

ANATOLE LUSSIER (PLAINTIFF) . . . . . APPELLANT;

1951

AND

\*Nov. 5, 6

DAME LAURE ANNA TREMBLAY }  
(DEFENDANT) . . . . . } RESPONDENT;

1952

\*Mar. 3

AND

ARISTIDE LAROSE . . . . . MIS-EN-CAUSE;

AND

FERNANDE TREMBLAY . . . . . RESPONDENT.

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

*Will—Donation—Substitution—Whether institute with power to elect substitutes can make his election subject to charges and conditions—  
Arts. 641, 651, 735, 875, 881, 925, 928, 935, 944, 962, 1079, 1085, 1088 C.C.*

Through a gift *inter vivos* and irrevocable, two brothers received and accepted certain properties from their father and mother. The deed of gift contained, *inter alia*, the following stipulations: that after the death of each of the donees, his share of the gift should fall to his heirs; and that should either of the donees die without any surviving children, or should his children die before having reached the age of majority, or having married, his share of the gift should revert to the

PRESENT: — Rinfret C.J. and Kerwin, Taschereau, Cartwright and Fauteux JJ.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY

co-donee or his children. The donors stipulated further that they were not creating a "vraie substitution", and each donee was given the right to dispose of his share equally or otherwise or even in favour of one only of his children or, if he had no children, between the children of his co-donee.

By his will, one of the donees instituted his two sons his universal residuary legatees and divided between them by particular legacies his share of the gift. The will contained, *inter alia*, the stipulation that should either of the sons die without male issue, the properties bequeathed to him should revert to the other son him paying a certain sum of money to the daughters of the deceased son, if any.

One of these two sons of the donee having died, leaving two daughters but no male issue, the other son, the appellant, brought action to recover the properties pursuant to the terms of the donee's will. The action was maintained by the trial judge, but dismissed by a majority in the Court of Appeal for Quebec.

*Held:* (The Chief Justice dissenting), that the appeal and the action should be dismissed since the testator exceeded the powers vested in him by the deed of donation.

*Per* Kerwin, Taschereau, Cartwright and Fauteux JJ.: The deed of donation created a fiduciary substitution with power to elect one or more substitutes and with even the right to exclude all but one. The institute, by his will, exercised that power of election, but the charge imposed by him to the substitute to return the property if he died without male issue, was null and without effect, since the power to elect does not by its own virtue give the right to impose charges and since the donation does not show any intention to derogate from that principle.

The argument that the substitute, having accepted the universal legacy, accepted at the same time the conditions attached thereto, is not tenable, because the substitute did not receive the property from the testator, but directly from the donors; and, in any event, there is no evidence as to whether he accepted or refused the succession or if there was in fact a residue.

*Per* Kerwin, Taschereau and Cartwright JJ.: It is not necessary to decide whether an institute with power of appointment can make his appointment subject to a resolatory condition, since the deed creating the substitution did not permit the institute to impose any conditions at all.

APPEAL from the judgment of the Court of King's Bench, appeal side, province of Quebec (1), reversing Marchand and Surveyer (*ad hoc*) J.J.A. dissenting, the decision of the trial judge and dismissing the action.

*L. E. Beaulieu, K.C.*, for the appellant. The deed of gift created a fiduciary substitution whereupon the donee was named institute, with the special power of electing one or more substitutes amongst a given class of persons, and that election made by virtue of such special authority could be

(1) Q.R. [1950] K.B. 487.

conditional as well as pure and simple (Arts. 925, 929, 932 C.C.). Although the right to elect is not specifically provided for in the Code, this right has always been admitted by the authors.

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY

The institute vested with the right of election can validly attach to his election a resolutive condition. The donee could have excluded completely and absolutely his son Conrad from the very beginning. Why then could he not exclude him only in case a given event should happen. The authority to do more implies the authority to do less.

The principle that the right to elect does not include the right to impose a charge upon the person so elected is not disputed. But this principle has no application here, and to draw from that principle the conclusion that no resolutive condition can be attached to the election implies a total misconception of the true nature and character of a resolutive condition as well as of the legal effects of the accomplishment of such a condition (Arts. 1085 and 1088 C.C.).

As appears from the authors, there is no similarity between a resolutive condition and a charge, which is nothing else but an obligation. In fact, no authority has been quoted to support the contention that the right to elect a substitute does not include the right to make a conditional election.

Applying the rules governing the resolutive condition and its effects, it is clear that a person elected as a substitute under a resolutive condition must be deemed to have never been elected if the condition is accomplished; that consequently, if Conrad was elected under a resolutive condition which was accomplished, he never was called upon to return the property, since he never received it, and that there was no addition of a supplementary degree to the substitution since Conrad never occupied a degree in it. If, as contended, he was elected under a resolutive condition which was realized, he was in the same position as if he had been originally excluded.

The election made by the institute under resolutive condition was in strict conformity with the text of the deed of donation as well as with the intentions of the donors. The leaving of male issue was "an event future and uncertain", upon which the dissolution of the election was

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
—

made to depend, within the meaning of Art. 1079 C.C. Conrad having died without leaving male children, his election was dissolved with retroactive effect (1085 C.C.), with the result that he must be deemed to have never been elected and the appellant, his brother, to have been originally the sole appointee.

Subsidiarily and at all events, Conrad having accepted the universal legacy made to him by his father, accepted at the same time, the conditions attached thereto, including the proviso that the substituted property would revert to his brother, should he die without male issue (Arts. 641, 645, 651 C.C.). The heir who has accepted a succession is bound to discharge all the debts and liabilities of his "auteur". The reason is that the heir then continues the juridical personality of the *de cuius*: the two form only one juridical person. This obligation was also binding upon Conrad's heirs. These principles are more particularly applicable in the matter of substitution. Under Art. 935 C.C., an institute can impose upon a substitute entitled to get the property in full ownership, the obligation to return it to another person, if such is the condition of a new gift of another property. This is but another application of the principle that a person can bequeath and can substitute a thing belonging to a third party. In fact, Art. 881 C.C. provides that the legacy of a thing which does not belong to the testator "is however valid, and is equivalent to the charge of procuring it or of paying its value, if such appears to have been the intention of the testator. In such case, if the thing bequeathed belongs to the heir or the legatee charged with the payment of it, whether the fact was known to the testator or not, the particular legatee is seized of the ownership of his legacy".

Assuming therefore, that under the deed of donation Conrad was entitled to get the substituted property in full ownership without any obligation to return it to anybody, he became however compelled to return it to his surviving brother when he accepted the universal legacy to which such a condition was attached.

*Gustave Monette, K.C.*, for the respondent. An analysis of the deed of donation clearly reveals that it created a fiduciary substitution. All the authors agree that the right of election given an institute does not allow him to impose

to the substitutes elected by him a charge not provided for in the deed creating the substitution. The institute in the present case had no other power than to exercise a pure election. As soon as he made his election, the substitutes could dispose absolutely of the property which they were deemed to have received directly from the donors and not from the institute. Any charge imposed to the substitutes was therefore null and without effect. A reading of the will shows that what was imposed was a charge and not a resolutory condition.

The substitution on a substitution is in reality the legacy of a thing belonging to a third party. It is forbidden under our *Code*, and the case here does not fall within the exceptions contained in Arts. 881 and 935 C.C. The institute cannot impose a new degree to a substitution since the object does not belong to him and comes directly to the substitute from the original grantor. The argument that Conrad accepted the conditions of the will by accepting the universal legacy, is not tenable because it does not appear whether Conrad accepted the succession.

The CHIEF JUSTICE (*dissenting*):—Le 13 juillet 1905, Joseph Lussier et son épouse, Dame Adéline Bonneau, firent donation entre vifs et irrévocable à l'un de leurs fils, Joseph Lussier, de certains biens mobiliers et immobiliers comprenant, entre autres, deux terres, avec maison et bâtisses ci-dessus construites, formant partie respectivement des lots n<sup>os</sup> 198 et 199 des Plan et Livre de Renvoi officiels de la paroisse de St-Philippe, dans le comté de Laprairie.

Cette donation comportait, entre autres clauses, les conditions suivantes:

- a) Les biens ainsi donnés devront rester propres au donataire. Ils n'entreront dans aucune communauté de biens avec son épouse et le donataire ne pourra en aucune façon avantager son épouse avec ces biens, soit par testament ou autrement; ces biens doivent rester au profit exclusif des héritiers du donataire, aussitôt après le décès de ce dernier, nonobstant toute loi ou coutume contraire.
- b) Le donataire aura le droit de faire entre ses enfants, et, à défaut d'enfants, à ceux de son frère co-donataire (d'autres immeubles dans la même donation)

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 ———  
 Rinfret, C.J.  
 ———

le partage de ces immeubles, comme bon lui semblera, soit également, soit autrement et même à un seul, suivant qu'il avisera, toute autorisation lui étant donnée à cette fin.

- c) Enfin, au cas de décès du donataire sans disposition de ses biens, ceux provenant des donateurs devront être partagés également entre ses enfants, ou, à défaut d'enfants, à ceux de son frère co-donataire.

Par son testament, en date du 20 octobre 1922, le donataire Joseph Lussier, fils, a institué ses deux fils, Anatole et Conrad, ses légataires universels, en propriété, mais il leur a, en outre, légué à titre particulier les deux immeubles acquis en vertu de la donation sus-décrite, savoir: à Conrad Lussier, la terre faisant partie du lot n° 199, et à Anatole Lussier (appelant), la terre portant le n° 198.

Cependant, les legs ainsi faits respectivement à l'appelant et à Conrad Lussier contenaient les conditions suivantes:

- a) Que les terrains ci-dessus légués à mes dits fils leur restent propres et n'entrent dans aucune communauté de biens d'entre eux et toutes épouses avec qui ils pourront contracter mariage à l'avenir, et qu'ils ne puissent non plus avantager leurs épouses à même les dits terrains de quelque manière que ce soit;
- b) que "si les dits Anatole ou Conrad Lussier décèdent sans enfants mâles ou que ces enfants décèdent eux-mêmes, avant leur majorité sans descendants, les dits terrains à eux sus-légués ou ceux acquis en remploi, à celui qui décèdera ainsi, de même que ces dits enfants comme susdit, retourneront à son frère co-légataire ou si ce dit frère est décédé à ses enfants mâles en remettant quatre mille piastres aux filles du défunt, s'il y en a."

Joseph Lussier, fils, est décédé le 28 août 1924 sans avoir révoqué le testament dont il vient d'être question.

Conrad Lussier est décédé le 2 mai 1944 sans laisser d'enfants mâles, mais en laissant deux filles alors mineures, savoir: Jovette et Fernande.

En interprétant littéralement les clauses du testament que nous venons de reproduire, étant donné que Conrad Lussier n'a laissé aucun enfant mâle, les biens mobiliers qui lui avaient été légués par son père, Joseph Lussier, fils, devaient retourner à son frère Anatole (appelant) qui en devenait ainsi le propriétaire absolu et incommutable, à l'exclusion de tout autre, à la charge de payer aux filles de Conrad une somme de \$4,000.

Après le décès de Conrad, la défenderesse-intimée, agissant tant en son nom personnel qu'en sa qualité de tutrice à ses filles mineures, Fernande et Jovette, s'est emparée illégalement, d'après l'appelant, de la terre décrite comme étant partie du lot n° 199, en prétendant qu'elle en avait l'usufruit et que ses deux filles mineures en avaient la nue-propriété à l'encontre de l'appelant.

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Rinfret, C.J.

L'appelant Anatole Lussier, après avoir sommé l'intimée d'avoir à quitter l'immeuble, ainsi que la maison et les dépendances, ce que l'intimée a refusé de faire, a poursuivi cette dernière et ses filles pour réclamer l'immeuble en question, en se déclarant prêt à payer aux filles de Conrad la somme de \$4,000, dès que ses droits à la propriété de la terre ainsi revendiquée auront été reconnus judiciairement ou autrement.

L'intimée, par sa plaidoirie écrite, s'est réclamée de l'acte de donation du 13 juillet 1905 par Joseph Lussier, père, et son épouse, entre autres à leur fils Joseph Lussier, et a émis la prétention que cette donation créait une substitution à l'égard des biens qui étaient donnés à ce dernier, par suite de quoi ses enfants étaient les appelés définitifs et sans obligation de rendre les biens à qui que ce soit. Particulièrement, les enfants de Joseph Lussier, fils, (Conrad et Anatole) devaient recevoir indivisément, définitivement et directement des donateurs les biens donnés à leur père. La donation enlevait au grevé Joseph Lussier, fils, tout contrôle sur les biens à l'égard des appelés, sauf qu'elle accordait au dit grevé la faculté d'élire entre ses enfants et de leur partager également ou autrement, comme il y est dit, les immeubles donnés.

Par suite de cette faculté d'élire Joseph Lussier, fils, pouvait partager les biens entre ses divers enfants, et, par l'effet de ce partage, les enfants appelés devenaient propriétaires absolus et définitifs de ceux des biens qui leur seraient ainsi octroyés en partage, mais, alors, ils se trouvaient à recevoir ces biens directement des donateurs sans que Joseph Lussier, fils, put attacher aucune condition ni restriction.

Le testament de Joseph Lussier, fils, ayant fait le partage des biens substitués entre ses deux fils, Conrad et Anatole, ce partage a constitué l'élection dont la faculté lui avait été octroyée par la donation, et, par le fait même, Conrad

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Rinfret C.J.

Lussier, le mari et le père des intimées, devint le propriétaire absolu de la terre qui lui fut attribuée mais qu'il tient directement de la donation de ses grands-parents.

Toutes dispositions du testament de Joseph Lussier, fils, qui pourraient avoir l'effet d'affecter, de diminuer ou de restreindre le droit absolu et définitif de Conrad sont nulles et de nul effet comme outrepassant les pouvoirs du testateur qui ne possédait ces biens qu'à titre de grevé et suivant les termes de la substitution.

Or, Conrad Lussier, ainsi devenu propriétaire absolu et définitif de la terre en question, a le 7 décembre 1943, par testament olographe, laissé tous ses biens en usufruit à l'intimée, son épouse, et en propriété à ses deux filles, et, par l'effet de ce testament de Conrad, les filles intimées sont maintenant propriétaires absolues de la terre plus haut mentionnée et leur mère personnellement en est devenue usufruitière.

La défense a donc conclu que le demandeur-appelant n'avait aucun droit de propriété ou de jouissance ou de possession ou autre à l'égard de l'immeuble qui fait l'objet des conclusions de sa déclaration et son action est mal fondée en fait et en droit.

A cette défense l'appelant a répondu que le testament de Conrad était inefficace et sans effet pour conférer quelque droit que ce soit aux intimées.

Dans ces circonstances, l'appelant a réussi devant la Cour Supérieure, mais la majorité de la Cour du Banc du Roi (en Appel), (St-Jacques, Barclay et Casey, JJ.) (1) a infirmé ce jugement et a rejeté avec dépens l'action de l'appelant, Marchand et Surveyer *ad hoc*, JJ., se déclarant dissidents.

Les termes du testament de Joseph Lussier, fils, en faveur de ses enfants, Conrad et Anatole, sont très clairs et ne laissent ouverture à aucune interprétation différente: il a partagé les biens dont il disposait en faveur de ses fils, Conrad et Anatole, qu'il a institués ses légataires universels. En même temps, il léguait à son fils Conrad la terre n° 199 en particulier.

Il est admis de toutes parts que le legs ainsi fait tenait lieu de l'élection que la donation de Joseph Lussier, père, et son épouse l'avaient autorisé de faire.

(1) Q.R. [1950] K.B. 487.

Les intimées prétendent—et la majorité de la Cour du Banc du Roi (en Appel) leur a donné raison sur ce point—que là devait s'arrêter le pouvoir d'élection de Joseph Lussier, fils, et que l'exercice de ce pouvoir constituait Conrad propriétaire absolu de la terre n° 199 avec le droit d'en disposer comme il l'entendrait.

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Rinfret C.J.

Toute condition, soumettent les intimées, attachée à l'élection ainsi faite, n'était nullement autorisée par la donation originaire. En imposant telles conditions à Conrad, Joseph Lussier, fils, outrepassait les pouvoirs qui lui avaient été conférés par la donation de ses père et mère, et, par suite, ces conditions doivent être considérées comme illégales et tenues pour non écrites.

En conséquence, plaident les intimées, les conditions en question étaient inefficaces pour restreindre le droit de propriété absolue qui était dès lors dévolu à Conrad, non pas par suite de l'acte de son père, Joseph Lussier, fils, mais directement à raison de la donation de ses grands-parents, Joseph Lussier, père, et son épouse.

Comme on le voit, il ne s'agit donc pas de l'interprétation du texte du testament par lequel Joseph Lussier, fils, a légué la terre n° 199 à Conrad. Je le répète, ce texte est clair et n'est susceptible d'aucune ambiguïté. S'il a pu être valablement stipulé par Joseph Lussier, fils, il doit recevoir tout son effet.

La question qui est soumise aux tribunaux n'en est pas une d'interprétation, mais exclusivement celle de l'illégalité des stipulations accessoires par lesquelles Joseph Lussier, fils, a entendu affecter l'élection que, par son testament, il faisait de Conrad, en lui attribuant la propriété de la terre dont il s'agit.

Ce n'est donc pas dans le testament de Joseph Lussier, fils, qu'il faut chercher la solution du litige mais plutôt dans l'analyse de la donation originaire. En effet, ainsi que l'a décidé le Comité judiciaire du Conseil Privé dans *Auger v. Beaudry* (1) :

It is now recognized that the only safe method of determining what was the real intention of a testator is to give the fair and literal meaning to the actual language of the will. Human motives are too uncertain to render it wise or safe to leave the firm guide of the words used for the uncertain direction of what it must be assumed that a reasonable man would mean.

(1) [1920] A.C. 1010 at 1014.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Rinfret C.J.

Et ce qui est dit là de l'interprétation d'un testament doit également être dit d'une donation, au moins lorsque le donateur est décédé.

Or, si on analyse la donation faite à Joseph Lussier, fils, par son père et sa mère, il faut y remarquer les éléments suivants:

Le donataire reçoit pour "jouir, user, faire et disposer des dits biens en pleine et absolue propriété en vertu des présentes". Ce n'est pas là le langage du *Code*, à l'article 944, en vertu duquel, en matière de substitution:

Le grevé possède pour lui-même à titre de propriétaire, à la charge de rendre et sans préjudice aux droits de l'appelé.

Il y a une différence évidente, même si elle est minime, entre jouir, user, faire et disposer des biens en pleine et absolue propriété et posséder à titre de propriétaire, à la charge de rendre. En effet, si le donataire peut, entre autres choses, disposer en pleine et absolue propriété, c'est le contraire de posséder à titre de propriétaire, "à la charge de rendre".

Ensuite, la donation stipule comme "condition expresse et sous peine de nullité" que les biens donnés devront rester propres au donataire et n'entrer dans aucune communauté de biens entre lui et son épouse, les biens donnés devant rester "au profit exclusif des héritiers du donataire, aussitôt après le décès de ce dernier, nonobstant toute loi ou coutume contraire".

Les donateurs déclarent expressément qu'ils "n'entendent pas par là créer une vraie substitution".

J'entends bien qu'une substitution peut être créée sans que le mot lui-même soit employé et que, en général, c'est d'après l'ensemble de l'acte et l'intention qui s'y trouve suffisamment manifestée, plutôt que d'après l'adaptation ordinaire de certaines expressions, qu'il doit être décidé s'il y a ou non substitution (C.C. 928). Mais, après tout, les donateurs, qui étaient propriétaires des biens donnés, avaient bien le droit d'en disposer comme ils l'entendaient et c'est tout de même une sommaire façon de donner à cette clause, où ils déclarent formellement qu'ils n'entendent pas créer une vraie substitution, l'interprétation judiciaire qu'ils en ont créé une.

En vertu de cette donation, le donataire a le droit de faire entre ses enfants (et, à défaut d'enfants, à ceux de son frère co-donataire) le partage des immeubles "comme bon lui semblera, soit également ou autrement, et même à un seul, suivant qu'il avisera, toute autorisation lui étant donnée à cette fin".

C'est clairement une autorisation absolue "comme bon lui semblera... suivant qu'il avisera".

Les donateurs donnent aux donataires, "nonobstant toutes conditions contraires", le droit de faire entre eux toute vente ou échange des terrains qui leur sont respectivement donnés, aux charges et conditions qui leur conviendront, et sans l'intervention des donateurs qui leur laissent tout pouvoir à cette fin.

Ce pouvoir est attribué aux donataires nonobstant toutes conditions contraires et aux charges et conditions qui leur conviendront. N'est-il pas possible d'interpréter cette clause comme voulant dire que, si telle vente ou échange a lieu, elle pourra se faire sans tenir compte des conditions contraires qui sont mentionnées dans la donation et seulement en ayant égard "aux charges et conditions qui leur conviendront"? Qu'advierait-il, alors, de la prétendue substitution?

Enfin, la dernière clause de la donation contient les mots suivants: "L'intention des donateurs étant que ce dernier terrain" (celui qui est attribué à Modeste Lussier) retournera "aux garçons du dit Joseph Lussier, fils," au cas où Modeste Lussier ne laisserait pas de garçons issus de mariage légitime ou que ses garçons décéderaient en minorité et sans enfants mâles, "l'intention des donateurs étant que ce dernier terrain appartienne à un propriétaire du nom de Lussier tant qu'il sera possible dans leur famille".

On remarquera que cette intention n'est pas que le terrain reste dans la famille, mais il est spécifiquement déclaré qu'il doit appartenir "à un propriétaire du nom de Lussier".

En présence de toutes les déclarations que nous venons d'énumérer et qui sont contenues dans la donation originale, on ne saurait se défendre de l'impression que dans son testament Joseph Lussier, fils, s'en est inspiré.

Il a évidemment traité la donation comme n'ayant pas créé une "vraie substitution" de la terre n° 199; il a considéré qu'il ne la possédait pas seulement pour lui-même

1952

LUSSIER

v.

TREMBLAY

Rinfret C.J.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Rinfret C.J.

“à titre de propriétaire, à la charge de rendre” (qui est le texte même de l’article 944 C.C.), mais comme pouvant en “disposer . . . en pleine et absolue propriété”, suivant l’expression employée par les donateurs dans la donation originale.

Il a tenu compte de la “condition expresse et sous peine de nullité” que la terre en question lui reste propre, n’entrant dans aucune communauté de biens entre lui et son épouse, et demeure “au profit exclusif des héritiers du donataire, aussitôt après le décès de ce dernier, nonobstant toute loi ou coutume contraire”, ainsi que les donateurs l’avaient stipulé.

Il a interprété le droit que lui donnait la donation de faire entre ses enfants le partage des immeubles, “comme bon lui semblera, soit également ou autrement, et même à un seul, suivant qu’il avisera, toute autorisation lui étant donnée à cette fin”, comme lui donnant le droit, relativement à la terre n° 199, d’en disposer par testament, ainsi qu’il l’a fait.

Il s’est dit que si, “nonobstant toute condition contraire”, il pouvait, en conformité avec la donation, faire avec son frère Modeste toute vente ou échange des terrains qui leur étaient respectivement donnés (y compris la terre n° 199), aux charges et conditions qui leur conviendraient—ce qui inévitablement implique le pouvoir de faire disparaître l’obligation d’élection en faveur de Conrad ou d’Anatole—il s’ensuivait que rien ne s’opposait donc à ce qu’il put faire le moins, à savoir: exercer son droit d’élection en faveur de Conrad, en y attachant la condition ou restriction qu’il a insérée dans son testament.

Et, enfin, Joseph Lussier, fils, a tenu compte de l’intention des donateurs (exprimés au moins quant à l’un des terrains donnés), que la propriété appartienne aux descendants portant le nom de Lussier—ce qui ne pouvait s’appliquer qu’aux enfants mâles, puisqu’en contractant mariage les filles prennent le nom de leur mari et leurs enfants ne s’appelleraient pas Lussier.

Joseph Lussier, fils, pouvait donc trouver dans la donation elle-même, à mon humble point de vue, toute justification pour faire son testament comme il l’a fait et léguer à Conrad la terre n° 199 avec la condition qu’il a ajoutée.

Cette condition, à l'effet que, si Conrad décédait sans enfants mâles, la terre n° 199 retournerait à son frère Anatole (ou inversement) n'est pas une charge; elle n'impose à Conrad aucune obligation. S'il a des enfants mâles à son décès, elle l'autorise à disposer de la terre n° 199 absolument comme il l'entendrait. Si aucun enfant mâle ne lui survit, par l'opération même de la stipulation du testament, la terre va à son frère Anatole, ou, si ce dernier est alors décédé, à ses enfants mâles. Conrad lui-même n'a rien à y voir; toute la dévolution résulte des clauses mêmes du testament. Elle ne nécessite aucun acte de la part de Conrad; ce n'est donc pas une charge, c'est tout simplement une restriction à son droit de disposer absolument.

On ne peut donc écarter cette clause du testament de Joseph Lussier, fils, en se basant sur la théorie que celui qui a le pouvoir d'élection doit l'exercer purement et simplement et qu'il ne peut y superposer une charge quelconque.

D'autre part, je ne vois pas pourquoi l'on ne saurait appliquer au cas qui nous occupe le principe que "qui peut le plus peut le moins". Or, indiscutablement, d'après la façon dont le pouvoir d'élection avait été donné à Joseph Lussier, fils ("comme bon lui semblera, soit également soit autrement, et même à un seul, suivant qu'il avisera, toute autorisation lui étant donnée à cette fin"), il aurait pu ne rien léguer à Conrad du bien qui lui avait été donné par ses père et mère. Il pouvait exercer son pouvoir d'élection en faveur d'un seul, comme bon lui semblait et suivant qu'il aviserait. Par conséquent, il pouvait élire Anatole seul, "toute autorisation lui étant donnée à cette fin".

En fait, il a légué plus que cela à Conrad. Au lieu de l'éliminer complètement, il lui a légué pour lui-même la terre n° 199, avec la seule restriction qu'il ne pourrait en disposer que si, à son décès, il laissait des enfants mâles. C'était sans doute moins que s'il lui avait légué la terre sans restriction; mais c'était plus que ce qu'il avait le droit de faire, à savoir: ne pas la lui léguer du tout. En tout respect, je cherche encore la réponse que l'on peut faire à ce raisonnement.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Rinfret C.J.

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Rinfret C.J.

Mais là ne s'arrête pas l'objection que l'on peut trouver au jugement de la majorité de la Cour d'Appel en l'espèce, et je suis d'accord avec les deux juges dissidents (Marchand et Surveyer, J.J.AA.).

Joseph Lussier, fils, par son testament, a institué Conrad et Anatole ses légataires universels. Comme le dossier ne démontre pas le contraire, ils doivent être tenus pour avoir accepté, car "la renonciation à une succession ne se présume pas; elle se fait par acte devant notaire ou par une déclaration judiciaire de laquelle il est donné acte" (C.C. 651). Et, bien naturellement, une présomption n'a pas besoin de preuve (C.C. 1239). Pour qu'elle soit repoussée (et pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une présomption *juris et de jure*), il faut une preuve contraire.

En seule qualité de légataires universels, Conrad et Anatole sont les continuateurs de leur père, Joseph Lussier, fils, et ils sont tenus d'en acquitter toutes les charges et dettes (C.C. 735 et 875).

Il s'ensuit que, même si l'on devait considérer le legs de la terre n° 199 à Conrad comme étant affecté d'une charge, celui-ci en serait quand même tenu, en vertu du legs universel que lui a fait son père, dont il a accepté la succession.

De toute façon, par conséquent, la stipulation par laquelle la terre n° 199 est dévolue à Conrad, qu'elle soit envisagée comme résultat de l'élection faite par son père par suite de la donation originaire, ou qu'elle soit considérée comme l'obligéant à raison de sa qualité de légataire universel de son père, doit recevoir son application.

Il faut donc décider que le testament par lequel il a voulu céder la terre en question à sa femme, en usufruit, à ses filles, en propriété, allait à l'encontre du titre même d'où il tire son droit de propriété de son vivant. Ce titre était affecté par une condition résolutoire, c'est-à-dire, la condition qu'il eut des enfants mâles. Il n'en a pas eu, et, par l'effet de cette condition résolutoire, la terre n° 199 retournait à son frère Anatole.

En plus, comme l'a fait remarquer l'honorable Juge Surveyer, en léguant l'usufruit de la terre à son épouse, Conrad agissait directement et expressément en violation de la défense qui se trouve contenue à la fois dans la dona-

tion originaire et dans le testament de Joseph Lussier, fils. Les biens originairement donnés par les auteurs de Joseph Lussier, fils, puis légués par ce dernier, ne pouvaient en aucune façon être transmis à l'épouse de Conrad "de quelque manière que ce soit".

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Rinfret C.J.

L'intimée, Dame Laure Anna Tremblay, ne pouvait donc émettre aucune prétention à l'usufruit de la terre en question. Du point de vue pratique, cependant, il se peut que je doive me borner à cette remarque, car, si ses filles, Fernande et Jovette, avaient été justifiées dans l'action qu'elles ont intentée, je suppose que, en ce qui concerne l'appelant, cette question serait demeurée indifférente.

D'accord avec les deux juges dissidents et avec le juge de première instance, je suis d'avis que la demande de l'appelant est bien fondée; que le jugement qui l'a accueillie en Cour Supérieure doit être confirmé et que, maintenant l'appel du jugement de la Cour du Banc du Roi, celui de la Cour de première instance doit être rétabli, avec dépens dans toutes les Cours.

KERWIN J.:—For the reasons given by my brothers Taschereau and Fauteux, this appeal should be dismissed with costs.

The judgment of Kerwin, Taschereau and Cartwright JJ. was delivered by

TASCHEREAU, J.:—Le 13 juillet 1905, Joseph Lussier, Sr, cultivateur de la paroisse de St-Philippe de Laprairie, et son épouse commune en biens, Dame Adéline Bonneau, ont fait donation entre vifs et irrévocables à leurs deux fils, Joseph Lussier, Jr, et Modeste Lussier, de certains biens détaillés comme suit:

*A Joseph:*

- a) Une somme de \$1,000 payable dans trois ans;
- b) Un roulant de ferme;
- c) Une ferme mesurant environ 109 arpents, étant le lot n° 198 du cadastre de la paroisse de St-Philippe;
- d) Une autre ferme mesurant environ 96 arpents, étant partie du lot n° 199 du même cadastre.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Taschereau J.

*A Modeste:*

- a) Une ferme mesurant 150 arpents et formés des lots n<sup>os</sup> 51 et 52, et partie du lot 199 du cadastre de la même paroisse de St-Philippe;
- b) Un morceau de terre mesurant 106 arpents et étant partie du lot n<sup>o</sup> 50 du même cadastre;
- c) Un roulant de ferme.

L'acte de donation contenait entre autres, les clauses suivantes:

Les présentes sont consenties sous la condition expresse et sous peine de nullité, que les biens présentement donnés devront rester propres à chacun des Donataires et n'entrer dans aucune communauté de biens d'entre eux et leurs épouses, et encore que les Donataires ne pourront en aucune manière avantager leurs épouses à même les dits biens, soit par testament ou autrement, en plus de ce qui a pu leur être assuré par leur contrat de mariage respectif, *les biens provenant des Donateurs devant rester au profit exclusif des héritiers des Donataires, aussitôt après le décès de ces derniers, nonobstant toute loi ou coutume contraire.*

Encore à la condition que si l'un ou l'autre des Donataires décédait sans enfants ou que ces enfants décéderaient eux-mêmes avant leur majorité ou leur mariage, les immeubles présentement donnés à celui qui décéderait ainsi, de même que ces enfants comme susdit retourneront à son co-donataire ou à ses enfants à l'exclusion de tous autres.

*Les Donateurs n'entendent pas par là créer une vraie substitution, et chacun des Donataires aura le droit de faire entre ses enfants et à défaut d'enfants à ceux de son frère co-donataire, le partage des dits immeubles comme bon lui semblera, soit également ou autrement, et même à un seul, suivant qu'il avisera, toute autorisation lui étant donnée à cette fin.*

Joseph Lussier, Jr, qui eut deux fils, Anatole et Conrad, a fait son testament devant G. A. Leblanc, notaire, le 20 novembre 1922, et est subséquemment décédé le 28 août 1924, sans l'avoir révoqué. Aux termes de ce testament, il a institué ses deux fils, Anatole et Conrad, ses légataires universels, en propriété; mais il leur a en outre légué, à *titre particulier*, les deux immeubles lui provenant de son père, savoir: à Conrad, il a légué la terre, étant partie du lot n<sup>o</sup> 199 des plan et livres de renvoi officiels de la paroisse de St-Philippe, et à Anatole, le demandeur dans la présente cause, il a légué la terre connue et désignée comme étant le n<sup>o</sup> 198 du même cadastre.

Les deux fermes ci-dessus mentionnées furent cependant léguées à Conrad et à Anatole Lussier aux conditions suivantes:

13<sup>o</sup> Je veux et entends que les terrains ci-dessus légués à mes dits fils leur restent propres et n'entrent dans aucune communauté de biens d'entre

eux et toutes épouses avec qui ils pourront contracter mariage à l'avenir, et qu'ils ne puissent non plus avantager leurs épouses à même les dits terrains de quelque manière que ce soit;

14<sup>o</sup> Je veux et entends que si l'un ou l'autre de mes dits fils, Conrad ou Anatole vient à décéder "ab intestat" et laissant des enfants, les enfants mâles recueillent le terrain ci-dessus légué à leur père, mais ils devront remettre une somme de quatre mille piastres courant aux filles, leurs sœurs, s'il y en a; *et si les dits Anatole ou Conrad Lussier décèdent sans enfants mâles* ou que ces enfants décèdent eux-mêmes avant leur majorité sans descendants, *les dits terrains à eux sus-légués* ou ceux acquis en remploi, à celui qui décédera ainsi, de même que ces dits enfants comme susdit, retourneront à son frère colégataire ou si ce dit frère est décédé à ses enfants mâles *en remettant quatre mille piastres aux filles du défunt*, s'il y en a. Cependant mes dits fils pourront et devront faire entre leurs enfants mâles ou à défaut d'enfants mâles au survivant des dits Conrad ou Anatole Lussier, le partage des dits terrains comme bon leur semblera, mais en ce cas si le dit défunt des dits Conrad ou Anatole Lussier laisse des filles issues de son mariage, les enfants mâles qui hériteront des dits terrains devront une somme de quatre mille piastres courant aux filles du défunt Anatole ou Conrad Lussier.

Le but que j'ai en vue dans la disposition de mes dits terrains a été de conserver ces dits terrains à une personne portant le nom de Lussier autant que possible.

Le 2 mai 1944, Conrad Lussier est décédé, laissant deux filles mineures, Jovette et Fernande. Par son testament olographe fait le 7 décembre 1943, il laissa, après avoir fait quelques legs particuliers, le résidu de tous ses biens à ses deux filles, et l'usufruit à son épouse, Dame Laure Anna Tremblay.

Anatole Lussier, l'appelant dans la présente cause, a alors pris action pour se faire déclarer propriétaire de cette partie du lot n° 199 de la paroisse de St-Philippe de La-prairie, objet de la donation par Joseph Lussier, Sr, à Joseph Lussier, Jr, et légué par ce dernier à son fils Conrad. Pour se conformer aux termes du paragraphe 14 du testament, il a offert, avec son action, la somme de \$4,000 aux deux filles, et l'action est dirigée contre la défenderesse, Dame Laure Anna Tremblay, tant personnellement que comme tutrice à ses deux filles mineures. Au cours de l'instance, Fernande est devenue majeure, et a repris l'instance en son nom personnel. La Cour Supérieure a maintenu l'action, mais la Cour d'Appel (1) l'a rejetée, MM. les Juges Marchand et Surveyer étant dissidents.

(1) Q.R. [1950] K.B. 487.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 ———  
 Taschereau J.

C'est la prétention du demandeur-appelant que l'acte de donation du 13 juillet 1905 a créé une substitution, en vertu de laquelle le donataire Joseph Lussier était grevé de substitution avec pouvoir spécial de choisir et de nommer un ou plusieurs appelés parmi une certaine classe de personnes, et que ce choix pourrait être conditionnel aussi bien que pur et simple. Il soutient que la nomination par Joseph Lussier, en vertu de son testament du 20 novembre 1922, de ses deux fils, Conrad et Anatole, l'appelant, comme grevés de substitution, des deux fermes qu'il avait reçues en vertu de l'acte de donation de son père et de sa mère, (*avec la réserve que si un des fils décédait sans enfants du sexe masculin, la ferme ainsi à lui léguée retournerait au frère*) est un choix fait en vertu d'une condition résolutoire, et était en stricte conformité avec l'acte de donation du 13 juillet 1905. Enfin et subsidiairement, l'appelant prétend que Conrad Lussier, ayant accepté le legs universel fait à lui par son père; a accepté en même temps les conditions attachées au testament, y compris celle que la ferme substituée retournerait à son frère Anatole, si lui, Conrad, *décédait sans enfants du sexe masculin.*

Je crois qu'il ne fait pas de doute que, malgré les termes employés dans l'acte de donation, "*Les donateurs n'entendent pas par là créer une vraie substitution*", il s'agit bien tout de même d'une substitution. Les parties l'admettent, et si l'on s'est servi de ces termes, c'est probablement parce que les appelés à la substitution n'étaient pas individuellement désignés. Il est certain aussi que le donateur ou le testateur qui veut créer une substitution, n'a pas l'obligation de désigner d'une façon précise les appelés, et qu'il soit loisible au grevé qui est investi de ce pouvoir, de faire ce choix. Cette autorisation n'est pas spécifiquement donnée dans le *Code Civil*, mais il n'est dit nulle part que le donateur ou le testateur ne peut pas déléguer ce pouvoir au grevé. Les auteurs le reconnaissent, mais ajoutent que quand ce droit est exercé par le grevé, ce dernier ne peut pas imposer de charges à l'appelé. La raison est évidente, et c'est que le grevé ne dispose pas en faveur de la personne qu'il choisit, car cette dernière est toujours censée recevoir de l'auteur de la substitution, de qui provient la libéralité. Ce choix peut se faire par quelque écrit que ce soit, et il peut même se manifester dans un

testament, par le legs particulier que le grevé peut faire à une personne d'un groupe désigné par le donateur ou le testateur originaire, des biens possédés par le grevé à titre de propriétaire, et faisant l'objet de la substitution. Ce choix pourra même être contenu "dans un legs universel fait par le grevé; mais ce legs universel ne vaudra comme legs que par rapport aux biens libres que le grevé pouvait avoir d'ailleurs que de la substitution; par rapport à ceux compris dans la substitution, il ne vaudrait que comme un acte renfermant le choix dont la faculté lui avait été accordée par rapport aux dits biens". Vide: (Pothier, Vol. 8, (Bugnet) N<sup>os</sup> 81-82-83, page 482) (Thévenot D'Essaule, Traité des Substitutions, N<sup>o</sup> 1007) (Mignault, Vol. 5, page 144).

Dans la présente cause, quand Joseph Lussier, Sr., a donné par acte de donation certaines terres à son fils Joseph, Jr., et qu'il a dit que "*les biens provenant des donateurs devront rester au profit exclusif des héritiers des donataires, aussitôt après le décès de ces derniers*", et que "si l'un ou l'autre des donataires décédait sans enfants ou que ces enfants décèderaient eux-mêmes avant leur majorité ou leur mariage, les immeubles présentement donnés à celui qui décèderait ainsi, de même que ses enfants comme susdit, retourneront à son co-donataire ou à ses enfants à l'exclusion de tous autres", et qu'enfin il ajoute que "*Les donateurs n'entendent pas par là créer une vraie substitution, et chacun des donataires aura le droit de faire entre ses enfants et à défaut d'enfants à ceux de son frère co-donataire, le partage des dits immeubles comme bon lui semblera, soit également ou autrement, et même à un seul, suivant qu'il avisera*", il créait une substitution dont son fils Joseph Lussier, Jr. était le grevé, et il lui laissait évidemment la faculté de choisir qui devait définitivement recueillir les biens substitués à titre d'appelés.

Joseph Lussier, Jr., a plus tard exercé cette faculté d'élection; par son testament du 20 novembre 1922, il a légué les deux immeubles dont il avait joui à titre de propriétaire, en sa qualité de grevé, attribuant à Conrad la terre faisant partie du lot n<sup>o</sup> 199, et à Anatole la terre connue et désignée comme étant le lot n<sup>o</sup> 198 du cadastre de la paroisse de St-Philippe. En faisant ces deux legs, comme

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 —  
 Taschereau J.  
 —

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Taschereau J.

l'enseigne la doctrine, *il exerçait bien le pouvoir de faire le choix des appelés*, que ses auteurs lui avaient conféré par l'acte de donation de 1905.

Cependant, en léguant ses deux terres, à titre particulier, à ses deux fils et en faisant ainsi le choix des appelés, le testateur Joseph Lussier, Jr., s'exprime à peu près dans les termes suivants: "Si les dits Conrad ou Anatole Lussier décèdent *sans enfants mâles*.....*les dits terrains à eux suslégués*.....*retourneront à son frère co-légitaire*, ou si son frère est décédé, à ses enfants mâles, en remettant \$4,000 aux filles du défunt, s'il y en a". Et il ajoute ensuite par la clause 15 de son testament: "Le but que j'ai en vue dans les dispositions de mes dits terrains a été de conserver ces dits terrains à une personne portant le nom de Lussier si possible".

L'intimée prétend qu'en léguant à ses deux fils les biens substitués, Joseph Lussier, Jr., a exercé son droit d'élection qui ne comportait pas d'autres pouvoirs que celui d'exercer un pur choix. Il avait charge de restituer à des appelés, et dès cette restitution, les appelés, Conrad et Anatole, pouvaient disposer absolument et définitivement des biens qu'ils étaient censés recevoir directement du substituant, et non du grevé. La charge imposée par Joseph Lussier, Jr., à son fils Conrad, que s'il décédait *sans enfants du sexe masculin*, la ferme dont il jouissait comme grevé à son décès, retournerait à son frère, est une charge non prévue par l'acte organisant la substitution, et, en conséquence elle serait nulle. Il s'ensuivrait que Conrad serait demeuré définitivement propriétaire, et que l'immeuble ne serait pas dévolu à Anatole Lussier, le demandeur-appelant, à cause de l'absence *d'enfants du sexe masculin* dans la famille de Conrad.

Joseph Lussier, Jr., pouvait-il imposer cette restriction, ou, s'il choisissait de nommer son fils Conrad comme appelé, ne devait-il pas le nommer purement et simplement? Il est certain que la restriction concernant Conrad ne se trouve pas dans l'acte de donation de 1905. A cette date, une substitution fut créée avec droit d'élection, mais on ne trouve nulle part que Joseph Lussier, Sr., et sa femme aient manifesté le désir que dans le cas où leurs arrière petits-enfants, enfants de Anatole et Conrad, ne seraient pas du sexe masculin, les immeubles, objets de la substitution,

devaient retourner à l'autre co-donataire. Au contraire, la clause ne prête à aucune ambiguïté—elle se lit ainsi :

Si l'un ou l'autre *des donataires décédait sans enfants* ou que ces enfants décèderaient eux-mêmes avant leur majorité ou leur mariage, les immeubles présentement donnés à celui qui décèderait ainsi, de même que ses enfants comme susdit, retourneront à son co-donataire ou à ses enfants à l'exclusion de tous autres.

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Taschereau J.

Il semble donc que Conrad devenait le propriétaire définitif de l'immeuble qui lui était légué, du moment qu'il avait une postérité, *mais pas nécessairement du sexe masculin*. On a cru voir dans une autre clause de la donation, l'intention de l'auteur de la substitution, que les immeubles devaient être définitivement la propriété de ses fils, à condition qu'ils eussent un enfant du sexe masculin. Cette clause se lit ainsi :

Les donateurs stipulent spécialement que si le dit Modeste Lussier *ne laissait pas de garçon issu de mariage légitime*, ou que ces garçons décèderaient en minorité *et sans enfant mâle*, le terrain ci-dessus décrit comme partie du N° 50 du cadastre de St-Philippe retournera aux garçons du dit Joseph Lusiser, fils, l'intention des donateurs étant que ce dernier terrain appartienne à un propriétaire du nom de Lussier, tant qu'il sera possible dans leur famille.

Cette clause de la donation originaire, comme on le voit, ne se rapporte qu'au lot n° 50, donné à Modeste, frère de Joseph Lussier, Jr., et ne peut en conséquence laisser supposer que la même restriction doit s'appliquer aux autres immeubles affectés par la substitution—*Inclusio unius, exclusio alterius*.

Ce litige est né du fait que Joseph Lussier, Jr., a conditionné le droit de Conrad comme appelé définitif, à la survivance d'enfants mâles à son décès, et dont l'absence l'empêcherait d'être propriétaire définitif avec droit de léguer le lot n° 199 à ses deux filles, comme il l'a fait. Les appelants prétendent que le grevé Joseph Lussier, Jr., pouvait agir ainsi, car, d'après eux, il n'aurait pas imposé de charge à Conrad, ce qu'il n'avait pas le droit de faire, mais il aurait simplement imposé une condition, qui, si elle ne se réalisait pas, annulait l'élection faite par Joseph Lussier, Jr., avec effet rétroactif à la date de sa mort. Ceci signifierait que Conrad n'aurait jamais été choisi comme appelé. On cite les articles 1079, 1085 et 1088 du *Code Civil*, qui démontrent en effet, que si une condition ne se réalise pas, le contrat est résolu avec effet rétroactif.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 ———  
 Taschereau J.

On peut évidemment répondre à cette prétention que s'il est défendu au grevé, chargé de faire une élection, d'imposer une charge ou une obligation à l'appelé, parce qu'il doit choisir ce dernier purement et simplement, il est difficile de justifier l'imposition d'une condition. On dit que Joseph Lussier, Jr., pouvait ne pas choisir Conrad, et que s'il le choisissait, il pouvait en conséquence conditionner son choix. Mais le même raisonnement s'applique à l'imposition d'une charge ou d'une obligation, et pourtant tous les auteurs s'accordent à dire qu'on ne peut l'imposer.

Mais il ne semble pas nécessaire de déterminer si, d'une façon générale, le grevé ayant la faculté d'élection, peut imposer une condition à la propriété définitive de l'appelé, car dans le cas qui nous occupe, je suis d'opinion que l'acte de donation de 1905, qui a créé la substitution, ne permet pas au grevé de subordonner ainsi le droit des appelés à une condition. L'acte de donation, en effet, stipule clairement que ceux qui seront appelés le seront *définitivement, s'ils ont des enfants quel que soit leur sexe*. Comment alors Joseph Lussier, Jr., après avoir déterminé que Conrad serait l'un des appelés, pouvait-il lui dire que le choix serait résolu, s'il mourait sans enfants mâles?

De plus, en faisant ce qu'il a fait, Joseph Lussier, Jr., ajoutait sans aucun doute un degré à la substitution. En effet, l'auteur de la substitution ne voulait établir qu'un seul grevé avec pouvoir de choisir des appelés définitifs ayant des enfants du sexe masculin ou du sexe féminin. En admettant la prétention de l'appelant, il s'ensuit qu'il y aurait eu deux appelés qui auraient successivement joui de l'immeuble, à titre de propriétaires, durant toute leur vie, viz: Joseph Lussier, Jr., et Conrad Lussier, et l'appelant, Anatole Lussier serait l'appelé définitif. Ceci est évidemment contraire aux termes mêmes de l'acte de donation créant la substitution. Ce serait créer substitution sur substitution, c'est-à-dire que par le désir du grevé, un autre grevé après lui, serait successivement ajouté, avant que l'immeuble ne devienne la propriété définitive d'un nouvel appelé. La Loi ne permet pas de changer ainsi la volonté d'un donateur ou d'un testateur. L'article 935 dit bien que l'auteur d'une substitution peut dans une nouvelle donation entre vifs, alors qu'il dispose de d'autres biens à la même personne, substituer les biens qu'il lui a donnés

purement et simplement dans la première; mais, cette substitution n'a d'effet que par l'acceptation de la disposition postérieure dont elle est une condition, et sans préjudice aux droits acquis aux tiers. Ceci signifie que lorsqu'un donateur donne purement et simplement des biens à un de ses fils, il ne peut pas plus tard déclarer que ce fils qui a accepté devienne grevé, et nommer un appelé pour recevoir définitivement. Le seul cas où la loi permet de substituer les biens antérieurement donnés, est le cas où le même donateur fait une nouvelle donation, acceptée par le donataire, et dans laquelle il est stipulé que les premiers biens sont affectés d'une substitution. Cet article cependant n'autorise en aucune façon l'appelé lui-même, de créer un nouveau degré comme on a tenté de le faire dans le présent cas. Il s'ensuit que Joseph Lussier, Jr., grevé de la substitution de son père, ne pouvait pas, en choisissant son fils Conrad comme appelé, imposer la condition qu'il a stipulée.

Mais, M. le Juge Marchand de la Cour d'Appel, qui était dissident, a fait un raisonnement différent, et l'appelant l'a accepté devant nous comme moyen subsidiaire. C'est la prétention de M. le Juge Marchand que Joseph Lussier, Jr., a choisi et élu ses deux fils Conrad et Anatole, non pas comme appelés, mais comme des grevés chargés à leur tour de rendre, en suivant certaines règles. Joseph Lussier, Jr., ne pouvait pas imposer à ses fils cette substitution, mais il pouvait la leur proposer, et si ces derniers acceptaient, elle les liait comme toute autre convention. Joseph Lussier, Jr., ayant par son testament nommé ses deux fils ses légataires universels, non seulement des biens substitués par la donation mais de tous ses autres biens, ceux-ci ont en conséquence été "les continuateurs de la personnalité juridique de leur père, garants et responsables de l'exécution des volontés exprimées dans son testament". En acceptant la succession globale, Conrad se trouvait par conséquent à accepter la condition imposée par son père Joseph Lussier, Jr., et à sa mort, s'il n'avait pas d'enfants mâles, la terre portant le n° 199 devait retourner à Anatole.

Il est important de remarquer que, par son testament du 20 novembre 1922, Joseph Lussier, Jr, a divisé ses biens en deux parts parfaitement distinctes. En premier lieu, il laisse, comme nous l'avons vu, la partie du lot 199 à Conrad, et le lot n° 198 à Anatole, qui sont les lots substitués venant

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 —  
 Taschereau J.  
 —

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Taschereau J.

de Joseph Lussier, Sr, par acte de donation. Après avoir fait d'autres legs particuliers, il lègue le résidu de tous ses biens tant meubles qu'immeubles, encore à ses deux fils Conrad et Anatole, et enfin, ayant toujours en vue les lots 199 et 198, il fait les déclarations contenues au paragraphe 14 de son testament, dans lequel se trouve la clause à l'effet que, "si les dits Conrad ou Anatole Lussier décèdent sans enfants mâles. . . . . les dits terrains à eux sus-légués (les lots 199 et 198) retourneront à son frère collègataire, ou si son frère est décédé, à ses enfants mâles, en remettant \$4,000 aux filles du défunt". Cette clause, évidemment, ne s'applique pas au résidu de la succession, mais purement et simplement aux lots substitués par la donation de l'aïeul.

Il était nécessaire, en effet, que Joseph Lussier, Jr, divisât ainsi en deux les biens qu'il laissait à ses fils Conrad et Anatole. Quand Joseph, Jr, dit qu'il donne et lègue à Conrad le lot n° 199, et à Anatole le lot n° 198, il n'emploie pas une expression exacte, car en réalité, il n'y a ni don ni legs de ces deux lots. Le seul pouvoir de Joseph, Jr, était de désigner Conrad et Anatole comme appelés à la substitution, et comme devant définitivement être propriétaires de ces deux lots. A l'ouverture de la succession de Joseph, Jr, Conrad et Anatole ont reçu chacun son lot, non pas de Joseph, Jr, mais bien de leur grand-père Joseph, Sr, et par conséquent, ces deux lots ne faisaient nullement partie du patrimoine transmis à ses fils par Joseph, Jr.

Joseph, Jr, aurait pu de son vivant, *par tout écrit quelconque*, faire le choix des appelés, et il n'était pas nécessaire qu'il le fît par testament. En le faisant de cette façon, il ne changeait cependant pas la nature de l'acte qu'il posait, qui demeure un choix pur et simple, indépendant des autres clauses du testament. C'est comme s'il y avait deux documents différents, un choix et un testament. Comme le dit Pothier (Vol. 8, Bugnet, page 482) :

Ce choix pourra même être contenu dans un legs universel fait par le grevé; mais ce legs universel ne vaudra comme legs que par rapport aux biens libres que le grevé pouvait avoir d'ailleurs que de la substitution; par rapport à ceux compris dans la substitution, il ne vaudrait que comme un acte renfermant le choix dont la faculté lui avait été accordée par rapport aux dits biens.

Je n'ai pas de doute que la condition eût été nulle si elle avait été posée dans un document différent. Pourquoi penser qu'elle est légale et qu'elle lie Conrad parce qu'on la trouve dans le testament, quand on sait que le choix fait par le grevé, dans un acte de dernière volonté ou ailleurs, ne vaut que pour les biens de la substitution, et nullement quant à ceux qui proviennent d'autres sources?

Il me semble difficile de croire que Conrad, malgré qu'il fut héritier résiduaire avec Anatole, ait accepté cette condition, qui, si elle ne se réalisait pas, le dépouillait d'un bien qui lui provenait de son aïeul. En prenant possession du lot n° 199, il recevait comme appelé ce que son grand-père lui avait donné, et cet acte isolé, n'ayant aucune relation avec les autres biens, ne peut pas laisser supposer qu'il ait accepté conditionnellement l'ensemble de la succession. D'ailleurs, nous ne savons pas s'il a refusé ou accepté cette succession, et nous ignorons même s'il y avait un résidu.

Mais, nous dit l'appelant, Joseph Lussier, Jr, pouvait, en vertu de dispositions de l'article 881 C.C., par son testament, léguer conditionnellement à Anatole la chose d'autrui, c'est-à-dire l'immeuble 199 dont Conrad était définitivement propriétaire comme appelé. L'article 881 C.C. se lit ainsi :

*Le legs que fait un testateur de ce qui ne lui appartient pas, soit qu'il connût ou non le droit d'autrui, est nul, même lorsque la chose appartient à l'héritier ou au légataire obligé au paiement.*

Le legs est cependant valide et équivaut à la charge de procurer la chose ou d'en payer la valeur, s'il paraît que telle a été l'intention du testateur. Dans ce cas si la chose léguée appartient à l'héritier ou légataire obligé au paiement, soit que le fait fût ou non connu du testateur, le légataire particulier est saisi de la propriété de son legs.

On voit donc, qu'en vertu du premier paragraphe de cet article, en principe, *le legs de la chose d'autrui est nul*. Que Joseph Lussier, Jr, ait su ou non que l'immeuble en question était la propriété de Conrad, le legs en faveur de Anatole est frappé de nullité. C'est l'application de la maxime bien connue *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. Il n'y a qu'un seul cas où cette règle rigide puisse souffrir une exception, c'est lorsqu'il paraît que l'intention du testateur a été que l'héritier ou le légataire obligé au paiement soit tenu de se procurer la chose ou d'en payer la valeur. Dans ce cas, si la chose léguée appartient à l'héritier ou au légataire obligé au paiement, soit que le fait fût ou non connu du testateur, le légataire

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Taschereau J.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Taschereau J.

particulier est alors saisi de la propriété de son legs. Mais, comme le dit Mignault (Vol. 4, page 369): "Toutefois, le seul fait que l'héritier ou le légataire serait propriétaire de la chose léguée, même à la connaissance du testateur, ne fera pas présumer cette intention". Dans le cas qui nous occupe, Conrad Lussier, héritier, est propriétaire de la chose, à la connaissance du testateur, et il n'y a aucune intention manifeste de la part de ce dernier, qui nous permettrait d'appliquer l'exception prévue au second paragraphe de l'article 881 C.C.

Ce que je viens de dire supposerait qu'il s'agit d'un legs fait par Joseph Lussier, Jr, legs que le législateur avait en vue quand il a édicté l'article 881 C.C. Je crois plutôt que ce sont les règles de la substitution qui doivent s'appliquer, et qui autrement seraient sans effet. Comme d'une façon générale la substitution du bien d'autrui est interdite par nos lois, sauf dans le cas de l'article 935 C.C. qui prévoit un cas exceptionnel de *substitution après coup*, par la même personne, entre les mêmes parties, et portant sur une chose précédemment donnée par le même donateur, il s'ensuit que la disposition faite par Joseph Lussier, Jr, est sans effet.

La conclusion à laquelle je suis arrivé me dispense de discuter les motifs invoqués par M. le Juge St-Jacques, qui était aussi d'avis de rejeter la présente action.

Pour toutes ces raisons, je suis d'opinion que le jugement majoritaire de la Cour d'Appel doit être maintenu, avec dépens de toutes les cours.

The judgment of Kerwin, Cartwright and Fauteux JJ. was delivered by

FAUTEUX J.:—Par acte de donation entre vifs, le 13 juillet 1905, Joseph Lussier et son épouse, Adéline Bonneau, ont donné à leurs fils, Joseph et Modeste, acceptant, les biens immobiliers suivants, tous du cadastre de la paroisse de St-Philippe:

A *Joseph*, deux terres: l'une formant partie du lot 198, l'autre formant partie du lot 199, avec maison et autres bâtisses y construites;

A *Modeste*, trois terres: l'une située en la Côte St-Claude, l'autre en la Côte St-Joseph et la dernière—faisant l'objet d'une stipulation spéciale à laquelle il sera ci-après référé—, en la concession St-Claude, formant partie du lot 50, avec maison et autres bâtisses y construites.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Fauteux J.

Cet acte de donation comporte particulièrement que les biens donnés doivent, au décès des donataires, retourner au profit exclusif de leurs enfants. Les donateurs accordent cependant à chacun des donataires "le droit de faire entre ses enfants et à défaut d'enfants à ceux de son frère codonataire, le partage des dits immeubles comme bon lui semblera, soit également ou autrement, et même à un seul, suivant qu'il avisera, toute autorisation lui étant donnée à cette fin."

C'est par un testament en la forme authentique fait le 20 octobre 1922, et en lequel il instituait ses deux fils, Anatole et Conrad, ses légataires universels, que Joseph Lussier fils, décédé le 28 août 1924, exerçait cette faculté d'élire en leur attribuant, dans la forme d'un legs particulier, respectivement la terre 198 et la terre 199. Dans chaque cas, la terre n'est pas donnée purement et simplement, et en pleine propriété, mais avec certaines prohibitions et, particulièrement, à la condition que si l'un des deux fils décédait sans enfants mâles, la terre à lui ainsi léguée retournerait à son frère, à charge, par ce dernier, de remettre aux filles du premier, s'il en laissait, une somme de quatre mille dollars.

Et voilà bien l'éventualité qui, s'étant produite dans le cas de Conrad, a donné lieu au présent litige relativement à la terre 199.

En fait, Conrad décédait le 2 mai 1944 sans laisser d'enfants mâles. Il avait, cependant, par testament olographe fait le 7 décembre 1943 et vérifié le 12 mai 1944, constitué sa femme et ses deux filles, héritières de cette terre, respectivement en usufruit et en nue-propriété.

C'est alors qu'Anatole Lussier, l'appelant, invoquant les dispositions du testament de son père, Joseph Lussier, fils, et le fait que son frère Conrad était décédé sans laisser d'enfants mâles, a, par action pétitoire, réclamé la possession et la propriété de cette terre formant partie du lot 199, après avoir offert de verser aux filles de Conrad la somme de quatre mille dollars.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Fauteux J.

En défense, les héritiers de Conrad, soit sa femme, Dame Laure-Anna Tremblay, l'intimée, personnellement et en qualité de tutrice à ses filles mineures, Jovette et Fernande Lussier—cette dernière devenant à sa majorité intimée en reprise d'instance—toujours demeurées en possession de ces biens immobiliers, ont plaidé particulièrement: Que Joseph Lussier fils ne pouvait, par son testament, accorder plus de droits à ses héritiers relativement à cette terre qu'il n'en avait lui-même en vertu de l'acte de donation; que, suivant cet acte, les appelés à la substitution dont il était grevé devenaient saisis de la propriété de l'immeuble par le choix qu'il en avait fait en son testament et ce, depuis l'instant de son décès; que la faculté de partager le bien dont il était donataire n'incluait pas le droit d'imposer les prohibitions, conditions et charges apparaissant en son testament.

Ainsi apparaît la question principale à la détermination de cette cause: La faculté d'élire les appelés donnée en la donation comporte-t-elle le droit d'imposer les prohibitions, conditions et charges apparaissant au testament du grevé?

A cette question, le savant Juge de la Cour Supérieure a répondu affirmativement. En somme, dit-il, l'imposition des prohibitions, conditions et charges ci-dessus constitue une modalité de choix conforme aux termes et à l'esprit de la donation. Et l'action fut maintenue en conséquence.

En appel (1), cette décision fut cassée par un jugement majoritaire, MM. les Juges Barclay, Casey et St-Jacques, de la majorité, et M. le Juge Marchand, de la minorité,—M. le Juge Surveyer étant le seul à ne pas traiter de la question—adoptèrent une vue opposée à celle exprimée en première instance. Les deux premiers en font le *ratio decidendi*. M. le Juge St-Jacques maintient l'appel en s'appuyant sur un point subsidiaire dont la considération ici devient non nécessaire, vu la conclusion à laquelle j'en arrive sur le point principal. MM. les Juges Marchand et Surveyer, de la minorité, renvoient l'appel; le premier décide que si Joseph Lussier fils ne pouvait pas imposer, par testament, une substitution à ceux qu'il avait le droit d'appeler à la substitution créée par son père, il pouvait quand même la leur proposer comme condition du legs résiduaire qu'il établissait en leur faveur, et, l'ayant acceptée, ils sont liés comme par toute autre convention. Le second renvoie

(1) Q.R. [1950] K.B. 487.

l'appel en disant que le testament de Conrad ne peut prévaloir contre les dispositions de celui de son père, Joseph Lussier, Jr.

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Fauteux J.

Il faut, en premier lieu, référer à l'acte de donation et noter que les biens ont été donnés aux donataires aux conditions suivantes, lesquelles sont numérotées pour fins de références:

1. Pour par les dits Donataires, leurs hoirs et ayant cause, jouir, user, faire et disposer des dits biens en pleine et absolue propriété en vertu des présentes et en prendre possession immédiatement, *sous les conditions et aux charges ci-après énumérés*.....

2. *Les présentes sont consenties sous la condition expresse et sous peine de nullité*, que les biens présentement donnés devront rester propres à chacun des Donataires et n'entrer dans aucune communauté de biens d'entre eux et leurs épouses, et encore que les Donataires ne pourront en aucune manière avantager leurs épouses à même les dits biens, soit par testament ou autrement, en plus de ce qui a pu leur être assuré par leur contrat de mariage respectif, *les biens provenant des Donateurs devant rester au profit exclusif des héritiers des Donataires, aussitôt après le décès de ces derniers, nonobstant toute loi ou coutume contraires*.

3. *Encore à la condition* que si l'un ou l'autre des Donataires décédait *sans enfants* ou que *ces enfants* décéderaient eux-mêmes, avant leur majorité ou leur mariage, les immeubles présentement donnés à celui qui décéderait ainsi, de même que *ses enfants* comme susdit, retourneront à son co-donataire ou à *ses enfants* à l'exclusion de tous autres.

4. Les Donateurs n'entendent pas par là créer une vraie substitution, et chacun des Donataires aura le droit de faire entre *ses enfants* et à défaut *d'enfants* à ceux de son frère co-donataire, le partage des dits immeubles comme bon lui semblera, soit également ou autrement, et même à un seul, suivant qu'il avisera, toute autorisation lui étant donnée à cette fin.

5. Et au cas de décès de l'un des dits Donataires, sans disposition de ses biens, ceux provenant des Donateurs seront partagés également entre ses enfants ou à défaut *d'enfants*, à ceux de son frère co-donataire.

Je ne puis douter que ces dispositions contiennent une substitution fidéicommissaire. L'article 928 du *Code Civil* donne, entre autres, la règle d'interprétation suivante:

En général, c'est d'après l'ensemble de l'acte et l'intention qui s'y trouve suffisamment manifestée, plutôt que d'après l'acceptation ordinaire de certaines expressions, qu'il est décidé s'il y a ou non substitution.

En l'espèce, et nonobstant les expressions employées au début de la clause 4: "Les Donateurs n'entendent pas créer une vraie substitution....."—lesquelles s'expliquent par la faculté d'élire qui y est immédiatement exprimée—, les dispositions ci-dessus établissent manifestement que la donation a été consentie "sous la condition expresse et sous peine de nullité" que les biens provenant des donateurs

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Fauteux J.

doivent "rester au profit exclusif des héritiers des Donataires, aussitôt après le décès de ces derniers, nonobstant toute loi ou coutume contraires". Chacun des donataires est donc ainsi chargé de rendre à son décès ce qu'il reçoit par l'acte de donation. Et c'est là la définition de la substitution fidéicommissaire (art. 925). Ainsi en a conclu la Cour d'Appel et les parties admettent en leurs factums le bien-fondé de cette décision sur ce point fondamental. Ces vues, peut-être est-il utile d'ajouter, ne peuvent être affectées du fait de la présence à l'acte d'une clause, non citée ici, accordant aux donataires une liberté limitée d'aliéner (vente ou échange entre eux). Ni en droit, ni en fait, cette clause n'a ici de portée. L'article 952 prescrit que "le substituant peut indéfiniment permettre l'aliénation des biens substitués; la substitution n'a d'effet, en ce cas, que si l'aliénation n'a pas eu lieu".

Il est également décidé par la Cour d'Appel et admis aux factums des parties que, nonobstant le silence du *Code* sur le sujet, il est loisible à celui qui dispose de ses biens par acte de libéralité d'accorder—ainsi qu'on l'a fait en la clause 4—aux donataires chargés de substitution, la faculté d'élire le ou les appelés parmi ceux qui y sont indiqués. C'est la doctrine exposée aux œuvres de Pothier (Bugnet), Vol. 8, p. 481, n<sup>os</sup> 80 et suivants, au *Traité des Substitutions Fidéicommissaires*, de Thévenot d'Essaule, pp. 317 et suivantes, et dans Migneault, Vol. 5, p. 144.

Dans le cas de Joseph Lussier fils, cette faculté, tel que déjà dit, a été exercée par testament. Il convient d'en citer les clauses pertinentes au débat:

5° Je donne et lègue à Conrad Lussier, l'un de mes fils, une terre..... formant partie du lot 199.....

6° Je donne et lègue à Anatole Lussier, un autre de mes fils, une terre..... formant partie du lot 198.....

12° Je donne et lègue le résidu de tous mes biens tant meubles qu'immeubles que je délaisserai lors de mon décès à mes deux dits fils, Conrad et Anatole Lussier, en parts égales, que je fais et institue pour mes légataires généraux et universels en propriété à compter du jour de mon décès sous les réserves ci-après mentionnées;

13° Je veux et entends que les terrains ci-dessus légués à mes dits fils leur restent propres et n'entrent dans aucune communauté de biens d'entre eux et toutes épouses avec qui ils pourront contracter mariage à l'avenir, et qu'ils ne puissent non plus avantager leurs épouses à même les dits terrains de quelque manière que ce soit;

14° Je veux et entends que si l'un ou l'autre de mes dits fils, Conrad ou Anatole vient à décéder "*ab intestat*" et laissant des enfants, les enfants mâles recueillent le terrain ci-dessus légué à leur père, mais ils devront remettre une somme de quatre mille piastres courant aux filles, leurs sœurs, s'il y en a; et si les dits Anatole ou Conrad Lussier décèdent sans enfants mâles ou que ces enfants décèdent eux-mêmes avant leur majorité sans descendants, les dits terrains à eux sus légués ou ceux acquis en remploi, à celui qui décédera ainsi, de même que ces dits enfants comme susdit, retourneront à son frère co-légataire ou si ce dit frère est décédé à ses enfants mâles en remettant quatre mille piastres aux filles du défunt, s'il y en a. Cependant, mes dits fils pourront et devront faire entre leurs enfants mâles ou à défaut d'enfants mâles au survivant des dits Conrad ou Anatole Lussier, le partage des dits terrains comme bon leur semblera, mais en ce cas si le dit défunt des dits Conrad ou Anatole Lussier laisse des filles issues de son mariage, les enfants mâles qui hériteront des dits terrains devront une somme de quatre mille piastres courant aux filles du défunt, Anatole ou Conrad Lussier.

15° Je veux et ordonne que mes dits fils ne puissent hypothéquer mes dits terrains seulement dans le cas où ils se vendront l'un à l'autre, alors celui qui achètera le terrain de son frère pourra hypothéquer son terrain pour une somme de quatre mille piastres courant aux fins de donner des garanties à son frère ou de faire un emprunt d'un étranger pour payer son dit frère. Et quand ils vendront les dits terrains, le prix en provenant devra être employé à l'achat d'autres terrains qui seront soumis aux mêmes réserves que ceux que je leur lègue présentement;

Le but que j'ai en vue dans la disposition de mes dits terrains a été de conserver ces dits terrains à une personne portant le nom de Lussier autant que possible.

Ainsi apparaît-il, des dispositions de son testament, que Joseph Lussier fils a, sans distinction aucune, traité les biens substitués au même titre que ses propres, tout comme si l'acte de donation l'en avait constitué le propriétaire absolu: Il a prétendu les donner et les léguer; il les a affectés à des prohibitions et des restrictions; il les a lui-même grevés d'une nouvelle substitution en chargeant ses fils Conrad et Anatole, petits-enfants des donateurs, de les rendre à d'autres. Pareilles dispositions, aussi bien que l'intention les inspirant,—intention révélée à la fin de la clause 15—, ne laissent aucun doute que Joseph Lussier fils a traité tous ces biens, sans distinction, comme si c'était les siens.

Qu'il ait eu ce droit quant aux biens libres de la substitution, ses propres, la question ne se pose pas.

Mais pouvait-il ce faire quant aux biens substitués qu'il avait reçus par la donation dont il avait accepté les termes, je ne le crois pas.

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Fauteux J.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Fauteur J.

Sans la présence de cette clause de faculté d'élire et de partager, il est certain qu'il ne le pouvait pas. L'intention des donateurs manifeste trop clairement que ce sont les enfants des donataires qui sont les appelés définitifs. Aussi bien, dans cette alternative, chaque enfant du donataire, en qualité d'appelé, et dans les termes mêmes de l'article 962, "reçoit les biens directement du substituant et non du grevé. L'appelé est, par l'ouverture de la substitution à son profit, saisi de suite de la propriété des biens, de la même manière que tout autre légataire; il peut en disposer absolument et il les transmet dans sa succession, s'il n'y a prohibition ou substitution ultérieure". L'acte de donation ne comporte pas de prohibition ou de substitution ultérieure applicable en l'espèce, quant à la terre 199. Mais il en comporte, relativement à la terre 50.

La présence de la clause de faculté d'élire et de partager modifie-t-elle, en principe, cette conclusion? Les auteurs s'accordent à répondre dans la négative et la raison qu'ils en donnent est précisément le principe sanctionné dans notre loi par l'article 962. Pothier, Vol. 8 (Bugnet), p. 482:

La différence entre la substitution et la faculté de choix, et celle par laquelle on substitue simplement la famille, est que, lorsque le grevé, en conséquence de la faculté de choisir qui lui est accordée, a déclaré son choix en faveur de quelqu'un de la famille, la substitution ne sera ouverte par son décès qu'au profit de celui ou ceux qu'il aura choisis, au lieu que, si on eût simplement substitué la famille, sans accorder ce choix, la substitution aurait été ouverte au profit de tous ceux de la famille qui se seraient trouvés les plus proches parents du grevé, lors de l'ouverture.

Le choix que le grevé fait selon la faculté qui lui est accordée, d'une personne de la famille, n'est point une disposition qu'il fasse envers cette personne qu'il choisit; c'est un pur choix; c'est pourquoi la personne qu'il a choisie, qui en vertu de ce choix recueille la substitution, n'est point du tout censée tenir les biens compris en la substitution de celui qui l'a choisie; mais elle est censée les tenir de l'auteur de la substitution.

C'est pourquoi le grevé qui a fait ce choix, ne peut pas, pour raison de ce seul choix, imposer aucune charge à la personne qu'il a choisie; car, en la choisissant, il n'a proprement exercé aucune libéralité envers elle, il ne lui a donné rien du sien. *Non enim facultas necessare electionis, propriae liberalitatis beneficium est: quid est enim quod de se videatur deliquisse qui quod relinquit omnimodo reddere debuit?* L. 67 S. 1er, ff. de Leg. 2.

Ce choix n'étant point une disposition que le grevé fasse de ses biens envers la personne qu'il a choisie, il peut le faire par quelque acte que ce soit, pourvu que ce soit par écrit.

Thévenot d'Essaule, *Traité des Substitutions*, N° 1013, p. 319:

Le grevé, en élisant, n'est point censé exercer une libéralité envers celui qu'il choisit. Il ne peut par conséquent le soumettre à aucune charge de substitution, ni autre quelconque.

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Fauteux J.

Ricard, *Des Donations*, Vol. 2, p. 448:

C'est pourquoi le grevé qui a fait ce choix, ne peut pas, pour raison de ce seul choix, imposer aucune charge à la personne qu'il a choisie: car, en la choisissant, il n'a proprement exercé aucune libéralité envers elle, il ne lui a donné rien du sien.

Mignault, Vol. 5, p. 145:

Le choix fait par le grevé ne constitue pas une disposition en faveur de la personne choisie; c'est un pur choix et la personne choisie tiendra les biens du substituant et non pas du grevé. Ce dernier ne peut donc à raison de ce seul choix, imposer aucune charge à la personne qu'il a choisie, car il n'exerce envers elle aucune libéralité.

Peut-on trouver dans l'acte de donation de 1905, et relativement à la terre 199 en particulier, une intention expresse ou implicite des donateurs d'accorder aux donataires, en leur donnant la faculté d'élire et de partager, le droit de ne pas rendre à l'élu la terre purement et simplement, en pleine et absolue propriété, et tout comme si ce dernier la recevait des donateurs eux-mêmes?

Notons bien que si les donateurs ont accordé à chacun des donataires "le droit de faire entre ses enfants et à défaut d'enfants à ceux de son frère co-donataire, le partage des dits immeubles comme bon lui semblera",—discrétion nécessairement qualifiée et restreinte par les mots qui suivent "soit également ou autrement, et même à un seul"—, ils ne leur en ont pas fait une obligation. A la vérité, ils ont, par la clause immédiatement suivante (5), prescrit qu'à défaut de tel partage—les donataires pouvant juger à propos de ne pas le faire—, les biens substitués se partageront également entre les enfants.

Dans tous les cas, le droit accordé vise *le partage des biens* de façon égale ou inégale, au profit de tous, de quelques-uns, ou même d'un seul des enfants des donataires. Il faut bien noter que si chaque donataire avait le droit d'exclure un ou plusieurs de ses enfants, il ne pouvait pas tous les exclure. De sorte que, assumant que l'un des donataires n'eût eu qu'un seul enfant, un garçon ou une fille, peu importe,—les donateurs n'ont pas fait de distinction

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Fauteux J.

de sexe et ceci est d'ailleurs immatériel au présent raisonnement—il n'y aurait pas eu lieu à partage ou à élection. La clause 4 serait alors sans effet et, par le jeu exclusif de la clause 2 précitée, cet enfant unique aurait été saisi, dès le décès de son père, comme propriétaire absolu de tous les biens donnés, tout comme si la faculté d'élire et de partager eût été absente de l'acte de donation. En pareil cas, il devient manifeste qu'aucune restriction, prohibition ou substitution, n'aurait pu être imposée par le donataire. Il faut tenir ce résultat comme manifestant, en telle occurrence, l'intention véritable des donateurs de donner à cet enfant, ainsi alors élu par eux-mêmes, la propriété absolue de tous les biens substitués.

Je ne puis voir dans l'établissement de cette faculté d'élire et de partager, l'intention des donateurs d'accorder aux donataires le droit de contrôler, par l'établissement de restrictions, prohibitions, ou par la création de nouvelles substitutions, la propriété de l'appelé, que ce soit l'appelé choisi par les donateurs eux-mêmes dans l'éventualité précitée alors que la clause 4 est inopérante, ou que ce soit le ou les appelés, encore choisis par les donateurs eux-mêmes, dans l'éventualité prévue par la clause 5, ou que ce soit l'appelé ou les appelés choisis par les donataires dans le cas où ils peuvent se prévaloir et, de fait, se prévalent de la faculté à eux accordée. Nulle part apparaît à l'acte d'intention de traiter la propriété de l'enfant, ou des enfants appelés à la substitution par le choix des donataires, différemment de celle de l'enfant, ou des enfants qui y sont appelés par le jeu exclusif des clauses de la donation.

Dans tous les cas, par le simple appel au partage, les dispositions de l'acte sont satisfaites et si cet appel est fait par les donataires, en vertu du mandat qu'il leur est loisible d'exercer, ce mandat en est, par le fait même, épuisé.

La stipulation particulière, relative au lot 50, donné à Modeste Lussier, loin d'aider la prétention de l'appelant, illustre bien la règle générale à laquelle les donateurs entendent faire exception. Elle se lit comme suit :

*Les donateurs stipulent spécialement* que si le dit M. Modeste Lussier ne laissait pas de garçons issus de mariage légitime, ou que ces garçons décédèrent en minorité et sans enfants mâles, le terrain ci-dessus décrit comme partie du lot numéro 50 du cadastre de St-Philippe retournera aux garçons dudit Joseph Lussier fils, l'intention des donateurs étant que ce dernier terrain appartienne à un propriétaire du nom de Lussier tant qu'il sera possible dans leur famille.

Avec déférence, je dois ajouter, en conclusion, qu'on ne solutionne pas le problème avec le truisme: "Qui peut le plus, peut le moins", auquel on peut répondre comme l'a suggéré le procureur de l'intimée: "Qui peut le moins, ne peut le plus". La véritable question est précisément de savoir si celui qui a la faculté d'élire "peut le plus". A cette question,—tel que déjà signalé—, la doctrine répond dans la négative et rien dans l'acte ne suggère que les donateurs ont entendu y déroger.

Mais, dit M. le Juge Marchand, s'il est vrai que Joseph Lussier, fils, ne pouvait pas imposer, à ceux qu'il choisissait comme appelés, des restrictions, prohibitions ou charges relatives aux biens substitués, il pouvait les leur proposer et c'est ce qu'il aurait fait en leur léguant le résidu de ses biens à la condition qu'ils acceptent ces prohibitions, restrictions et charges, sur les biens substitués qu'ils recevaient. De sorte qu'en acceptant ce legs résiduaire, conclut-il, ils acceptaient, par le fait même, la proposition et devenaient liés comme dans un contrat.

Vainement ai-je fouillé les plaidoiries écrites pour y déceler cette proposition de droit ou les allégations de faits sur lesquelles elle doit reposer. Il n'apparaît pas davantage que ce point, sur lequel le savant Juge de la Cour d'Appel décide du litige, ait été autrement soumis à la considération de la Cour de première instance. Et il semble, au surplus, que si cette proposition avait été plaidée devant la Cour d'Appel, les Juges de la majorité y auraient référé dans leurs raisons de jugement.

A cela, on peut ajouter que le point soulevé suggère les questions suivantes: Joseph Lussier, fils, a-t-il, en fait, laissé à son décès, dans son patrimoine, des biens résiduaire? Dans l'affirmative, Conrad Lussier a-t-il accepté ce legs résiduaire pour sa part? S'il l'a accepté, a-t-il fait cette acceptation ès qualités d'héritier testamentaire et en considération de cette "proposition" apparaissant dans le testament de son père sous la forme d'une imposition non permise, ou simplement ès qualités d'héritier légal. Le dossier ne l'indique pas. Assumant que le point soulevé par M. le Juge Marchand serait bien fondé en droit, on ne saurait l'utiliser à la disposition de cette cause sans joindre, à la considération d'une proposition qui n'a pas été plaidée, la spéculation sur des faits qui ne sont ni allégués, ni prouvés.

1952  
 LUSSIER  
 v.  
 TREMBLAY  
 Fauteux J.

1952  
LUSSIER  
v.  
TREMBLAY  
Fauteux J.

Aussi bien, je crois qu'il y a lieu d'appliquer ici la règle reconnue par cette Cour dans *The Century Indemnity Company v. Rogers* (1); *Sullivan v. McGillis and others* (2); et, tout récemment encore, *City of Verdun v. Sun Oil Company* (3), voulant, en principe, que les parties sont liées par les positions qu'elles ont prises et soutenues dans la conduite de leur cause.

Je rejetterais l'appel, avec dépens des trois Cours.

*Appeal dismissed with costs.*

Solicitors for the Appellant: *Beaulieu, Gouin, Bourdon, Beaulieu and Casgrain.*

Solicitors for the Respondents: *Monette, Filion, Meighen and Gourd.*

---