

1893 LAWRENCE G. MACDONALD }
 (INTERVENANT)..... } APPELLANTS;
 *Mar. 15, 16. AND
 *May 1. WILLIAM CULLY (DEFENDANT) }

AND

FRANCOIS ALIAS FRANCIS FER- }
 DAIS (PLAINTIFF)..... } RESPONDENT.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH FOR
 LOWER CANADA (APPEAL SIDE).

*Action confessoire—Real or apparent servitude—Registration—44 & 45
 V. c. 16 ss. 5 and 6 (P. Q.)—Art. 1503 C.C.—Procedure—Matters
 of in appeal.*

By deed of sale dated 2nd April, 1860, the vendor of cadastral lot no. 369 in the parish of Ste. Marguerite de Blairfindie, district of Iberville, reserved for himself, as owner of lot 370, a carriage road to be kept open and in order by the vendee. The respondent Ferdaïs as assignee of the owner of lot 370 continued to enjoy the use of the said carriage road which was sufficiently indicated by an open road, until 1887 when he was prevented by appellant Cully from using the said road. C. had purchased the lot 369 from McD. intervenant, without any mention of any servitude and the original title deed creating the servitude was not registered within the delay prescribed by 44 & 45 V. (P.Q.) c. 16 ss. 5 and 6.

In an action *confessoire* brought by F. against C. the latter filed a dilatory exception to enable him to call McD. in warranty and McD. having intervened pleaded to the action. C. never pleaded to the merits of the action. The judge who tried the case dismissed McD.'s intervention and maintained the action. This judgment was affirmed by the Court of Queen's Bench. On appeal to the Supreme Court of Canada :

Held, affirming the judgment of the court below, that the deed created an apparent servitude, (which need not be registered,) and that there was sufficient evidence of an open road having been used by F. and his predecessors in title as owners of lot no. 370 to maintain his action *confessoire*.

*PRESENT :—Strong C.J. and Fournier, Taschereau, Gwynne and Sedgewick JJ.

Held, also, that though it would appear by the procedure in the case that McD. and C. had been irregularly condemned jointly to pay the amount of the judgment, yet as McD. had pleaded to the merits of the action and had taken up *fait et cause* for C. with his knowledge, and both courts had held them jointly liable, this court would not interfere in such a matter of practice and procedure.

1893

MACDONALD
v.
FERDAIS.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench for Lower Canada (appeal side) confirming the judgment of the Superior Court for the district of Iberville, which maintained respondent's action *confessoire* and adjudged that a servitude or right of way exists on the lot of land no. 369 of the cadastral plan of the parish of St. Margaret of Blairfindie, belonging to the appellant William Cully, in favour and for the benefit of the lot of land no. 370 of the said cadastral plan belonging to the respondent, and condemned both appellants to pay twenty-five dollars damages to the respondent.

On the 2nd day of April, 1860, Prosper Ferdaïs, the respondent's father, sold the lot of land no. 369 to Thomas Haddock by deed passed before Mtre Charbonneau, notary public, reserving in his favour a right of way on the said lot in the following terms, to wit :

Avec réserve de la part du dit vendeur d'un chemin de voiture sur le terrain ci-dessus vendu, en par le vendeur ne causant aucun dommage, pour charroyer du bois, foin ou autres fruits récoltés, chaque fois que le vendeur le jugera nécessaire.

That deed of sale was not registered until the 10th day of June, 1886, subsequently to the registration of appellant Cully's title deed of said lot no. 369.

On the 16th day of April, 1874, the said Prosper Ferdaïs made a donation of the lot of land no. 370 to the respondent, without any mention whatever of the said right of way.

By deed of sale passed on the 28th day of October, 1882, duly registered on the 28th day of December, 1882, Rose Tobin the widow and universal legatee of

1893 the said Thomas Haddock, sold the said lot of land no.
MACDONALD 369 to the appellant L. G. Macdonald, with no mention
v. whatever of a right of way.
FERDAIS.

And on the 1st day of June, 1886, the said L. G. Macdonald sold the said lot of land no. 369 to the appellant William Cully, without any mention of a right of way, and this last mentioned deed of sale was duly registered on the 8th day of June, 1886, two days before the registration of the aforesaid deed of sale, dated the 2nd day of April, 1860, upon which the respondent pretends to establish his right of way.

On the 15th day of June, 1887, the respondent instituted the present action against the appellant William Cully, claiming the said right of way and \$200 damages.

To this action the said William Cully filed a preliminary plea, a dilatory exception, asking for the suspension of the proceedings until he would have called in the case the said L. G. Macdonald, his vendor and his warrantor; and before adjudication upon the said dilatory exception, the said L. G. Macdonald, on the 23rd day of April, 1888, presented a petition in intervention to be allowed to take the *fait et cause* of the said William Cully and to contest the said action.

On the 12th day of December, 1888, the said intervening party L. G. Macdonald filed his pleas to the said action, alleging in said pleas:

1st. That he acquired the said lot of land no. 369 free from any servitude whatever, and that when he acquired the said land, and when he sold the same to the defendant William Cully, the pretended deed creating the alleged servitude was not registered, and that such deed was never registered except after the delay fixed by law to register the same had elapsed.

2nd. That the right of way stipulated in the said deed of sale of the 2nd day of April, 1860, does not

specify or create any servitude of passage for the said Prosper Ferdais and his assigns, or for the said lot of land no. 370, but merely for the said vendor Prosper Ferdais personally and individually.

1893
MACDONALD
v.
FERDAIS.

3rd. That there is nothing in the action or in the deeds set up to show where or at what point or place the alleged right of way existed or now exists.

4th. That two or three years before the institution of the action the fences and ditches dividing the said lands were rebuilt and made anew by the respondent himself, and that no gate in the fence and no bridge over the ditch was made at any point or place for the use of said pretended right of way.

5th. A general denial.

The respondent joined issue with the said intervening party L. G. Macdonald, and after all the evidence had been taken on the 2nd day of March, 1889, the plaintiff (respondent) inscribed the case for hearing on the dilatory exception and intervention giving notice thereof to the defendant, the appellant, William Cully.

On the 28th day of September, 1889, the Superior Court for the district of Iberville, after having heard the plaintiff (the respondent) and the intervening party L. G. Macdonald, rendered judgment against both the intervening party L. G. Macdonald and the defendant William Cully, affirming the existence of the said right of way upon defendant's lot of land no. 369 in favour and for the benefit of plaintiff's land no. 370, ordering both the defendant and the intervening party to rebuild the gates in the fences at each end of such road or passage, and condemned the defendant and the intervening party jointly and severally to pay to the plaintiff the sum of twenty-five dollars damages, with the costs of the action up to the filing of the intervention; the intervening party being alone condemned to

1893 pay the costs of his intervention and contestation of
 MACDONALD the action.

^{v.}
 FERDAIS. *E. Z. Paradis and Belcourt* for appellants in support
 of the appellant's pleas cited and relied on Boncenne
 (1); *Stein v. Bourassa* (2); Articles 548, 1508, 1519,
 1522, 1524 C.C.; Laurent (3); Laurent (4); Demolom-
 be (5).

Geoffrion Q.C. for respondent referred to articles 125,
 126, 127, 2116 C. C. P.; Pigeau (6).

THE CHIEF JUSTICE.—I have very grave doubts as
 to the nature and character of the servitude in this
 case, but as both my learned brothers Fournier and
 Taschereau concur I will not take upon myself to dis-
 sent and therefore, though doubting, I concur in their
 conclusion of dismissing the appeal.

FOURNIER J.—Le présent appel est d'un jugement
 rendu par la cour du Banc de la Reine, le 26 septembre
 1892, confirmant un jugement de la cour Supérieure,
 d'Iberville, rendu par l'honorable juge Wurtele, le 28
 septembre 1889, maintenant l'action de l'intimé contre
 les appelants.

L'intimé allègue en substance que par acte passé, le
 2 avril 1860, par-devant M^{re} Charbonneau et collègue,
 notaires, Prosper Ferdaïs vendit à Thomas Haddock,
 l'immeuble décrit au dit acte comme suit :

Un terrain de forme irrégulière contenant vingt-deux arpents en
 superficie, mesure précise, à prendre dans la totalité d'un terrain
 appartenant au dit vendeur, dans la dite paroisse de Blairfindie, et
 renfermée dans les limites suivantes, savoir : vingt-deux arpents à
 prendre dans la totalité du dit terrain sur toute la largeur, étant la
 partie nord du dit terrain tenant au nord au ruisseau des Noyers, au
 sud au terrain de William Brownrigg et au nord-est à la partie du dit
 terrain conservée par le vendeur, sans bâtisses dessus construites.

(1) 3 vol. 387.

(2) 18 Rev. Leg. 484.

(3) 7 vol. No. 175.

(4) 8 vol. no. 136.

(5) 12 vol. no. 716, 721.

(6) 1 vol. 184.

La terre ainsi décrite et vendue comme susdit est 1893
maintenant désignée sous le n^o 369 du cadastre officiel. MACDONALD

L'acte de vente a été enregistré.

Le dit Prosper Ferdaïs, maintenant décédé, s'était v.
réservé un chemin sur la dite terre dans les termes FERDAIS.
suivants : Avec réserve de la part du dit vendeur d'un Fournier J.
chemin de voiture sur le terrain ci-dessus vendu en
par le dit vendeur ne causant aucun dommage, pour
charroyer du bois, foin ou autres produits récoltés,
chaque fois que le vendeur le jugera nécessaire.

Le dit Haddock prit possession de la dite terre comme
propriétaire et l'occupa jusqu'à sa mort arrivée en 1872.

Le dit Prosper Ferdaïs ne résidait pas au temps de
la dite vente sur la terre dont la partie ci-dessus vendue
a été distraite.

L'intimé ne demeure pas non plus sur la dite terre
qui consiste principalement en bois debout et en prai-
ries, et sur laquelle il n'y a pas de bâtisse.

Le 16 avril 1874, le dit Prosper Ferdaïs et Dame
Mary Barry, son épouse, par acte de donation, donnè-
rent entre autres propriétés, à l'intimé, le terrain décrit
comme suit dans le dit acte de donation, savoir :

Un morceau de terre de forme irrégulière, situé en la paroisse de
Ste. Marguerite de Blairfindie, dans le comté de Saint-Jean, donnant
une superficie d'environ vingt-trois arpents, sans précision de mesure
comme aussi sans droit, de part ou d'autre, à réclamation ou indem-
nité, pour raison de la différence dans l'étendue, limité comme suit :
d'un côté vers le nord et nord-ouest par les représentants Thomas
Haddock, d'autre côté vers le sud-est, entouré par la petite rivière de
Montréal, et vers le sud-ouest par les représentants William Brownrigg,
sans aucune bâtisse dessus construite, et presque tout en bois debout.

Le lot ainsi donné est maintenant désigné comme le
lot n^o 370 du cadastre officiel. Le dit acte de dona-
tion a été enregistré.

Avant cette donation les lots n^{os} 369 et 370 n'en
formaient qu'un seul et appartenaient à Prosper
Ferdaïs.

1893
MACDONALD v.
FERDAIS.
Fournier J.

Par l'acte du 2 avril 1860, le dit Thomas Haddock s'obligea de maintenir tout le chemin qui traversait et a toujours traversé jusqu'à ce jour le dit lot n^o 369 et le divise en deux depuis au-delà de quarante ans et est connu sous le nom de chemin de Lacadie, c'est-à-dire le chemin qui mène à Lacadie.

Avant l'acte de vente à Thomas Haddock, 2 avril 1850, le dit lot n^o 370 était enfermé par la petite rivière de Montréal, les représentants de William Brownrigg, et par le lot n^o 369,—qu'il l'a toujours été et qu'il est encore ainsi enfermé—et que la seule sortie du dit Prosper Ferdaïs avant et au temps de la dite vente, pour communiquer du dit lot au chemin ci-dessus mentionné était par le chemin de voiture réservé par le dit acte de vente, et que le dit chemin de voiture existait au temps de la vente et a toujours existé pour cette fin.

Le dit Prosper Ferdaïs et l'intimé ont toujours fait usage du dit chemin de voiture jusqu'à ce qu'ils aient été troublés par le défendeur.

Le dit lot n^o 370 a été donné à l'intimé avec tous ses accessoires et dépendances dont il a toujours été et est encore le propriétaire.

Le chemin de voiture ainsi réservé par l'acte de vente du 2 avril 1860 crée une servitude réelle apparente sur le lot de terre n^o 369 en faveur du lot n^o 370, quels que soient les propriétaires des dits lots, et que le lot n^o 370 ayant été donné à l'intimé avec tous ses accessoires et dépendances, le chemin de voiture se trouve compris dans la dite donation.

Thomas Haddock a légué le dit lot n^o 369 à Marie Rose Tobin, son épouse, qui a été mariée en secondes noces à Frank Cully.

Les dits Rose Tobin et son mari ont ensuite vendu le dit lot n^o 369, le 28 octobre 1882 à l'appelant L. G. Macdonald qui l'a ensuite revendu, le 1er juin 1886, à

l'appelant Cully qui en a toujours depuis été le propriétaire en possession.

Pendant le printemps de 1887 et à différentes époques depuis, l'appelant Cully a, par lui-même et ses employés, troublé l'intimé dans la jouissance du dit chemin réservé, l'a labouré et ensemencé, et l'a empêché de s'en servir, à son grand dommage.

1893
MACDONALD.
v.
FERDAIS.
Fournier J.

L'intimé a demandé par ses conclusions à ce qu'il soit fait défense à Cully de le troubler à l'avenir—et que le dit lot 369 soit déclaré sujet à la servitude du chemin en question en faveur de l'immeuble n° 370 et condamné à des dommages.

Cully a produit une exception dilatoire pour obtenir délai pour appeler son garant, Macdonald, et a même intenté à cet effet une action en garantie contre lui. Macdonald, au lieu de défendre à cette action s'est reconnu garant et est intervenu dans la cause pour prendre le fait et cause de Cully et a plaidé à l'action principale :

Que par son acquisition du 28 octobre 1882 il a acheté le lot 369 sans aucune servitude et qu'il n'en existait pas alors.

Que l'acte créant cette servitude n'a pas été enregistré et que la servitude ne peut pas être invoquée contre les appelants ; que l'acte ne spécifie pas l'endroit où doit s'exercer la dite servitude ;—que l'acte du 2 avril 1860 ne créait pas un droit de servitude réel envers le vendeur et ses successeurs, mais lui accordait seulement un droit personnel.

Que quelques années auparavant la clôture et le fossé séparant les dites propriétés ayant été refaites par l'intimé et Frank Cully de qui Macdonald avait acheté, les dits Cully et l'intimé refirent la clôture et le fossé sans mettre de barrière ni de pont sur le fossé pour indiquer le dit chemin.

1893
 MACDONALD
 v.
 FERDAIS.
 ———
 Fournier J.

L'intimé allègue en réponse à ces moyens d'intervention que le défaut de description de l'endroit précis de la servitude ne pouvait le priver de son droit, qui existait avant l'acquisition de Macdonald et dont il avait joui depuis ouvertement.

Que son titre avait été dûment enregistré, que de plus l'enregistrement n'était pas nécessaire ; qu'en outre, Macdonald, ayant acquis ce lot de terre sujet au droit de chemin de la même personne que l'intimé avait aussi acquis le sien, ne pouvait se prévaloir du défaut d'enregistrement du titre en question.

La preuve a établi de la manière la plus complète et la plus satisfaisante l'existence de la servitude en question. L'intimé a prouvé par un grand nombre de témoins que le chemin existait depuis bien longtemps, que son père et lui s'en étaient toujours servi, ouvertement et sans aucune objection de la part de Cully ni de ses auteurs depuis 1860 jusqu'à 1887, époque à laquelle Cully a commencé à le troubler dans sa jouissance. Plusieurs témoins ont déclaré que le chemin existait depuis un temps immémorial. L'intimé en a toujours joui et ce à la connaissance de Cully et de ses auteurs, d'une manière publique et notoire. Tous ces témoins ont établi positivement que le chemin était visible et apparent et les deux cours Supérieure et d'Appel ont été unanimes à déclarer que la dite servitude était apparente. En face de la preuve du dossier, il est impossible de mettre en doute l'opinion de ces deux cours sur le fait de l'apparence de la servitude en question.

La première objection de l'appelant que l'acte créant la servitude n'a pas été enregistré, est fondée sur le Statut de Québec 44-45 Vic. (1881), ch. 16, sec. 5, qui déclare : qu'à défaut de l'enregistrement de l'acte créant aucune servitude réelle, discontinue et non apparente constituée

à l'avenir n'aura d'effet vis-à-vis des tiers acquéreurs dont les droits auront été ou seront enregistrés.

1893
MACDONALD.
v.
FERDAIS.
Fournier J.

La sect. 6 accorde un délai de deux ans pour l'enregistrement des servitudes établies avant la passation de cette loi. Ce délai a été ensuite prolongé jusqu'au 8 janvier 1885, sujet aux droits acquis.

La vente du 2 avril 1860, par Ferdaïs à Haddock, créant la servitude, n'a été enregistrée que le 10 juin 1886.

L'acte 44-45 Vict., n'est pas applicable à la présente cause parce qu'il s'agit ici d'une servitude apparente qui se trouve par la clause ci-dessus citée, et spécialement exemptée de l'enregistrement de même que par l'art. 1508 du code civil.

Un droit de chemin peut être une servitude apparente d'après la doctrine des auteurs.

Ferrot, Lois du Voisinage (1).

De même le droit de passage, qui est une servitude discontinue, peut être apparent, s'il est manifesté *par un chemin*, par une porte donnant sur l'héritage voisin ; et non apparent si aucun signe ne l'indique.

Demolombe (2).

.....C'est ainsi, par exemple, qu'un droit de passage peut être apparent ou non apparent, suivant qu'il se manifeste par une porte, *un chemin tracé*, ou par une voie quelconque.....

No. 718. Il importe peu d'ailleurs, quant au point de savoir si la servitude est apparente ou non apparente, que l'ouvrage qui en manifeste l'existence soit établi sur le fonds servant ou sur le fonds dominant.

No. 719. Une servitude de passage, qui se manifeste par une porte ou *un chemin frayé* est sans doute apparente.

Ainsi, une servitude de droit de chemin, manifestée comme dans le cas actuel par *un chemin* est suffisamment indiquée par un chemin ouvert. Il n'est pas même nécessaire que ce chemin soit visible sur les deux propriétés ; il suffit qu'il soit apparent sur l'une d'elles.

(1) P. 491.

(2) 12 vol. p. 229, no. 717.

1893
 MACDONALD cause. Ce n'est donc qu'une question de preuve en cette
 v. cause. Le fait a été constaté d'une manière évidente.
 FERDAIS. La servitude étant apparente, l'enregistrement n'était
 Fournier J. pas nécessaire. Il est certain qu'avant l'acte 44-45
 ———— Vic., ch. 16, les servitudes réelles n'étaient pas soumises
 à la formalité de l'enregistrement, ni sous l'ancien droit
 ni depuis le code. Il en était de même en France avant
 1855.

Demolombe, (1).

Tous les auteurs avaient enseigné, jusque dans ces derniers temps, que le titre constitutif de la servitude n'est pas soumis à la nécessité de la transcription

La seconde objection des appelants est que le droit de chemin en question est un droit personnel et non pas une servitude réelle affectant l'immeuble de l'appelant Cully.

On a déjà dit plus haut que l'immeuble en question est enfermé par les terres avoisinantes et par une petite rivière sur laquelle il faudrait construire un pont pour donner accès à l'intimé sur une autre propriété. Sans ce chemin, il n'aurait pas droit de communication avec ses autres propriétés. Le chemin en question lui est indispensable et c'est sans doute à cause de cette position qu'il se l'est réservé, créant par là une servitude par la destination du père de famille.

Le titre établissant la servitude dit expressément que le chemin est réservé pour charroyer du bois et autres produits récoltés sur le lot en question. Les besoins de la culture étant les mêmes tous les ans, il est clair que le but était d'en faire une servitude permanente en faveur de l'immeuble et non pas une servitude personnelle pour le vendeur.

Demolombe, (2).

Et voilà pourquoi on n'hésite pas à regarder comme servitude réelle la concession faite au propriétaire d'un fonds de passer sur le fonds voisin, etc.

(1) 12 vol. p. 240, no. 733. (2) 12 vol. p. 190, no. 631, par. 5.

Dans tous ces cas, et autres semblables, on voit bien que la concession du droit a eu directement et essentiellement pour but l'utilité du fonds lui-même, considéré comme fonds, et non point l'avantage individuel de la personne, *proedii magis quam personæ* (L. 4, h. t.)

1893
MACDONALD
v.
FERDAIS.

La 3^{me} objection est que le titre ne désigne pas l'en-Fournier J.
droit où doit s'exercer la servitude.

D'abord, rien ne prescrit l'obligation de désigner la partie de l'immeuble où sera exercée la servitude, et dans la pratique la chose ne se fait pas, pour la raison que ce serait inutilement rendre la servitude plus onéreuse pour l'immeuble assujéti. Bien qu'une description particulière de la servitude soit importante, elle n'est cependant pas essentielle; il suffit que le titre en contienne l'indication. Demolombe a résumé à ce sujet l'opinion des auteurs comme il suit: Il suffit donc aujourd'hui légalement que l'acte contienne l'indication d'une servitude susceptible d'être déterminée par l'application de l'article 1129.

A plus forte raison il en doit être ainsi non seulement lorsque la servitude est indiquée, mais lorsqu'elle est déterminée et visible, comme dans le cas actuel par les traces du chemin sur le sol de l'appelant.

L'objection que l'intimé a laissé le prédécesseur de l'appelant Cully fermer le passage, est tout à fait sans fondement, le fait n'ayant été nullement prouvé. Les appelants ont aussi failli dans leur tentative de prouver que le chemin n'était pas nécessaire à l'intimé et le fait reste acquis que le chemin réservé est le seul moyen de communication avec le terrain enclavé.

Le propriétaire qui a créé une servitude est le seul juge de sa nécessité. Demolombe (1).

Les propriétaires eux-mêmes, d'ailleurs, sont, en général, souverainement juges des motifs d'utilité, c'est-à-dire d'avantage, de commodité, de convenance ou d'agrément, qui leur font établir des servitudes. (art. 686). Sans doute, une prétendue servitude à laquelle le fonds dominant n'aurait aucun intérêt, serait nulle. (L 15 princ. ff. de

(1) 12 vol. p. 201, n° 691.

1893 servit.) Mais il faudrait que le défaut d'intérêt fut bien manifeste ;
 MACDONALD car l'utilité dont parle notre article 637 doit s'entendre d'une manière
 v. très large ; et il suffit que cette utilité soit apparente, éloignée et même
 FERDAIS. seulement possible. C'est en ce sens que le jurisconsulte Labéon disait
 Fournier J. que nous pouvons stipuler même une servitude inutile, *et si inutilis sit ; quædam enim habere possumus, quam vis ea nobis utilia non sunt.* (L. 19, tit. supra cit.) Je pourrais, par exemple, quoique mon fonds eut un accès facile, ou même déjà plus d'un accès sur la voie publique, acquérir encore, sur un autre fonds, un nouveau droit de passage ;.....

Il est regrettable de voir qu'il se trouve dans la procédure une omission constituant une irrégularité assez grave. C'est que le défendeur—quoique ayant été mis en demeure de plaider, n'a pas été régulièrement forclos de le faire—et, que n'ayant pas demandé, comme il en avait le droit après l'intervention de Macdonald d'être mis hors de cause, il se trouve être resté partie au procès et aurait dû être traité comme tel. Mais au lieu de cela les demandeurs et défendeurs l'ont traité comme hors de cause et ne lui ont plus donné avis des procédures. On a procédé à une longue enquête dont il a sans doute dû avoir connaissance et l'on a plaidé au mérite sans qu'il ait donné signe d'existence. Evidemment voyant la défense faite par Macdonald, il a pensé qu'il n'en avait pas d'autre à faire et s'est abstenu de prendre part au procès ; attendant ainsi sans risque un résultat favorable sauf à le répudier plus tard si cela lui convenait mieux. Mais il vient maintenant, à la dernière heure, se plaindre, en appel, pour la première fois, qu'il n'a pas été forclos de plaider et n'a pas eu d'avis d'inscription au mérite et qu'il a été condamné sans être entendu. Toutefois il a eu tout le bénéfice de la défense faite par Macdonald—et il n'en avait certainement pas d'autre à faire. Peut-on maintenant lui permettre de prendre avantage de cette irrégularité, et pour ce motif annuler le jugement ? Je ne le pense pas, à cause de l'opinion que nous entretenons sur le mérite de la question soumise.

En principe, notre cour n'intervient pas dans les questions de procédure et il n'est pas permis de faire pour la première fois des objections de ce genre en cour d'appel. Dans les circonstances on doit conclure que l'appelant Cully s'est lui-même mis hors de cause et n'a pas droit de prendre objection de l'irrégularité dont il se plaint.

1893

MACDONALD

v.

FERDAIS.

Fournier J.

En conséquence, je suis d'avis que l'intervention de Macdonald soit, quant à lui, renvoyée, vu qu'il n'est pas garant de la servitude en question et que jugement soit prononcé contre Cully déclarant son immeuble sujet à la servitude conformément aux conclusions de l'action de l'intimé, le tout avec dépens.

TASCHEREAU J.—The first question to be disposed of is whether the reservation of a road in the deed of sale of April, 1860, by Prosper Ferdaïs to Haddock constitutes a real servitude towards the lot now called lot no. 370, or merely a reserve personal to Prosper Ferdaïs and to cease with his ownership of the said lot no. 370. On this point I am free to say there is room for doubt, but to doubt is to confirm. Upon the intention itself of the parties to this deed there cannot be much doubt, but whether they have clearly expressed that intention in the document is open to controversy. However, the appellant has failed to make it clear to my mind that there is error on this point in the judgment of the two courts below.

The only other point on Macdonald's appeal is upon a question of fact. Was this an apparent or a non-apparent servitude? On this the appeal also fails. The courts below have found that the servitude was apparent and the evidence, in that sense, is, in my opinion, overwhelming. Out of the fourteen witnesses examined one only, a man named Leggatt, appellant Cully's brother-in-law, never could see a road there.

1893

MACDONALD

v.

FERDAIS.

Taschereau

J.

All the others prove that a road existed there as visible and open as a road of that nature could be expected to have been. I would therefore on this point again come to the same conclusion as the court below. There is no difficulty as to the legal consequences of that finding of fact. If the servitude is an apparent one registration was not required, and the plaintiff's right of action is uncontrovertible. But there arises some difficulty in the case on the appeal by the defendant Cully from the nature and form of the proceedings. The servitude being declared to have been an apparent one it follows that Macdonald was not warrantor, and consequently that his intervention on that ground should have been dismissed purely and simply, but it seems that the condemnation given against him jointly with the defendant, Cully, is wrong, so that as to him, Macdonald, the form of the judgment should be that the appeal should be dismissed with costs and his intervention and pleas as to the action dismissed with costs.

As to Cully, the proceedings have not been strictly regular. All that is wanted, however, on the face of the record is an express order declaring him *hors de cause*. But he clearly treated himself as being *hors de cause* and left his defence in the hands of Macdonald. After having filed a dilatory exception he was asked by respondent for a plea to the merits but never filed one, and why? Because, I assume, Macdonald himself pleaded to the merits of the action, and so as to avoid double issues and double costs. He took his chances of getting the action dismissed on the intervention, but now that it is the intervention that is dismissed he says he has not been heard. By not pleading to the merits, when duly summoned to do so, he, *de facto*, consented to the issue being tried and determined between Macdonald and the respondent. He treated

himself as *hors de cause*: we do the same. And the fact that Macdonald is now declared not to have been a warrantor cannot avail to Cully against this view for having himself summoned Macdonald *en garantie* he cannot now argue that Macdonald did not represent him. The case is not free from difficulty I am free to say. The proceedings are not regular. But the point is one of practice and procedure and I think that, under the circumstances, as the Court of Appeal in Montreal did not feel justified to interfere we should not do so.

The appeal in my opinion should be dismissed. Macdonald having taken up the *fait et cause* of Cully cannot complain if he has been condemned as *garant*. He is estopped from availing himself on this appeal of the ground that he is not a warrantor.

1893
MACDONALD
v.
FERDAIS.
Taschereau
J.

GWYNNE and SEDGEWICK JJ. concurred.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for appellants: *Paradis & Chassé.*

Solicitors for respondent: *Geoffrion, Dorion & Allan.*