

**LE DROIT DE LA PREUVE DU QUEBEC
SOURCES DES ARTICLES DU CODE CIVIL
ET DROIT SUPPLETIF**

par: **JACQUES DUGAS**
COUR SUPERIEURE
MONTREAL, P.Q.

Le droit supplétif

Aucune code ne sera jamais assez complet pour contenir toutes les règles relatives à la preuve et aux procédés d'administration de la preuve. En l'absence de règles applicables, où peut-on puiser le droit supplétif?

Le Code nous indique la voie à suivre dans les questions d'admissibilité à ses articles 1206 et 2712. En matière de procédure d'administration de la preuve, l'art. 20 du code de procédure nous suggère la démarche. Que fait-on des règles de procédure que contiennent la loi sur la procédure, chapitre 83 des statuts révisés de 1861 et le code de procédure de 1867: ils ne sont pas encore abrogés!

A) Le Code civil

Selon qu'il s'agisse d'une matière commerciale ou d'une autre matière, l'article 1206 nous renvoie aux lois d'Angleterre pour les affaires commerciales et l'article 2712 au droit existant lors de la codification pour les autres matières.

1206 "En l'absence de dispositions dans ce code quant à la preuve de matières commerciales, on doit avoir recours aux règles sur la preuve prescrites par les lois d'Angleterre".

" Les lois en force, lors de la mise en force de ce code, sont abrogées dans les cas:
 où il contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet;
 où elles sont contraires ou incompatibles avec quelques dispositions qu'il contient;
 où il contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois" .

1. Droit supplétif en matière commerciale

La loi anglaise est forte d'un corps principal d'origine judiciaire, appelé Common Law, et de lois ponctuelles, réorientant ou codifiant la Common Law.

Selon qu'il s'agit de la Common Law ou de droit statutaire, la question de la date de réception des lois anglaises ne se pose pas de la même façon.

i) La Common Law

" Lorsqu'un juge se prononce sur une règle de common law, il ne fait qu'énoncer ce qui de tout temps a été cette règle" . (1)

En principe, la Common Law n'a pas d'âge. La jurisprudence actuelle, qui dégage une règle du droit coutumier anglais ou la précise, demeure une source de droit en matières commerciales sans égard à sa date.

Il importe, cependant, d'écarter les décisions qui s'inspirent d'une disposition statutaire car une telle décision n'est pas à proprement parler une décision de common law,

teurs ont donné l'article 17, chapitre 82 des statuts révisés du Bas-Canada de 1861 comme source de notre article 1206 . La Refonte de 1861 l'a pris dans l'article X de l'Ordonnance de Hamilton du 25 avril 1885, 25 Geo III, chap. 2, tel que modifié par l'article 39 de la même loi précitée qui, à son article 38, abrogeait l'ordonnance de Carleton . F.P. Walton, Le domaine et l'interprétation du code civil du Bas-Canada, traduction Tancelin (1979) donne 1785 comme l'année de référence. Je préférerais référer à l'ordonnance de Hamilton et à l'année 1785 si je croyais devoir me rallier à la thèse de Nadeau et Ducharme.

b) Cet article de 1206 n'était pas le seul article du code original qui renvoyait aux lois d'Angleterre. L'article 2340, toujours en force en matière de preuve dans les affaires de lettres de change (8) renvoie aux lois en vigueur le 30 mai 1849 et démontre que les codificateurs connaissaient la formule qui opérait renvoi à une date antérieure. L'article 2388 écartait le code civil des affaires mues en cour de vice-amirauté et décrétait que les affaires continueraient de se régler suivant les lois d'Angleterre. Le Canada ne s'est affranchi de la prépondérance des lois anglaises en matière d'amirauté que par le statut de Westminster de 1931 (9) .

Je ne connais aucun principe qui permette de donner à 1206 un effet comparable à l'effet que donne à l'article 2340 son renvoi explicite à une date antérieure.

c) Codifier le droit québécois existant en matière commerciale n'est pas une mince tâche. Comment concilier ces règles "emprunté (es) sans trop de discernement, partie à la France, partie à l'Angleterre", codifier ce droit "formé par une

lors même qu'elle est inspirée par le "droit" d'Angleterre. Une fois cette vérification faite, l'interprète peut faire appel à toutes les décisions de la Common Law sans égard à la date de la décision.

ii) Le droit statutaire anglais

La très longue liste des lois anglaises en matière de preuve que dressent Phipson (2) et Cross (3) démontre que le législateur anglais est souvent intervenu en matière de preuve. Dès lors, il importe de déterminer ce que contient le corpus que l'article 1206 a introduit chez nous: le corpus s'arrête-t'il aux lois en vigueur le 27 février 1777, date de l'ordonnance de Carleton? englobe-t'il les lois passées entre le 27 février 1777 et le 1er août 1866? c'est là une question fort controversée.

Nadeau et Ducharme (4) et Ducharme (5) soutiennent qu'il faut référer aux lois en vigueur lors de l'ordonnance de Carleton, le 27 février 1777. Dorion (6) et Wex (7) préfèrent référer à la date de codification. Quant à moi, je préfère donner aux mots de 1866 leur sens normal. En effet, le législateur de 1866 et le gouverneur de 1777, le gouverneur de 1885 ont employé la même formule pour référer aux lois d'Angleterre. Pourquoi ne réfèreraient-ils pas chacun à la loi du jour de l'ordonnance ou de la codification?

a) Avant de discuter la question, je m'interroge sur la date de référence. L'ordonnance de Carleton a été abrogée par (1793) 34 Georges III, chapitre 6, article 38. Les codifica-

espèce de coutume ou un sentiment tacite" ? Nos codificateurs semblent y avoir renoncé: "toutes les règles nées de l'usage ne peuvent convenablement être laissées à l'interprétation (10) et aux modifications qui peuvent être suggérées par les combinaisons nouvelles et l'expérience de nouveaux moyens" (11) .

Après avoir souhaité l'intervention du Juge-interprète et celle du législateur à l'avenir pour répondre aux "combinaisons nouvelles et (à) l'expérience de nouveaux moyens", peut-on concevoir que les codificateurs aient voulu écarter les lois que l'Angleterre a passées de 1785 (ou 1777) à 1866 pour répondre aux besoins nouveaux. Ces lois forment un corpus considérable: Phipson n'en énumère pas moins que 91 dont plusieurs Evidence Acts.

d) L'histoire de la législation sur le sujet laisse croire que le législateur canadien ne croyait pas que l'Ordonnance de Carleton ou celle de Hamilton avait réglé la question. Pourquoi serait-il revenu sur le sujet en 1785 (27 Geo III, chap. IV), en 1787 (29, Geo III, chap. III), en 1791 (31, Geo III, chap. II) et en 1793 (34, Geo III, chap. VI). L'ordonnance de 1785 ne fut édictée que pour deux ans, comme celle de 1787. Celle de 1791 ne comportait pas de terme vu qu'on avait "raison de croire que les conditions de ce pays pourraient être bientôt sujet de réforme". N'est-il pas raisonnable de croire que chacune de ces lois ouvrait la porte aux nouvelles lois anglaises? Il n'y avait aucune raison d'émettre de nouvelles ordonnances si l'ordonnance de Carleton avait tout réglé. Il m'apparaît impossible de soutenir que l'ordonnance de Carleton a fixé le corpus des lois reçues quand en 1793, le législateur a, dans deux articles successifs, abrogé l'ordonnance de Carleton à l'article 28 pour proclamer à l'article 29 qu'en matière de

commerce, les règles de preuve seraient celles d'Angleterre.

Je crois que chacune de ces ordonnances et loi a introduit ici les lois anglaises du jour. Ce n'est-là que donner aux mots leur sens normal.

e) Nadeau et Ducharme, puis Ducharme, étayent leur thèse sur le mandat donné aux commissaires de codifier le droit existant et de n'"incorporer que les dispositions qu'ils tiendront pour être réellement en force". C'est vrai que l'art. 1206 n'a pas été mis entre crochets dans l'édition officielle du Code, comme l'ont été les articles qui dérogeaient à l'ancien droit. Mais l'édition officielle a suivi l'adoption. L'addition ou l'omission d'ajouter des crochets n'est qu'un jugement de valeur qui ne devrait pas lier l'interprète, surtout dans les cas où il s'agit de l'omission de placer les crochets. Walton (12) (p. 87) suggère qu'"il y a des cas où les codificateurs ont modifié l'ancien droit sans le vouloir". Alors, dit-il, "si le texte du code est clair, il faut lui donner effet". Le texte de l'art. 1206 est clair et ne renvoie ni au 27 février 1777 ni au 21 avril 1785 .

C'est pourquoi je préfère croire que l'article 1206 a introduit chez nous , en matière de preuve dans les opérations commerciales, le droit d'Angleterre du 1er août 1866 .

iii) Le droit statutaire canadien

Le droit statutaire canadien avait reçu plus tôt les dispositions relatives à la preuve dans les affaires

commerciales dont les codificateurs ont fait les articles 1229, al. 2, 1233, 10 et 1235. Mais le Code n'a pas tout repris des lois, chapitres 67 et 82 des SRBC de 1861.

Ces lois font partie du droit existant. Le code n'a pas abrogé le droit existant. Suivant l'article 2712, il est permis de recourir à ces lois de la même façon que s'il s'agissait d'une matière civile et ce, d'autant plus facilement que les dispositions canadiennes sont des reprises des lois anglaises, surtout du Statute of Frauds (1676) 29 Chs II, c III, et du Lord Tenderten's Act (1828) 9 Geo. IV, c XIV .

B) Le Code de procédure civile

Le code de procédure civile contient les règles d'administration de la preuve.

Nombreuses sont les règles qui sont passées du Code civil au code de procédure. C'est ainsi que sont disparus les articles 1230, 1231 et 1232 C. civ., qui se retrouvent aux articles 293 et 295 C. proc. civ. Les articles 1246 à 1256 C. civ., relatifs au serment décisoire, sont passés au code de procédure en 1897 avant d'être abrogés.

Quel est le droit supplétoire en matière d'administration de la preuve? Peut-on recourir aux codes antérieurs?

1. Le code de procédure de 1897 est abrogé par l'alinéa premier du nouveau code de procédure. Bien que la refonte de 1977 ait laissé tomber cet alinéa, il est toujours en vigueur: voir l'annexe abrogative qui suit le chapitre P-25, qui indique que quatre alinéas de l'article 1 sont toujours en vigueur, bien qu'ils ne soient pas reproduits. Donc, l'alinéa 1 de l'art. 1 du code de 1967 abroge bel et bien le code de 1897 .

2. Le code de 1867 n'a jamais été abrogé!!! L'article 1 du code de 1897 n'abrogeait les lois sur la procédure que dans la mesure où le code de 1897 contenait quelque disposition qui ait expressément ou implicitement cet effet et dans les cas où le code contient des dispositions expresses sur le sujet. On ne peut qu'arriver à la conclusion que le code de 1867 est toujours en force!

3. Les lois sur la procédure d'avant 1867, ch. 83 de la refonte de 1861, n'ont pas été abrogées. L'art. 1360 du Code 1867 ne les a abrogées que "dans la mesure où ...", par une disposition qui se rapproche de l'article 2712 du Code civil .

En somme, il n'est pas inconcevable qu'en matière de droit d'administration de la preuve, il soit permis de recourir au code de 1867 ou à la loi de 1861 s'il faut établir une règle à laquelle le code de 1967 n'ait pas pourvu. Mais gare au code de 1897: il est abrogé sans réserves!

(1) Nadeau & Ducharme, Traité de Droit Civil, Vol. 9, no. 10, p. 8 .

- (2) Phipson On Evidence, 11e al. 1970, pp. XIII à XXVIII
- (3) Cross on Evidence, 5e ed. 1979, pp. XVII à XXI
- (4) Nadeau & Ducharme, op. cit., pp. 7 et ss.
- (5) L. Ducharme, Précis de la preuve, pp. 5 et 6
- (6) C. Dorion, De l'admissibilité de la preuve par témoin en droit civil, 1894, no 18, p. 21
- (7) S. Wex: The New Hearsay Rule (1974) 34 R. du B. 277, 283, no 17
- (8) Article 2340 C. civ.

"Dans toute matière relative aux lettres de change pour laquelle il ne se trouve pas de disposition dans ce code, on doit avoir recours aux lois d'Angleterre, qui étaient en force le trente mai mil huit cent quarante-neuf" .

1890 SC, chap. 33, art. 95, al. 1:

"Les dispositions mentionnées dans la deuxième annexe du présent Acte sont par le présent abrogées à compter du jour de l'entrée en vigueur du présent Acte, selon qu'il est mentionné dans la dite annexe" .

Parmi les dispositions mentionnées, on peut lire: Code civil du Bas-Canada: articles 2279 à 2354 et tous deux inclusivement *

* à l'astérisque, on lit:

"Sauf en temps que ces articles ou quelqu'un d'entre eux ont trait à la preuve à l'égard des lettres de change, chèques ou billets" .

L'article 2340 est donc toujours en force quant à la question de la preuve: il faut renvoyer à la loi du 30 mai 1849 .

- (9) Tropwood v Sivaco & Al (1979) 2 RCS 157, 161 .
- (10) Les juges de Sa Majesté ont traditionnellement établi

des règles de droit. Revoir ma communication
sur le rôle du Juge au colloque Codification:
Valeur et langage , Montréal, 3 octobre 1981 .

- (11) Rapport des codificateurs, vol. 3, pp. 215 et 217 .
- (12) F.P. Walton, Le domaine et l'interprétation du Code civil, traduction et introduction de M.A. Tancelin, 1979, p. 47 .
- (13) (1861) S.R.B.C. ch. 67 à 82 .

Sources des articles du Code Civil

1203 Le Fardeau de la Preuve C.N. 1315
Droit Romain

C'est là une règle traditionnelle dont on trouve l'expression en droit romain (1) et dont il est bien inutile de chercher les expressions antérieures.

(1) Cod. Do Probat. Liv 4, Tit 19, LL. 1 et 4

1204 "The best (proof) that the nature
of the case will allow" (1)

1. A l'origine cette règle fut une règle favorisant l'admission de la preuve et non pas une règle d'exclusion (2). Détournée de son but original et transformée en règle d'exclusion au XVIIIème siècle, elle devait reprendre son sens original au XIXe. La Common Law avait donc commencé à désavouer des précédents restrictifs quand notre droit fut codifié (3). Aujourd'hui, les auteurs anglais contemporains en parlent au passé (4) et ne lui reconnaissent qu'une application limitée à la preuve des écrits (5).

2. Notre règle est "évidemment d'inspiration anglaise", d'après M. le Juge Pigeon dans Royal Victoria Hospital & Al c. Morrow (1974) RCS 501. Elle doit être reçue avec ses exceptions traditionnelles. Il écrit, p. 509:

"Il semble donc qu'il faut en principe reconnaître l'application des exceptions admises en droit anglais dans la mesure où il n'y a pas de disposition expresse à cet égard ou incompatibilité avec une règle expresse".

3. Nadeau & Ducharme (6) et Ducharme (7) enseignent que la "règle de la meilleure preuve n'est ni un principe général ni un principe particulier". Pour Ducharme, l'article ne vise qu'à présenter deux cas où la preuve secondaire est admise: la preuve de l'écrit

dont l'original n'est pas disponible et la preuve visant à démontrer l'exécution des formalités requises à la validité d'un écrit contestée. Au sujet de la preuve de l'exécution des formalités, une loi 17-18 Vict. c. 125 (a. 26) ferait partie de notre droit en matière commerciale si 1206 renvoie aux lois anglaises de 1866 (voir sous cet article) .

4. Ducharme présente trois cas d'exceptions reçus par la Common Law. Langellier (8) en présente d'autres. La règle, semble t'il, n'est donc pas une règle d'exclusion et elle n'est reçue ici qu'avec les exceptions que la Common Law a reconnues.

- (1) Lord Harkwick in Omychond v Barker (1745) 1 Ark. 21, p. 49, reprenant un énoncé de Holt J. in Ford v. Hadkins (1700) 1 Sask. 283.
- (2) Dans Ford, elle sert à justifier l'admission du témoignage non assermenté d'un Bantoo.
- (3) Dowling v Dowling (1860) 10 I.C.L.R. 236; Slobart v. Dryden (1836) 1 M & W 615 .
- (4) Cross on Evidence, 6e ed. 1979, p. 17 ("the remains of the rule") .
- (5) Phipson: On Evidence XIe ed., no 125, p. 60 .
Curzon: Law of Evidence, Macdonald & Evans ed. (1978) p. 19 .
- (6) Nadeau & Ducharme, T.D.C. vol. 9, p. 103, nos 143 et 144
- (7) Ducharme: précis de la preuve (1980) p. 252 .
- (8) Langellier, De la preuve, 1895, nos 234 et ss., p. 89 et ss.

1205 "La preuve peut être faite par écrit, par témoins, par présomptions, par l'aveu de la partie ou par son serment suivant les règles énoncées dans ce chapitre et en la manière indiquée dans le Code de procédure civile" . C.N. 1316

1. L'article 1316 C.N. du code français n'est qu'article de transition: il renvoie aux dispositions qui suivent. A l'inverse, notre article 1205 Cc est déclaratoire, à cause de son renvoi au Code de procédure et l'arrêt Morrow précité, consacre le caractère déclaratoire de l'article (p. 505) .

2. M. le Juge Pigeon a souligné que, par son renvoi au code de procédure, l'art. 1205 appelle l'article 294 Cpc et son exigence que les témoins soient "interrogés à l'audience, la partie adverse présente ou dûment appelée". Il devient ainsi l'article qui permet l'exclusion du oui-dire .

3. M. le Juge Pigeon (p. 509) déclare que la règle anglaise prohibant le oui-dire doit être reçue ici avec toutes les exceptions que consacre la Common Law: texte cité sous 1204 .

4. En référant aux règles anglaises en matière de oui-dire , il faut s'en tenir aux règles judiciaires antérieures à 1968 car, en Angleterre, les règles du oui-dire sont codifiées depuis 1968 par le Civil Evidence Act , c. 64, aa 1 à 10. Selon l'art. 1 de cette loi, "Hearsay is admissible only by virtue of a statutory provision or agreement" . La jurisprudence anglaise depuis 1968 ne peut donc plus nous servir de source. La Common Law canadienne, pour sa part, demeure une source vivante. Ares c. Venner (1970) RCS 608, sur l'admissibilité des notes consignées au dossier d'un hôpital, peut être cité en exemple d'une règle judiciaire canadienne recevable ici.

5. L'Hon. Juge Lagacé traite plus longuement du oui-dire et des exceptions à la règle. Je vous renvoie à son travail .

"En l'absence de dispositions dans ce code quant à la preuve de matières commerciales, on doit avoir recours aux règles sur la preuve prescrite par les lois d'Angleterre".

1. Dans Morrow précité, on peut lire:

"Textuellement, le second alinéa impliquerait qu'en matière civile, il n'y a pas lieu de recourir au droit anglais pour suppléer à l'absence de disposition expresse quant à la preuve mais en le lisant ainsi, on irait à l'encontre du principe général" (p. 509)

2. La Cour Suprême s'est autorisée de cet article pour faire entrer dans notre droit les exceptions à la règle des oui-dire développées par la Common Law (1) .

3. A quel moment de l'évolution de la loi anglaise, faut-il s'en référer? Au 1er août 1866, ai-je soutenu , en la première partie de ce travail .

(1) Ducharme, op. cit. p. 4 .

1207

Common Law et Droit
Statutaire Canadien

1. Sous un premier alinéa qui ressemble à l'art. 1317 du C.N. suivent onze alinéas d'inspiration anglaise, dont plusieurs avaient trouvé expression dans des lois canadiennes et se retrouvent à la refonte des lois canadiennes de 1859 aux chapitres 5 à 80 .

Les codificateurs citent Greenleaf et Pothier comme source de l'article mais c'est surtout au droit statutaire canadien que les articles ont été empruntés et ce droit statutaire a adopté les solutions courantes de France et d'Angleterre dont témoignent Greenleaf et Pothier .

2. De nombreuses lois particulières attribuent un caractère authentique à certains documents. Nadeau & Ducharme donnent quelques exemples, p. 209 et 210 .

1208-1214

L'Acte Authentique Privé

C.N. 1319, 1321, 1337
et Droit Statutaire
Canadien

1. Ces articles sont d'inspiration française quant aux énoncés de principe des articles 1210 (C.N. 1319 et 1321) 1212 (C.N. 1321) 1213 (C.N. 1337) et d'origine canadienne quand il est traité des formalités de l'acte authentique. L'article 1209 vient de 1859 SRC c. 73, c. 27. Il faut référer constamment sur ces sujets à la Loi sur le Notariat, N. 2 de la refonte de 1977 .

2. La curieuse rédaction de l'art. 1208 s'explique par le besoin qu'ont éprouvé les codificateurs de confirmer qu'un seul notaire suffit à conférer à l'acte son authenticité quand l'ancien droit français en exigeait deux. "La pratique s'étant établie de méconnaître cette règle du droit existant" (ler rapport des codificateurs) .

3. Je vous renvoie au travail de l'Hon. J. E. Bernier .

1215-1219

Des copies de titres

1. Ces articles viennent des lois canadiennes existantes: 1861 SRBC c. 73, c. 28 et 31; (1861) SRBC c. 37 a. 20 et (1864) c. 40, a. 6 .

2. Notre code a innové sur le code français (a. 1334) en conférant l'authenticité à la copie comme à l'original (1) .

3. La procédure à laquelle renvoie l'art. 1217 est énoncée à l'art. 870 du Code de procédure .

(1) Ducharme, op. cit. p. 71 .

4. L'article 1229 vient de la refonte canadienne de 1859, S.R.C., c. 67, a. 4, qui vient, lui-même, du Lord Tenterden's Act, 9 Geo IV, c. 14, a VII .

1233

La preuve testimoniale

1. Les codificateurs nous ont dit que l'numérotation de 1233 "a été puisée avec soin aux sources citées en tenant compte des modifications législatives et de la jurisprudence. Leurs sources sont énumérées à la fin de l'article présenté sans référence aux alinéas de l'article. Les codificateurs n'ont indiqué ni à quelles modifications législatives ni à quelles décisions ils se sont alimentés, ce qui n'aide pas!
2. Il est évident que l'alinéa 1 suit les règles anglaises introduites par Carleton et s'appliquant aux affaires commerciales .
3. Quant à l'alinéa 2, l'Ordonnance de Moulins de 1566, a. 54, exigeait qu'il soit dressé écrit de toute "chose" au delà de cent livres et l'ordonnance de la procédure de 1667, art. 2, reprit la règle. Pour dissiper tout doute sur l'admissibilité de la preuve testimoniale si la "chose" était moindre que cent livres, l'art. 39 de la loi 23 Vict. c. 57, l'art. 21 du chap. 82 de la refonte de 1861, décrète que "nonobstant" l'article 2 de l'ordonnance de 1667, la preuve testimoniale serait recevable.
4. Partie de l'alinéa 4 se retrouve à l'ordonnance de procédure de 1667, Tit. 20, a. 4. Quant aux alinéas 3, 4 et 5, la doctrine française citée par les codificateurs, tenait que l'ordonnance de Moulins ne s'appliquait qu'aux actes juridiques et non aux faits générateurs d'obligations.
5. Il y a controverse au sujet de l'origine de l'alinéa 6, certains le disant d'origine anglaise, d'autres, le disant à la fois d'origine anglaise et française. C'est en somme le même problème que celui que soulève la recherche des sources de l'article 1234 .

6. L'alinéa 7 est sûrement d'origine française. C'est pour tempérer la rigueur de l'ordonnance de Moulins que l'ordonnance de procédure de 1667 permit de présenter une preuve testimoniale lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit (1). La doctrine développa la définition que l'article 1347 C.N. codifia: acte par écrit qui est émané de celui contre qui la demande est formée et qui rend vraisemblable le fait allégué. Je vous renvoie au travail préparé par l'Hon. Juge Reeves sur le commencement de preuve par écrit.

1234

1. Dorion (1) et Perrault (2) affirmant que la règle de 1234 vient à la fois de la common law et de l'ancien droit français, soutiennent qu'il faut interpréter l'article à la lumière du droit français en matière civile et à la lumière du droit anglais en matières commerciales. Langeier (3), invoquant la similitude du texte anglais de l'article avec un texte de Greenleaf (4) conclut que l'article est d'origine anglaise. Nadeau et Ducharme (5) et Ducharme (6) préfèrent l'opinion de Langelier et ajoutent à son argument que les textes de CC 1234 et CN 1341 ne se ressemblent en rien.

2. L'article 1341 C.N. tire son origine de l'ordonnance de Moulins de 1556 qui rendit obligatoire de passer acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses excédant une (certaine) somme. L'article ajoute: "il n'est reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes" ... Et l'article continue "sans préjudice à ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce".

3. Notre droit permet de prouver "outre" l'écrit. Il permet d'établir les conventions subséquentes modifiant ou annulant la première et les conventions concomittantes. Notre article s'est écarté du droit français sur la question.

Je vous renvoie au travail de l'Hon. Juge Rothman.

- (1) Dorion: De l'admissibilité de la preuve par témoin en droit civil, no 110, p. 123 .
- (2) Perrault, Traité de droit commercial, t. 1, p. 557.
- (3) Langelier, de la Preuve, no 552, p. 234 et no 585, p. 247.
- (4) Greenleaf in Delorimier, Bibliothèque du C.C. t. 9, p. 557: "to contradict or vary the terms of a valid instrument" .
- (5) Nadeau & Ducharme, op. cit., no 18, p. 11 ss.
- (6) Ducharme, op. cit. p. 233 .

1235

Droit statutaire anglais
et canadien

1. L'article est d'origine anglaise et vient du Statute of Frauds (1676) 29 Chs II, c. 3 et du Statute of Frauds Amendment Act ou Lord Tenderten's Act (1828) 9 Geo IV, c. 14. Selon que l'on tient que l'art. 1206 renvoie aux lois de 1866 ou aux lois de 1777 (ou 1785) le Lord Tenderten's Act fait ou ne fait pas partie de nos lois. Le Lord Tenderten's Act n'est pas, à vrai dire, une loi d'amendement. Il ajoute au Statute of Frauds et en étend l'application sans modifier le texte original. Ces deux lois anglaises contiennent plus que notre article 1235.

2. Les dispositions que les codificateurs ont retenues avaient déjà été inscrites dans la loi canadienne aux chapitres 67 (aa. 1 à 8) et 82 (aa. 17 à 21). Ces textes font partie de notre droit en vertu du 2712 C. civ. On retrace le premier sous-paragraphe à l'art. 2 du chapitre 67, le deuxième à l'article 6, le troisième à l'article 7 .

3. Le quatrième sous-paragraphe contient deux alinéas. Le premier, celui qui interdit la preuve testimoniale d'une vente commerciale, à moins qu'il ne soit accompagné de livraison ou de versement d'arrhes, n'avait pas trouvé d'expression directe dans la loi canadienne. Mais l'art. 18 du chapitre 12 déclare que "la loi quant à la preuve .. en force au Bas-Canada" s'applique aux ventes d'un non-commerçant à un commerçant. Quelle est donc cette loi en force au Bas-Canada, sinon celle dont vient de parler l'article précédent, cet article qui reprenant le texte de l'ordonnance d'Hamilton, renvoie en matière de preuve des affaires commerciales aux lois d'Angleterre et, par conséquent, au Statute of Frauds.

D'ailleurs, l'art. 8 de la loi 10-11 Vict., c. 11, a. 8 du chapitre 67 de la refonte et qui fait indubitablement partie des lois en force au Bas-Canada auxquelles renvoie l'art. 18 du chapitre 82, édicte que le Statute of Frauds s'applique au Bas-Canada à tout contrat pour la vente d'effets d'une valeur de 10 livres sterling. C'est donc au statute of frauds qu'il faut chercher la source du premier alinéa du 4ème sous-paragraphe de l'art. 1235 .

Quant au second alinéa, qui étend la règle aux ventes de choses futures, il ne faut pas référer au Statute of Frauds, la jurisprudence anglaise ayant refusé de l'appliquer à ces ventes, si bien que le législateur est intervenu pour le dire à l'art. VII du Lord Tenderden's Act. C'est là un exemple remarquable de la façon dont s'établit en Angleterre la règle de droit. Le législateur laisse les juges faire la loi et n'intervient que s'il y a lieu de corriger la règle du Juge. L'art. VII contient les mots "Whereas it was hold" et mentionne la règle que l'article veut corriger. Ici, l'art. 8 du chapitre 67 précité dit expressément que le Statute of Frauds s'applique à ces ventes. Il est donc à l'origine du deuxième alinéa du 4e sous-paragraphe de 1235. Le Lord Tenderden's Act de 1828 ne faisait pas partie de notre droit. De 1828 à 1866, aucune de nos lois n'a référé aux lois de preuve en cours en Angleterre, sauf celle qui régissait les lettres de change et qui a introduit en cette matière les lois anglaises du 30 mai 1849. Il est cependant certain que l'art. VII de Lord Tenderden's Act de 1828 ne faisait pas partie de notre droit . De 1828 à 1866, aucune de nos lois n'a référé aux lois de preuve en cours en Angleterre, sauf celle qui régissait les lettres de change et qui a introduit en cette matière les lois anglaises du 30 mai 1849. Il est cependant certain que l'Art. VII du Lord Tenderden's Act a inspiré l'art. 8 du chapitre 67: l'un et l'autre disent que le Statute of Frauds s'applique aussi aux ventes de choses futures.

1236

1344 et 1345 C.N.

Ces articles sont tirés du Code français et sont conformes à ce qu'enseignait Pothier, auquel réfère Toullier , que les codificateurs citent comme la source de la règle. Toullier ne fait que commenter Pothier.

1238-1242

Des Présomptions

1. Selon les termes de leur mandat, les codificateurs ont révélé les sources qui les ont inspirés. Ils n'ont mentionné que des sources romaines et des sources françaises.

Ils ont suivi les règles du code français, sauf à l'art. 1242, alors qu'ils ont éliminé la règle de l'art. 1353 CN qui interdit de recourir à la présomption dans le cas où la preuve testimoniale n'est pas permise. On a voulu rattacher cet article au droit anglais, qui ne contient pas cette restriction. Nadeau et Ducharme soutiennent que l'ancien droit français ne retenait pas plus cette restriction. Il n'est donc point besoin de faire appel au droit anglais pour expliquer l'art. 1242 C.C. (1)

(1) Nadeau & Ducharme, op. cit. no 19, p. 13 .

1243-1245

L'aveu

C.N. 1354-1356

Ici, encore, les sources révélées par les codificateurs sont romaines et françaises. Les principes sont ceux que consacrent les articles 1354 à 1356 du code français. Ils sont cependant énoncés dans une séquence différente .