

DAME MARY LAVIGNE AND VIR } APPELLANTS; ¹⁹¹⁹ *May 19, 20.
 (PLAINTIFFS) *Oct. 14.

AND

DELLE M. NAULT AND OTHERS } RESPONDENTS.
 (DEFENDANTS)..... }

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

Servitude—Servitude of support—Conventional—“Destination de père de famille”—Common wall—“Pignon” or gable—Arts. 522, 551, 560 C.C.

The appellants are the owners of lot No. 694 of the City of Three Rivers, and the respondents are the owners of the adjoining lot No. 695. These two lots formerly belonged to one Hart, who, in 1832, sold lot No. 694 to one Woolsworth. One clause of the deed reads as follows: “Il est convenu et arrêté entre les parties que Erastus Woolsworth aura droit à perpétuité de bâtir, accoter contre et sur le mur en pierres et en briques du pignon nord-ouest du magasin et maison du dit sieur vendant et érigée sur l'autre partie du dit lot de terre, lequel pignon sera mitoyen entre les parties.”

Held, that the right of *mitoyenneté* claimed by the appellants is a conventional servitude and not a *servitude par destination du père de famille*.

Held, that in the clause quoted the word “pignon” means not merely the triangular gable at the top of the wall but the entire north-west gable end of the grantor's house, and the whole wall, including its foundation, has been declared *mitoyen* by the deed of sale. Duff and Mignault JJ dissenting.

Judgment of the Court of King's Bench (Q.R. 28 K.B. 14) reversed, Duff and Mignault JJ. dissenting. *Delorme v. Cusson* (28 Can. S.C.R. 66), distinguished.

APPEAL from a judgment of the Court of King's Bench, appeal side(1), Province of Quebec, maintaining the judgment of the Superior Court, Drouin J. in the

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

(1) Q.R. 28 K.B. 14.

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.

district of Three Rivers, and dismissing the appellants', plaintiffs', action with costs.

The material facts of the case and the questions in issue are fully stated in the above head-note and in the judgments now reported.

Aimé Geoffrion K.C. for the appellant.

Laflleur K.C. and *Duplessis* for the respondents.

THE CHIEF JUSTICE.—I concur with Mr. Justice Brodeur.

IDDINGTON J.—For the reasons assigned by Mr. Justice Cross in the court below I would allow this appeal with costs and direct judgment to be entered on the terms his notes indicate.

Since writing the foregoing I have read but not fully considered all my brother Brodeur has written and assent to the result he reaches.

DUFF J. (dissenting)—I concur with Mr. Justice Mignault.

ANGLIN J.—I have had the advantage of reading the opinions prepared by my brothers Brodeur and Mignault. I concur in their view that the servitude or right of *mitoyenneté*, which the plaintiffs (appellants) assert, is conventional in its origin. Evidence of facts existing in 1832, when the deed creating it was executed, which would warrant classifying it as a servitude by destination of the proprietor—*servitude par destination du père de famille* (art. 551 C.C.)—is lacking.

While I incline to think with my brother Brodeur that the servitude intended to be created was defined with sufficient precision in the Hart-Woolsworth deed, if it was not, I accept the view of the Court of King's

Bench that the parties have by their conduct supplied any deficiency in that respect and that the admission in the defendants' plea of the existence in 1908 of actual conditions which conformed to the rights claimed by the plaintiffs fully meets the difficulty which the learned judge of the Superior Court found insuperable. This admission also answers any objection based on the omission from intermediate conveyances in the plaintiffs' chain of title of all reference to the servitude or right of *mitoyenneté* which they claim, and, as the Court of King's Bench has said, fixes its nature and extent. The plea states explicitly that the building owned by the Bank of Hochelaga (under which the plaintiffs claim) prior to its destruction on the 22nd of June, 1908, "*appuyait sur celle des défendeurs conformément au droit de servitude dont il est question en cette cause.*"

Nor do I find the lack of precision in the plaintiffs' claim which the Court of King's Bench deemed fatal to their action. They no doubt, as is not unusual, claim more than they are entitled to. But when the evidence is applied to their demand it enables the court in my opinion to determine with reasonable certitude, within the limits of what they assert, the measure of their right.

The terms in which the right in question is conferred by the deed of 1832—notably that it should exist in perpetuity and that the north-west gable end (pignon) shall be a party wall (mitoyen) between the parties—in my opinion make it clear that it was not intended that that right should last only so long as the house then upon the grantor's land should remain standing, but that it should be a true right of *mitoyenneté* entailing all the incidents, including obligations of reconstruction, etc., indicated in arts.

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Anglin J.

1919
 LAVIGNE
 v.
 NAULT.
 Anglin J.

512 *et seq.* of the Civil Code, so far as they are applicable having regard to its conventional origin.

I agree with my brother Brodeur that the word "*pignon*" as used in the deed in question means not merely the gable of the wall but the entire north-west gable end of the grantor's house. The right conferred is to build "*contre et sur le mur * * * du pignon nord-ouest*"—against and upon the wall of the north-west gable end. It is inconceivable that the parties intended that the right of *mitoyenneté* should exist only in the triangular gable at the top of the wall.

No doubt the fact that there is a common or *mitoyen* lane between the two properties, which is to be kept open to a height of nine feet, over which the plaintiffs have the right to build, would present a difficulty if we were dealing with a claim of *mitoyenneté* made under the common law. But in this, as in other matters, the convention of the parties, if not illicit, constitutes their law. (Art. 545 C.C.). Whether on the true construction of the deed of 1832 the title to the whole lane is common (*mitoyen*), or each party owns the half of it lying to his side of its central line, as the description in the conveyance would indicate, the wall in question has been declared *mitoyen* in explicit terms and it must, I think, be so treated as a whole, including its foundations. Foundations and a wall to the height of nine feet adequate to carry above it a *mitoyen* wall sufficient to meet the legal requirements of the plaintiffs are essential to the enjoyment of the right conferred by the deed. Both parties are interested in the foundations and lower wall and equity requires that they should bear equally the cost of their construction and maintenance. The only reasonable and fair inference from the instrument taken as a whole is that while the entire

wall was thereby made *mitoyen*, the right of the plaintiffs' predecessor in title to use it as such was restricted to the part of it above nine feet from the ground—a provision perhaps quite unusual in regard to *mitoyen* walls but not illegal and therefore within the power of contracting parties to make should they see fit. The use and the extent of (conventional) servitudes are determined according to the title which constitutes them. (Art. 545 C.C.).

Of course the height and length of the wall existing in 1832 would measure in those respects the extent of the plaintiffs' rights. The defendants may not be compelled to build a wall either higher or longer than that in which Hart gave to Woolsworth rights of *mitoyenneté*. (Arts. 522 and 558 C.C.). By the defendants' admission, however, the right as enjoyed by the plaintiffs' predecessor in 1908 was in conformity with that deed and may therefore be taken as the measure of what they are entitled to.

It is well established that the length of the party wall in 1908 was twenty-nine feet. The land on which it stood having since been expropriated by the city to a depth of 14 feet, 2 inches, no wall can be built on that portion of it. The plaintiffs' rights therein have been extinguished. (Art. 559 C.C.). But on the remaining portion, 14 feet, 10 inches in length, they continued, and to a party wall of that length and built on that land they are now confined.

I agree with my brother Brodeur that the case of *Delorme v. Cusson*(1), is readily distinguishable from that at bar which is neither a case of an improvement made in good faith under common error as to title nor of tacit acquiescence in the doing of an act, which the plaintiffs might have prevented, inconsistent with

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Anglin J.

(1) 28 Can. S.C.R. 66.

1919
 LAVIGNE
 v.
 NAULT.
 Anglin J.

the right they now assert. I also accept my learned brother's view that, notice not having been given the plaintiffs or their predecessor by the defendants of their intention to build the wall of which demolition is now sought and that wall being admittedly insufficient to serve as a party wall, the defendants must bear the expense of its removal to the extent necessary to permit of a proper party wall being constructed; and I agree in the detailed disposition which he suggests of the appeal in other respects.

BRODEUR J.—Il s'agit d'une action confessoire et en démolition instituée par l'appelante contre les intimés au sujet d'un mur qu'elle allègue être mitoyen.

Le litige porte surtout sur l'interprétation d'un contrat de vente par Moses Hart à Erastus Woolworth le 21 février 1832.

Moses Hart était alors propriétaire de tout le lopin de terre qui forme aujourd'hui les nos. 694 & 695 du cadastre de Trois-Rivières. Par l'acte de vente en question il a cédé ce qui forme le no. 694 à Woolworth et le terrain vendu y est décrit comme suit:—

Une part du lot de terre faisant le coin nord-ouest des rues du Platon et Notre-Dame et par derrière par une ligne qui sera tirée parallèlement à la dite rue Notre-Dame dans et par le milieu de la porte de cour actuellement existante sur la rue du Platon et ce depuis icelle jusqu'à la ligne de division entre le terrain sus vendu et le terrain de Pierre Deveau, tenant d'un côté au nord-est à la dite rue du Platon et d'autre côté au sud-ouest au dit Pierre Deveau avec une maison sus érigée.

Deux autres dispositions de cet acte de vente doivent être citées textuellement afin de connaître l'étendue de la servitude réclamée par l'appelante qui est aux droits de Woolworth. Elles se lisent comme suit:—

Il est convenu et arrêté entre les parties que Erastus Woolworth aura droit à *perpétuité* de bâtir, accoter contre et sur le mur en pierre

et en briques du pignon nord-ouest du magasin et maison du dit sieur vendant et érigée sur l'autre partie du dit lot de terre, lequel pignon sera mitoyen entre les parties.

Et il est de plus convenu et arrêté entre les parties qu'elles laisseront à toujours un passage de huit pieds de largeur et de neuf pieds de hauteur entre la maison du dit sieur vendant et celle déjà construite ou à construire du dit sieur acquéreur pour aller et communiquer dans leurs cours respectives, lequel passage sera mitoyen entre les parties, leurs hoirs et ayant cause à l'avenir.

Cet acte, il me semble, est assez clair. La propriété vendue s'étend pour le bas jusqu'au milieu de la porte de cour dans le passage mitoyen. Pour la partie supérieure du passage, elle s'étend jusqu'au mur de la maison de Hart, puisque ce dernier donne à son acheteur le droit d'appuyer sa bâtisse sur ce mur. De plus, le mur, quoiqu'il ne se trouve pas dans le bas aux extrémités des héritages respectifs, est déclaré mitoyen par les parties contractantes.

Nous avons donc une propriété qui pour neuf pieds de haut s'étend à quatre pieds du mur en question mais qui au delà des neuf pieds s'étend jusqu'au mur lui-même. Et afin qu'il n'y ait pas de doute sur la nature du droit de propriété du mur, on le déclare mitoyen, c'est-à-dire qu'ayant été construit par Hart seul, son voisin Woolsworth en acquiert de lui la communauté. Pothier, éd. Bugnet, vol. 4, no. 129, p. 313.

Woolsworth et ses ayants cause construisirent au-dessus du passage mitoyen et appuyèrent leurs bâtisses sur ce mur déclaré mitoyen. Le passage fut toujours conservé mitoyen.

En 1908 la ville de Trois-Rivières était presque entièrement incendiée; et, entr'autres bâtisses détruites se trouvaient les propriétés en question en cette cause.

Les intimés, qui étaient les propriétaires du terrain no. 695, rebâtirent leur maison ou magasin; et, dans la ligne de séparation, ils érigèrent un mur qui pouvait

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Brodeur J.

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Broseur J.

être suffisant pour eux mais certainement trop faible pour supporter l'édifice que l'appelante, qui est propriétaire du terrain Woolsworth, le no. 694, voudrait construire. Ils ont fait ce mur sans en avertir cette dernière qui est maintenant forcée de se pourvoir en justice pour faire reconnaître les droits qu'elle a dans ce mur mitoyen.

La Cour Supérieure et la Cour d'Appel (1) ont renvoyé l'action, mais pour des motifs différents.

La Cour Supérieure s'est basée sur le fait que le contrat de 1832 constituait une servitude établie par destination de père de famille et qu'elle n'avait pas la nature et l'étendue que l'article 551 du Code Civil exige pour ces servitudes.

La Cour d'Appel a également exprimé l'opinion que c'était une servitude établie par destination du père de famille, mais que les admissions des défendeurs dans leur plaidoyer avaient suppléé à l'insuffisance de précision de l'acte de 1832. Elle a renvoyé l'action en s'appuyant sur la cause de *Delorme v. Cusson* (2), parce que la demanderesse n'avait pas protesté quand les défendeurs avaient érigé le mur après l'incendie.

D'abord, est-ce bien là une servitude établie par la destination du père de famille? Je n'hésite pas à dire que non.

Qu'est-ce que la destination du père de famille? C'est le cas où celui qui possède deux héritages peut s'en servir de manière que l'un soit assujéti à l'autre. Cette disposition que fait un propriétaire peut devenir servitude lorsque les deux héritages cessent d'appartenir à la même personne. (Desgodets, *Bâtiments*, vol. 1er, page 298). Et alors, suivant l'article 551 du Code

(1) Q.R. 28 K.B. 14.

(2) 28 Can. S.C.R. 66.

Civil, la destination du père de famille, lorsqu'elle est par écrit et que la nature, l'étendue et la situation en sont spécifiées, constitue une servitude valable.

La servitude réclamée par l'appelante n'est pas le résultat d'une destination faite par Hart quand il était propriétaire des deux héritages; mais elle est consignée dans un acte entre Hart et l'acquéreur d'une partie de son terrain. Et alors ce serait une servitude conventionnelle ordinaire et non pas une servitude établie par la destination du père de famille. Les cours inférieures ont donc fait une erreur en classifiant la servitude en question en cette cause parmi les servitudes créées par la destination du père de famille.

Le mur originaire, qui était de pierre et de brique, était assez fort pour appuyer l'édifice de la demanderesse; mais il a été reconstruit, après l'incendie de 1908, en brique et en bois; et alors il est certainement trop faible, de l'aveu même des défendeurs, pour qu'on puisse y étayer la moindre poutre.

Les intimés ont voulu, lors de la plaidoirie, donner au mot *pignon* mentionné dans l'acte un sens trop restreint; et ils ont invoqué à cette fin le dictionnaire de Larousse, qui définit le mot *pignon* comme signifiant la partie supérieure et triangulaire d'un mur. Mais les termes mêmes de l'acte et la preuve démontrent que le terme *pignon* n'a pas rapport seulement à la partie supérieure et triangulaire du mur mais à tout le mur lui-même. Le mot a été employé dans son sens ordinaire et populaire. Ainsi, quand on parle du *pignon* nord ou sud d'une maison, on réfère à tout le mur qui se trouve du côté nord ou du côté sud de cette maison et non pas à la partie supérieure et triangulaire seulement de ce mur.

Quand il est dit dans l'acte que l'acquéreur pourra s'appuyer sur le mur du *pignon* nord-ouest du magasin,

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Brodeur J.

1919
 LAVIGNE
 v.
 NAULT.
 Brodeur J.

on voulait certainement dire tout le mur qui se trouvait du côté nord-ouest. Cette propriété avait, en effet, deux étages pleins et un toit triangulaire qui faisait le troisième étage. Alors comment l'acquéreur, qui avait le droit de bâtir au-dessus du passage à neuf pieds de terre aurait-il pu appuyer ses poutres sur le mur s'il ne pouvait utiliser que le pignon lui-même, qui se serait trouvé au moins dix pieds plus haut?

John Bourgeois est examiné sur la longueur du mur des défendeurs avant le feu, et sa réponse est comme suit:—

Le mur du *pignon* de la maison des défendeurs avait, avant le feu de 1908, vingt-neuf pieds.

Cette réponse bien simple d'un arpenteur et d'un ingénieur civil démontre bien clairement que le mur d'un pignon, dans la langage ordinaire, comprend non-seulement la partie supérieure et triangulaire mais aussi la partie inférieure.

Dans l'acte de 1832, quand on dit que le pignon sera mitoyen entre les parties, on entendait déclarer tout ce mur du côté nord-ouest comme étant mitoyen.

Quelle est l'effet de cette déclaration? C'est que ce mur est devenu la propriété des deux parties. Pothier, éd. Bugnet, vol. 4, no. 129, page 313.

Ce n'est plus la propriété exclusive de Hart et de ses ayants-cause, mais il est la propriété commune de Hart, de Woolsworth et de leurs ayants cause.

C'est d'ailleurs une stipulation bien rationnelle quand on songe que Woolsworth acquérait par sa vente le droit de bâtir à perpétuité et d'accoter contre et sur le mur, alors les parties ont voulu éviter tout doute en stipulant que ce mur serait mitoyen, quoiqu'il fût assis sur la propriété du vendeur seul.

S'il n'y avait pas eu cette stipulation de mitoyenneté, je crois que la demanderesse aurait pu forcer les défendeurs à reconstruire le mur à leurs frais et dépens.

En règle générale, le créancier d'une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et la conserver et ces ouvrages sont à ses frais, à moins que le titre constitutif de la servitude ne dise le contraire (arts. 553 and 554 C.C.).

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Brodeur J.

Je considère que la servitude stipulée dans les termes suivants:—

Erastus Woolsworth aura droit à perpétuité de bâtir, accoter contre et sur le mur en pierre et en briques du pignon nord-ouest du magasin et maison du dit sieur vendant

constitue non-seulement une servitude d'appui, mais une servitude de support.

Fournel, dans son traité du Voisinage, Vol. 2, page 444, dit que le droit de support est une obligation imposée au propriétaire voisin d'entretenir *perpétuellement* en bon état un mur.

Dans le contrat que nous avons à interpréter, les mots à *perpétuité* qui s'y trouvent sembleraient, à première vue, créer la servitude de support dont parle Fournel. Mais ces expressions rapprochées de la déclaration des parties que la mur sera mitoyen impliquent seulement qu'on a voulu incorporer les principes ordinaires de la mitoyenneté.

Ces principes se trouvent exposés dans les articles 510 et suivants du Code Civil. L'épaisseur du mur doit être de 18 pouces (art. 520 C.C.). Celui qui existait sur la propriété lors du contrat de 1832 et lors de l'incendie de 1908 était en pierre et en brique et on ne nous en a pas prouvé l'épaisseur. Mais il était assez fort pour soutenir une construction aussi élevée chez le voisin que celle qui existait alors. Quant à l'épaisseur, la demanderesse pourrait, en vertu de la loi, exiger 18 pouces, mais elle se contenterait de 16. Le mur érigé par les défendeurs depuis l'incendie n'a que onze pouces et a été fait en bois et en brique et

1919
 LAVIGNE.
 v.
 NAULT.
 Brodeur J.

est certainement trop faible pour que la demanderesse puisse y appuyer sa bâtisse. Ce mur devrait être démoli, du moins pour la partie où se trouvait l'ancien mur.

Maintenant qui devrait supporter les frais de cette démolition? C'est, suivant moi, les défendeurs.

En vertu de l'article 203 de la Coutume de Paris, qui est encore en force (art. 2613 C.C.), les défendeurs ne devaient pas réédifier ce mur sans appeler la demanderesse qui avait intérêt dans cette reconstruction. Et alors s'ils sont exposés à encourir les frais de démolition, ce n'est dû qu'à leur négligence.

Desgodets, Loi des Bâtiments, page 173, édition de 1777, dit:—

Si celui qui a fait bâtir le premier avait fait une cloison ou pan de bois de charpenterie au lieu d'un mur joignant sans moyen à l'héritage de son voisin, si le voisin voulait bâtir contre, il pourrait obliger le premier à démolir son pan de bois et à contribuer pour la part dont il serait tenu à reconstruire un mur *mitoyen* à frais communs, depuis le fond jusqu'à la hauteur de son héberge: et au cas que la fondation fût suffisante pour porter l'élévation du nouveau mur, celui qui voudrait adosser contre serait tenu d'en faire le remboursement à l'autre de moitié de sa valeur.

Dans une cause de *Sicotte v. Martin*(1), il a été décidé par la Cour Supérieure, présidée par l'honorable juge Archibald, et ce jugement a été confirmé par la Cour de Revision(2) composée des honorables juges Sir Melbourne Tait, Sir Henri Taschereau et Loranger, que si un propriétaire construit un mur insuffisant il peut être condamné à le démolir à ses frais.

Cette décision est conforme au principe énoncé dans l'article 203 de la Coutume de Paris, que j'ai mentionné plus haut.

Les intimés ayant reconstruit le mur sur lequel la demanderesse appuyait sa bâtisse, la servitude d'appui ou de support stipulée en faveur de la propriété de

(1) Q.R. 19 S.C. 292.

(2) Q.R. 20 S.C. 36.

cette dernière par l'acte de 1832 se continue (art. 522 C.C.). Demolombe, vol. 12, page 505, no. 973, dit:—

Pareillement le mur, la maison ou le bâtiment quelconque auquel étaient attachés des servitudes actives ou passives, après avoir été démoli ou détruit, est relevé. Les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison.

Il était du devoir des défendeurs, en reconstruisant leur mur, de le faire de façon à ce que la servitude d'appui stipulée dans l'acte de 1832 ne fût pas affectée et pût s'exercer. N'ayant pas accompli cette obligation, les défendeurs doivent en subir les conséquences. Pardessus, vol. 2, no. 295.

La cause de *Delorme v. Cusson*(1), invoquée par la cour d'appel n'est qu'un arrêt d'espèce qui ne saurait s'appliquer dans une cause où les faits sont différents. Il s'agissait dans cette cause de *Delorme v. Cusson*(1), d'une erreur commune dans laquelle les parties étaient tombées pour déterminer leur ligne de séparation: et on a appliqué les règles ordinaires qui régissent la matière de l'erreur. Il n'est pas question d'erreur dans la présente cause; mais les défendeurs, contrairement aux exigences de la loi, ont rebâti leur mur sans en avertir ceux qui étaient propriétaires dans le temps du terrain voisin.

Suivant moi, on devrait reconnaître par le jugement à intervenir.

1° que le mur qui était mentionné dans l'acte de 1832 était un mur mitoyen pour les nos. 694 and 695 du cadastre de Trois-Rivières;

2° que ce mur ayant été en partie détruit par l'incendie de 1908, sa reconstruction était à la charge des propriétaires des dits lots (art. 512 C.C.);

3° que le mur qui a été construit par les défendeurs devrait être démoli par les défendeurs pour la partie où se trouvait l'ancien mur et qu'à défaut par les

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
—
Brodeur J.
—

(1) 28 Can. S.C.R. 66.

1919
 LAVIGNE
 v.
 NAULT.
 Brodeur J.

défendeurs de faire cette démolition dans les quinze jours qui suivront la signification du jugement la demanderesse est autorisée de la faire aux frais et dépens des défendeurs;

4° que le mur soit reconstruit en brique aux frais et dépens des parties en cette cause avec une épaisseur de 16 pouces pour les deux premiers étages et de 12 pouces pour le troisième étage.

L'appel devrait donc être maintenu avec dépens de cette cour et des cours inférieures.

MIGNAULT J. (dissenting).—Il se soulève dans cette cause une intéressante question de droit d'appui ou de mitoyenneté, et l'appelante, qui réclame ce droit, invoque un titre qui remonte à près d'un siècle. Pour l'explication des faits de la cause il vaut mieux commencer par ce titre.

Il s'agit de la vente d'un emplacement dans la ville de Trois-Rivières par Moses Hart à Erastus Woolsworth, passé devant J. N. Badeaux et confrère, notaires, le 21 février, 1832. L'acte décrit assez vaguement la propriété vendue comme suit:

Une part du lot de terre situé en cette dite ville, faisant le coin nord-ouest des rues du Platon et Notre-Dame et par derrière, par une ligne qui sera tirée parallèlement à la dite rue Notre-Dame dans et par le milieu de la porte de cour actuellement existante sur le rue du Platon et ce depuis icelle jusqu'à la ligne de division entre le terrain sus vendu et le terrain de Pierre Deveau, tenant d'un côté au nord-est à la dite rue du Platon, et d'autre côté au sud-ouest au dit Pierre Deveau, avec une maison dessus érigée.

Et l'acte contient en outre les clauses qui suivent:—

Il est convenu et arrêté entre les parties que Erastus Woolsworth aura droit à perpétuité de bâtir, accoter contre et sur le mur en pierre et en briques du pignon nord-ouest du magasin et maison du dit sieur vendant et érigée sur l'autre partie du dit lot de terre, lequel pignon sera mitoyen entre les parties.

Et il est de plus convenu et arrêté entre les parties qu'elles laisseront à toujours un passage de huit pieds de largeur et de neuf pieds de hauteur entre la maison du dit sieur vendant et celle déjà construite ou à

construire du dit sieur acquéreur pour aller et communiquer dans leurs cours respectives, lequel passage sera mitoyen entre les parties, leurs hoirs et ayants cause à l'avenir.

Autant qu'on peut le juger par les énonciations de cet acte de vente, il y avait une maison sur le terrain vendu, mais il est impossible de dire si cette maison, telle qu'elle existait alors, appuyait sur le mur de la maison du vendeur. Et en supposant même qu'elle s'y appuyait, l'acheteur n'a acquis d'autre servitude d'appui que celle que lui confère l'acte de vente. Quant au terrain lui-même que Hart a vendu à Woolsworth, il s'étendait, d'après les indications de l'acte—mais ces indications manquent de précision—depuis la rue Notre-Dame jusqu'à

une ligne qui sera tirée parallèlement à la dite rue Notre-Dame dans et par le milieu de la porte de cour actuellement existante sur la rue du Platon et ce depuis icelle rue jusqu'à la ligne de division entre le terrain sus vendu et le terrain de Pierre Deveau.

En rapprochant cette description de celle du passage mitoyen, le terrain vendu par Hart paraît s'étendre depuis une ligne tirée par le milieu du passage mitoyen jusqu'à la rue Notre-Dame. C'est du reste ce qui ressort de la déclaration de l'appelante, où elle dit que James Dickson, un de ses auteurs, contribua pour moitié au passage mitoyen.

L'acte de vente par Hart à Woolsworth créait deux droits de servitude: 1^o le droit d'appui sur la maison de Hart; et 2^o le passage mitoyen. Cependant la série d'actes que produit l'appelante fait voir que le droit d'appui ou de mitoyenneté réclamé par cette dernière a été mentionné dans une vente du 8 octobre 1833 par Woolsworth à James Dickson, mais que les titres subséquents n'y font aucune allusion. Il appert, par la preuve, qu'avant 1908 la Banque d'Hochelaga avait une bâtisse à trois étages sur le terrain vendu par Hart à Woolsworth et sur un autre

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Mignault J.

1919
 LAVIGNE
 v.
 NAULT.
 Mignault J.

terrain en arrière, et que les intimés, successeurs de Hart, avaient une maison de deux étages avec pignon, sur lequel pignon, de l'aveu des intimés, la bâtisse de la banque s'appuyait. En 1908 arriva le grand incendie de Trois-Rivières, qui détruisit les deux bâtisses; et la municipalité en profita pour exproprier une lisière sur la rue du Platon et la rue Notre-Dame d'une largeur de dix-sept pieds, ne laissant que quatorze pieds environ du site de l'ancien mur de la maison qui, avant l'incendie, appartenait aux intimés. Depuis l'incendie, ces derniers ont construit sur leur propriété, celle qui appartenait à Hart, une maison en bois, briques et crépi dont le mur du côté des appelants ne peut, à raison de sa construction en bois et briques, servir comme un mur mitoyen. Le terrain de l'appelante, celui que Hart vendit à Woolsworth, n'a pas été bâti depuis l'incendie; cependant, d'après des indications assez vagues qu'on trouve dans la preuve, l'appelante aurait essayé de poser des piliers en béton dans le passage mitoyen pour appuyer une construction qu'elle se proposait d'ériger, mais sur une poursuite intentée contre elle par les intimés il aurait été décidé par la Cour Supérieure qu'elle n'en avait pas le droit. Ce jugement toutefois n'est pas invoqué comme chose jugée et l'honorable juge de première instance a refusé de le laisser produire à moins que ce ne fût comme autorité. Il se trouve au dossier, mais les parties n'ont pas jugé à propos de l'imprimer avec les autres documents de la cause.

L'appelante par son action demande qu'il soit déclaré qu'elle a un droit perpétuel de bâtir et accoter le mur d'un magasin qu'elle entend ériger sur son terrain contre et sur le pignon nord-ouest de l'édifice des intimés à partir d'une hauteur de neuf pieds jusqu'à la sommité du toit de cet édifice; qu'il soit

déclaré que ce pignon est mitoyen entre les parties; que, dans le délai qui sera fixé, les intimés soient condamnés à démolir à leurs frais le mur nord-ouest de leur édifice et à le remplacer à leurs frais jusqu'à la hauteur de neuf pieds par un autre d'une force et épaisseur suffisantes pour recevoir le mur de pignon de l'appelante, et qu'à partir de neuf pieds jusqu'à la sommité du toit de l'édifice des intimés, le mur soit remplacé à frais communs par un mur d'une force et épaisseur suffisantes pour assurer à l'appelante l'exercice de sa servitude de pignon; enfin qu'à défaut par les intimés d'exécuter le jugement à être rendu contre eux, l'appelante soit autorisée à le faire aux risques, frais et péril des intimés.

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Mignault J.

Cette action a été contestée par les intimés, qu'ont réussi dans les deux cours, et l'appelante nous demande d'infirmier les jugements rendus contre elle

En première instance, l'honorable juge Drouin s'est basé sur le fait que les actes subséquents à la vente par Woolsworth à Dickson (8 octobre 1833) ne mentionnent nullement les droits de servitude et mitoyenneté réclamés par l'appelante et qu'aucune inscription de ces droits n'a été enregistrée sur la propriété des intimés. Il a exprimé l'opinion qu'il s'agit ici d'une servitude constituée par destination du père de famille, laquelle servitude n'est pas désignée à l'acte comme l'exige l'article 551 du code civil. Le savant juge n'a trouvé dans la preuve rien qui indique d'une manière certaine que l'édifice qui existait avant l'incendie sur la propriété de l'appelante appuyait sur celui érigé alors sur le terrain des intimés.

Le cour d'appel (Lavergne, Cross, Carroll et Pelletier, JJ.)(1), a également vu dans la servitude

(1) Q.R. 28 K.B. 14.

1919.
LAVIGNE
v.
NAULT.
Mignault J.

dont il s'agit une servitude créée par destination du père de famille, mais elle était d'opinion que les termes de l'acte sont trop vagues pour la constituer. Se basant cependant sur l'aveu des intimés dans leur plaidoyer qu'avant l'incendie l'édifice des auteurs de l'appelante appuyait sur l'édifice des intimés, conformément au droit de servitude dont il est question en cette cause, elle arriva à la conclusion que les parties avaient suppléé à ce qui manquait dans l'acte constitutif pour créer la servitude par destination du père de famille. Toutefois la cour d'appel, sous l'autorité de la décision de cette cour dans la cause de *Delorme v. Cusson*(1), a renvoyé l'action de l'appelante pour le motif que celle-ci avait laissé les intimés reconstruire leur maison après l'incendie, sans prétendre qu'elle avait le droit de s'y appuyer, et que maintenant elle ne devrait pas être écoutée à en demander la démolition.

Le juge Cross n'a pas partagé cette opinion. Il était d'avis de permettre à l'appelante de démolir et reconstruire, à ses frais, la partie du mur des intimés qui se trouve sur le site de l'ancien mur.

Malgré l'opinion contraire de la cour supérieure et de la cour d'appel, je ne trouve rien dans l'espèce qui ressemble à la servitude par destination du père de famille. Cette destination consiste en la disposition ou arrangement que fait le propriétaire de deux fonds ou même d'un seul fonds, au moyen de quoi l'un de ces fonds ou une partie d'un fonds est destiné au service de l'autre. A certaines conditions énumérées par l'article 551 C.C., cette destination vaut titre. Ici rien ne fait voir qu'il existait; lors de la vente de 1832, la disposition requise pour la destination du père de famille. Du reste, il y a un titre exprès créant une servitude conventionnelle, et il serait bien oisif de se demander si,

(1) 28 Can. S.C.R. 66.

en l'absence d'un tel titre, on aurait pu prétendre qu'il y avait destination du père de famille, dont le seul but est de suppléer au titre qu'exige la loi.

Tout ce qu'il y a ici donc, c'est la création d'une servitude ordinaire d'appui et de passage. Le passage mitoyen n'est pas en question dans cette cause et il ne s'agit que du droit d'appui, créé conventionnellement, et qu'on doit soigneusement distinguer de la servitude légale de mitoyenneté. Cette dernière espèce de servitude existe sans convention et en vertu de la loi seule, et elle suppose nécessairement que les deux terrains sont contigus et que le mur a été construit sur la ligne de séparation entre ces terrains. Si, comme les titres l'indiquent, les terrains des parties sont séparés par le passage mitoyen dont elles paraissent avoir fourni chacune la moitié, il n'existe aucun droit de mitoyenneté, en vertu de la loi, sur un mur qui se trouverait construit entièrement sur le terrain des intimés, mais en bordure du passage mitoyen qui sépare les deux immeubles.

Cependant le droit d'appui sur la maison de Hart a pu très bien être accordé conventionnellement par ce dernier, avec le droit de bâtir au-dessus du passage mitoyen, et telle a été à mon avis la convention des parties. Ce droit d'appui est une véritable servitude conventionnelle. Il faut toutefois avoir égard aux termes par lesquels cette servitude conventionnelle a été créée. L'acte déclare que

Erastus Woolsworth aura droit à perpétuité de bâtir, accoter contre et sur le mur en pierre et en briques du pignon nord-ouest du magasin et maison du dit sieur vendant et érigée sur l'autre partie du dit lot de terre, lequel pignon sera mitoyen entre les parties.

Woolsworth a acquis le droit à perpétuité de bâtir et accoter sur le mur du *pignon* du magasin et maison de Hart, et c'est ce *pignon* qu'on déclare mitoyen entre les parties. Or le mot *pignon* est défini comme la

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Mignault J.

1919

LAVIGNE

v.

NAULT.

Mignault J.

partie supérieure d'un mur qui se termine en pointe et dont le sommet porte le bout du faitage d'un comble à deux égouts. (Nouveau Larousse, vo. Pignon.)

On objecte cependant que, d'après le sens populaire du mot "pignon" dans la province de Québec, ce mot s'entend de tout le mur latéral d'un édifice, et non pas seulement de la partie supérieure de ce mur. En supposant qu'il en serait ainsi, et la preuve est silencieuse à cet égard, je ne puis arriver à la conclusion que les parties aient envisagé, comme le mur de pignon qui était sujet à la servitude et était déclaré mitoyen, autre chose que la portion supérieure du mur latéral de Hart à partir de neuf pieds du sol. Toute la déclaration de l'appelante le démontre. Elle veut que les intimés reconstruisent à leurs frais la partie de ce mur depuis les fondations jusqu'à la hauteur de neuf pieds du sol, et qu'à partir de cette hauteur le mur de pignon soit construit à frais communs, alors que si tout le mur latéral était mitoyen toute cette reconstruction serait à frais communs. Je cite les paragraphes 47 et 48 de sa déclaration :

47. Qu'elle (l'appelante) est encore en droit d'exiger d'eux qu'ils remplacent à leurs frais et jusqu'à la hauteur de neuf pieds le dit mur par un autre de force et d'épaisseur suffisante *pour recevoir le mur de pignon.*

48. Qu'à partir de neuf pieds jusqu'à la sommité de leur édifice, les défendeurs construisent à frais communs avec la demanderesse *un mur de pignon* qui assure à la dite demanderesse l'exercice de sa dite servitude de pignon telle que décrite au paragraphe 5 de la présente déclaration.

(Ce paragraphe 5 rapporte les termes mêmes de l'acte de vente entre Hart et Woolsworth.)

Donc ce que l'appelante entend par "mur de pignon", objet de la servitude et déclaré mitoyen par l'acte de vente de Hart à Woolsworth, c'est la portion supérieure du mur latéral à partir d'une hauteur de neuf pieds du sol et non pas tout ce mur latéral.

Il ne peut, il me semble, rester l'ombre d'un doute quant à l'interprétation plutôt restrictive qu'extensive que l'appelante donne au mot "pignon" quand on aura lu ce qu'elle dit elle-même dans son factum que je cite textuellement:—

The contract of 1832 declared that *Woolsworth's mitoyenneté in the respondents' northwest wall only began at the height of 9 feet* because it was set out in the convention entered into between the parties that there should always exist between their buildings a mitoyen passage 8 feet in width and 9 feet in height. *The mitoyenneté only beginning at a height of 9 feet it follows that up to that height the wall is not mitoyen* and should, as in the case of all non-mitoyen walls, be built at the sole expense of the party to whom it belongs.

Je dois donc refuser pour ma part d'écarter le sens que les lexicographes et l'appelante elle-même donnent au mot "pignon" pour un sens soi-disant populaire et ordinaire, et j'entends par le pignon, qui était sujet au droit d'appui et mitoyen entre les parties, la portion supérieure du mur latéral de Hart à partir d'une hauteur de neuf pieds du sol. En décider autrement serait entièrement refaire la demande de l'appelante.

Il est par conséquent bien clair que le droit conventionnel de mitoyenneté légale dont il s'agit se restreint au mur de pignon de Hart commençant à une hauteur de neuf pieds du sol. Nous sommes donc loin des conditions de la mitoyenneté qui implique la co-propriété du mur depuis les fondations jusqu'à l'héberge (art. 510 C.C.), (c'est-à-dire jusqu'à la ligne de la hauteur de l'édifice le moins élevé, lorsque les deux édifices sont de hauteur inégale), et aussi la copropriété du sol sur lequel le mur est assis. Ici il y a copropriété et mitoyenneté du pignon seulement, et non du mur entier ou de ses assises, et cela à partir d'une hauteur de neuf pieds du sol seulement.

Cela étant, j'arrive à la conclusion que le droit accordé à Woolsworth, bien que ce droit soit qualifié de perpétuel, était le droit de s'appuyer sur le pignon

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Mignault J.

1919
 LAVIGNE
 v.
 NAULT.
 Mignault J.

d'une maison désignée comme actuellement existante lors de la passation de l'acte de vente, et non pas, comme on aurait pu le dire, le droit de s'appuyer sur tout mur ou édifice qui pourrait être construit sur le terrain de Hart, et le pignon seul à partir de neuf pieds du sol était mitoyen entre les parties. Ce droit de servitude, qui avait pour objet ce pignon, ne pouvait s'exercer que tant que le pignon subsistait lui-même. Si ce pignon, objet de ce droit de servitude, venait à périr par cas fortuit, le droit de servitude cessait (art. 559 C.C.), car tout droit, perpétuel ou non, cesse lorsque son objet n'existe plus (art. 1200 C.C.).

Je ne perds pas de vue la disposition de l'article 522 C.C., mais cet article laisse encore à déterminer si les parties dans l'espèce ont réellement voulu créer un droit de servitude qui devait subsister plus longtemps que l'objet sur lequel ce droit devait s'exercer, et je ne crois pas qu'elles aient eu cette intention.

Or, le mur de pignon et toute la maison de Hart, ainsi que la bâtisse qui s'y appuyait, ont été détruits dans l'incendie de 1908, ce qui évidemment est un cas fortuit. Le droit accordé à Woolsworth se trouvant dès lors sans objet a cessé de pouvoir s'exercer, et les ayants cause de Hart n'étaient pas obligés de reconstruire leur maison, car, en matière de servitude, l'obligation du fonds servant est passive, ce qu'on exprimait autrefois par la maxime: *servitutum non ea natura est ut quis aliquid faciat sed ut patiatur et non faciat.*

Il est vrai que les intimés ont bâti une maison dont le mur latéral se trouve en partie seulement sur l'emplacement de l'ancien mur, mais on ne peut dire avec l'article 560 C.C. que

les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user,

car l'appelante allègue que le mur de la nouvelle maison

ne peut servir de mur mitoyen. Et pour cette même raison elle veut forcer les intimés à reconstruire à leurs frais le mur de leur maison jusqu'à la hauteur de neuf pieds du sol, de manière qu'il puisse supporter le poids de la construction que l'appelante veut ériger. Si, après l'incendie, l'appelante ne pouvait forcer les intimés à reconstruire leur mur, je crois qu'elle ne peut les obliger à démolir et à refaire le mur qu'ils ont bâti, pour la raison que ce mur ne suffirait pas comme mur d'appui pour la construction de l'appelante.

L'appelante donc se trouve dans cette situation que le droit de mitoyenneté qu'elle invoque ne peut plus s'exercer, et elle n'est pas dans les conditions de la mitoyenneté légale, car son terrain n'est pas contigu au site de l'ancien mur. Son action, avec les conclusions qu'elle renferme, manque absolument, à mon avis, de base juridique.

Pour ces motifs—et sans décider si le défaut de mention dans les actes subséquents du droit d'appui en question et le défaut d'enregistrement de la servitude ont rendu cette servitude inopposable aux intimées—je suis d'avis de renvoyer l'appel de l'appelante avec dépens.

Je n'exprime aucune opinion quant au motif sur lequel la cour d'appel se base en s'appuyant sur la décision de cette cour dans la cause de *Delorme v. Cusson*(1). Cette décision ne me paraît qu'un arrêt d'espèce que l'on aurait tort de vouloir ériger en arrêt de principe.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: *Fortunat Lord.*

Solicitors for the respondents: *Duplessis & Langlois.*

1919
LAVIGNE
v.
NAULT.
Mignault J.

(1) 28 Can. S.C.R. 66.