

\_\_\_\_\_

1938  
 \* May 26, 27.  
 \* Dec. 5.

DAME ROSE KERT (DEFENDANT) . . . . . APPELLANT;  
 AND  
 DAME REBECCA WINSBERG (PLAIN-  
 TIFF) . . . . . } RESPONDENT.

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

*Servitudes—Right of view—Wall not common—Lights or windows—Wall resting on two adjoining properties—One owner not having acquired title to rights of mitoyenneté—Articles 515, 533 and 534 C.C.*

Lights or windows, as described in article 534 C.C., can only be made in a wall "not common adjoining the land of another.—When a wall has been erected as to one half on an adjoining property and has all the characteristics of a wall designed to become common, even though it does not appear that the owner of the adjoining land has acquired title to, and paid for, the rights of *mitoyenneté* in it, the owner who has erected the wall has not the right to make such openings.

Judgment of the Court of King's Bench (Q.R. 64 K.B. 78) aff.

\* PRESENT:—Duff C.J. and Cannon, Crocket, Kerwin and Hudson JJ.

APPEAL from the judgment of the Court of King's Bench, appeal side, province of Quebec (1), affirming the judgment of the Superior Court, Boyer J., and maintaining in part the respondent's action *négatoire*.

1938  
 KERT  
 v.  
 WINSBERG.  
 Duff C.J.

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

*M. M. Sperber K.C.* for the appellant.

*M. I. Sigler* for the respondent.

THE CHIEF JUSTICE.—The issue between the parties to this appeal concerns a brick wall, fourteen feet in length and twelve inches thick at its base, diminishing to a thickness of eight inches at the third story. The wall rests, as to one half on the property of the appellants and as to the other on the property of the respondents.

The courts below have agreed that, the wall having been erected by the appellant's predecessor in title, the respondent never acquired title to rights of *mitoyenneté* in it. The appellant has created openings in this wall and inserted therein sheets of translucent but not transparent glass. The question in controversy concerns their right to maintain these openings in this state.

I agree with the Court of King's Bench that article 534 of the Civil Code of Quebec is plainly not applicable, the wall in question not being "un mur non-mitoyen joignant l'héritage d'autrui." Nor does article 533 strictly apply because, to quote the judgment of that Court, "ce mur n'est pas mitoyen au sens de l'article 533 du Code Civil."

I agree also with the Court of King's Bench that the last paragraph of article 515 appears to give the key to the principle for determining the controversy before us. Although that article deals with a different case, yet, reading it with articles 533 and 534, there can, I think, be little doubt as to the governing consideration. Mr. Justice St. Jacques says:

Cette disposition du dernier paragraphe de l'article 515 nous fait voir le sens et la signification qu'il faut donner aux mots employés dans l'article 534, pour désigner le mur dans lequel il peut être pratiqué des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant. Ce n'est que dans un mur non-mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui que de telles fenêtres ou jours peuvent être pratiqués.

With this I agree.

1938  
 KERT  
 v.  
 WINSBERG.  
 Duff C.J.

Mr. Justice St. Germain has given convincing reasons for concluding that the openings in question here constitute "jours" in the sense of article 534.

It follows that the appeal should be dismissed with costs.

The judgment of Cannon, Crocket and Kerwin JJ. was delivered by

CANNON J.—The parties own two adjoining immovables situate on Hutchison street, in the city of Montreal. Appellant's property was built in 1910; respondent's in 1911. The twelve inches northwest brick wall of appellant's property is for a depth of 55 feet built half on appellant's land and half on the adjoining land acquired by the respondent in 1919. When respondent's building was erected, in 1911, the appellant's wall was used, for a depth of forty-one feet; and on that part joists and beams were inserted to support the weight of respondent's building. The remaining fourteen feet of the wall for its whole height has never been used by respondent or her *auteurs*. It is a plain brick wall which faces the back yard of respondent's building.

In September, 1936, appellant made two openings in the said fourteen feet of the said wall. These openings, one on the second story and the other on the third story, had inside or interior window frames with blue coloured frosted glass. The windows were nailed to the sills at the bottom and at the sides, and in addition there were mouldings put up at the sides to prevent the windows being pushed up; these mouldings were also nailed. There were hinges for shutters or exterior windows which were never put on.

The date of the construction of the windows, as originally or later used, is of little importance, except perhaps in respect to the costs of the injunction proceedings, with which we are not now concerned, as the Court intimated to the parties during the argument that, in view of the concurrent judgments of the Quebec courts on this question of procedure, it should not be raised again before us. It is enough to say that, after the demand for injunction, appellant caused the outside frame to disappear, filled the opening with bricks of translucent but not transparent glass, which bricks are sealed and do not project outside the wall.

The trial judge found that the structure or alterations made by the appellant were illegal and based his finding on article 534 C.C. which prohibits, not only windows, but lights, i.e., anything that will permit the light of day to penetrate, except in the manner indicated by the article. Such lights or windows must be provided with an iron trellis the bars of which are not more than four inches apart, and a window-sash fastened with plaster or otherwise in such a way that it must remain closed. The trial judge, therefore, ordered the appellant to close completely that part of the windows which is less than seven feet from the floor in such a manner that the light could not penetrate through this part, and in so far as the surplus height is concerned, the appellant was ordered to put in window sashes pursuant to the terms of article 534.

The respondent accepted this judgment and precluded the Court of King's Bench from giving full effect to their finding which was that the appellant had no right whatsoever to construct opening windows or lights.

The appellant accepts the findings of fact of the Court of King's Bench, which are as follows:

Attendu qu'il est prouvé que le mur dans lequel la défenderesse a pratiqué les fenêtres ou jours est construit en partie sur le terrain de la demanderesse et en partie sur celui de la défenderesse; qu'il a toutes les caractéristiques d'un mur fait pour devenir mitoyen;

Attendu qu'il ne ressort pas de la preuve que la demanderesse et ses auteurs aient la mitoyenneté du mur en en payant la valeur;

Considérant que si ce mur n'est pas mitoyen au sens de l'article 533 du Code Civil, il n'est pas non plus un mur non-mitoyen joignant l'héritage d'autrui, puisqu'il est assis en partie sur le terrain de la demanderesse;

The Court of King's Bench refused to the appellant the benefit of article 534 because the wall does not adjoin the land of the respondent but is built half on it. They applied, however, the principle established in par. 3 of article 515, which reads as follows:

515. Every proprietor may raise the common wall at will, but at his own cost, upon paying an indemnity for the additional weight imposed, and bearing for the future the expense of keeping it in repair above the height which is common.

The indemnity thus payable is the sixth of the value of the superstructure.

On these conditions such superstructure becomes the exclusive property of him who built it; but it remains, as to the right of view, subject to the rules applicable to common walls.

1938  
 KERT  
 v.  
 WINSBERG.  
 Cannon J.

1938  
 KERT  
 v.  
 WINSBERG.  
 Cannon J.

The *ratio decidendi* of the Court of King's Bench may be found in the following quotation from the reasons of Mr. Justice St. Jacques:

La défenderesse peut-elle prétendre que ce mur lui est propre et qu'elle peut y faire des ouvertures permettant à la lumière ou au jour de pénétrer à l'intérieur de sa maison?

Dans cette partie du mur de six pouces d'épaisseur qui est assise sur le terrain de la demanderesse, il ne peut s'agir d'un mur *propre* à la défenderesse, au sens de l'article 534 du Code civil. Ce mur n'en est pas un "joignant immédiatement l'héritage" de la demanderesse; il y est assis en partie, et ce n'est pas parce que la demanderesse n'aurait pas payé la moitié du coût ou de la valeur de ce mur que la défenderesse peut y faire des ouvertures, même pour y obtenir le jour, suivant les dispositions des articles 534 et 535.

Les codificateurs nous disent que l'article 533 et les deux suivants sont tirés de la Coutume de Paris et sont conformes au Code Napoléon. Et ils ajoutent que "c'est à leur occasion que s'élève la question déjà mentionnée de savoir si le copropriétaire, qui exhausse à ses propres frais le mur mitoyen, a droit de faire dans l'exhaussement les ouvertures permises dans le mur qui lui serait propre; et l'on se rappellera que les Commissaires ont fait adopter de décider cette question dans la négative au moyen du paragraphe ajouté à l'article 515, pour les raisons qui ont été exposées en le commentant."

Or, sous l'article 515, ils ont dit:

"Les deux premiers paragraphes de cet article sont pris des articles 195 et 197 de la Coutume de Paris, et diffèrent peu de l'article 658 du Code Napoléon. Quant au troisième paragraphe qui ne se trouve ni dans l'un ni dans l'autre, il a été ajouté afin de trancher la question controversée sous l'ancienne jurisprudence de savoir si dans cet exhaussement, il était permis à celui qui l'avait fait d'y pratiquer des vues de coutume, de même que *si tout le mur lui était propre*, suivant l'article 200 de la Coutume. Les Commissaires ont pensé que le mur mitoyen exhaussé ne saurait être assimilé *au mur propre joignant sans moyen à l'héritage d'autrui*, parce que, en réalité, cet exhaussement est fait pour moitié sur le terrain du voisin et peut à peine être regardé comme lui appartenant exclusivement; ils sont donc d'avis que le droit en question ne doit pas exister, et l'ont ainsi déclaré, sans prétendre qu'en cela il y ait eu introduction de droit nouveau."

Le troisième paragraphe de l'article 515 est à l'effet que bien que la partie du mur ainsi exhaussée soit propre à celui qui l'a faite, elle reste, quant au droit de vue, sujette aux règles applicables au mur mitoyen. Cette disposition a pour but, ainsi que le disent les codificateurs, d'éviter la controverse qui existait en France à ce sujet.

\* \* \*

On voit donc quelle a été la raison qui a inspiré les codificateurs dans la rédaction de l'article 515; c'est que l'on a voulu éviter ce conflit de jurisprudence et déterminer, d'une façon nette, que la partie du mur exhaussée, bien que propre à celui qui a fait cet exhaussement, reste soumise à la prohibition de l'article 533 quant au droit de vue, parce que le mur repose sur deux héritages et qu'on ne peut pas dire que, tout en n'étant pas mitoyen, il est propre exclusivement à l'une des parties.

Cette disposition du dernier paragraphe de l'article 515 nous fait voir le sens et la signification qu'il faut donner aux mots employés dans l'article 534, pour désigner le mur dans lequel il peut être pratiqué des

jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant. Ce n'est que dans un mur non-mitoyen *joignant immédiatement l'héritage d'autrui* que de telles fenêtres ou jours peuvent être pratiqués.

Le mur dans lequel la défenderesse a pratiqué des ouvertures qui, à l'origine, avaient l'apparence de véritables fenêtres pouvant donner droit de vue, n'est pas ce mur que décrit l'article 534. Il n'est pas mitoyen, en ce sens que rien ne fait voir dans la preuve que le droit de copropriété ait été acquis par le paiement d'une partie du coût de construction du mur; mais il a été construit avec toutes les caractéristiques d'un mur destiné à devenir mitoyen, et, en plus, il est assis en partie, pour une moitié, sur l'immeuble de la demanderesse. Celle-ci peut, en tout temps, acquérir la copropriété du mur, si elle n'est pas déjà en mesure d'établir que ses auteurs l'ont fait.

Quant à la copropriété du terrain sur lequel le mur est bâti, elle est certaine et admise de part et d'autre. Les ouvertures que la défenderesse a pratiquées dans ce mur ne me paraissent pas autorisées par l'article 534, même si elles avaient été faites strictement en conformité avec les exigences de l'article 535.

I accept the views of the Court of King's Bench and apply as they have done, by analogy, the principle of art. 515, par. 3, concerning the superstructure built by one of the owners of a common wall to the wall built, as in this case, by the owner half on his property and half on his neighbour's land. It may be true that under modern conditions these articles of our Code may create difficulties and unnecessary hardships to those who wish to improve their properties. There seems to be a tendency in France to alleviate the strictness of the rule. For instance, in the case of *Lacrevaz C. Ecuwillon* (1), they have decided what would seem favourable to the appellant's contention:

Les art. 676 et 677, C. Civ., qui réglementent les jours de souffrance, de façon à empêcher de voir dans le fonds voisin, d'y jeter des immondices et de s'y introduire, ne sont pas applicables au cas où un propriétaire fait garnir une ouverture pratiquée dans son mur de "plots" ou blocs de verre d'une certaine épaisseur, formant par leur assemblage une cloison solide qui permet de recevoir la lumière de l'extérieur à l'intérieur, mais à travers laquelle il n'est pas possible de distinguer les objets placés au dehors; la paroi de verre ainsi scellée dans la mur, et qui ne permet ni la vue, ni le jet des immondices, ni l'introduction des personnes, constitue une sorte de mur éclairant, et il n'est pas nécessaire qu'elle soit revêtue d'un treillis de fer, ni qu'elle soit placée à la hauteur déterminée par l'art. 677 (C. civ., 676 et 677).

Il en doit être surtout ainsi, lorsque cette cloison translucide est établie au-dessus et au-dessous d'autres ouvertures incontestées, prenant jour et vue sur l'héritage voisin, et ne saurait, partant, être pour ce dernier la source d'aucune gêne.

It must be said, however, that this decision of a court of first instance is not accepted as final by the official report, in a foot-note.

(1) S. 1901-2-147.

1938  
 KERT  
 v.  
 WINSBERG.  
 Cannon J.

See Gazette du Palais, Table 1930-1935, Vo. Servitudes, nos 97 & Seq.

See also authorities in Juris Classeur Civil, Art. 675, No. 19.

Any change in the law, however, should come from the legislators and not from the courts.

We must say that the glass bricks placed in this wall by the appellant constitute "jours" because they are translucent and allow the light of day to penetrate the respondent's building. The reasons given by the codifiers would exclude from our consideration the controversies of the commentators of the Code Napoléon.

As to the right of the builder of the wall to use it as his own, although one half of it is built on the neighbour's land, the commissioners ruled that this superstructure, being for one half built on the neighbour's property, could not be considered as the exclusive property of the builder; and they have applied to it the restrictions as to the right of view applicable to superstructures built by one owner on common walls.

The other points raised in appellant's factum as to the failure of the respondent to prove that she was duly authorized to "ester en justice" was not pressed before us in the argument. In any case, in view of the concurrent judgments, the finding of the Quebec courts should not be disturbed on this matter of procedure.

As to the costs of the injunction, I have already disposed of it.

Therefore, I cannot agree with the appellant that the judgment *a quo* is erroneous and should be reversed; and, therefore, I dismiss the appeal with costs.

HUDSON J.—I agree this appeal should be dismissed with costs for the reasons mentioned by Mr. Justice St. Jacques and Mr. Justice St. Germain in the court below.

*Appeal dismissed with costs.*

Solicitors for the appellant: *Sperber, Godine & Hayes.*

Solicitors for the respondent: *Myerson & Sigler.*

---