

HARRY SERLING (PLAINTIFF) APPELLANT.

1912

AND

*May 15, 17.

*Oct. 7.

WILLIAM LEVINE (DEFENDANT) . . . RESPONDENT.

ON APPEAL FROM THE COURT OF KING'S BENCH, APPEAL
SIDE, PROVINCE OF QUEBEC.*Action against minor—Exception of minority—Practice—Irregularity in procedure—Waiver after majority—Ratification—Prejudice—Nullity—Review by appellate court—Arts. 246, 250, 304, 320, 323, 324, 987 C.C.—Arts. 78, 174, 176, 1039, 1263 C.P.Q.*

An action for damages *ex delicto* was instituted against a minor without impleading a tutor to assist him, and the exception of minority was set up. Proceedings taken by the plaintiff to have a tutor appointed had not been concluded when the defendant became of age and an order, which was disregarded by the defendant, was then obtained requiring him to plead to the action. On a summons for his examination *sur faits et articles*, defendant appeared and certain objections to questions were made by counsel on his behalf. On an inscription for judgment *ex parte*, subsequently filed, judgment was entered against him.

Held, per Idington, Duff and Brodeur JJ. that irregularities of procedure in a court of first instance are matters to be dealt with by the judges of that court and, unless some prejudice has resulted therefrom, the discretion exercised by such judges in respect thereto ought not to be disturbed by an appellate court.

Per Idington, Duff and Brodeur JJ., Fitzpatrick C.J. and Anglin J. *contra*. In the circumstances the defendant suffered no prejudice within the meaning of article 174 of the Code of Civil Procedure. The exception resulting from minority is relative merely and may be waived by a defendant, sued during his minority, without the necessary assistance required by law, appearing after attaining majority and taking objections to subsequent

*PRESENT:—Sir Charles Fitzpatrick C.J. and Idington, Duff, Anglin and Brodeur JJ.

(NOTE.—Leave to appeal to the Privy Council was granted, 17th December, 1912.)

1912
 }
 SERLING
 v.
 LEVINE.
 —

proceedings in the action. He cannot, thereafter, complain of being treated as a defendant properly cited before the court nor of a judgment *ex parte* entered against him therein.

Per Idington, Duff and Brodeur JJ.—Irregularity in inscription for judgment *ex parte* is not a reason for the dismissal of an action.

Per Fitzpatrick C.J. and Anglin J., dissenting.—The fact that the defendant was a minor at the time of the institution and service of the action and that no tutor or curator was made a party to the suit for the purpose of assisting him therein constitutes an absolute bar to the action which could not be validated in consequence of further proceedings therein after the defendant attained the age of majority. The action was a nullity *ab initio* and, consequently, the defendant suffered prejudice within the meaning of art. 174 C.P.Q. *Larue v. Poulin* (9 Que. P.R. 157); *Fairbanks v. Howley* (10 Que. P.R. 72), and *Robert v. Dufresne* (7 Que. P.R. 226), referred to.

APPEAL from the judgment of the Court of King's Bench, appeal side, which reversed the judgment of the Superior Court, District of Montreal, and dismissed the plaintiff's action with costs.

The circumstances of the case are stated in the head-note and the questions raised on the appeal are discussed in the judgments now reported.

The judgment appealed from reversed the order by Lafontaine J., made on the 27th September, 1910, requiring the defendant to plead to the action, the order of Charbonneau J., made on the 28th October, 1910, dismissing the defendant's exception, and the final judgment rendered on the 21st of January, 1911, by Demers J., maintaining the plaintiff's action and condemning the defendant to pay the plaintiff \$2,000 damages for malicious prosecution.

Aimé Geoffrion K.C. and *A. Rives Hall K.C.* for the appellants.

Surveyer K.C. and *Ledieu* for the respondent.

THE CHIEF JUSTICE (dissenting).—I am obliged with great reluctance to differ from the conclusion reached by the majority of this court to reverse the unanimous judgment of the Quebec court of appeal.

The question at issue is of first importance, affecting as it does, not merely the practice and procedure of the Quebec courts but the broad question of the rights of minors in that province. The judgment below which is reversed here conforms with what I have always understood to be the settled jurisprudence of Quebec.

This is an action brought by the appellant against the respondent to recover the sum of \$2,500 damages. It is unnecessary to state in greater detail the cause of action. Nothing turns upon the merits of the claim. The respondent was a minor when served with the writ but he attained his majority during the course of the proceedings in the Superior Court after the issue of minority had been raised.

The question is: In these circumstances, could the plaintiff, now appellant, ignore the plea of minority and proceed to judgment without a tutor being appointed to the defendant minor and without issuing a new writ of summons? The *ex parte* judgment of the Superior Court proceeds on the assumption that the plaintiff may obtain a condemnation against the minor although not represented by his tutor. The defendant was not represented by counsel at the hearing, and the attention of the trial judge does not appear to have been specially drawn to the plea of minority. In the Court of King's Bench, after very full argument, it was held that the fact of minority was

1912
 SERLING
 v.
 LEVINE.
 The Chief
 Justice.

1912

SERLING

v.

LEVINE.

The Chief
Justice.

an absolute bar to the action; and the judgment of the Superior Court was reversed. I concur in the judgment in appeal.

Minority is an absolute bar to an action, and, even when not set up, may be invoked after judgment rendered, on a petition in revocation. Art. 1177 C.P.Q., par. 9. The general effect of articles 246, 304, 320, 323, 324 and 987 of the Civil Code, and of articles 1039 and 1263 of the Code of Civil Procedure of Quebec is that, except in special circumstances and for very limited purposes, a minor is not capable of performing any civil act, or of assuming an enforceable civil obligation. On the other hand the Code of Civil Procedure (articles 78 and 174), when read as they must be with the provisions of the Civil Code, make it quite clear that no person can be a party to an action either as plaintiff or defendant, or in any form whatever, unless he has the free exercise of his rights; those who have not the free exercise of their rights must be assisted, authorized or represented in the manner prescribed by law. Since this case was decided in the Superior Court, the question we are now considering came up again for consideration in *Paquette v. Auclair* (1), and in a foot-note to the report of that case will be found a long series of decisions, dating from 1819, in all of which the law is laid down as decided by the court of appeal. I see no reason to innovate.

I do not, of course, dispute the right of the plaintiff, in a suit like this, upon production of the plea of minority, to take such steps as are necessary to have a tutor appointed who could be brought into the case

(1) 12 Que. P.R. 402.

by a new writ when the proceedings are continued as if the tutor had been a defendant *ab initio*. Such is the practice in Quebec. But nothing of that sort was done here and I hold that the service of the writ of summons on the minor was a nullity which could not be cured except, if at all, in the way that I have just indicated. At the time the minor became of age he was not properly before the court and he was careful not to acquiesce in any of the subsequent proceedings.

Demolombe's dictum "On ne confirme pas le néant" (vol. 24, par. 382, page 367) will, I am convinced, continue to be acted upon by the Quebec courts even after this judgment is rendered and until this important point is settled by the Privy Council.

I refer to the following French and Canadian text writers:—

- 1o. Roy, "Droit de Plaidier," No. 89;
- 2o. 2 Mignault, "Droit Civil," p. 215;
- 3o. Sirios, "Tutelles et Curatelles," No. 242;
- 4o. 1 Langelier, "Droit Civil," p. 403;
- 5o. Laurent, vol. 4, No. 365;
- 6o. 1 Boitard, "Procédure Civile," No. 215.

In answer to the argument that the respondent was not prejudiced, I refer to the following cases in all of which it was held, that, whenever there is a nullity, there is a prejudice:—*Larue v. Poulin*(1); *Fairbanks v. Howley*(2); *Robert v. Dufresne*(3).

I would dismiss with costs.

(1) 9 Que. P.R. 157.

(2) 10 Que. P.R. 72.

(3) 7 Que. P.R. 226.

1912

SERLING
v.
LEVINE.

The Chief
Justice.

1912

SERLING
v.
LEVINE.

IDINGTON and DUFF JJ. concurred in the opinion stated by Brodeur J.

Brodeur J.

ANGLIN J. (dissenting) agreed with the Chief Justice.

BRODEUR J.—Le défendeur intimé a été poursuivi en dommages pour avoir fait venir sous de faux prétextes le demandeur dans la Province de Québec afin qu'il y fut arrêté sur *capias*.

Il a produit une exception à la forme plaidant minorité.

Il n'a jamais produit de plaidoyer au mérite quoiqu'il ait reçu ordre de le faire après qu'il fut devenu majeur.

Son exception à la forme ayant été renvoyée, il y eut ensuite jugement *ex parte* contre lui et il fut condamné à payer \$2,000 de dommages au demandeur.

Ayant appelé de ce jugement ainsi que de celui qui avait été rendu sur l'exception à la forme il eut gain de cause devant la cour d'appel qui décida que, vu sa minorité, il avait été illégalement assigné et, qu'à raison de cela, la poursuite prise contre lui aurait du être renvoyée.

Le demandeur appelle de ce jugement.

La question que nous avons à décider est de savoir si cette exception à la forme aurait dû être maintenue.

Il me semble d'abord que la conduite de la procédure dans une cause doit être laissée au tribunal de première instance. Or pas moins de cinq juges de la cour supérieure savoir; les honorables juges Davidson, Fortin, Martineau, Lafontaine et Charbonneau

ont eu à rendre des jugements interlocutoires en cette cause où cette question d'assignation se présentait et tous ont été d'avis que les fins de la justice seraient absolument sauvegardées non pas en renvoyant l'action mais en lui faisant nommer un tuteur au défendeur lorsqu'il était mineur ou en le forçant de plaider au mérite quand il fut devenu majeur. Ces jugements interlocutoires étaient d'ailleurs conformes à la décision du juge Pagnuelo dans la cause de *Gareau v. Denis*(1).

Il ne faut pas oublier que l'intimé avait été assigné au nom du Souverain et qu'en obéissance à ce bref il avait comparu et avait produit d'abord une exception dilatoire pour demander cautionnement pour frais.

Mais quand par la suite il a, par son exception à la forme, dénoncé sa minorité la cour a décidé de lui faire nommer un tuteur pour le représenter et l'assister, et à cette fin ordonna la convocation du conseil de famille. Ses parents, dans le but évident d'empêcher le bras de la justice de le frapper et de le punir comme il le méritait pour son délit si répréhensible, ont refusé de se rendre aux ordres de la cour. Quand dix mois après il devenait majeur, les procédures pour l'assignation du conseil de famille furent discontinuées et le défendeur reçut ordre de plaider au mérite.

Pour réussir sur son exception à la forme l'intimé était tenu d'établir qu'il y avait préjudice. L'art. 174 du Code de Procédure Civile dit :

Le défendeur peut invoquer par exception à la forme, *lorsqu'ils lui causent un préjudice*, les moyens résultant: * * * 2. de l'incapacité du demandeur ou du défendeur.

(1) 2 Que. Pr. Rep. 389..

1912
 SERLING
 v.
 LEVINE.
 Brodeur J.

1912

SERLING

v.

LEVINE.

Brodeur J.

Où est le préjudice pour le défendeur dans le cas actuel? Il a prétendu qu'il était incapable de se défendre parce qu'il était mineur. La cour répond en lui disant nous allons vous donner un tuteur et quand il est devenu majeur elle lui intime d'avoir à se défendre lui-même.

L'incapacité des mineurs est relative, elle n'est pas absolue. Ils sont responsables de leurs délits, dit l'art. 1053 du Code Civil.

Ils peuvent demander aux tribunaux la nomination d'un tuteur et peuvent ester en justice dans certains cas (art. 250 et 323 C.C.). Ils peuvent également poursuivre pour leur salaire et pour les obligations résultant du contrat de louage de leurs services personnels. (Art. 304 C.C.).

S'ils sont réputés majeurs et peuvent engager leur responsabilité dans le cas d'un délit qu'ils auraient commis, ne pourraient-ils pas comme les mineurs commerçants être amenés devant les tribunaux? La question peut être posée mais il n'est pas nécessaire de la décider dans cette cause-ci.

L'article 174 du Code de Procédure est de droit nouveau; c'était autrefois l'article 116 qui régissait la matière et il se lisait comme suit:—

Sont invoqués par exception à la forme les moyens résultant: 1. Des informalités dans l'assignation; 2. Des informalités de la demande lorsqu'elle est en contavention avec les dispositions contenues dans les articles 14, 19, 50, 52 et 53.

Il faut donc maintenant, pour réussir sur une exception à la forme, éprouver un préjudice. C'est là une question de fait qui doit être laissée à la discrétion des juges de première instance. Et si, comme dans le cas actuel, on a pris les mesures nécessaires

pour faire disparaître le préjudice il n'y a pas lieu pour les tribunaux d'appel d'intervenir.

Même sous l'empire de l'ancien code l'assignation d'un mineur n'était pas radicalement nulle. Aussi Pigeau vol. 1er, p. 79 disait:—

Deux choses sont nécessaires pour qu'on puisse intenter une action contre une personne; la première qu'elle soit soumise au droit d'où procède l'action; la seconde, *qu'elle ait le discernement nécessaire pour se défendre.*

Guyot, *vo.* "Mineurs," p. 526, n'est pas moins explicite.

Les mineurs, (dit-il,) ne peuvent ester en jugement sans l'assistance d'un tuteur ou d'un curateur; mais comment doit-on entendre cette maxime générale? La demande formée par le mineur seul sera-t-elle nulle? Donnera-t-elle seulement lieu à une exception de la part du défendeur, qu'il n'est pas tenu de répondre à l'assignation jusqu'à ce que le mineur ait été pourvu d'un curateur? * * *

Il semble donc qu'une demande formée en justice par un mineur au-dessus de l'âge de puberté, ne devrait pas être déclarée nulle, sur le fondement qu'elle aurait été formée par lui seul, sans être assisté de son curateur, parce que cette nullité n'a été établie qu'en sa faveur. * * *

L'incapacité des mineurs n'est donc que relative à eux, afin qu'ils ne puissent se préjudicier.

L'intimé invoque la nullité de son assignation. "En général," dit Solon, "Traité des Nullités," pp. vi., vii.,

les nullités sont odieuses. * * * Que signifie, en effet, dans le for intérieur l'irrégularité d'une demande dans sa forme, si cette demande est juste? * * * elle doit être repoussée dans tous les cas où le législateur ne s'y oppose pas formellement.

Or où trouvons-nous dans la loi que le législateur a déclaré nulle une procédure comme celle que nous avons à examiner?

L'article 304 du Code Civil dit bien que les actions appartenant au mineur sont portées au nom d'un tuteur et il donne des cas, cependant, où le mineur peut agir seul ou avec l'autorisation du juge. Il n'est nul-

1912

SERLING

v.

LEVINE.

Brodeur J.

1912

SERLING

v.

LEVINE.

Brodeur J.

lement question dans le Code Civil des actions portées contre le mineur. Le Code de Procédure dispose de ce point à l'article 78 qui se lit comme suit :

Il faut avoir le libre exercice de ses droits pour ester en justice, en demandant ou en défendant sous quelque forme que ce soit sauf dans le cas de dispositions spéciales.

Ceux qui n'ont pas le libre exercice de leurs droits doivent être représentés, assistés ou autorisés de la manière fixée par les lois qui régissent leur état ou leur capacité respective.

Le Code n'a déclaré nulle part que l'assignation d'un mineur était nulle; il appartient donc au juge de décider. Merlin, Répertoire, *vo.* "Mineur," par. 8, dit :

Il semble donc qu'une demande formée en justice par un mineur au dessus de l'âge puberté, ne devrait pas être déclarée nulle sur le fondement qu'elle aurait été formée par lui seul, sans être assisté de son curateur, parce que cette nullité n'a été établie qu'en sa faveur; le défendeur pourrait seulement proposer une exception dilatoire, et soutenir qu'il n'est pas obligé de défendre à la demande formée contre lui, jusqu'à ce que le mineur ait été pourvu d'un curateur.

Si le mineur peut poursuivre, comme le dit Merlin, et si son adversaire peut simplement demander qu'il soit assisté de son tuteur, il me semble que ce droit existe également lorsqu'il s'agit d'une action prise contre le mineur. Dans les deux cas les actions ne doivent pas être renvoyés mais le tribunal peut ordonner la mise-en-cause du tuteur qui doit l'assister et le représenter.

Solon, "De la Nullité," No. 15, dit ceci :

Il résulte de ce que nous venons de dire qu'il dépend le plus ordinairement du juge d'accueillir ou de rejeter une nullité qui n'est point prononcée de plein droit; au lieu que si elle a ce caractère, il ne peut se dispenser de la prononcer, car elle repose sur des présomptions légales contre lesquelles aucune preuve n'est admise. (Articles 1350 et 1352 du Code Civil.)

Ces articles 1350 et 1352 du Code Napoléon correspondent à nos. articles 1239 et 1240 du Code Civil.

Notre article 174 C.P.C. bien loin de prononcer la

nullité de l'assignation d'un mineur dit qu'elle ne peut être invoquée *que s'il y a préjudice*, c'est là un fait qui, comme je l'ai dit plus haut, doit être laissé à l'appréciation souveraine du juge au procès. Il ne nous appartient pas en appel d'ignorer la discrétion qu'il a exercé.

1912
SERLING
v.
LEVINE.
Brodéur J.

Il convient d'ajouter que le défendeur a été assigné sur faits et articles suivant les dispositions des articles 359, et suivants, du Code de Procédure. Il était alors majeur et il était appelé comme défendeur à répondre aux questions dont on lui avait signifié copie. Les objections qu'il a soulevées contre cette dernière assignation sont telles qu'elles constituent un acquiescement de sa part à être traité comme partie défenderesse dans la cause. Art. 176 C.P.C.

La cour d'appel a également trouvé informé l'inscription pour jugement mais cette informalité n'est pas de celle qui devrait justifier le renvoi d'une action. Le défendeur assigné comme témoin et sur faits et articles ne s'est jamais plaint alors de cette informalité dans l'inscription. Il est évident que dans cette cause le défendeur espérait pouvoir se sauver des conséquences de son délit et de sa conduite si reprehensible en invoquant des informalités de procédure. Il devra se convaincre que les règles de la procédure n'ont pas été instituées pour empêcher la justice d'avoir son cours.

L'appel doit être maintenu avec dépens de cette cour et de la cour d'appel et les jugements de la cour supérieure sont confirmés.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: *Jacobs, Hall & Couture.*
Solicitor for the respondent: *Pierre Ledieu.*