

ANNIE BARRETT THOMPSON (DE- } APPELLANT; 1908  
\*Oct. 29, 30.  
\*Nov. 10.  
FENDANT).....

AND

ARTHUR SIMARD (PLAINTIFF).....RESPONDENT.

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

*Servitude—Construction of deed—Purchase of dominant and servient tenements—Unity of ownership—Extinction of servitude—Revival by sale of dominant tenement—Effect of sheriff's sale—Purgation of apparent servitude—Reference to former deed creating charge—Lost deed—Evidence.*

By the judgment appealed from (Q.R. 18 K.B. 24), reversing the judgment of the Superior Court (Q.R. 32 S.C. 289), it was held that (1) Where the purchaser of two parcels of land upon one of which there existed a servitude for the benefit of the other, that was extinguished by the unity of ownership thus restored, executes a deed of sale of the former, subject to the servitude as constituted by the original title deed to which it made reference, such deed of sale in turn becomes a title which revives the servitude; (2) The situation of a servitude giving a right of passage, which has not been defined in the title by which it was created, is sufficiently determined by the description given of its position, accompanied by a plan, in a deed of compromise between the owners of the two parcels of land submitting their differences in regard to the servitude to the decision of an arbitrator; (3) Both before and since the promulgation of the Civil Code, apparent servitudes are not purged by adjudication on a sale by the sheriff under a writ of execution.

On appeal to the Supreme Court of Canada the judgment appealed from was affirmed.

**A**PPEAL from the judgment of the Court of King's Bench, appeal side(1), which reversed the judgment of the Superior Court, District of Quebec(2), and maintained the plaintiff's action with costs.

\*PRESENT:—Sir Charles Fitzpatrick C.J. and Girouard, Davies, Idington and Maclellan J.J.

(1) Q.R. 18 K.B. 24.

(2) Q.R. 32 S.C. 289.

1908  
 THOMPSON  
 v.  
 SIMARD.

The circumstances of the case are stated in the judgment of Mr. Justice Girouard, now reported.

*J. N. Belleau K.C.* and *G. G. Stuart K.C.* for the appellant.

*C. E. Dorion K.C.* for the respondent.

THE CHIEF JUSTICE.—I am of opinion that the judgment of the Court of King's Bench ought to be affirmed and this appeal dismissed with costs for the reasons given by Mr. Justice Cimon in that court.

GIROUARD J.—Cet appel soulève d'intéressantes questions de servitude de passage différemment jugées par les tribunaux inférieurs; d'abord par la cour supérieure du District de Québec en faveur de l'appellante et ensuite par la cour d'appel en faveur de l'intimé. Nous avons les notes des juges des deux cours, très élaborées et contenant un résumé complet des faits de la cause et des questions de droit qui furent soulevées devant eux. Tous les juges admettent que le 10 juin, 1817, il a été passé un acte entre Joseph Lépine et John Boyd établissant une servitude entre deux lots de ville contigus sur la rue d'Auteuil, en la cité de Québec, savoir une servitude de passage sur le lot maintenant connu sous le no. 2686 comme fonds servant au profit du lot 2685 comme fonds dominant. L'acte qui contient cette servitude a été passé devant notaire; mais la minute en est disparue et il n'existe, paraît-il, aucune copie. Dans presque tous les actes de mutation qui suivent, et ils sont nombreux, référence est faite à cet acte de la manière la plus formelle, mais d'une manière générale, à peu près dans les

termes suivants, que je reproduis; d'abord l'acte de vente du dit Lépine et de son épouse à John Phillips du lot 2685 à la date du 8 novembre, 1830 :

1908  
THOMPSON  
v.  
SIMARD.

Avec en outre tous les droits généralement quelconques que les dits vendeurs peuvent avoir et prétendre, leur résultant de l'acte d'accord et conventions fait entre eux et le dit sieur John Boyd, passé devant Mtre. Bélanger, notaire, en date du dix juin, mil huit cent dix-sept, et auquel le dit acquéreur sera tenu de se conformer strictement.

Girouard J.

Puis l'acte de vente de Charles Smith, junior, qui a acquis le lot 2686, à la date du 21 janvier, 1840 :

And also subject to all and singular the charges, clauses and conditions mentioned and expressed in a certain deed made between the said Joseph Lépine and John Boyd, passed before Jean Bélanger and colleague, notaries, the tenth of June, one thousand eight hundred and seventeen, respecting the common passage existing between the said lot of ground hereby sold and the one remaining to the said John Phillips, to which deed the said Ann Sprowles, her heirs and assigns, shall conform in every respect.

Enfin l'acte de vente du même lot du 10 mars, 1842, par Mme. Sprowles à Wm. Booth :

subject also by the said purchaser to the observance of all conditions and obligations of a certain deed of agreement entered into between the said Joseph Lépine and John Boyd, passed before Mtre. J. Bélanger and colleague, notaries, at Quebec on the tenth day of June, one thousand eight hundred and seventeen, and which related to the common wall and passage between the property hereby sold and that of the said John Phillips adjoining thereto.

Le savant juge qui a rendu le jugement de la cour de première instance a été d'opinion que ces reconnaissances étaient trop vagues et ne rencontraient pas les exigences des articles 545, 549, 550, 551 et 1213 du code civil de Québec. En supposant que ce dernier article s'applique, la doctrine contraire semble prévaloir; Baudry-Lacantinerie, Dr. C. t. 5, n. 1095, p. 3; Gilbert sur Sirey, C.C. art. 695, n. 2; il n'exige pas que toutes les particularités d'une servitude soient par

1908  
 THOMPSON  
 v.  
 SIMARD.  
 Girouard J.

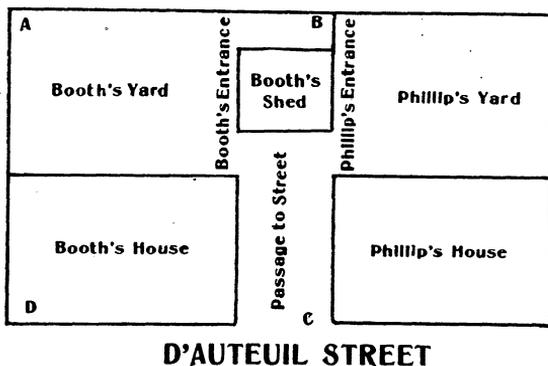
écrit; il suffit que la substance du titre primordial soit donnée, ce qui pourra être prouvé par un commencement de preuve par écrit, d'autres documents, la possession immémoriale et la preuve orale. Presque toutes les reconnaissances de la servitude portent que c'est un droit de passage sur un des lots au profit de l'autre, situés sur la rue d'Auteuil; voilà la substance: le doute n'est pas possible là-dessus: par conséquent la nature et la situation de la servitude sont spécifiées dans ces reconnaissances. Reste l'étendue qui ne l'est pas: mais ne l'est-elle pas, et particulièrement la situation, au plan et au compromis signés par Julia Healy et H. J. Noad, propriétaires respectifs des deux lots à la date du 29 novembre, 1852, le propriétaire du lot servant prétendant que l'ayant acheté au shérif il était libre de la servitude, le propriétaire du lot dominant soutenant au contraire qu'étant une servitude apparente par la porte de sortie de la cour de Phillips au passage et à la rue d'Auteuil et *vice versa*, visible sur le plan et les lieux, elle n'était pas purgée par le décret. C'est le seul point qui fut soumis à M. Black, un éminent conseil de la reine, qui devint plus tard juge à l'amirauté à Québec. M. Black décida en faveur de la servitude et le principe qu'il a adopté a depuis été consacré par notre Code de Procédure Civile, art. 780 et 781.

Cette opinion de M. Black n'est d'aucune importance dans cette cause et il importe peu de savoir si elle a été signifiée aux parties au désir du compromis, bien que sa production par le demandeur fasse présumer qu'elle le fut. Quand bien même cette opinion n'existerait pas, le résultat serait le même. Nous trouverons toujours dans l'acte de compromis et le plan qui y est tracé la reconnaissance complète de l'existence de la servitude. On lit dans le compromis:

The proprietor, Mrs. Healey, of the lot on the south side, viz., Phillips's lot, now pretends and claims the right of passage and asserts that this right of passage, being a servitude visible, it was not incumbent upon her to oppose by an *opposition à fin de charge* in order to preserve her right; whereas Mr. Noad, the present owner, pretends that the lot of ground purchased by him has been purged of the said servitude by the sale thereof to him by the sheriff, in virtue of the process issued in that behalf, and that the said servitude is not a servitude visible, as it exists in the user of it.

The foregoing case we submit for your consideration and request your opinion on the following subjects: 1st, whether the said servitude is one known as a servitude visible; 2ndly, whether such servitude has been lost to the proprietor hereof by failing to file an opposition to conserve such servitude; and 3rdly, whether the lot purchased at sheriff's sale without notice of such servitude is purged of and freed from the said right of passage by such sale.

Voici le plan du passage tracé dans le même document:



From D to C 25 Feet

From A to D 99 Feet

Quant à l'étendue il n'est pas nécessaire qu'elle soit décrite par le nombre de pieds de largeur et de profondeur ou hauteur.

Le passage aura l'étendue dont il est capable tel que délimité au plan.

La cour d'appel a jugé que tous ces documents

1908  
 THOMPSON  
 v.  
 SIMARD.  
 ———  
 Girouard J.  
 ———

1908  
 THOMPSON  
 v.  
 SIMARD.  
 ———  
 Girouard J.  
 ———

établissent la servitude en question conformément au code, qui seul fut invoqué par les parties, et nous croyons qu'elle a eu raison. La savante analyse que M. le juge Cimon a faite de la cause me dispense de plus de commentaires sur ce premier point. J'ajouterai quelques remarques sur le droit qui nous régit en cette matière qui formeront le deuxième point de la cause, car je crois que cette cause doit être décidée d'après le droit antérieur au code, à l'exception des lois d'enregistrement.

Notre code reproduit avec quelques variations la coutume de Paris aux articles 186, 215 et 216, semblables aux articles 225, 227 et 228 de la coutume d'Orléans. Il faut bien remarquer qu'aux dates de la passation de tous les actes en question c'était la coutume de Paris qui déterminait les droits des parties et le code ne peut recevoir d'application qu'en autant qu'il exprime l'ancien droit. Or, il existe une grande différence entre l'article 216 de la coutume et l'article 551 du code. La coutume n'exige pas ici que la destination du père de famille soit par écrit, c'est-à-dire que l'écrit soit produit, mais seulement qu'il a été par écrit; voilà tout et si l'écrit était perdu la preuve pouvait s'en faire, comme dans les cas ordinaires. Ici nous avons la preuve écrite émanant de plusieurs auteurs de l'appelante que l'écrit a existé. Ce qui nous intéresse le plus, c'est que la coutume n'exige pas, comme le code, que "la nature, l'étendue et la situation" soient spécifiées. L'article 216 dit :

Destination du père de famille vaut titre, quand elle est ou a été par écrit et non autrement.

Le droit romain contient plusieurs lois sur la destination du père de famille que les auteurs ont interprétées de différentes manières. Pothier, "Pandectes de

Justinien," t. 4, p. 267, n. XXII., et Toullier, t. 3, n. 612, sont d'opinion que ces lois exigent que la servitude soit "nominément réservée," tandis que Gilbert sur Sirey et Dard, code civil, art. 694, indiquent les lois romaines comme étant la source de cet article du code Napoléon qui dispense de toute mention de la servitude si elle est apparente. Voici le texte :

1908  
 THOMPSON  
 v.  
 SIMARD.  
 Girouard J.

Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispense de l'un des héritages sans que la contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné;

et Toullier, t. 3, n. 612, ajoute :

Soit que les signes de servitude existassent avant la réunion des deux héritages dans la main du même propriétaire, soit qu'il les eût établis depuis cette réunion.

Or voici comment Pothier commente l'article 228 de la coutume d'Orléans, semblable à l'article 216 de la coutume de Paris, et l'on verra de suite que l'article 694 n'a fait que sanctionner la doctrine de Pothier :

Lorsque deux héritages, (dit-il), appartiennent au même maître, le service que l'un tire de l'autre, comme lorsqu'une maison a une vue ou un égout sur l'autre, n'est pas servitude, "*quia res sua nemini servit*": L. 26, ff. de servit., pr. rust., c'est destination du père de famille. Si par la suite ces deux maisons viennent à appartenir à différents maîtres, soit par l'aliénation que le propriétaire fera de l'une de ses maisons, ou par le partage qui se fera entre les héritiers, le service que l'une des maisons tire de l'autre, qui était destination du père de famille, lorsqu'elles appartenaient au même maître, devient un droit de servitude que le propriétaire de cette maison a sur la maison voisine de qui la sienne tire ce service, sans qu'il soit besoin que par l'aliénation qui a été faite de l'une de ses maisons, ou par le partage, cette servitude ait été expressément constituée. La raison est que la maison qui a été aliénée est censée l'avoir été en l'état qu'elle se trouvait; et pareillement que lorsqu'elles ont été partagées, elles sont censées l'avoir été telles et en l'état qu'elles se trouvaient; et par conséquent l'une comme ayant la vue, l'égout, etc., sur l'autre, et l'autre comme souffrant cette vue, cet égout, etc.; ce qui suffit pour établir la servitude. C'est

1908

THOMPSON

v.

SIMARD.

Girouard J.

ce que signifie notre coutume par ces termes, *destination de père de famille vaut titre*.

Pothier ajoute que quand la coutume parle *d'écrit* cela doit s'entendre de la preuve littéraire que la servitude existait dès le temps que les deux maisons appartenaient au même maître, "ce qui," ajoute-t-il,

peut s'établir par le marché par écrit qui aurait été fait pour la construction, par les quittances des ouvriers, ou par quelque acte qui contiendrait une description de ces maisons dans laquelle la fenêtre ou l'égout seraient énoncés.

La preuve qu'a faite l'intimé est bien plus forte. Il a produit l'acte de vente du 3 juillet, 1839, passé devant Mtre. Panet, notaire, par lequel John Phillips, l'acquéreur de Lépine et devenu aussi depuis propriétaire de l'autre lot, a vendu le lot 2686 à Charles Smith, Jr., sujet à la clause suivante :

Subject also to all and singular the charges, clauses and conditions mentioned and expressed in a certain deed made between the said Joseph Lépine and John Boyd, passed before J. Bélanger and colleague, notaries public, the 10th of June, 1817, respecting the common passage existing between the said lot of ground now ceded and the one remaining, to the said John Phillips, to which the said Charles Smith, junior, his heirs and assigns shall conform in every respect.

Cette reconnaissance établit hors de tout doute que le passage existait lorsque Phillips était propriétaire des deux lots et le plan et le compromis plus haut mentionnés établissent la situation et l'étendue de ce passage. L'intimé se trouve donc dans le cas pourvu par les interprètes les plus exigeants du droit romain. Or le droit romain, c'est le droit commun de la province de Québec en l'absence de dispositions spéciales.

Enfin, s'il nous est permis de suivre l'opinion de Pothier sur les coutumes d'Orléans et de Paris, il ne serait pas même nécessaire que la servitude aît été expressément constituée par le propriétaire des deux

héritages. Il ne faut pas croire que cette opinion est isolée. Elle formait la règle de droit adoptée par la majorité des commentateurs de la coutume, qui faisait autorité avant le code Napoléon, et par conséquent, avant notre code. Dard., art. 694, réfère à Merlin, "Servitude," par. 19, nos. 2 and 3. C'est aussi le sentiment de LeCamus d'Houlouvre, "Coutume du Boulonnais," t. 1er., p. 342; Rousseau de la Combe, "Jurisprudence," *vo.* "Servitude," sec. II., n. 2, p. 206. Puis je trouve au répertoire de Guyot, "Servitude" (éd. 1783), vol. 58, p. 288 et suivantes, une longue étude sur le sujet, où la doctrine et la jurisprudence sont savamment examinées et discutées. En commençant, à la page 289, l'auteur observe que

lorsque la servitude est désignée par son espèce particulière, il n'y a pas de difficulté à la confirmer.

A la page 291, il cite une opinion de Goupy en réponse à DesGodets où ce commentateur observe :

Il en est de même du droit de passage. Si le propriétaire en question avait vendu une des deux maisons, avec charge d'un passage de porte cochère dans le corps du logis sur la rue, c'est-à-dire si c'est au milieu ou sur les côtés; je ne pense pas que ce vendeur, faute d'une plus exacte désignation, fût privé du droit de passage.

Enfin on apprend au répertoire de Guyot qu'Auzanet et deLamoignon sont du même avis si la servitude est apparente, et qu'un arrêt du 29 mars, 1760, a jugé dans le même sens. Puis l'auteur reproduit l'opinion de Pothier sur l'article 228 de la coutume d'Orléans, citée plus haut, et la fait suivre de l'approbation suivante :

Mais si ces servitudes existaient déjà lorsque les deux maisons étaient dans ses mains (sinon comme servitudes, au moins comme destination de père de famille), il suffit pour les conserver, soit par lui-même, soit par l'acquéreur quand il a vendu l'une des deux maisons, soit par ses héritiers ou ses légataires lorsqu'ils en font

1908  
 THOMPSON  
 v.  
 SIMARD.  
 Girouard J.

1908  
 THOMPSON  
 v.  
 SIMARD.  
 ———  
 Girouard J.

le partage, qu'il y ait une preuve par écrit de l'existence de ces arrangements de famille, pour qu'ils forment de véritables servitudes, quand bien même il n'en serait rien dit dans le contrat, le testament ou le partage qui a mis les deux maisons dans des mains différentes.

A plus forte raison n'est-il pas nécessaire que la servitude soit spécifiée de la manière prescrite par l'article 215 de la coutume de Paris.

Il semble bien constant qu'il n'y a pas de différence substantielle entre l'ancien droit et l'article 694 du code Napoléon. Les codificateurs canadiens n'ont pas reproduit cet article; ils n'en parlent même pas et ils ont omis de nous donner la raison de leur silence. Cependant cet article n'a fait que reproduire l'ancien droit qui doit l'emporter sur le code, vu que les transactions dont il s'agit ont eu lieu avant le code; et même si elles avaient eu lieu depuis, ce serait la loi qui gouvernerait en l'absence de dispositions au code. (C.C. art. 2613). Il me semble que l'article 2078 de ce code consacre le même principe lorsqu'il y a un délaissement sur une action hypothécaire. Cet article dit:

2078. Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble au temps de l'acquisition qu'il en a faite, ou qu'il a éteints durant sa possession, renaissent après le délaissement.

Voir Laurent, t. 8, n. 302. C'est aussi la règle qui est consacrée par l'article 560.

En résumé nous sommes d'avis qu'il y a preuve du droit de passage réclamé par l'intimé, d'abord par les reconnaissances de l'acte primordial de la servitude de 1817, complétées par le dit plan et le dit compromis entre Noad et Healey en 1852: servitude qui est devenue éteinte par la confusion qui a résulté du fait que Phillips est devenu propriétaire des deux lots (C.C. art. 561); mais qui, étant apparente, revit dès le moment que le dit Phillips l'a vendu à un tiers; c'est la disposition de l'ancien droit qui ne fut pas invoquée

nonobstant nos observations lors de la plaidoirie orale devant nous, mais que nous ne pouvons ignorer.

Puis enfin on ne peut raisonnablement nier, comme la cour d'appel l'a décidé, et pour des raisons que j'approuve, que la clause de servitude contenue dans l'acte de vente du 3 juillet, 1839, par Phillips à Charles Smith, Jr., supplémentée par les autres preuves que nous avons signalées, ne fasse preuve complète de l'existence de la servitude en question d'après le code, et j'ajouterai avec encore plus de raison d'après l'ancien droit antérieur au code.

Je n'ai rien dit d'une ou deux objections qui ont été faites de la part de l'appelant; savoir l'une le défaut d'enregistrement du compromis et du plan; enregistrement qui n'est pas nécessaire aux termes de l'article 2116a du code civil, puisque la servitude est apparente; et l'autre que l'usage fait du passage en question n'était que de simple tolérance et de bon voisinage; prétension que l'existence d'un titre à la servitude repousse évidemment. Il en est de même du plaidoyer de prescription par non-usage de trente ans qui n'est pas établi. Il est en preuve au contraire que la servitude de ce passage a été exercée depuis un temps immémorial. Sans titre, cette possession serait insuffisante; mais elle peut servir à l'interpréter et même le compléter. Pigeau, "Procédure Civile," t. 1er., p. 226 (éd. 1787), dit:

C'est une maxime que *in antiquis enunciativa probant*; par exemple, dans la coutume de Paris et nombre d'autres, il n'y a pas de servitudes sans titre; supposez cependant que ma maison ait un droit de passage par la maison voisine, que je ne représente pas le titre qui me les donne, mais qu'il y ait dans les titres de propriété de ma maison, une énonciation de ce droit, cette énonciation, jointe à une possession de trente années, fait présumer contre le propriétaire de cette maison voisine, qu'il y a eu un titre.

1908  
 THOMPSON  
 v.  
 SIMARD.  
 Girouard J.

1908  
THOMPSON  
v.  
SIMARD.  
Girouard J.

C'est d'ailleurs ce que la doctrine et la jurisprudence enseignent, par exemple un arrêt de cette cour dans la cause de *La Commune de Berthier v. Denis* (1), où un grand nombre d'autorités sont citées.

Pour toutes ces raisons l'appel doit être renvoyé avec dépens.

DAVIES, IDINGTON and MACLENNAN JJ. agreed that the appeal should be dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

Solicitors for the appellant: *Pentland, Stuart & Brodie.*

Solicitors for the respondent: *Dorion & Marchand.*