il ne soit pas donataire.

Je reconnais qu'il y a divergence d'opinions parmi les auteurs qui ont écrit sur le Code Napoléon. Ainsi, par exemple: Demolombe, vol. 20, no. 159; Troplong, vol. 3, des Donations entre vifs, no. 1122; Fuzier-Herman, vol. 18, vbo. Donations entre vifs, pp. 362 & 363; Beltjens, Code Civil Belge, art. 934, no. 3; Arntz, vol. 2, Droit Civil, no. 1862; Pandectes françaises, vbo. Donations, no. 3838, sont d'opinion que le mari ne

1918

PESANT

v.

ROBIN.

Brodteur J.

1918

PESANT

v.

ROBIN.

Brodéur J.

peut accepter pour sa femme une donation mobilière qui est faite à cette dernière.

Il est bon de remarquer cependant à ce sujet que le dernier ouvrage que nous ayons sur ce sujet est celui de Dalloz: Répertoire pratique, où il est dit, au no. 189, vbo. Donations entre vifs, après avoir déclaré que le mari seul ne peut accepter pour sa femme:—

Toutefois si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale, le mari aurait qualité pour accepter sans le concours de la femme des donations mobilières faites à celle-ci.

Je vois que Demolombe et quelques-uns des auteurs qui n'acceptent pas l'opinion de Pothier se basent sur l'article 933 du Code Napoléon pour déclarer que le mari ne peut pas accepter une donation faite à sa femme. Cet article 933 déclare que si le donataire est majeur l'acceptation doit être faite par lui, ou, en son nom, par la personne fondée de sa procuration portant pouvoir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites. Ces auteurs trouvent dans cette disposition de la loi relative au pouvoir d'accepter les donations une disposition contraire à l'Ordonnance des Donations de 1731 et au vieux droit français: et alors ils en arrivent à la conclusion qu'à raison de cette différence entre le Code Napoléon et l'ancien droit, le droit du mari d'accepter une donation faite à sa femme n'existait plus sous le Code Napoléon.

Je n'entreprendrai pas de discuter cette question au point de vue du Code Napoléon, car ce ne sont pas les dispositions de ce code que nous avons à appliquer dans notre droit. Les ouvrages des commentateurs de ce code sont très utiles en autant qu'ils peuvent expliquer quelque partie ambiguë ou douteuse du code Civil de Québec; mais ils ne sont certainement pas des guides sûrs dans l'interprétation de notre code lorsque leurs arguments sont basés sur des dispositions formelles

du code Napoléon qui ne se trouvent pas dans notre loi. Il vaut bien mieux, sous ce rapport, suivre les anciens auteurs lorsque la loi sur la matière ne paraît pas avoir été modifiée.

Herse v. Dufaux (1).

Or, l'article 933 sur lequel se base Demolombe et d'autres auteurs n'a pas d'article correspondant dans notre code.

Voir Beauchamp, Code civil annoté, 3ème vol. p. 1549; Sharpe, Civil Code, vol. 2, p. 823.

De plus, les deux codes diffèrent sur un autre point très important. Ainsi le code Napoléon dit à l'article 932 que la donation devra être acceptée "*en termes exprès.*" L'article 788 de notre code dit, au contraire:

Il n'est pas nécessaire que l'acceptation d'une donation soit en termes exprès; elle peut s'inférer de l'acte ou des circonstances.

Ces deux textes de la loi sont absolument différents, comme on le voit. Et alors peut-on suivre avec certitude les commentateurs du Code Napoléon sur cette question d'acceptation, puisque, tandis que le Code Napoléon exige que l'acceptation soit faite en termes exprès, notre code énonce, au contraire, le principe que l'acceptation peut s'inférer des circonstances?

Il vaut bien mieux alors, sous ce rapport, suivre l'opinion des auteurs qui ont écrit sous l'ancien droit; et il est avéré que sous l'ancien droit la donation pouvait être acceptée par le mari seul.

Personne ne devrait contester l'opinion de Pothier. Les codificateurs, bien loin d'écarter cette opinion de Pothier, semblent l'avoir acceptée, puisque l'article 177 de notre code civil est basé sur Pothier lui-même.

(1) 9 Moore N.S. p. 281.

1918
PESANT
 v.
ROBIN.
 Brodeur J.

Rapports des codificateurs, vol. 1er, p. 298. Alors, dans les circonstances, je suis d'opinion qu'on doit suivre Pothier de préférence aux auteurs modernes qui ont eu à commenter des articles du Code Napoléon qui ne se trouvent pas dans le nôtre ou qui en diffèrent.

Peut-on prétendre, en outre, que le principe de la puissance maritale a été violé dans le cas actuel?

La femme ne peut pas même accepter une donation sans l'autorisation de son mari, parce que l'incapacité de la femme dérive manifestement de l'état de mariage et qu'elle est incapable de contracter ni même de recevoir une donation sans la volonté expresse de son mari. Si la femme mariée ne peut pas recevoir une donation entre vifs sans l'autorisation de son mari, c'est que le mari a un intérêt moral à examiner la source et le motif de la libéralité faite à sa femme.

Or, dans le cas actuel, nous sommes en présence d'un père qui veut mettre de côté une donation en prétendant que sa fille mariée n'a pas été autorisée; et, d'un autre côté, nous avons le mari qui veut maintenir cette donation-là en disant que sa femme avait agi avec son consentement et son autorisation: que, de fait, elle était sa mandataire dans les circonstances.

La position pourrait être différente si le mari prétendait qu'il n'a pas donné d'autorisation; mais, au contraire, il prétend que sa femme n'a pas agi en violation de la puissance maritale qu'il a sur elle mais qu'elle a, au contraire, en tout point respecté cette puissance.

J'en suis donc venu à la conclusion que la donation a été valablement acceptée par la femme mandataire de son mari et le jugement de la Cour d'Appel doit être confirmé avec dépens.

MIGNAULT J.—Avec toute déférence possible je ne puis me convaincre que le jugement de la Cour d'Appel ait fait une application exacte des principes du droit qui régissent la capacité de la femme sous puissance de mari. Au contraire, je suis d'opinion que ce jugement confond deux choses qui pourtant sont très distinctes; les conditions de validité d'un contrat et les effets de ce contrat lorsqu'il est valide. Ainsi, il est hors de doute que, sous le régime de communauté de biens, les donations mobilières faites à la femme tombent dans la communauté (art. 1272 C.C.); c'est là l'effet du contrat de donation fait au bénéfice de la femme commune. Mais pour que cet effet se produise, il faut que la donation elle-même soit valide; si elle est nulle elle ne produira aucun effet et la communauté n'en tirera aucun bénéfice, car, suivant l'axiome de droit, *quod nullum est nullum producit effectum*.

La confusion d'idées dont je viens de parler me semble bien apparente quand on lit les motifs du jugement dont est appel. Je les cite textuellement:—

Considering that the deed of cession or transfer from the plaintiff respondent, to Napoleon Pesant and others made on December 4, 1911, before Mtre. Leclerc, notary, though purporting to transfer the sum of \$5,000 to the said late Dame Emma Pesant would, by law, upon the same being duly executed, have had the effect of vesting the said sum in the said matrimonial community of property and in the said defendant, appellant, as head of the said community, and not in the said Emma Pesant;

Considering that the said cession or transfer was consequently not a gift of the said sum to the said Emma Pesant; and that she was not a contracting or accepting party to the said deed of cession or transfer, but merely the mandatary of her husband, the appellant, and did not need to be assisted by the latter or authorised by him otherwise than as a mandatary.

En d'autres termes, on dit: la donation d'une somme d'argent à la femme commune a l'effet de faire tomber cette somme dans la communauté; donc la donation n'est pas une donation à la femme, et cette

1918
PESANT
v.
ROBIN.
Mignault J.

1918
 PESANT
 v.
 ROBIN.

Mignault J.

dernière n'est pas partie contractante à l'acte de donation et n'y figure que comme mandataire de son mari, chef de la communauté.

Je ne puis m'empêcher d'opposer un *non sequitur* absolu à ce raisonnement. Le premier motif du jugement aurait dû, il me semble, conduire à une toute autre conclusion, car, en disant que la donation d'une somme d'argent à la femme commune a l'effet de faire tomber dans la communauté la somme donnée, le jugement ajoute le qualificatif "upon the same being duly executed." Là, en effet, est toute la question. Pour que la donation produise cet effet, il faut qu'elle soit "duly executed." Si la donation était nulle pour vice de forme, nul ne prétendrait que la somme donnée tomberait dans la communauté, car la donation n'existerait même pas. Or, si la donation n'est pas valablement acceptée par le donataire—et la femme commune ou séparée de biens, peu importe, ne peut accepter une donation *qu'avec le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit* (art. 177, 763 C.C.)—la donation est nulle, ou plutôt elle n'a jamais existé, et il va sans dire qu'elle ne peut produire aucun effet, et que la somme qu'on voulait donner ne tombera pas dans la communauté.

Invoker dans ces circonstances les principes qui régissent le mandat, quand il s'agit, au contraire, des règles de validité de la donation entre vifs, c'est augmenter la confusion d'idées. Ou bien il s'agit d'une donation faite à la femme mariée, et alors cette donation n'existera qu'à la condition que la femme l'ait acceptée avec le concours de son mari dans l'acte ou son consentement par écrit, sauf les cas où l'autorisation judiciaire peut suppléer celle du mari; ou bien il s'agit d'une donation au mari, et alors il va sans dire que ce

dernier peut l'accepter personnellement ou par procureur. L'effet que produira la donation dans l'un ou l'autre cas n'a rien à faire dans cette question de validité du contrat.

La donation dont il s'agit a-t-elle été faite à la femme ou bien au mari, car on ne peut concevoir une donation faite à la communauté, cette communauté n'étant pas une personne morale ou juridique, mais simplement une masse de biens ou un patrimoine? Voy. Baudry-Lacantinerie, Contrat de Mariage, tôme 1er, nos. 249 & 250.

Je suis d'opinion que cette donation—et comme le Juge Mercier, en Cour Supérieure (1), et le Juge Cross, en Cour d'Appel (2), je crois que l'acte de cession et transport constitue une véritable donation—est une donation faite à la femme. L'appelant avait consenti, avec son fils Napoléon, un acte par lequel, en vue d'une promesse de vente qu'il avait donnée, il s'obligeait, si la vente se réalisait, à attribuer une partie du prix à Napoléon Pesant, à Eva Pesant et à Dame Emma Pesant (la femme de l'intimé), ses enfants. La vente s'étant faite, l'appelant, par l'acte dont la validité partielle est en question, a

cédé, quitté et transporté à ses enfants

Napoléon, Eva et Emma,

les sommes suivantes stipulées payables au dit cédant,

et l'acte énumère ces sommes, et, en ce qui concerne Emma, il dit:—

à la dite Dame Emma Pesant dit Sanscartier la somme de \$5,000.11.

Même Emma Pesant est décrite à l'acte comme

épouse séparée de biens de Charles Robin,

mais je n'attache pas plus d'importance qu'il ne faut à cette désignation erronée, car je ne puis douter que la

1918
PESANT
v.
ROBIN.

Mignault J.

(1) 23 R. de J. 211.

(2) Q.R. 27 K.B. 88.

1918
PESANT
v.
ROBIN.
Mignault J.

cession ou transport, ou la donation, car c'est une donation, a été faite à Emma Pesant, et, cette dernière n'y figure et n'a prétendu l'accepter que comme donataire.

Si donc Emma Pesant est donataire, elle ne pouvait valablement accepter qu'avec le concours de son mari dans l'acte ou son consentement par écrit, et comme elle a accepté sans ce concours ou ce consentement, la donation est nulle à son égard, et nulle d'une nullité que rien ne peut couvrir (art. 183 C.C.); et, par conséquent, l'acte ne produit aucun effet ni quant à elle ni quant à la communauté de biens entre elle et son mari.

L'intimé a prétendu accepter cette donation après le décès de sa femme. Il suffit de dire que, même s'il pouvait accepter une donation faite à sa femme, cette acceptation ne pouvait se faire après le décès de la femme donataire (art. 794 C.C.).

Depuis que l'opinion qui précède a été écrite, j'ai eu l'avantage de lire la savante discussion de mon collègue, l'honorable juge Brodeur, mais j'ai le regret de ne pouvoir me rendre à sa manière de voir. La question de savoir si le mari peut accepter une donation pour sa femme suppose nécessairement que la donation a été faite à la femme, mais que le mari a accepté cette donation comme procureur de sa femme. Dans cette hypothèse, la femme est bien partie contractante à l'acte, mais elle y est représentée par son mari, et mon honorable collègue invoque l'autorité de Pothier et de Furgole pour soutenir que le mari

ayant le bail, gouvernement et administration des biens et de la personne de sa femme, il s'ensuit qu'il peut, pour sa femme, accepter une donation faite à sa femme

(Pothier, *Introd. au titre des Donations de la Coutume d'Orléans*, no. 35).

Telle n'est cependant pas l'espèce que l'on présente à cette cour pour décision. On ne prétend pas que le mari a accepté une donation faite à sa femme, comme mandataire de cette dernière, mais que la femme aurait été le mandataire de son mari pour accepter la donation en son nom, et partant que le mari et non la femme aurait été le donataire. Le jugement de la Cour d'Appel (1), dit en toutes lettres:—

that the said cession or transfer was consequently not a gift of the said sum to the said Emma Pesant; and that she was not a contracting or accepting party to the said deed of cession or transfer, but merely the mandatary of her husband.

Il n'est donc pas nécessaire de décider si le mari peut accepter une donation faite à sa femme, comme procureur de cette dernière.

Dans les circonstances de l'espèce, je n'ai pas non plus à exprimer une opinion sur la question purement théorique, suivant moi, de savoir si la femme peut accepter, comme mandataire, une donation faite à son mari. Pothier, dans le passage cité, semble croire que non, car il dit:—

Une femme ne pourrait pas accepter pour son mari une donation faite à son mari.

Cette opinion comporterait probablement des réserves, mais, encore une fois, elle n'exige pas une solution dans cette cause, car je suis d'avis que la donation a été faite à la femme et non au mari, et on ne prétend pas que ce dernier l'a acceptée comme mandataire de sa femme.

Je ne puis qu'ajouter qu'à tous égards il est préférable de donner effet aux articles du code civil qui régissent la capacité de la femme mariée de donner ou accepter, aliéner ou disposer entre vifs ou autrement contracter (art. 177 C.C.; voy. aussi l'article 763 C.C.). Ces dispositions sont d'ordre public, et le défaut d'autor-

1918
 PESANT
 v.
 ROBIN.
 Mignault J.

(1) Q.R. 27 K.B. 88.

1918

PESANT

v.

ROBIN.

Mignault J.

isation maritale comporte une nullité que rien ne peut couvrir (art. 183 C.C.). La volonté du législateur est formelle et c'est le devoir des tribunaux de s'incliner devant elle.

Pour ces motifs je suis d'opinion de maintenir l'appel, avec les dépens de cette cour et de la cour d'appel, et de rétablir le jugement de la cour supérieure.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: *Deguire & Nantel.*

Solicitors for the respondent: *Perron, Taschereau,
Rinfret, Vallée & Genest.*
