

LE PRÉSIDENT ET SYNDICS DE }  
 LA COMMUNE DE BERTHIER } APPELLANTS ; \*1896  
 (PLAINTIFFS) ..... } Oct. 8, 9.

AND

PAUL DENIS (DEFENDANT) .....RESPONDENT. 1897  
 \*Jan. 25.

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

*Title to lands—Seigniorial tenure—Deed of concession—Construction of deed  
 —Words of limitation—Covenant by grantee—Charges running with  
 the title—Servitude—Condition, si voluero—Prescriptive title—Edits  
 & Ordonnances, (L. C.),—Municipal regulations—23 Vic. (Can.),  
 c. 85.*

In 1768 the Seigneur of Berthier granted an island called "l'île du Milieu," lying adjacent to the "Common of Berthier" to M. his heirs and assigns, (*ses hoirs et ayants cause,*) in consideration of certain fixed annual payments and subject to the following stipulation ;—" en outre à condition qu'il fera à ses frais, s'il le juge nécessaire, une clôture bonne et valable, à l'épreuve des animaux de la Commune, sans aucun recours ni garantie à cet égard de la part de sieur seigneur, lesquelles conditions ont été acceptées du dit sieur preneur, pour sureté de quoi il a hypothéqué tous ses biens présents et à venir, et spécialement la dite isle qui y demeure affectée par privilège, une obligation ne dérogeant à l'autre."

*Held,* reversing the decision of the Court of Queen's Bench, Strong C. J., dissenting, that the clause quoted did not impose merely a personal obligation on the grantee, but created a real charge or servitude upon l'île du Milieu for the benefit of the "Common of Berthier."

That the servitude consisted in suffering inroads from the cattle of the Common wherever and whenever the grantee did not exclude them from his island by the construction of a good and sufficient fence.

This servitude results not only from the terms of the seigniorial grant, but also from the circumstances and the conduct of the parties from a time immemorial.

That the two lots of land although not contiguous were sufficiently close to permit the creation of a servitude by one in favour of the other.

\*PRESENT :—Sir Henry Strong C.J. and Gwynne, Sedgewick, King and Girouard JJ.  
 10½

1896  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.

That the stipulation as contained in the original grant of 1768 was not merely facultative.

That the servitude in question is also sufficiently established by the laws in force in Canada at the time of the grant in 1768, respecting fencing and the maintenance of fences in front of habitations or settlements.

APPEAL from the decision of the Court of Queen's Bench for Lower Canada (appeal side) affirming the judgment of the Superior Court by which the plaintiffs' action was dismissed with costs.

The action was brought for the purpose of obtaining from the defendant the recognition of a real right and damages, (*action confessoire*). The plaintiffs claimed the right as in the nature of a real servitude and damages for trouble and loss caused by failure to comply with it. A full statement of the facts appears in the judgments reported.

*Geoffrion* Q. C. for the appellants. We claim that a servitude was established by the original deed of concession of the *Ile du Milieu*, respondent's property, by Hon. James Cuthbert, seigneur de Berthier, to Zacharie Macaulay, bearing the date 17th February 1768, which provided as follows:—

“ Cette concession ainsi faite à la charge de payer \* \* \* deux cents livres tournois, pour tout droit de cens et rente seigneuriale, en outre à condition qu'il fera à ses frais, s'il le juge nécessaire, une clôture bonne et valable, à l'épreuve des animaux de la Commune, sans aucun recours ni garantie à cet égard, de la part du Sieur Seigneur.”

The “ Common ” or dominant land, is the property of appellants, which they administer in virtue of their act of incorporation, 23 Vict. ch. 85.

We have taken the confessory action (*Pothier, Servitudes*, nos. 11, 12,) founded on art. 2257 Civil Code, for the judicial recognition of the servitude in the terms

of the deed quoted and for a new title to be furnished by respondent according to law.

At the time of the deed one proprietor could force another to construct a division fence between their respective properties under the provisions of the Ordinance of Begon, dated 10th., June, 1724, respecting fences and ditches (1).

This constituted a reciprocal servitude which was modified by the agreement in the deed.

The deed made it a condition of the grant that Zacharie Macaulay should assume the sole responsibility for a fence, if he considered one necessary, and if he built a fence he alone should pay for it. It is therefore a charge on the land granted that it alone shall be responsible for the cost of any division fence. And such charge is laid upon it for the purpose of freeing the grantor and his land from the charge of contributing his share, in other words from the servitude due by his land. Thus on the one hand the servitude imposed by law on the land granted is augmented, and that on the land of the grantor is abolished by this condition of the grant. There can consequently be no doubt that this condition created a conventional servitude in the place of that formerly existing by virtue of the ordinance. If he does not think such a fence necessary, or fails to build one, he cannot complain if the animals from the Common stray upon his land. Any uncertainty on this point is removed by the words *sans aucun recours, ni garantie à cet égard de la part du Sieur Seigneur*. He must build a fence or suffer the animals trespassing as he is charged by his title with one or other of these alternatives.

But in addition to the charge laid on respondent's land it must be remembered that the land of appellants has been freed from the charge of contributing to

1896

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENIS.

---

1896  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.

the expense of a division fence. This is a real right charged on respondent's land, and the appellants have clearly a right to ask that the respondent give them a new title to prevent the prescription of this right, *Monastesse v. Christie* (1). Otherwise after the lapse of ten years, the respondent could force the appellants to construct with him at their joint expense a division fence. C. C. arts. 505, 2251. The appellants ask for a new title in the terms of the original deed and for damages occasioned by the respondent's conduct. Cases of similar servitudes are reported in *Murray v. Macpherson* (2); *Hamilton v. Wall* (3); *Dorion v. The Seminary of St. Sulpice* (4); *Mondelet v. Roy* (5).

*Robidou*x Q. C for the respondent. The case raises simply a question of servitude. To the action the respondent has pleaded that the terms upon which the first purchaser obliged himself to fence said Isle du Milieu, if he thought fit, or if he deemed it necessary, did not create any servitude thereon to the benefit of the Common of Berthier; that the deed could only produce a personal obligation, if susceptible of creating any obligation at all; but that even a personal obligation could not arise from such a stipulation, which left its execution or non-execution to mere wish or caprice. Art. 1081 C. C.; Larombière, *Théorie des Obligations* (ed. 1885) vol. 2, p. 349 sur l'art. 1174 C. N. par. 2 & 3; 6 Touillier, no. 499; 11 Duranton, nos. 22 et 23; Dalloz, v°. "Servitude," art. 1001, règle 6.

The latter part of art. 1081 C. C. is elucidated by Pothier (6) who declares that where the act which constitutes the condition is done, or not done, according to the case, the obligation may be enforced.

No servitude can be created by the renunciation of an action of damages, or of the right to compel others

(1) 8 L. C. Jur. 154.

(2) 5 L. C. R. 359.

(3) 24 L. C. Jur. 49.

(4) 5 App. Cas. 362.

(5) 4 Dor. Q. B. 7.

(6) *Obligations* no. 48.

to make their share of fences between adjoining properties. Such a renunciation would create, by anticipation, a discharge in favour of appellants, but it would not create a charge on l'Île du Milieu for the Common of Berthier, and the two essential elements of a servitude would still be wanting. The contract did not charge, but on the contrary actually discharged a duty, and even the Seigneur could not complain if the fence was not built. The character and requisites of a servitude or easement are entirely wanting in this case. Goddard on Easements, 4 ed. ch. 1, s. 1; C. C. art. 499. There is no real property on which a charge has been imposed, nor is there any for the advantage of which a charge has been created. There is no obligation established as between the tenements. 1 Moncton, 835-837; 1 Beaudry-Lacantinerie, no. 1413 *et seq*; Rendu, nos. 3720-21; Pothier, Servitudes, nos. 1 & 2. A servitude cannot be *in faciendo*.

The demand for a renewal deed can be supported only in the cases particularized in arts. 2061, 2249 and 2257 of the Civil Code. None of these articles apply to fencing "*s'il le juge nécessaire*." Neither do articles 504 and 505 C. C. apply, because the lands in question are not *contiguous*. They are divided and bounded by a channel. The same objection excludes the application of the ordinance of the Intendant Begon of 10th., June, 1724. The parties used words in the original deed of concession corresponding with the provisions as to the "*clôture bonne et valable*," required by the same Intendant's ordonnance of 19th June 1714. Cuthbert and Macaulay had this ordinance in view, when they covenanted as they did in relation to the fence. The seignior wanted to release himself from the obligation of fencing and this is why we find in the deed the words: "*sans recours ni garantie à cet égard de la part du dit seigneur*," meaning that

1896  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 The Chief  
 Justice.

he will not be responsible should cattle pasturing on the Common trespass on Macaulay's land.

THE CHIEF JUSTICE.—I am of opinion that the judgment of the Court of Queen's Bench ought to be affirmed.

This is an action *confessoire* to have it declared that a clause in a notarial deed passed on the 17th February, 1768, by which the Hon. James Cuthbert, then the Seigneur of Berthier, sold and conceded an island in a channel of the River St. Lawrence, known as l'Isle du Milieu to Zachary Macaulay, the predecessor in title of the respondent, constituted a servitude on the property so sold in favour of the common lands of the seigniory, situated on the main land retained by the vendor, and to have a renewal of title. If no servitude was established the action cannot be maintained. The clause in question is as follows:

Cette concession ainsi faite à la charge de payer, tous les ans, au jour de St.-Martin, onze de novembre, donc le premier paiement se fera à pareil jour de la prochaine, au Domaine de la Seigneurie de Berthier la somme de deux cents livres tournois, pour tout droit de cens et rentes seigneuriales, en outre à condition qu'il fera à ses frais, s'il le juge nécessaire une clôture bonne et valable, à l'épreuve des animaux de la Commune, sans aucun recours, ni garantie à cet égard de la part du Sieur seigneur.

The appellants who are the successors in title of the vendor, Cuthbert, contended that this clause imposed a servitude. The respondent insists that if it was obligatory at all, it constituted a mere personal obligation upon Macaulay and his heirs.

Both the courts below have held that no servitude was created, and in this view I entirely concur.

The decision must of course depend on the old law as it stood at the date of the concession, and the Civil Code is only applicable indirectly and so far as it tends to show what was the ancient law, so far as it has

been there reproduced and formulated. The law has always been as the articles 637 and 686 of the French Code, and more concisely the article 545 of the Quebec Code declare, viz., that a servitude is imposed upon an immovable in favour of an immovable, and not on a person nor in favour of a person (1); and this has always been the law as well under the codes as under the ancient *régime*.

The servitude, then, must therefore consist either in the submission of the owner of the servient property to have something done on his land by the owner of the dominant property, or in the abstention of the former from doing something which he otherwise would have the right to do on his neighbour's land.

The definition given by Pothier in his introduction to the 13th title of the Custom of Orleans (which applied also to the Custom of Paris), is most clear and decisive to show that the servitude must (subject to an exception not material, to be noticed hereafter) consist in a mere negative submission on the part of the servient owner to some right conceded to the dominant owner. Pothier (2) says:

Le droit de *servitude* est le droit de se servir de la chose d'autrui à quelque usage, ou d'en interdire quelque usage au propriétaire ou possesseur *jus faciendi aut prohibendi aliquid in alieno*.—La servitude, de la part de celui qui la doit, ne consiste donc à autre chose qu'à souffrir que celui à qui elle est due, se serve de la chose pour l'usage pour lequel il a droit de s'en servir, ou à s'abstenir de ce que celui à qui elle est due a droit d'empêcher qu'on y fasse. Au reste, les droits de servitude n'obligent point le possesseur de l'héritage qui la doit, à faire quelque chose ou à donner quelque chose: en quoi ces droits diffèrent des droits de redevance foncière et des droits de corvée. *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis \* \* \* sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* L. 15, 1 Dig. de *servitutibus*.

That the principle of the Roman law, *servitus in patiando non in faciendo consistit*, has always prevailed

(1) Demolombe vol. 12, p. 154, (2) Bugnet's edition, vol. 1, p. no. 675. 312.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 The Chief  
 Justice.

in the French law, as well before as since the codes, is also clearly and directly shown by the following additional authorities:

Lalaure, *Traité des Servitudes Réelles*, p. 3. Merlin, *Rep. V°. Servitude* (1); Giraud, *L'ancien Droit Coutumier* (2). Demolombe, vol. 12, nos. 676-677-871 to 880, 881-883. *Pandectes Françaises*, vol. 5 (3). Maleville, vol. 2, p. 128. Pardessus, *Traité des Servitudes*, pp. 48-49. Toullier, vol. 3, p. 427. Huc, *Commentaire du Code Civil*, p. 403-406-432. Laurent, vol. 7, no. 147. Baudry-Lacantinerie and Chauveau, *Traité de droit Civil Des Biens*, no. 812. These authors all agree in stating that the rule of the Roman law in this respect is, and always was, that of the French law. If the service imposed consisted, as in the present case, entirely in some active duty or obligation imposed on the owner of the pretended servient property, it was not a servitude, but a mere personal obligation which bound the owner and his heirs, but did not form a charge upon the property itself accompanying it into the hands of purchasers and others to whom it might be subsequently conceded. No change in the law (if any there had been) by the Quebec Code could have made any difference in this respect, as the code had no retroactive effect. No change was, however, made. The definition of a servitude given in art. 545 of the Code is precisely the same definition which would have applied before its promulgation. Art. 686 of the Code Napoleon which defines a servitude is more full and precise than art. 545 of the Quebec Code, but both have the same meaning, and the provision of the former

que les services établis ne soient imposés ni à la personne ni en faveur de la personne mais seulement à un fonds et pour un fonds

(1) Ed. Bruxelles 1828, p. 44. (2) Ed. 2, p. 66.

(3) Code Civil, p. 500.

is as much the rule under the Canadian law as under the French law. This proposition cannot and has not been disputed. The only question is as to the application of this well established rule of the law of property to the *Acte* of 1768.

The only qualification of the rule which requires that in order to constitute a servitude, the services imposed shall consist *in patiendo* and not *in faciendo* is that found in art. 554 of the Quebec Code which is verbally identical with 698 of the Code Napoleon, and which is thus expressed :

Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre constitutif de la servitude ne dise le contraire.

This article is relied on as showing that the parties may by their conventions alter the rule referred to.

In the first place, as before observed, the present case does not depend upon the code, and the only purpose which a reference to it can serve is to show indirectly that the codifiers having reproduced this provision as part of the ancient law, and not as new law, it is to be assumed that the same rule prevailed under the Custom. Granting, however, that this was the rule of the ancient law, and that in this respect there has been no innovation by the new legislation, I am still of opinion that there is nothing in the provision, contained in the words, *à moins que le titre constitutif de la servitude ne dise le contraire* which in any way qualifies the rule that the services imposed by a servitude must be negative and not positive, and that this rule cannot be altered by the convention of the parties. For this the highest authorities may be quoted.

The proposition I advance is that this provision applies only to subsidiary and incidental acts, to be performed by the servient owner in the case of a servitude properly constituted, and not to the constitution

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 The Chief  
 Justice.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER

v.

DENIS.

The Chief  
Justice.

of the servitude itself. This cannot be better explained than it is by Demolombe (1), who after having (in no. 676) laid down the principle that the servitude must be negative and cannot be active, proceeds in the next number (667) to discuss the exception, or supposed exception, to it contained in art. 698 C. N. (2). This passage is so apposite that I extract it at length :

No. 677. Mais, dira-t-on, il résulte de l'article 698 que le propriétaire du fonds assujetti peut être chargé par le titre de faire, à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, et même l'article 699 ajoute que, dans ce cas, il peut toujours affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds, auquel la servitude est due. Voilà donc une charge qui peut être imposée à la personne, c'est-à-dire à tout propriétaire, quel qu'il soit et sera, d'un fonds, en cette qualité, pour l'utilité d'un fonds appartenant à un autre propriétaire ! N'y a-t-il pas dès lors antinomie entre l'article 686 et les articles 698 et 699 ? Non sans doute : et il importe de bien distinguer ici le fait principal, qui constitue la servitude elle-même, d'avec les ouvrages accessoires qui sont nécessaires pour en user ou pour la conserver. La servitude elle-même, le fait principal dans lequel elle consiste, ne peut jamais être imposé à la personne. Voilà l'article 686 dont la disposition absolue n'est aucunement modifiée, sous ce rapport par l'article 698. Ce que l'article 698 autorise seulement, c'est de mettre à la charge du fonds assujetti, les ouvrages accessoires et les moyens d'exécution nécessaires pour l'exercice de la servitude. Par conséquent, pour que l'article 698 puisse être appliqué, il faut toujours

(1). Qu'il y ait, indépendamment des ouvrages qui sont mis à la charge du propriétaire du fonds assujetti, une servitude principale, distincte de ces ouvrages eux-mêmes qui en doivent être que le moyen d'exercice (Comp. Vinnius Inst. de Servit. No. 1 ; Pardessus, tome 1, No. 19 ; Molitor de la Possession, p. 303 *in fine*.)

(2). Que les ouvrages aient en effet, véritablement pour but l'exercice ou la conservation de la servitude ; car il est clair que s'ils y étaient étrangers, ils constitueraient, par eux-mêmes, une autre servitude principale, qui serait imposée à la personne, contrairement à l'article 686.

In no. 873 of the same volume, Demolombe further discusses the same question as to the effect of art. 698 C.N. (3) and shews that this exception of an inci-

(1) Vol. 12.

(2) Art. 554 C.C.

(3) Quebec Code, art. 554.

dental or secondary servitude of repair or maintenance, might, in the case of one single servitude, that of *oneris ferendi*, even by the Roman law, have been imposed by convention on the servient owner, and that this exception prevailed without in any way infringing on the rule that such an active servitude could only be an accessory to some principal servitude which itself must have been constituted with due regard to the rule *in patiando non in faciendo servitus consistit*. Next, the learned author points out that art. 698 was a generalisation of the exception of the Roman law, which in that system was confined to the particular servitude mentioned.

Baudry-Lacantinerie, et Chauveau, *Traité de Droit Civil* (1) no. 1,130, commenting on art. 698, say :

Pour que la stipulation mettant les ouvrages à la charge du propriétaire du fonds assujetti soit valable il faut que ces ouvrages aient seulement pour but de faciliter l'exercice de la servitude, sans constituer la servitude elle-même. Ainsi en supposant que je stipule pour mon fonds le droit d'extraire de la marne du vôtre, je puis bien convenir avec vous que, vous ferez les travaux nécessaires pour empêcher l'eau d'envahir la marnière, mais non que vous extrairez la marne et que vous la répandrez tous les ans sur mon domaine en vue de l'amender ; du moins, je ne puis pas stipuler cela à titre de servitude réelle.

Huc (*Commentaire de Code Civil*, Paris 1893) is to the same effect, and to these authorities might be added very many others, all establishing the same proposition.

Apart from all authority the very words of the art. 597 C. N., (533 Code, Quebec,) which, as I before said, is only applicable here as indicating the old law, which may indeed have been subject to the narrower restriction prevailing in the Roman law, indicate that it refers only to subsidiary works, necessary for the usage and conservation of the servitude, and not to the

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 The Chief  
 Justice.

(1) *Des Biens*, Paris, 1896.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 The Chief  
 Justice.

constitution of the principal servitude itself. Those words as contained in art. 553 Quebec and 597 C.N. are *tous les ouvrages nécessaire pour en user et pour la conserver*. I maintain therefore that there is nothing either in the old law or in the new law contained in these articles in any way impugning the rule that the principal servitude must consist *in patiendo non in faciendo*.

Applying that rule here it is clear that no servitude could have been created by the claim in question.

Then, I also agree with Mr. Justice Bossé that the construction of the fence here could not be a servitude for the reason that it was left optional with the purchaser, Macaulay, to make it or not, as he might think fit.

Qu'il pourrait trouver ou juger nécessaire entre les deux susdits héritages contigus.

I also agree with the argument that the vendor, Cuthbert, stipulated not for any heritage which he retained, but for himself personally, which alone would be fatal to the constitution of a servitude. Further as regards any bearing which the contiguity of the two heritages might have, I do not enter into any discussion on the question of *mitoyenneté* for the reason that it is very plain that the property retained by Cuthbert was not adjoining to the island sold, but was separated from it by a channel of the River St. Lawrence.

I am of opinion that the appeal must be dismissed with costs.

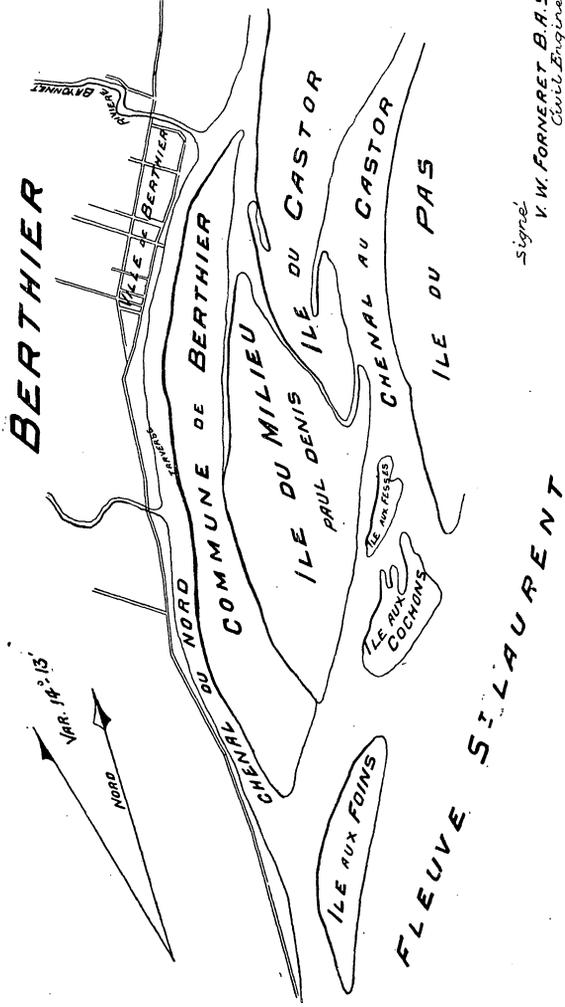
GWYNNE, SEDGEWICK and KING JJ. concurred in the judgment of Mr. Justice Girouard.

GIROUARD J.—Cette cause soulève une sérieuse difficulté de servitude rurale établie par le fait de l'homme ; comme toujours, la question est de savoir s'il y a titre.

En face de la ville de Berthier, dans le fleuve Saint-Laurent, se trouve un groupe d'îles qui forment partie de la seigneurie de ce nom. L'extrait suivant du cadastre officiel, produit dans la cause, indique la situation des lieux :—

1897  
LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENIS.

Girouard J.



La première île est l'île Randin qui est la propriété de la Commune de Berthier et pour cette raison est

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER

v.

DENIS.

Girouard J.

mieux connue sous ce dernier nom. Cette commune fut créée, à l'origine même de la paroisse, par le premier seigneur, le Sieur de Berthier, en vertu de deux contrats de concession du 25 janvier 1683, l'un à Jacques Chamart et l'autre à Jean Piet "par lesquels il est dit que le sieur Berthier leur donne pour commune l'Isle Randin (1)." Cette île n'est séparée de la Grande Côte de Berthier, sur la terre ferme, que par un chenal de deux à trois arpents, appelé le chenal du Nord. S'il est permis d'en juger par le plan, elle a environ quatre à cinq milles de tour, bien que des témoins disent six à sept milles. Jusqu'à ces dernières années, elle n'a servi que de pâturage pour l'utilité de certains habitants de la Grande Côte de Berthier. Elle n'a jamais eu de clôture soit autour ou en travers du moins jusqu'à il y a huit ou dix années. Après cette époque, la Commune fut divisée en deux champs, l'un réservé au pacage, et l'autre aux grains, et finalement à une prairie. Alors, et comme conséquence, une clôture fut faite par la Commune à travers l'île pour diviser les deux champs et protéger la moisson.

L'île la plus rapprochée de la Commune est celle du Milieu. Elle fut concédée en 1768 à Zacharie Macaulay et possédée par lui et ses successeurs à titre particulier, Nouth, William Morrison, ses enfants et petits-enfants, et enfin l'intimé. Elle forme environ cinq cent vingt arpents de terre en superficie, et est d'une grande valeur, puisque le 9 décembre 1893, l'intimé l'achetait pour le prix de \$14,000. C'est sur l'île même qu'il fait sa résidence ordinaire et exploite une grande ferme. Son titre déclare que l'île est bornée à l'ouest "par un marais qui la sépare de la Commune de Berthier." C'est ce marais qui est indiqué sur le plan par une forte ligne noire, comme étant la ligne de division entre les

(1) 3 Edits et Ord. 144.

deux îles. Plus bas que ce marais, les deux îles sont séparées par l'eau. Il est prouvé qu'à certaines saisons et particulièrement le printemps et même l'automne, il y a assez d'eau dans le marais pour permettre le passage des canots des pêcheurs ou chasseurs, et même des chalands chargés de sable et tirés à la cordelle par des chevaux. Le témoin, Magloire Olivier, âgé de 66 ans, dit qu'il a vu plus que cela. " Il y a " dit-il, " un petit chenal qui coulait toujours assez épais d'eau entre l'île Morrison (c'est-à-dire l'île du Milieu), et la Commune de Berthier, et maintenant c'est comblé." Il est prouvé que de tout temps, les propriétaires de l'île du Milieu ont fait et entretenu une clôture partie sur leur île, partie sur la grève, et même à l'eau pour empêcher les animaux de la Commune de passer à l'île du Milieu, et que quand ils passaient—ce qui arrivait assez fréquemment—ils les renvoyaient sans aucune charge ou plainte. Cette clôture a été plus ou moins longue, renouvelée chaque année plus ou moins, réparée, changée et allongée plus d'une fois la même année, suivant les saisons et les circonstances, et aussi selon que la Commune servait au pâturage seulement, ou ensemble au pâturage et aux grains ou foins. Du temps de M. William Morrison, au dire de Magloire Olivier, et son témoignage n'est pas contredit, " il fallait une clôture sur tout le long de l'île du Milieu pour tenir les animaux, et ce sont les Morrison qui ont toujours fait la clôture," c'est-à-dire sur environ quatre-vingts arpents de parcours, ainsi que l'expliquent d'autres témoins, distance qui me paraît exagérée si l'on en juge par le plan. Après la division de la commune, comme il a été observé, la longueur de la clôture fut réduite de moitié à peu près, mais elle fut faite et entretenue chaque année par le propriétaire de l'île du Milieu, et à ses propres frais.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER

2.  
DENIS.

Girouard J.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 Girouard J.

En 1884, dans le délai fixé par la loi, l'appelante fit enregistrer la dite servitude, alléguant dans l'avis au régistrateur que l'île du Milieu est bornée à l'ouest par un marais qui la sépare de la Commune de Berthier, et au nord-est par un marais qui la sépare de l'île au Castor. En 1888, Paul Desmaray et autres héritiers Morrison, alléguant que l'île du Milieu est contiguë à l'île de la Commune, protestèrent contre l'enregistrement de la servitude et sommèrent l'appelante d'avoir à faire la moitié de la dite clôture, comme clôture de ligne. Mais ils n'ont pas donné de suite à leur protêt, et ont continué de faire la clôture et de renvoyer les animaux de la Commune, lorsqu'ils passaient au delà, et cela jusqu'à leur vente à l'intimé en décembre 1893.

Au printemps de 1894, l'intimé fit la clôture comme ses prédécesseurs, il est vrai sans préjudice, et en attendant la décision des tribunaux. Ce n'est que durant l'été, après avoir consulté un avocat, qu'il s'est insurgé contre la conduite de ses auteurs. Il n'y a pas de servitude, dit-il, et non seulement il refusa de réparer la clôture, mais il ne voulut pas permettre qu'elle fut réparée par des intéressés de la Commune; il prit leurs animaux en fourrière et provoqua toutes espèces d'ennuis, de troubles, pas et démarches et litiges, et finalement le procès actuel qui est une demande en passation de titre-nouvel, aux termes de l'article 2257 du Code Civil. Elle a été intentée le 20 août 1894 et est fondée sur les faits ci-dessus et sur le titre de concession de l'île du Milieu.

Le 17 février 1768, par contrat de concession passé devant Faribault, notaire à Berthier, l'honorable James Cuthbert, propriétaire de la seigneurie de Berthier, concéda, à titre de cens et rentes seigneuriales, au Sieur Zacharie Macaulay, marchand à Québec, l'île du Milieu, décrite comme suit au contrat :

Tout l'Isle du Milieu, tenant d'un côté au chenal de l'Isle Du Pas et de l'autre à l'Isle Randin, sans en rien excepter, réserver, ni retenir, et que le dit sieur preneur a dit bien connaître pour l'avoir vu et visité, dont il se tient content et satisfait, pour en jouir, faire et disposer par le dit sieur preneur, ses dit hoirs et ayant cause, en toute propriété à commencer de ce jour. Cette concession ainsi faite à la charge de payer tous les ans, au jour de St.-Martin, onze de novembre, dont le premier paiement se fera à pareil jour de la prochaine, au domaine de la seigneurie de Berthier, la somme de deux cents livres tournois, pour tout droit de cens et rentes seigneuriales, en outre à condition qu'il fera à ses frais, s'il le juge nécessaire, une clôture bonne et valable, à l'épreuve des animaux de la Commune, sans aucun recours ni garantie à cet égard de la part du sieur seigneur, lesquelles conditions ont été acceptées du dit sieur preneur, pour sûreté de quoi il a hypothéqué tous ses biens présents et à venir, et spécialement la dite Isle qui y demeure affectée par privilège, une obligation ne dérogeant à l'autre.

La difficulté est de savoir ce que les parties ont voulu dire en stipulant : " en outre à condition qu'il fera à ses frais, s'il le juge nécessaire, une clôture bonne et valable, à l'épreuve des animaux de la Commune sans aucun recours, ni garantie à cet égard de la part du sieur seigneur."

La cour de première instance (Ouimet J.) a considéré que la stipulation de faire la clôture n'était pas clairement exprimée et que le fut-elle, elle n'établit qu'une obligation purement personnelle et même facultative de la part du concessionnaire.

La majorité de la cour d'Appel a confirmé le jugement de la cour Supérieure, sans apporter de nouveaux motifs, l'honorable juge Blanchet dissident. Nous avons cependant devant nous les notes de M. le juge Bossé; il est d'opinion que, la clause ne contenant qu'une obligation personnelle de la part de Macaulay, il n'est pas nécessaire de décider si elle est simplement facultative. Le savant juge observe en terminant :—

Ajoutons que, dans le cas de doute, il faut toujours interpréter l'acte contre la charge imposée au fonds en faveur d'un autre fonds et opter pour la libération (1).

(1) 12 Demolombe, Servitudes n° 689.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 Girouard J.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER

v.  
DENIS.

Girouard J.

Ces principes ont été appliqués par cette cour dans une espèce plus favorable à la servitude. C'est la cause de *Mondelet v. Roy*, décidée le 20 novembre 1882, et rapportée au 4<sup>ième</sup> volume des Rapports de Dorion, p. 7.

Le principe énoncé par Demolombe est incontestable. C'est celui de l'article 1162 du Code Napoléon et de l'article 1019 de notre Code. " Dans le doute, le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation." Il ne s'applique cependant que quand toutes les manières de connaître l'intention des parties ont été épuisées. " C'est la dernière ressource de l'interprétation aux abois !" dit Demolombe (1),

C'est l'interprétation s'avouant impuissante devant l'impénétrable obscurité du contrat ! D'où il suit qu'on ne doit l'appliquer qu'autant que toutes les autres règles d'interprétation font défaut (1).

Demolombe, au numéro même cité par le savant juge, observe :—

En fait, avant tout, quel est le caractère du droit que le disposant ou les parties contractantes ont entendu créer ?

Est-ce un droit de propriété ou de co-propriété ?—ou de simple bail ?—ou une pure obligation de faire ou de ne pas faire ?—ou un usage irrégulier, une servitude personnelle ?—ou enfin une vraie servitude réelle ?

C'est d'après les titres et les circonstances du fait, et surtout d'après la nature propre du droit lui-même, que cette première question doit être résolue dans chaque espèce (comp. Cass. 7 fév. 1825, Tombette, D. 1825, 1. 84 ; Cass. 15 fév. 1842, Duvivier, Dev. 1842, 1, 344).

La qualification appliquée au droit par l'acte même qui l'établit, et les autres termes que cet acte peut renfermer encore, sont sans doute à prendre en très grande considération. S'il résulte en effet du titre que la concession n'a été faite qu'en vue d'une personne individuellement désignée, elle ne constituera qu'un droit personnel, lors même que, par son caractère propre, elle aurait pu être établie comme servitude réelle ; *si tamen testator demonstravit cui servitutem pecoris præstari voluit, emptori vel hæredi non eadem præstabitur servitus* (L. 8 ff. de servit. præd. rust.) ; mais on devra, au contraire, y reconnaître une servitude réelle, si le droit est accordé au propriétaire d'un fonds pour lui et ses successeurs ; ou même indépendamment de toute explication

(1) Vol. 25, p. 25.

pareille, si le droit, étant de sa nature une vraie servitude réelle, est concédé purement et simplement au fonds (comp. Cass., 7 fév. 1852, Tombette, D., 1825, 1, 84 ; Bourges, 3 janv. 1829, Bourdiaux, D., 1829, 2, 42 ; Proudhon, *des Droits d'usufruit, d'usage*, t. VI, nos. 3093 et suiv. ; Duranton, t. V. no. 34).

Mais, d'un autre côté, il ne faut pas oublier non plus que le caractère véritable d'un droit se détermine, avant tout, par lui-même, par sa propre substance, plutôt que par la dénomination, plus ou moins exacte, que les parties lui ont donnée ; et que, par exemple, l'emploi du mot *servitude* ne suffit pas pour imprimer ce caractère à un droit, qui, d'après l'acte même d'où il résulte, n'en est pas susceptible ; pas plus que ce mot n'est nécessaire pour faire naître une véritable servitude, quand tel est effectivement le droit qui a été constitué : *in contractibus rei veritas potius quam scriptum perspicere debet..... ; non quod scriptum, sed quod gestum est* (L. 1 et 3, Cod. *plus valere*, art. 1156, C. Napol.)

C'est d'ailleurs ce qu'enseignent tous les auteurs. Solon dit (1) :—

Mais remarquez qu'en parlant de titre douteux, nous n'avons en vue que celui dont l'imperfection est telle qu'il est impossible d'en expliquer l'objet et l'étendue par les voies ordinaires de l'interprétation ; si malgré ses imperfections, la volonté des parties pouvait être comprise, nul doute qu'elle ne dût avoir une autorité complète.

Laurent, dit (2) :—

Mais il peut être douteux si le droit est une créance, une servitude réelle ou une servitude personnelle. C'est moins aux termes dont les parties se sont servies qu'il faut s'attacher qu'à la nature du droit et à l'intention des contractants. Il faut surtout tenir compte de la règle fondamentale établie par l'article 686 ; pour que le droit soit une servitude réelle, il doit être dû par un fonds et en faveur d'un fonds.

Cet article correspond à l'article 545 de notre code :—

Tout propriétaire, usant de ses droits et capable de disposer de ses immeubles, peut établir sur ou en faveur de ses immeubles telles servitudes que bon lui semble, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public.

Dalloz, (3) pose la première règle d'interprétation et observe :—

Quelque sage et absolue que soit la règle posée en tête du présent numéro, la constitution de servitude n'a pas besoin d'être faite en

(1) Des Servitudes réelles, p. 305. (2) Vol. 7, n. 148.

(3) V<sup>o</sup> "Servitude" no. 988.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENTS.

Girouard J.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.

DENIS.

Girouard J.

termes en quelque sorte sacramentels (M. Pardessus, n° 268) ; elle peut résulter de la combinaison des clauses d'un ou de plusieurs actes.

Puis, v°. "Servitude" au numéro 1000, le même jurisconsulte ajoute :—

Les actes constitutifs des servitudes sont, comme tous les autres actes, soumis à la règle d'après laquelle on doit, dans les conventions, plutôt rechercher la commune intention des parties que s'attacher au sens littéral des termes.

Enfin, au no. 1002, sous le titre "Interprétation du titre," Dalloz, v°. "Servitude" ajoute :—

Les tribunaux ont une grande latitude, en matière d'interprétation. Il serait donc difficile de donner des règles rigoureusement exactes sur les principes qui les dirigent, et que l'équité quelquefois domine plutôt que la rigueur du droit.

Les annotateurs des Pandectes Françaises observent à la note (1) :—

Il est hors de doute que les titres constitutifs de servitudes sont soumis aux règles ordinaires qui gouvernent l'interprétation des contrats. Le juge doit, dès lors, s'attacher à déterminer quelle a été la commune intention des parties et suppléer par cette recherche au silence ou aux obscurités de l'acte litigieux.

Ils citent dans ce sens :—

Cessation, 26 janvier, 1875, S. 75, l. 121 ; 19 juillet, 1887, Pand. Fr. 87, l. 329 ; 16 janvier 1889, id. 89, l. 451. Voir aussi Lalaure et Paillet, Servitudes, liv. 1, ch. 2, p. 53.

La décision de la Cour d'Appel dans la cause de *Télu vs. Gibb* (2), est aussi précise. M. le juge Casault avait décidé, en cour de première instance, que les servitudes, en cas de doute, doivent être plutôt restreintes et ne jamais être maintenues, à moins de stipulations claires et précises. Mais cette doctrine fut rejetée par la Cour d'Appel, composée de Dorion J. C., Monk, Ramsay et Tessier J.J. (Cross J. dissident) :—

Considérant . . . . . que quoique ces faits de jouissance ne suffiraient pas seuls pour établir une servitude de passage sur le terrain des intimés, ils servent à expliquer les droits de servitude et de passage conte-

(1) 1892, 1, 65.

(2) 10 R. L. 483.

nus aux dits actes de vente et de promesse de vente et aux anciens titres précédents et à l'intention des parties aux dits actes.

On cite la décision de la Cour d'Appel dans la cause de *Mondelet v. Roy* (1). Mais c'est tout le contraire qui a été jugé à propos d'une servitude créée en 1811 dans un acte de partage, ainsi que nous le verrons plus loin. Ce n'est qu'à l'égard d'un acte de vente ordinaire passé en 1850 que la Cour d'Appel a jugé dans la même cause, et avec raison, qu'il n'avait pas créé une servitude réelle, *attendu qu'il n'indique aucun héritage dominant*. C'était le cas d'une obligation personnelle qui ne pouvait être garantie que par hypothèque.

M. le juge Bossé observe que si l'intimé ne fait pas une clôture pour se protéger, "cela donnerait bien ouverture à une action en dommages pour détention des animaux illégalement mis en fourrière." Je ne puis comprendre ce recours en dommages, s'il n'y a pas de servitude. S'il existe, et je crois qu'il a été concédé par l'avocat de l'intimé, qui a admis à l'audience devant nous que l'intimé n'a pas le droit de se plaindre si les animaux de la Commune vont chez lui, ça ne peut être qu'en vertu du contrat de concession et de la clause qui s'y trouve créant une charge foncière, une servitude en un mot, sur l'Île du Milieu en faveur de l'Île de la Commune. De droit commun, un propriétaire n'est pas tenu de souffrir les animaux de son premier ou de son deuxième voisin. Ça ne peut être qu'en dérogeant à la règle ordinaire, par des stipulations particulières, que le contraire peut avoir lieu; et à moins d'une convention grevant le fonds, l'action en dommage que l'on concède à la Commune ne peut être exercée. Et puis, que deviendrait l'action en dommages après que Denis en aurait acquis la prescription?

Afin de mieux juger de l'intention des parties, il est à propos d'examiner les lois au sujet des clôtures en

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENIS.

Girouard J.

(1) 4 Dor. Q. B. 7.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 Girouard J.

force à l'époque où le contrat de concession fut passé en 1768. Je crois que l'appelante fait erreur, lorsqu'elle considère la clôture en question comme une clôture de ligne. Elle cite l'ordonnance de l'intendant Bégon du 10 juin 1724 (1) "au sujet des clôtures et fossés de ligne." Il suffit de lire le titre de cette loi, et à plus forte raison le texte, pour voir qu'elle ne s'applique qu'à des immeubles qui sont contigus.

Je suis d'avis, avec l'intimé, que la clôture que les parties avaient en vue dans le contrat de concession était plutôt une clôture de la nature de celle mentionnée en l'ordonnance de Raudot du 12 mars 1709, (2) et il aurait pu ajouter celle du même intendant du 18 juin 1709 et celle de Bégon du 19 juin 1714 (3). Toutes ces ordonnances contiennent les mêmes dispositions: 1° Obliger

chaque habitant de toutes les Côtes de ce pays de faire une clôture bonne et valable le long du front de son habitation....., soit que le front ou la profondeur soient le long du fleuve Saint-Laurent (4); et 2° Forcer les seigneurs de faire une clôture

le long de leurs domaines ou des terres non concédées..... "sauf aux dits seigneurs," ajoute l'ordonnance du 18 juin 1709, "à se faire rembourser des dits chemins et des clôtures et fossés, lorsqu'ils concéderont les dites terres."

Le but de ces lois était d'empêcher

que les bestiaux ne puissent aller dans les grains (5),

c'est-à-dire, les grains de chaque habitant tenu de faire la clôture, ainsi que l'explique le jugement de Bégon du 5 juin 1716:

Nous condamnons les héritiers Gamache à clore la devanture de leurs habitations, en sorte que les bestiaux de leurs voisins ne puissent aller dans leurs grains; et faute par eux d'avoir fait la dite clôture dans la quinzaine du jour que la présente ordonnance leur aura été notifiée, leur faisons défenses de saisir et arrêter les bestiaux qui pourraient aller sur leurs terres (6).

(1) 2 Ed. & Ord. 305.

(4) 2 Ed. & Ord. 270, 430.

(2) 2 Ed. & Ord. 270.

(5) 2 Ed. & Ord. 441.

(3) 2 Ed. & Ord. 430, 441.

(6) 2 Ed. & Ord. 452.

Un pareil arrêt avait été rendu par le Conseil Supérieur le 7 juillet 1670, (1).

Ainsi donc, à la date du contrat de concession à Macaulay, et l'intimé l'admet dans son factum, le seigneur de Berthier était tenu, de clôturer l'île du Milieu non encore concédée, à l'épreuve des animaux de l'île de la Commune, et dès qu'elle était concédée, Macaulay devenait soumis à la même obligation, cette clôture formant en effet le front de son habitation.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 Girouard J.

Ces règlements ne s'appliquaient pas aux communes qui n'étaient pas des habitations, et où il n'y avait pas de récoltes à protéger. C'est ce que disent assez clairement les lois que nous venons de citer, auxquelles on peut en ajouter d'autres. L'ordonnance du 12 mars 1709, citée par l'intimé, déclare que les clôtures de front "partagent ordinairement les communes des terres labourées (2)." Le 26 juin 1707 et le 11 juin 1709, pour des raisons particulières qui n'apparaissent pas, les Intendants Raudot, père et fils, ordonnent aux habitants de Boucherville de clore la commune vis-à-vis la terre d'Adrien Lamoureux, (3) Le 3 juin, 1714, le seigneur des îles Bouchard, dans le voisinage des îles de Berthier, fait à ses censitaires l'offre d'une commune "à la condition que les dits habitants feront enclore de pieux la dite commune," offre qui fut refusée, parce qu'ils ne pourraient la faire assez forte pour résister aux glaces et aux grandes eaux qui emporteraient la dite clôture, ce qui obligerait les dits habitants à faire une dépense considérable tous les ans pour l'entretenir, (4). Le 14 mars 1735, l'intendant Hocquart, dans le but de défricher et améliorer la commune des Trois-Rivières ordonne à tous les habitants de la ville de faire "une clôture solide et à l'épreuve des bestiaux, autour de la dite commune (5)." Toutes ces exceptions établissent

(1) 2 Ed. & Ord. 50.

(3) 3 Ed. & Ord. 255.

(2) 2 Ed. & Ord. 270.

(4) 2 Ed. & Ord. 437.

(5) 3 Ed. & Ord. 465.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER

v.

DENIS.

Girouard J.

la règle. Il n'y avait pas en effet de loi générale obligeant à clôturer les communes, tandis qu'il en existait plusieurs au sujet des habitations et même des terres non concédées et domaines seigneuriaux.

A l'égard de la commune de Berthier, on trouve plusieurs jugements et une ordonnance de l'intendant pour en assurer la paisible jouissance aux habitants de Berthier, sans faire de clôture. Dès l'origine, cette commune donna lieu à des troubles et des querelles nombreuses, même des voies de fait, entre les habitants de Berthier et ceux des îles voisines. Le 21 juin 1707, l'intendant Jacques Raudot, rend un premier jugement en forme de règlement, qui, sur les contestations mues entre les habitants de Berthier et ceux de l'Isle-au-Castor et le seigneur de Berthier, au sujet des communes de Berthier et de l'Isle-au-Castor, ordonne que le dit seigneur rentrera en possession d'icelles, pour en disposer comme bon lui semblera, "à la charge par les dits habitants de faire garder leurs bêtes dans leurs habitations, et de cinq livres d'amende *contre ceux qui les laisseront aller dans les dites communes* (1)."

Le 1er juillet de la même année, intervient un autre arrêt qui ordonne "que le dit sieur Berthier ou son procureur, sera tenu de clore ou faire clore les habitations par lui concédées dans l'Isle-au-Castor, *en sorte que les habitans de Berthier puissent jouir de leur commune*, et, jusqu'à ce sursis au paiement de ce qu'ils lui doivent pour le droit de commune (2)."

Enfin, le 20 juin 1708, Jacques Raudot, après enquête faite sur les lieux par Denis Raudot, son conjoint, rendit une ordonnance qui ordonne aux habitans de l'Isle-au-Castor de faire une clôture solide en travers de l'isle, moyennant quoi, ils seront déchargés de la rente qu'ils s'étaient obligés de payer par leurs contrats de concession pour la Commune: "Ordonnons," y est-il déclaré,

(1) 3 Ed. &amp; Ord. 131.

(2) 3 Ed. et Ord. 134.

“ que le sieur Berthier sera tenu de faire clore les habitations par lui concédées dans l'Isle-au-Castor, *en sorte que les habitans de Berthier puissent jouir de leur commune*, et que jusqu'à ce, sursis au payement des rentes qu'ils doivent pour le droit d'icelle (1).”

Tous ces faits et règlements se trouvent aux *Edits et Ordonnances*, et il ne faut pas oublier qu'ils sont authentiques “ et font preuve de leur contenu,” comme les Statuts de la province de Québec. C. C. art. 1207.

Par ces règlements, qui font loi jusqu'à ce qu'ils soient abrogés, l'intendant introduisait dans les îles de Berthier pour la protection de la Commune des habitants de Berthier, la règle qu'il avait établie dans les Côtes pour la protection des grains et récoltes. Il ne peut y avoir de doute que cette commune est celle de l'île Randin, puisqu'elle est mentionnée dans l'ordonnance même (2). Il est vrai que l'île du Milieu n'y figure pas, pour la bonne raison qu'elle n'avait pas été concédée et qu'elle ne pouvait l'être avant longtemps, à cause de sa proximité avec l'île Randin et des dépenses considérables que la construction et l'entretien d'une clôture de front entraîneraient. Ce ne fût qu'en 1768 que le seigneur put trouver un acquéreur, et pour l'y décider, il lui fallut se départir des règles ordinaires.

Lorsque le seigneur Cuthbert a accordé le titre de concession à Macaulay, il ne l'a pas assujéti à la rigueur des concessions seigneuriales ; il ne l'a pas soumis à la nécessité de tenir feu et lieu, ou de faire des défrichements, ou de moudre au moulin banal ou de fournir la journée de corvée ; il n'a pas exigé de lui une clôture le long ou sur le front de son île pour protéger la Commune de Berthier. Cependant, il ne pouvait laisser ses censitaires communistes à la merci du propriétaire de l'île du Milieu. Les sorties des animaux qui y pacageaient chaque été seront inévitables et elles cause-

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIERv.  
DENIS.

Girouard J.

(1) 3 Ed. et Ord. 143.

(2) 3 Ed. et Ord. 144.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER

v.

DENIS.

Girouard J.

ront indubitablement des dommages aux grains de l'île du Milieu, lorsqu'elle sera mise en valeur, ce qui devra avoir lieu dans un avenir plus ou moins rapproché. Il ne pouvait songer à clôturer, ou faire clôturer par les Communistes, l'île de la Commune de quatre à cinq milles de tour; d'ailleurs, les règlements de l'intendant leur assuraient la jouissance de cette commune sans aucune clôture. Dans ces circonstances difficiles, le seigneur et le concessionnaire adoptèrent ce qu'ils considérèrent un accommodement. Le concessionnaire sera obligé de souffrir les animaux de la Commune, mais il ne sera pas tenu de faire la clôture que lorsqu'il le jugera nécessaire, c'est-à-dire, quand il aura une habitation et des grains à protéger. Il se passera probablement des années avant que cette nécessité se fasse sentir. Son censitaire nouveau, Zacharie Maccauly, selon l'orthographe française du notaire, n'est pas un colon ordinaire, ou un habitant à la recherche d'une habitation. C'est Zachary Macaulay, un personnage important de Québec au commencement du régime britannique au Canada, que Watson (2), dit être ni plus, ni moins que le père de Lord Macaulay, mais que M. Douglas Brymner, notre archiviste canadien, présente tout simplement comme un marchand de bois influent, ayant sa résidence d'abord à Québec et ensuite, vers 1776, à Machiche, qui, comme on le sait, est à quelques lieues de l'île du Milieu (1). Quoi qu'il en soit, le contrat de concession du 17 février 1768, nous l'introduit comme "marchand de Québec," et le Seigneur de Berthier avait raison de supposer que c'était moins une habitation que Maccauly cherchait, que du bois ou peut-être même une place de chasse et de pêche. En conséquence, il l'oblige à souffrir les animaux de la commune et à faire, lorsqu'il le jugera

(1) Constitutional History of  
Canada, p. 22.

(2) 2 Bulletin des Recherches  
Historiques 172.

nécessaire, une clôture à l'épreuve de ces animaux, à l'endroit qu'il jugera le plus convenable, mais évidemment sur son île ou sa grève, car Maccauly n'avait pas de titre pour la faire ailleurs. Cette concession ou plutôt cette libéralité de la part du seigneur lui causera des ennuis : la Couronne se plaindra peut-être qu'il ait concédé une terre en bois debout (1) ; il est possible encore que ses censitaires communistes, qui ont le domaine utile de la commune, protestent contre cette exemption temporaire de la clôture de front ; mais il se soumet d'avance à ces inconvénients et à ces dangers. et voilà pourquoi, il stipule qu'il n'aura pas de recours contre le propriétaire de l'île du Milieu. Ses censitaires communistes ont aussi des droits ; ils seront exposés à aller chercher leurs animaux à quinze ou vingt arpents hors l'enceinte de la commune, ainsi que l'expliquent des témoins ; mais il ne peut répondre, ni stipuler pour eux.

Le propriétaire de l'île du Milieu pourra aussi souffrir quelques dommages provenant des animaux de la commune, particulièrement s'il a récolte. De là, la stipulation que le seigneur ne sera pas responsable ou garant envers le censitaire : "Sans aucun recours, ni garantie à cet égard de la part du Sieur Seigneur." Jusqu'à ce que le concessionnaire ait une habitation et des grains, la convention lui est évidemment favorable et est défavorable au seigneur et à ses communistes, excepté en ce que leur commune se trouve pratiquement agrandie. D'ailleurs, il ne sera jamais dans une position plus onéreuse que les autres habitants qui sont tenus d'avoir une clôture de front. Voilà comment je comprends l'intention des parties, le sens de la clause du contrat de concession.

Mais, dit-on, il n'y a pas de stipulation que Macaulay s'engageait pour lui et les détenteurs successifs, c'est-

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER:v.  
DENIS.

Girouard J.

(1) 1 Ed. et Ord. 531, 572, 590.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 ———  
 Girouard J.  
 ———

à-dire, à perpétuité. Mais dans les circonstances, à quoi bon, une obligation personnelle, qui pourrait s'éteindre le lendemain ou dans un temps rapproché? C'était surtout contre l'avenir, contre l'époque où l'Île du Milieu serait cultivée, que le Seigneur voulait se garder. Evidemment, l'obligation personnelle n'aurait pas atteint le but que le Seigneur et les règlements en force se proposaient et la situation des lieux garantissait, savoir, celui d'assurer la paisible jouissance de la commune de Berthier. Il convient donc d'appliquer les principes des articles 1014 et 1015 du Code Civil, aussi anciens que nos tribunaux: Art. 1014.

Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait avoir aucun.

Art. 1015 :

Les termes susceptibles des deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat.

Et comment supposer que Macaulay ne stipulait pas pour lui et tous les propriétaires subséquents? Remarquons qu'il s'agit du titre primordial de l'Île du Milieu où les parties n'ont en vue que des stipulations foncières. Ce n'est pas une vente; c'est une concession seigneuriale, et en l'interprétant, il faut tenir compte de cette importante circonstance. Si dans les actes ordinaires (C.C. 1030), "lui, ses hoirs, et ayants cause" ou même "lui et les siens", en matière de servitude, signifient non seulement les descendants, mais tous les propriétaires successifs, ainsi que l'affirment Dalloz et un arrêt qu'il cite, *Bourdiaux v. de Castris* (1), à plus forte raison, doit-il en être ainsi dans les contrats de concession, où les parties ne voient qu'un seigneur et un censitaire. *Dorion v. Le Séminaire de Montréal* (2).

Macaulay accepte la concession "pour lui, ses hoirs et ayants cause", et il ajoute que c'est pour en jouir et

(1) Vol. 40, p. 262, n. 3.

(2) 5 App. Cas. 362.

disposer en toute propriété " par le dit sieur preneur, ses dits hoirs et ayants cause." Il déclare bien connaître " toute l'île du Milieu.....pour l'avoir vu et visité ", et il connaissait pareillement l'île Randin et la Commune qui sont mentionnées à l'acte. Puis le titre ajoute que la concession est faite " à la charge de payer les cens et rentes seigneuriales, en outre à la condition qu'il fera à ses frais, s'il le juge nécessaire " etc., *lesquelles conditions ont été acceptées du dit sieur preneur.*

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENIS.

Girouard J.

Ici les mots " ses hoirs et ayants cause " ne sont pas répétés. Mais ils sont sous-entendus, et d'ailleurs, le preneur avait déjà déclaré qu'il acceptait la concession pour lui, ses hoirs et ayants cause. Il ne peut y avoir de doute que les acquéreurs subséquents étaient responsables de la rente seigneuriale, malgré que l'acte ne déclare pas par qui elle sera payable, le mot " preneur ", étant même omis. Il faut décider la même chose à l'égard de l'autre stipulation, bien que les parties se servent de l'expression " à condition ", mais il est évident que dans leur esprit " charge " et " condition " signifiaient la même chose, car immédiatement après la mention de la rente seigneuriale et de la clôture, elles ajoutent " lesquelles conditions ont été acceptées du dit sieur preneur " " D'ailleurs, aux yeux de la loi, ces expressions ont la même signification en matière de contrats de concession et de servitudes (1).

Macaulay, ses hoirs et ayants cause, c'est-à-dire, tous les propriétaires successifs de l'île du Milieu, devront exécuter la stipulation concernant la clôture et les animaux de la commune, comme ils sont tous également tenus au paiement des cens et rentes. Telle était évidemment, l'intention des parties et invariablement depuis, au moins en autant que la mémoire humaine et la tradition peuvent témoigner, c'est cette intention qui a été exécutée et suivie par tous les propriétaires.

(1) 1 Domat, ed. Remy, p. 142, n. 5 ; Ques. Seig. vol. A. p. 70 b.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIERv.  
DENIS.

Girouard J.

Il est vrai que la Coutume de Paris, dit (1) :

Droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance quelle qu'elle soit, sans titre, encore que l'on en ait joui par cent ans ;

règle qui a été reproduite dans l'article 549 du Code Civil :

Nulle servitude ne peut s'établir sans titre ; la possession, même immémoriale, ne suffit pas à cet effet.

Mais la Coutume aussi bien que le Code ne disent pas que la possession immémoriale ne peut servir à interpréter le titre, et même le compléter. Je ne puis donc accepter la doctrine des tribunaux de première instance que la conduite des parties ne signifie rien ; elle est repoussée par tous les auteurs de la jurisprudence, tant française que canadienne. La décision de la cour d'Appel dans la cause de *Tétu v. Gibb* citée plus haut, est formelle. Notre propre cour vient de décider la même chose dans la cause de *La cité de Québec v. la Compagnie du chemin de fer du Nord* (2). Deux arrêts de la cour de Cassation, rapportés dans Dalloz (3), (*Bourdiaux v. de Castries*, et *Rebuffat v. Aubert*) sont dans le même sens. Le second, à la date du 8 novembre 1842, s'explique comme suit :

Attendu que les dispositions de l'arrêt se bornent à interpréter la convention intervenue entre les parties tant par les termes de l'acte passé entre elles que par l'exécution prolongée qu'elles lui avaient donnée et qu'en usant d'un droit qui lui appartenait incontestablement, la cour royale ne peut avoir contrevenu à aucune loi. Rejette le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'Aix, du 29 avril 1841.

Demolombe (4), dit :

Il faut encore mettre au rang des règles les meilleures d'interprétation, quoique notre code ne la mentionne pas, celle que fournit l'exécution qui a été donnée par les parties de la clause de leur convention, dont le sens est maintenant controversé entre elles. L'exécution de la clause, c'est l'interprétation vivante et animée.

Pardessus (5) :

(1) Art. 186.

(3) Vol. 40, p. 262, notes 3 and 4.

(2) 27 Can. S. C. R. 102.

(4) Vol. 25, no. 36.

(5) Des Servitudes, p. 543.

Dans l'embarras véritable que produit la force des arguments respectifs, on peut nous le croyons, présenter un guide assuré. C'est le principe que l'exercice d'un droit, et surtout la souffrance volontaire d'une charge pendant un long temps forme une sorte de contrat, contre lequel personne n'est recevable à réclamer.

Solon (1):

Rien ne peut mieux ajouter à un titre et en former le complément, que l'existence de faits multipliés pour démontrer que les parties n'ont pu ignorer la servitude mentionnée au titre recognitif. De pareils faits joints au titre, même imparfait, suffisent pour prouver que la servitude ne s'exerce pas à titre de familiarité et de simple tolérance et lui impriment les caractères les plus favorables.

Voir aussi un arrêt de la cour de Cassation du 27 février 1882 (2).

Voyons maintenant si la loi, et c'est la principale question à mon avis, autorisait une servitude comme celle que réclame l'appelante en vertu du contrat de concession. Quelle est donc la nature de la stipulation qu'il contient? Est-ce une obligation personnelle ou une servitude réelle?

Si nous n'avions qu'à consulter le Code Civil, la réponse ne serait pas embarrassante. L'article 499 dit:

La servitude réelle est une charge imposée sur un héritage pour l'utilité d'un autre héritage appartenant à un propriétaire différent.

Pas de distinction entre l'obligation de faire et celle de souffrir ou laisser faire quelque chose. Voir *Dorion v. Le Séminaire de Montréal* (3). Il n'est pas nécessaire que les deux héritages soient contigus; ils peuvent être séparés par une rivière guéable et même par un cours d'eau qu'on ne peut traverser qu'en bateau; il suffit en général qu'ils soient assez rapprochés l'un de l'autre pour que l'exercice de la servitude offre un avantage appréciable. Ces principes sont conformes au droit français ancien et au droit romain (4).

(1) Des Servitudes, p. 303.

(2) Dal. 82, 1. 415.

(3) 5 App. Cas. 367.

(4) 3 Aubry et Rau p. 63; 3 Toullier, no. 595; 5 Duranton, no. 494; 12 Demolombe, no. 692; 4 Huc, no. 260.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.

Girouard J.

1897

Puis vient l'article 545 :

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENIS.

Tout propriétaire usant de ses droits et capable de disposer de ses immeubles, peut établir sur ou en faveur de ses immeubles telles servitudes que bon lui semble, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public.

Girouard J.

Pas de distinction non plus entre la stipulation de faire et celle de souffrir et laisser faire. Enfin, l'article 553 dit :

Celui auquel est due une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et la conserver.

Art. 554 :

Ces ouvrages sont à ses frais et non pas à ceux de propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre constitutif de la servitude ne dise le contraire.

Ces articles de notre code ne sont pas indiqués de droit nouveau ; et si nous n'avions qu'à les appliquer à cette cause, nous pourrions facilement décider que l'obligation de faire la clôture était une charge imposée sur l'île du Milieu au profit de l'île de la Commune.

Mais le titre que l'appelante invoque a été passé en 1768, et évidemment les droits des parties ne peuvent être déterminés par les articles du Code Civil, qui, prétend l'intimé, ont changé l'ancien droit. Il invoque le droit romain et cite plusieurs commentateurs français, entre autres Pothier, Guyot, Toullier, Mourlon, Beaudry-Lacantinerie, pour démontrer que, jusqu'à la promulgation du Code Napoléon, une servitude ne pouvait consister qu'à souffrir et laisser faire, jamais à faire quelque chose. Il a même sur ce point, la haute autorité du Conseil Privé dans la cause de *Dorion v. Le Séminaire de Montréal* (1).

The question in this case is, whether the obligation contained in the original deed of grant of this estate to Smith created a servitude. In considering this question, the provisions of the Civil Code of Canada which define and enumerate servitudes are to be regarded. Article 499 of that code defines generally a servitude. "A real servitude is

(1) 5 App. Cas. 367.

a charge imposed on one real estate for the benefit of another belonging to a different proprietor". The obligation to repair a road imposed on one estate for the benefit of the owners of another would, *prima facie*, seem to be a charge within the terms of this article. No doubt, by the old French law founded on the Roman law, and by the law of Canada before the code, a servitude was understood to be, that the owner of the servient tenement was only to suffer and not to do any act. It is unnecessary to cite the authorities on that subject, because the old law is clear, and may be taken to be correctly stated by Toullier (3rd volume) in Nos. 377 and 378, which are cited by Mr. Justice Bélanger in his judgment. Toullier's observations are an exposition of the maxim : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis sed ut aliquid patiat ut aut non faciat.*

Le Conseil Privé, confirmant le jugement de la Cour d'Appel, a cependant jugé dans cette espèce que l'obligation contractée par un concessionnaire dans un contrat de concession seigneuriale, passé en 1804, de fournir, faire et entretenir, à ses propres frais, le chemin de front, qui divisait sa concession du domaine du Seigneur, était une véritable servitude réelle et non une obligation personnelle. Sir Montague Smith, en rendant le jugement, dit :

In the present case, their Lordships think that the effect of the deed is, that the estate was conveyed to Smith subject to the obligation that part of it was to be used for a road which the grantee was to make and keep in repair. The land to be so used was not excepted out of the grant to Smith, but on the contrary was granted to him as part of an entire estate, subject to the obligation that it should be used for the purpose of a road. The obligation to repair was not an independent servitude separately created, but was part of the entire servitude imposed upon the land on the grant of it. In its inception there can be no doubt that this was so, and that the obligation was for the benefit of the estate which the seminary retained, and which may be called the dominant tenement.

Peut-on signaler quelque différence entre l'obligation de faire et entretenir une clôture sur le terrain concédé et celle d'y faire et entretenir un chemin ?

Il n'y en a aucune en principe.

Il n'y a pas de doute que dans l'ancien droit qui était suivi au Canada, le seigneur pouvait insérer dans les

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENIS.

Girouard J.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 Girouard J.

actes de concession plusieurs charges et conditions que l'état d'une colonie naissante imposait ; mais qui depuis longtemps n'avaient plus leur utilité dans un pays peuplé et habité comme l'était l'ancienne France depuis des siècles. Les clauses des contrats de concession faisaient partie du droit féodal, à moins d'être contraires à l'ordre public ou à un texte formel de loi (1). C'est ainsi que longtemps avant l'arrêt de Marly de 1711 (2) les seigneurs et particulièrement celui de Berthier stipulaient invariablement que leurs concessionnaires tiendraient feu et lieu et feraient quelques arpents de défrichement dans un certain délai (3). Egalement ils pouvaient les charger des clôtures, chemins et fossés, se faire indemniser quant au passé (4) et se protéger quant à l'avenir, comme le fit le Séminaire de Montréal avec l'auteur de Dorion et le Seigneur de Berthier avec celui de Denis. Ces stipulations et autres semblables n'ont jamais été considérées comme des obligations personnelles, mais toujours comme des charges ou servitudes réelles s'attachant à chaque détenteur subséquent. La jurisprudence a même été d'interpréter les contrats de concession généralement d'une manière libérale au seigneur, et contre le censitaire, parce qu'on les considérait comme des gratuités et qu'il est contraire aux principes de droit et d'équité qu'un bienfait puisse tourner au détriment de son auteur (5). Dans l'espèce actuelle, on voudrait que le seigneur se fût chargé de faire quatre à cinq milles de clôture, tout le tour de l'île de la Commune, à des frais considérables répétés en partie annuellement, en considération des deux cents livres tournois ou \$33.33 de rente annuelle. Voilà la conséquence rigoureuse d'un jugement qui libérerait le pro-

(1) Questions Seigneuriales, Vol. A. p. 53a, 65a.

(2) 1 Ed. et Ord. 324.

(3) 2 Ed. et Ord. 51 ; 3 id. 146.

(4) 2 Ed. Ord. 430.

(5) Pardessus, Des Servitudes, vol. 1er, p. 540 ; 2 Ed. et Ord. 489.

priétaire de l'île du Milieu de se clôturer. Ce résultat n'est ni raisonnable, ni équitable, pas même vraisemblable.

La jurisprudence de nos cours a admis le même principe chaque fois qu'il s'est agi d'une simple division ou d'un partage ordinaire d'immeubles entre particuliers. Je trouve pas moins de trois décisions de la Cour d'Appel, qui maintiennent que des stipulations de cette nature ont le caractère de servitudes réelles.

La première est celle de *Hamilton v. Wall* (1) décidée par la cour d'Appel, composée de Dorion, J.C., Monk, Ramsay, Tessier et Cross, JJ. Il est vrai que la servitude dont il s'agissait avait pris naissance sous l'empire du Code ; mais à cet égard, le Code n'a pas introduit un principe nouveau. L'ancien droit, comme l'article 499, considérait comme de l'essence de la servitude qu'elle fût une charge sur un héritage pour l'utilité d'un héritage voisin appartenant à un propriétaire différent. *Hamilton*, propriétaire d'un grand terrain de ville, le divise et en vend un lot à l'auteur de *Wall*. L'acte de vente contenait la clause suivante : " Il est expressément convenu entre les dites parties qu'il ne sera construit sur le dit terrain aucune boucherie, tannerie, manufacture, etc." Puis suivait cette clause : " Il est encore bien entendu que toute bâtisse, qu'érigera le dit acquéreur sur le dit terrain, sera en ligne avec celle du dit vendeur." Comme on le voit, l'acquéreur ne dit pas qu'il s'engage " pour lui, ses hoirs et ayants cause," ni que son engagement était une charge sur l'immeuble qu'il achetait, ou même une condition de la vente. La cour Supérieure (*Papineau J.*) a considéré que la servitude n'était pas suffisamment établie. En appel, ce jugement fut infirmé, *Monk J.*, dissident. *M. le juge Tessier* disait :—

La question s'élève donc : est-ce là une servitude ou une simple obligation personnelle. Vide art. 414 Code Civil.

(1) 24 L. C. Jur. 49.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENIS.

Girouard J.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENIS.

Girouard J.

Les autorités sont nombreuses sur ce point, et pour n'en citer qu'une seule, je réfère à Toullier, 3 volume, No. 588, où la question est clairement discutée.

Il est donc important de distinguer quand le droit est imposé pour un fonds ou seulement stipulé en faveur de la personne. Si la concession énonce qu'il ait été concédé pour l'utilité d'un autre fonds il ne peut y avoir de doute, quand même le droit ne serait pas qualifié de servitude. Cette qualification n'est pas nécessaire, tout service imposé sur un fonds en faveur d'un autre fonds est essentiellement une servitude. La nature d'un droit se détermine par sa qualité plutôt que par la dénomination qu'on lui a donnée.

Idem, vide No. 589.

La seconde question c'est de savoir si cette servitude est exprimée d'une manière certaine, précise et suffisante. N'est-elle pas trop vague ? Je crois qu'elle est facile à comprendre ; cette stipulation est d'usage ordinaire dans les grandes villes. Si cette stipulation veut dire quelque chose, que veut-elle dire ? Il faut lui donner le sens le plus raisonnable.

Le juge en chef Dorion, s'appuyant aussi sur 3 Toullier No. 588, dit :

According to the Civil Code, art. 499, "A servitude is a charge imposed upon one property for the benefit of another."

When the charge is designated in the deed as being a servitude, or when it is declared to be for the benefit of a property belonging to another, there can be no difficulty that it is a servitude.

When, however, the character of the charge is not sufficiently indicated by the deed, it must be determined by the nature of the obligation, and if, from the circumstances, the obligation appears to have been stipulated for the personal advantage of the creditor, without reference to his property, it will be considered as a personal right, and will not follow his property, although it may follow that upon which it is imposed according to the conditions of the stipulation. If, on the contrary, the charge is either necessary to the enjoyment of the property of the obligee, or confers upon it some substantial advantage sufficient to indicate that it was for the property and not for the person of the creditor that it was imposed, then it will be considered as a real servitude created on the property of the obligor in favour of that of the obligee and following the two properties in whatever hands that may pass.

Dans les deux autres causes, il s'agissait de servitudes créées avant le Code

La première est celle de *Murray v. MacPherson* (1), où la cour d'Appel, composée de LaFontaine, J.C., et Aylwin, Duval et Caron JJ., jugea que l'obligation par une partie *en un partage*, de laisser un chemin sur sa portion de terre, *et d'y faire et macadamiser une voie de trente pieds de largeur*, est une servitude et charge réelle. La cour Supérieure avait décidé qu'il n'y avait pas servitude. Sur appel de ce jugement, l'appelant se fondait sur ce qu'aucune forme d'expression n'est requise pour constituer une servitude, et qu'il suffit d'une intention bien marquée de grever un fonds en faveur d'un autre. La Cour à l'unanimité accueillit ce raisonnement et infirma le jugement de la Cour Supérieure.

3. Considering that the said *acte de partage* contains a certain stipulation to the following effect, viz : "That the said James Patterson shall also be bound, and doth hereby promise, bind and oblige himself to make, at his own costs and expense, in the course of the present summer, a road.....whereof thirty feet in the centre shall be gravelled....."

4. Considering that the right settled by the parties, by and in virtue of the aforesaid stipulation, is a *droit réel*, in the nature of a *servitude* etc.

Il faut bien remarquer que la clause de l'acte de partage ne disait pas que Patterson s'obligeait "lui ses hoirs et ayants cause", ni que l'immeuble était *chargé* de ce chemin et de cet ouvrage (qui devaient être faits une fois pour toutes), ou que les parties en faisaient une condition du partage. Ajoutons que la décision dans la cause de *Murray v. MacPherson* (1) a reçu l'approbation du Conseil privé dans celle de *Dorion v. Le Séminaire de Montréal* (2).

L'autre décision, sur laquelle je désire attirer l'attention, est celle de *Mondelet v. Roy* (3), décidée encore par la Cour d'Appel en 1882, par Monk, Tessier, Cross et Baby JJ. La servitude en question avait été créée en 1811, dans un partage entre deux seigneurs. Les partageants s'obligeaient mutuellement "de ne bâtir aucun moulin à farine ou à scie pour leur compte particulier

(1) 5 L. C. R. 359.

(2) 5 App. Cas. 370.

(3) 4 Dor. Q. B. 7.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 Girouard J.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 Girouard J.

à une lieu à la ronde des dits moulins à farine" etc. Pas de mention de leurs successeurs, ni des héritages servant et dominant. Mais cela résultait des circonstances et de la nature du contrat. La Cour Supérieure (Sicotte J), jugea qu'il n'y avait pas servitude, mais simplement une obligation personnelle. En appel, la cour décida, au contraire, que l'acte de partage avait créé une servitude réciproque en faveur de chaque portion de la seigneurie partagée.

Il ne me reste plus qu'à examiner la prétention de l'intimé que la servitude de se clore avait été contractée sous une condition purement facultative de la part de son auteur. Il veut appliquer l'article 1081 du code civil correspondant à l'article 1174 du Code Napoléon (qui, cependant, a omis le mot *purement*), conforme d'ailleurs au droit romain et l'ancien droit français. Tous les auteurs enseignent que l'obligation contractée sous la condition, *si voluero, si je le veux, si ça me plaît, ou si je le juge à propos*, n'est pas valable. Pothier, (1), pense qu'il y a une vraie obligation lorsque je promets de vous donner quelque chose, *si je le juge raisonnable*, puisque, dit-il, je suis obligé au cas que cela soit raisonnable. Demolombe, Larombière et Duranton disent que Pothier fait une fausse interprétation d'un texte d'Ulpian, sur lequel il s'appuie. Ils observent néanmoins que la condition *si cela est raisonnable*, n'est pas facultative. Larombière en dit autant de ces mots : *Si je suis content* ; mais Demolombe le critique. Duranton et Marcadé admettent l'obligation contractée en ces termes *Quand je voudrai, Cum voluero* en faisant la distinction du droit romain que Pothier et Delombe rejettent. Savigny est d'opinion que la convention de vendre à Paul, sous la condition *s'il le veut* dans un délai déterminé, est nulle, tandis que Ducaurroy et Ortolan sont d'avis contraire. Demolombe

(1) Obligations, n. 48.

et Fenet concluent que l'indication d'un délai déterminé n'est pas même essentielle, tandis que Merlin—et son sentiment a été consacré par deux arrêts—enseigne tout l'opposé. Tel est l'état de la doctrine en France, qui est développée au long dans Demolombe (1); et il faut bien avouer qu'elle est loin d'être satisfaisante. Marcadé est peut-être le commentateur qui soit arrivé à la conclusion la plus juste et la plus pratique. Selon ce profond jurisconsulte (2), il faut distinguer trois classes de conditions potestatives, dont les deux premières, mais non la dernière, emportent la nullité dont parle l'article du Code.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 Girouard J.

Ce sont 1° celles dont l'objet consiste *in ipsâ voluntate*, et qui signifient nettement *si voluero*; 2° Celles qui consistent bien *in facto*, mais dans lesquelles l'accomplissement ou l'abstention, du fait dépend tellement de la fantaisie du débiteur qu'elles sont exclusives de l'existence d'un lien et équivalent au *si voluero*; 3° Enfin, celles dans lesquelles les circonstances sont telles que le débiteur ne puisse faire accomplir ou défaillir le fait qu'en s'imposant un préjudice, une gêne, qui forment pour le créancier une garantie contre le caprice de ce débiteur, ou en procurant à ce créancier un avantage qui lui offre une compensation à l'inaccomplissement de la promesse. Ces dernières seules échappent à la disposition de notre article.

L'intimé est précisément dans le cas de la troisième classe des conditions que distingue Marcadé. Ses auteurs ne pouvaient faire défaillir le fait de la clôture qu'en s'imposant non seulement une gêne, mais un véritable préjudice, celui de laisser les moissons de l'île du Milieu aux dégâts des animaux de la Commune. Ce préjudice inévitable était dès l'origine une garantie pour le seigneur contre le caprice de son censitaire. Enfin, l'avantage de laisser les animaux de la Commune errer sur l'île du Milieu, tant que la clôture ne serait pas faite, procurait aux habitants de la Commune une évidente compensation à l'inaccomplissement de la promesse.

Enfin Gilbert sur Sirey, sur l'article 1174, dit que l'obligation qui dépend non de la seule volonté du

(1) Vol. 25, no. 313, suiv.

(2) Vol. 4, p. 464.

1897

LA COM-  
MUNE DE  
BERTHIER  
v.  
DENIS.

Girouard J.

débiteur, mais d'un fait qu'il est toujours en son pouvoir d'exécuter, est valable et il cite un grand nombre d'autorités à l'appui de cette proposition. Si nous consultons l'intention du Seigneur de Berthier et de Maccauly, il ne peut y avoir de doute que l'obligation de clore l'île du Milieu à l'épreuve des animaux de la Commune devait être exécutée, lorsqu'il y aurait une habitation et des grains à protéger. C'est ce que voulaient dire ces mots, *s'il le juge nécessaire*. Ce temps sera plus ou moins éloigné, mais lorsqu'il arrivera, le propriétaire de l'île du Milieu devra exécuter son obligation; en attendant il devra souffrir les animaux de la Commune. Il y a simplement suspension de l'obligation par un événement qui arrivera dans le cours naturel des choses. Cette nécessité se fait sentir depuis cinquante à soixante ans et même au delà; c'est l'intimé et ses auteurs qui en ont jugé ainsi par leurs actes, en faisant la clôture sans interruption depuis un temps immémorial, et je crois que l'intimé a mauvaise grâce aujourd'hui de venir prétendre que ce qui a été fait était purement facultatif. Il doit être tenu de clore son île et de souffrir les animaux de la Commune si sa clôture n'est pas bonne et valable.

En décidant ainsi, nous ne faisons que nous conformer aux jugements et ordonnances des intendants du pays qui enjoignent aux propriétaires d'habitations d'en clore la devanture et qui déclarent que les habitants de Berthier jouiront pleinement et paisiblement de leur commune, sans se clore. Même si le doute était permis—ce que je ne conçois pas—sur le point de savoir si le titre de concession contient une servitude conventionnelle, je crois qu'en face de ces jugements et de ces ordonnances, qui font encore la loi entre les parties, notre devoir serait de décider que la servitude de clore l'île du Milieu en faveur de l'île de la Commune a été établie par la loi.

Finalemment, je suis d'opinion d'accorder un titre-nouvel aux termes du contrat de concession, et de l'interpréter dans le sens que je viens d'indiquer. Je serais encore d'avis de condamner l'intimé à payer à l'appelant \$50 pour les dommages du passé et aux dépens devant toutes les cours.

1897  
 LA COM-  
 MUNE DE  
 BERTHIER  
 v.  
 DENIS.  
 Girouard J.

*Appeal allowed with costs.*

Solicitor for the appellants: *J. B. Brousseau.*

Solicitors for the respondent: *Robidoux & Chénevert.*

---