

1897 ALFRED DELORME (DEFENDANT).....APPELLANT;  
 \*Oct. 7. AND  
 \*Dec. 9. GUILLAUME CUSSON (PLAINTIFF).....RESPONDENT.

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

*Appeal—Jurisdiction—Title to land—Petitory action—Encroachment—  
 Constructions under mistake of title—Good faith—Common error—  
 Demolition of works—Right of accession—Indemnity—Res Judicata  
 —Arts. 412, 413, 429 et seq., 1047, 1241 C. C.*

An action to revendicate a strip of land upon which an encroachment was admitted to have taken place by the erection of a building extending beyond the boundary line, and for the demolition and removal of the walls and the eviction of the defendant, involves questions relating to a title to land, independently of the controversy as to bare ownership, and is appealable to the Supreme Court of Canada under the provisions of the Supreme and Exchequer Courts Act.

Where, as the result of a mutual error respecting the division line, a proprietor had in good faith and with the knowledge and consent of the owner of the adjoining lot, erected valuable buildings upon his own property and it afterwards appeared that his walls encroached slightly upon his neighbour's land, he cannot be compelled to demolish the walls which extend beyond the true boundary or be evicted from the strip of land they occupy, but should be allowed to retain it upon payment of reasonable indemnity.

In an action for revendication under the circumstances above mentioned, the judgment previously rendered in an action *en bornage* between the same parties cannot be set up as *res judicata* against the defendant's claim to be allowed to retain the ground encroached upon by paying reasonable indemnity, as the objects and causes of the two actions were different.

An owner of land need not have the division lines between his property and contiguous lots of land established by regular *bornage*

---

\*PRESENT :—Taschereau, Gwynne, Sedgewick, King and Girouard JJ.

before commencing to build thereon when there is an existing line of separation which has been recognized as the boundary.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.

APPEAL from the judgment of the Court of Queen's Bench for Lower Canada (appeal side) (1), reversing the judgment of the Superior Court, District of Montreal (2), which dismissed the plaintiff's action with costs.

A statement of the facts and questions at issue in this case will be found in the judgment of His Lordship Mr. Justice Girouard now reported. At the hearing of the appeal a motion was made on behalf of the respondent to quash the appeal on the ground that the action was merely possessory in its nature and did not involve any question as to title to lands so as to bring it within the appellate jurisdiction of the Supreme Court of Canada. Judgment on the motion was reserved and counsel were directed to proceed with the argument on the merits.

*Geoffrion* Q.C. for the appellant. The whole question is whether or not the appellant is a trespasser, or whether or not, after having erected his building on the present site with the consent of his neighbour, he can be ordered to demolish the walls when the common error is discovered. The building was erected with the consent of the proprietor (3), and two *finis de non recevoir* (estoppel) can be opposed by the trespasser who was in good faith; if the proprietor gave his consent knowingly, he has no action so long as the building exists; if he consented by error, the encroacher is bound to indemnify his losing neighbour to the extent of the value of the land encroached upon and of the depreciation of the remaining property. The neighbour cannot ask for the

(1) Q. R. 6 Q. B. 202.

(2) Q. R. 10 S. C. 329.

(3) [Compare *Liggins v. Inge*] 7 Bing. 682.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.

removal of the walls when he discovers his error, but only for the indemnity. The builder cannot be punished for imprudence, for he had the consent of his neighbour; the latter was equally imprudent when he gave his consent; the builder is negligent, only when he builds on a line selected and determined by himself alone, and without consulting his neighbour.

See in support the above contentions: 9 Demolombe, no. 691 *ter et seq.*; 38 Dal. Rep. Jur. "Propriété," no. 452; *Grandbarbe de Rigoulène v. Phalipont* (1); Baudry-Lacantinerie, Des Biens, nos. 372, 377; *Carr v. London and North-Western Ry. Co.* (2) at page 749; *Sheridan v. Barrett* (3); *Somersetshire Coal Canal Co. v. Harcourt* (4).

The argument as to *res judicata* has nothing to support it, for the two actions seek different ends and involve different questions. The *bornage* was necessary in the first place to ascertain whether error actually existed as to the boundary, or if the acknowledged line formed by fences, sheds and so forth was correct as formerly supposed; *Martin v. Jones* (5). The error being ascertained the defendant is now entitled to set up all pleas and exceptions for the defence of his rights placed for the first time in jeopardy. *Grassett v. Carter* (6) applies inversely here; the defendant is not estopped but was kept in error and deceived by the plaintiff's conduct. Compare remarks of Taschereau J. at page 345, in *Joyce v. Hart* (7).

As to the question of jurisdiction, the action seeks to destroy a servitude or a modified title to real property, and questions the defendant's right to the accession of the land on which he was permitted to build his wall in good faith, whilst he was in undis-

(1) Dal. 1891-1-182.

(2) 23 W. R. 747.

(3) 4 L. R. Ir. 223.

(4) 2 DeG. & J. 596.

(5) 15 L. C. Jur. 6.

(6) 10 Can. S. C. R. 105.

(7) 1 Can. S. C. R. 321.

puted possession (1). The land thus used became the property of the builder of the wall subject to payment of reasonable indemnity (2). The buildings of which the demolition is sought are themselves immoveable property and they and the land are incorporated together (3). This controversy consequently involves a title to real estate.

1897  
 ~~~~~  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 ———

*Fortin* for the respondent. There is no issue in this case affecting the title to the land. The defendant admits our title and the action involves only the right of possession and the demolition of the works constructed; *Wineberg v. Hampson* (4); *The Emerald Phosphate Co. v. The Anglo-Continental Guano Works* (5). The appellant has proved no title and is merely a trespasser. There is no right of eminent domain vested in private individuals (6). It would be against all principles of the law of ownership to allow the respondent to retain this property upon payment merely of its proportionate value.

It is true that he commenced to build in good faith and believed at that time that the buildings were on the division line, but the evidence does not show that he accepted such line as the division line. It was incumbent upon him to ascertain the true division line before commencing to build. Moreover, if the appellant had acquired any rights to the property he should have urged them in the action *en bornage*, before the homologation of the report of the land surveyor and the judgment in that case is now *res judicata* and bars his claims.

In the judgment of the trial court the learned judge considered the extent of land as being insignificant and applied the maxim "*de minimis non curat lex.*"

(1) Arts. 417, 1047 C. C.

(2) Arts. 435, 436 C. C.

(3) Art. 413 C. C.

(4) 19 Can. S. C. R. 369.

(5) 21 Can. S. C. R. 422.

(6) Art. 407 C. C.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 —  
 Taschereau  
 J.

Seventeen inches of land in a city may have a great value. The learned judge reached that conclusion by taking into consideration the nine inches of land that each neighbour is bound to furnish for the construction of a common wall. But the wall in question is not a common wall, and consequently the respondent was not bound to furnish one inch of his land. In addition to the authorities cited in the judgment appealed from we add the following:—*Hellot v. Leclerc-Morlet* (1); *Oursel v. Delaroche* (2); *Joyce v. Hart* (3); *Kough v. Nolin* (4).

TASCHEREAU J.—J'ai éprouvé beaucoup de difficulté à en venir à une conclusion dans cette cause, et je suis encore loin d'être sûr que l'appelant doive réussir. Il me serait inutile cependant de retarder le jugement, ou d'entrer un dissentiment. Je concours, *dubitante*.

The judgment of the court was delivered by :

GIROUARD J.—L'appelant et l'intimé sont propriétaires d'emplacements contigus, situés sur la rue Visitation de la cité de Montréal, qui, jusqu'à l'année 1890, étaient la propriété de M. St.-Jean, leur auteur commun. L'intimé acquit le premier et avait sa résidence, le siège de ses affaires et un clos de bois sur son lot; l'appelant n'avait qu'un locataire dans une vieille maison sur le sien. En juin 1894, il ouvrit une rue sur son terrain, qu'il appela l'avenue Delorme, et se décida à démolir les anciens bâtiments et à bâtir un pâté de logements en briques, plaçant l'arrière-mur le long de la ligne séparative. Il s'agit de savoir si le propriétaire qui, en bâtissant, empiète de bonne foi sur le fonds de son voisin, au su et au vu de ce dernier, sans protestation de sa part, et même avec son consen-

(1) S. V. 1822-24, 1, 234.

(2) S. V. 41, 1, 836.

(3) 1 Can. S. C. R. 321.

(4) Q. R. 5 Q. B. 206.

tement, mais par suite d'une erreur commune sur la véritable ligne de division, peut être forcé à démolir et enlever ses constructions. Il faut bien remarquer que le consentement du voisin n'est pas seulement tacite comme résultant de sa présence sur les lieux et de son défaut de protestation, lorsque les constructions ont été commencées et faites, mais il est formel et exprès à raison des dires et gestes des parties. L'architecte Simard rédigea même un écrit de leur entente qu'il leur proposa de signer, mais l'intimé et l'appelant ont tous deux répondu que cette formalité n'était pas nécessaire, "vu que la ligne était là." Il existait en effet une vieille ligne—consistant en une clôture et une vieille boutique—qui fut acceptée par les parties au moins pour les fins de l'érection des constructions de l'appelant comme la véritable ligne de division—l'intimé aidant même à l'enlever bien que sur son terrain (ainsi qu'il l'apprit plus tard), pour faire place aux nouvelles constructions. C'est dans cette vieille ligne qu'elles ont été élevées apparemment sur le terrain de l'appelant et sans mitoyenneté.

Ce n'est qu'en juillet 1894, après que les logements furent presque parachevés à l'extérieur (le mur de briques le long de la ligne de division l'était certainement), que l'intimé découvrit qu'il était dans l'erreur d'au moins dix pouces; il ne demanda pas alors à l'appelant de démolir ses constructions; jusqu'ici, il avait été avec lui dans les meilleurs rapports de voisinage; il se contenta de lui communiquer sa découverte sans protester. L'appelant lui proposa de l'indemniser en lui donnant cinq pouces de terrain sur la devanture de son emplacement, sur lesquels ils n'avait pas bâti, formant trois cents quinze pieds de terre valant environ 70 centins le pied, ou en tout \$220; en réalité c'était huit pouces de large sur soixante-trois pieds que l'appelant avait

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

1897

DELORME

v.

CUSSON.

Girouard J.

laissés. L'intimé accueillit la proposition de l'appelant comme suit :

R. Je n'ai rien dit là-dessus. J'ai dit : si vous faites toutes les réparations que vous devez faire, on verra cela. Il devait faire son pignon de maison sur le mien et la cheminée à la hauteur de la loi et me laisser les cinq pouces. Mais après avoir bâti la maison en avant, il n'a rien fait. Alors je lui ai dit : donnez-moi mon terrain.

Il paraît que l'intimé aurait même fait signifier un protêt notarié ; mais à quelle date et quelle fut sa teneur ? Impossible de le dire. Le protêt n'est pas produit. Il paraît qu'il contient des admissions que l'intimé a plus tard désavouées. C'est ce qu'affirme le témoin Lacroix.

Ce n'est que l'année suivante, le 18 juin 1895, lorsque la bâtisse était finie, qu'il fait constater contradictoirement son erreur par un arpenteur, dans une action en bornage, sans cependant alléguer l'empiètement et sans prendre de conclusions en éviction. Ce n'est que du jour de l'institution de cette action que la bonne foi du défendeur a pu cesser d'exister ; art. 412 C. C. différent du Code Napoléon, art. 550.

Le terrain de l'intimé avait été anticipé de dix-sept pouces à sa profondeur sur une longueur en rétrécissant jusqu'à rien de soixante pieds le long de la ligne de division, formant quarante-deux pieds de terre en superficie, valant 30 centins le pied ou en tout \$12.60. Sur le reste de la ligne, savoir, soixante-trois pieds de long, l'appelant se trouvait avoir bâti sur son terrain à environ huit pouces de la ligne, sur lesquels se trouvait la vieille maison en bois de l'intimé.

L'appelant n'a pas plaidé à l'encontre de la demande en bornage. L'on prétend que ce bornage forme chose jugée de la présente demande, aux termes de l'article 1241 du Code Civil. Mais les deux demandes n'ont pas le même objet. L'une est en bornage et l'autre au pétitoire et en démolition de constructions élevées sur

le terrain d'autrui. D'ailleurs les deux actions n'ont pas la même cause ; l'une est fondée sur les titres des parties et l'autre sur leur erreur commune et sur des faits étrangers à ces titres. Si l'intimé eût voulu établir chose jugée, il lui était facile de prendre des conclusions en éviction. Il ne l'a pas fait, parce qu'il n'y songeait pas encore sérieusement.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

Ce n'est que près de deux mois après ce bornage, que l'intimé, par ses avocats, fit sommer l'appelant de démolir et enlever ses constructions, conformément au bornage ; il s'y était lui-même conformé, en reculant volontairement sa maison. L'appelant ne fit rien ; l'intimé demandait \$300 à \$400 pour le terrain empiété. Le 16 septembre 1895, sans offrir aucune indemnité, et sans demander à se faire relever de son erreur, l'intimé intenta une action pétitoire pure et simple, car il était trop tard pour procéder au possessoire. La Cour Supérieure a jugé que dans les circonstances, l'intimé n'avait droit qu'à la valeur de son terrain et renvoya l'action, réservant le recours en dommages. La Cour d'Appel décida que ni la bonne foi de l'appelant, ni l'erreur commune des parties ne le justifiait de construire sans s'assurer de la véritable ligne de division entre les deux héritages. Il appelle de ce jugement à cette cour.

Le juge en chef Lacoste, qui a rendu le jugement de la Cour d'Appel, constate que tout s'est fait à la connaissance de l'intimé, qui croyait réellement dans le temps que l'appelant bâtissait dans la ligne même. Non seulement c'était la croyance de l'intimé, c'était aussi celle de l'appelant et c'est l'intimé qui nous le dit dans son témoignage :

Q. Et en arrière, vous étiez tous les deux sous l'impression que les bâtiments étaient construits dans la ligne ? R. Oui.

Comment concilier avec cette preuve le motif du jugement de la Cour d'Appel que l'intimé n'avait pas

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

accepté la dite ligné? La ligne fut acceptée dans le temps, mais par erreur; elle n'était pas conventionnelle en ce sens qu'elle liait les parties et délimitait les deux héritages à toujours; elle ne fut acceptée que pour les fins de l'érection des constructions nouvelles. C'était une fausse ligne, selon les titres des parties. Voilà la source de tout le trouble.

Ajoutons que dans toute cette affaire, l'appelant, plus ou moins ignorant de la ligne de division, paraît s'en être entièrement rapporté à l'intimé, qui paraissait familier avec les lieux, et disait en avoir même l'arpentage, du moins à l'égard du départ de la ligne à la devanture de leurs immeubles sur la rue Visitation.

L'équité est évidemment en faveur de l'appelant.

Pothier (1), parlant de l'accession, dit que si la chose principale est presque de nulle valeur en comparaison du prix de la chose accessoire, c'est la chose accessoire qui doit l'emporter, à la charge de payer la valeur de la chose principale. Dans la présente cause, le terrain empiété avait une valeur insignifiante comparée à celle des constructions élevées sur ce terrain. Pothier ne dit pas si cette règle s'applique seulement à l'union des choses mobilières; il le laisse cependant entendre, puisque les exemples qu'il en donne sont de biens de cette nature; et telle est d'ailleurs l'opinion générale. (Dalloz, Propriété, n. 398; 6 Laurent, n. 252; C. C. art. 429 et suiv.) Quant aux immeubles, le possesseur se trouvait en face de l'article 187 de la Coutume de Paris, reproduit aux articles 413 et suivants du Code Civil:

Qui a le sol a le dessus et le dessous, s'il n'y a titre au contraire.

Disons de suite que le droit Romain protégeait la bonne foi du possesseur qui bâtissait sur le fonds d'autrui. Il ne pouvait en être évincé sans indemnité (2).

Cette règle paraît être fondée même sur le droit naturel. Selon Grotius et Puffendorf, la bonne foi du pos-

(1) Propriété, n. 173.

(2) Inst. liv. 2, tit. 1er, l. 30.

sesseur lui tient lieu de propriété (1). Barbeyrac ajoute en note :

Ainsi, quels que puissent être les réglemens des lois civiles, je crois qu'à ne considérer que le droit naturel, dans toute cette matière, la bonne foi produit le même effet en faveur du possesseur, que la propriété réelle, comme les jurisconsultes Romains l'établissent eux-mêmes (2).

C'est l'application de ce principe que l'on trouve aux articles 411 et 417 du Code Civil, qui déclarent que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens et a droit à la valeur de ses impenses et améliorations.

Nous croyons le jugement de la Cour d'Appel contraire à l'esprit et au texte même du Code Civil.

Un bornage régulier n'est pas requis pour qu'un propriétaire puisse bâtir ; il suffit qu'une ligne séparative existe ou qu'un alignement soit donné par les deux voisins. Voir Guyot, v<sup>o</sup> Alignement ; Desgodets, p. 67 ; Code Perrin—Rendu, n. 83, 513 ; Bugnet, n. 75, 80-82 ; Vasserot, p. 128 ; *Levesque v. McCready* (3).

Il n'est pas question non plus que l'appelant garde la propriété de l'intimé, "non payant la valeur," ainsi que la Cour d'Appel le déclare dans un de ses considérants. L'appelant offre dans son plaidoyer de payer cette valeur.

Il ne s'agit pas encore de savoir si un propriétaire peut être forcé de céder sa propriété, excepté pour des causes d'utilité publique. L'intimé n'a pas été dépouillé ; il s'est dépossédé lui-même, par erreur si l'on veut ; mais le fait n'est pas moins vrai que, sous l'effet de cette erreur, il a laissé son voisin se mettre de bonne foi en possession d'une partie de son terrain et y bâtir. Son consentement étant entaché d'erreur, il n'a pas perdu son droit de propriété, mais ne doit-il pas souffrir le tort que cette erreur de sa part a causé ? Sans doute, il ne doit pas être permis au voisin, même de bonne foi et victime d'une erreur commune, de s'enri-

(1) Puffendorf, liv. 4, ch. 13.

(2) T. 1er, p. 609.

(3) 21 L. C. Jur. 70.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

chir aux dépens d'autrui ; il devra indemniser le propriétaire en lui payant la valeur de son terrain et même il devra souffrir l'éviction, si offre lui est faite de lui payer le dommage que cette erreur lui a causé, dommage que nous n'avons pas à définir, puisque l'intimé ne lui fait aucune offre, et demande simplement l'enlèvement des travaux. Ces obligations ne sont que la conséquence rigoureuse de l'article 1053 du Code Civil.

Elles résultent aussi de l'article 1047, qui s'applique aux immeubles comme aux meubles. On lit à la page 97 des Instructions faciles sur les Conventions, au sujet de l'erreur de fait :

Le juge doit observer l'état où les choses sont ; si on avait déjà agi en conséquence de cet acte ; si la rescision faisait tort à d'autres, le juge ne pourrait l'accorder.

Domat observe que la condition de celui qui reçoit par erreur doit être le même que s'il avait été le maître de la chose (1).

“La découverte de l'erreur commune aux deux parties, dit Toullier,

ne peut avoir d'effet rétroactif, annuler ce qui a précédé, ni donner lieu contre lui à d'autre action qu'à la restitution de ce dont il s'est enrichi (2).

Marcadé :

Alors même que l'erreur sera constante, l'autre partie pourra toujours, en vertu des art. 1382 et 1383 (3), se faire indemniser du tort qu'elle éprouve (4).

Demolombe :

Le contrat sera rescindable, sauf bien entendu, l'obligation à la charge de la partie qui aurait commis cette erreur, d'indemniser l'autre partie du préjudice qu'elle aurait pu lui causer ; ce qui est un principe général dans cette matière (5).

Demolombe réfère à Pothier, No 19 ; 2 Larombière art. 1110 n. 13. A cette endroit Larombière remarque que

la bonne foi doit être indemnisée par l'erreur.

(1) Liv. 2, tit. 7, sect. 3, n. 2.

(3) Art. 1053 C. C.

(2) Vol. 11, p. 120.

(4) Vol. 4, p. 369.

(5) Vol. 24, n. 111.

Dumoulin et Pothier enseignent également que le créancier qui a reçu de bonne foi, par suite d'une erreur, n'est sujet à rendre, qu'en autant qu'il n'en souffrira aucun préjudice et qu'il sera remis au même état où il était avant de recevoir. C'est pourquoi, ajoute Pothier, la répétition n'a lieu que jusqu'à concurrence de ce qu'il en a profité (1).

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

Il est douteux qu'il soit possible de trouver un seul auteur qui enseigne que celui qui, par erreur, cause du tort à autrui n'est pas tenu à le réparer.

On dit que l'intimé n'a pas été seul à causer ce préjudice; l'appelant y a aussi contribué en partageant cette erreur. Pour cette raison, ce dernier ne pourra garder le terrain sans indemniser le premier, qui de son côté ne pourra démolir ou faire démolir les constructions sans en payer la valeur. Voilà la conséquence rigoureuse de leur erreur commune.

Sans cette erreur, l'intimé aurait été lié sans espérance d'indemnité même jusqu'à concurrence de la valeur de son terrain, du moins tant que les constructions dureront. L'erreur rend ce consentement non pas nul de plein droit, mais simplement annulable (2). Or l'intimé ne demande pas à être relevé de cette erreur, qui n'est pas même suggérée dans sa déclaration. Le consentement pur et simple lui est donc opposable; mais comme l'appelant allègue cette erreur dans sa défense et en conséquence offre de l'indemniser, il n'est que juste que l'intimé ait le bénéfice de cette offre.

On cite Aubry et Rau, Dalloz et Laurent contre les prétentions de l'appelant, mais ces commentateurs ne supposent pas le cas de l'erreur commune des deux propriétaires au sujet de la ligne de division: tous ne discutent que celui de la simple bonne foi du propriétaire qui a anticipé sur son voisin, sans considérer la

(1) Obl. n. 256.

(2) C. C., art. 1000.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

conduite de ce dernier. Les deux cas ne sont pas identiques; ils sont cependant assimilés en droit. Domat, liv. 3, tit. 5, s. 3 n. 5 éd. Remy (1), nous dit que la bonne foi d'un possesseur a cet effet, qu'il peut se considérer comme étant le maître; et cet état qu'il a droit de prendre pour la vérité, doit lui en tenir lieu.

Voir aussi page 206. Pothier, Propriété, n. 337, 341, enseigne la même chose, invoquant la maxime: *Bona fides tantum dem possidenti præstat quantum veritas*. Le possesseur de bonne foi a donc le droit de bâtir et, par conséquent, de garder son bâtiment, ou au moins d'en avoir la valeur avant de déguerpir. Voilà le droit commun Français et aussi le droit Romain et le droit naturel, ainsi que nous l'avons vu

Les commentateurs du Code Napoléon ne sont pas d'accord sur le point de savoir si l'article 555 s'applique au cas de l'empiètement d'un propriétaire de bonne foi, qui bâtit à l'insu de son voisin. Il n'a alors que sa bonne foi et sa possession à invoquer. Cela suffit-il? Maleville, Demolombe (2), Baudry-Lacantinerie et le Code Perrin-Rendu, n. 3962, enseignent l'affirmative. On oppose Aubry et Rau, Dalloz et Laurent.

Pour ce qui est des compilations publiées sous le nom de Dalloz, les deux opinions y trouvent des défenseurs une de cet éminent jurisconsulte favorable à l'appelant, dans le Répertoire (3), et un autre de ses continuateurs, MM. Griotet et Vergé, au Supplément (4), qui lui est contraire. Encore ces derniers observent-ils que le propriétaire ne pourrait exiger la démolition dans le cas où il aurait autorisé la construction soit expressément, soit tacitement.

Laurent soutient que l'article 555

suppose qu'une construction a été faite en entier sur un fonds possédé par un tiers détenteur... il suppose un tiers possesseur, et non un propriétaire qui empiète sur le terrain du voisin en construisant (5).

(1) Vol. 2, p. 132.

(3) Propriété, nn. 450 et 451.

(2) Vol. 9, p. 691 ter.

(4) Propriété, n. 203.

(5) Vol. 6, n. 143.

Mais ce propriétaire n'est qu'un tiers possesseur quant au terrain anticipé. Pourquoi faire une distinction entre la possession d'une partie du terrain et celle de la totalité lorsque le code n'en fait pas? Ce serait bien le cas de dire: Plus le tort est considérable, plus la protection de la loi est grande.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

Maleville, vol. 2, p. 34 dit :

Celui qui a anticipé sans opposition sur le fonds d'autrui, doit en être quitte en payant la valeur du sol et les dommages-intérêts dûs au propriétaire.

Beaudry-Lacantinerie répond à Aubry et Rau :

Quelles que soient l'imprudence et la négligence de celui qui bâtit sans faire opérer un bornage préalable, il est cependant de bonne foi, s'il croit être propriétaire jusqu'à la limite des constructions élevées par lui (1).

Il ajoute :

Il faut supposer que l'empiètement n'a pas été commis avec le consentement exprès ou tacite du voisin, ce qui supprimerait toute difficulté.

Puis il renvoie au n° 372, où il dit :

L'art. 555 statue en vue de constructions faites à l'insu du propriétaire du terrain. Si les constructions ont été faites à sa connaissance et surtout avec son autorisation, il ne pourra pas les revendiquer comme lui appartenant, ni forcer le constructeur à les démolir. Il intervient, en pareil cas, entre le propriétaire du terrain et le constructeur un contrat *sui generis*, en vertu duquel le propriétaire du sol autorise le constructeur à jouir des constructions pendant un certain temps, autant qu'elles dureront. Il y a création au profit du constructeur d'une sorte de droit de superficie.

Si le doute est possible sous l'empire du Code Français, il semble qu'il ne l'est guère sous celui du Code de Québec. Les Codificateurs nous informent qu'ils n'ont pas cru devoir adopter la rédaction défectueuse des articles correspondants du Code Napoléon, et il faut ajouter que la législature a cru devoir modifier le projet du Code Canadien et s'éloigner davantage du Code Napoléon. Ainsi le projet de l'article 555 du Code

(1) Des Biens, n. 377.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

Napoléon ne parlent que des constructions faites par un tiers évincé. Mais l'article 417 du Code de Québec se contente de mentionner les "améliorations," c'est-à-dire, "les constructions et ouvrages," dont parle l'article 416, "faites par un possesseur avec ses matériaux." Les droits du tiers détenteur évincé sont sauvegardés non seulement en l'article 417, mais aussi aux articles 418 et 419 qui ne se trouvent pas au Code Napoléon. A lire tous ces articles de notre Code, il est impossible d'arriver à une autre conclusion que le possesseur de bonne foi ne peut jamais être forcé à démolir et enlever ses constructions, sans indemnité. Leur application n'est pas restreinte, non plus, à un tiers détenteur; elle a lieu dans tous les cas de constructions ou travaux faits par le possesseur sur un immeuble ou partie d'icelui, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas, le propriétaire du fonds ne pourra les faire enlever; dans le second au contraire, il le pourra, s'il le demande. Voilà le principe général sujet à certaines modifications dans des cas particuliers signalés aux articles C. C. 462, 582, 729, 958, 1546 et 1640.

La solution à laquelle nous sommes arrivés est sans précédent identique. Non pas que les tribunaux n'aient pas eu à se prononcer sur des cas d'empiètements de la part du voisin qui bâtit. Les exemples ne manquent pas en France et au Canada où ils ont été commis avec ou sans le consentement du propriétaire du fonds; mais je n'ai pu trouver un seul cas où ce consentement fut attaqué pour cause d'erreur.

Basnage (1), cite un arrêt du Parlement de Normandie, du 30 avril 1618, qui se prononça contre la démolition dans un simple cas de bonne foi. Et il faut bien remarquer que cet arrêt n'était pas appuyé sur un texte particulier de la Coutume de Normandie, silencieuse

(1). Vol. 1er p. 108.

sur le point comme celle de Paris. Il reposait uniquement sur les principes du droit Romain qui formait le droit commun de la France. Comme dans la présente cause, le propriétaire du fonds disait "qu'aucun ne peut être forcé à vendre ou à céder son héritage." On répondait que

quand dans la rigueur du droit étroit, il seroit tenu d'abatre, dans l'équité qu'on devoit plutôt suivre, on ne pouvoit le condamner qu'à l'estimation et aux intérêts du demandeur, plutôt que de démolir un grand édifice ; c'étoit la véritable espèce de l'action de *tigno juncto*, qui n'étoit fondée que sur cette équité, *ne diruantur ædificia* en l'action *fin reg. permittitur judici, ut ubi non poterit fines dirimere, adjudicatione fines dirimat.* 1, 2 et 3, ff. fin. reg. Ulpian, in frag. t. 19. Il fut jugé de la sorte, ajoute Basnage.

Sous l'empire du Code Napoléon; les tribunaux ont assez fréquemment eu l'occasion de décider des espèces de cette nature. Le premier arrêt est celui de la Cour de Cassation du 22 avril 1823 (1), que l'intimé invoque ; mais cet arrêt est appuyé sur le motif que les constructions du voisin avaient été faites, nonobstant l'opposition du propriétaire du fonds, et par conséquent de mauvaise foi. L'arrêt déclare qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 555. S'il est applicable au cas de la mauvaise foi, il doit l'être aussi à celui de la bonne foi.

Le second arrêt, aussi cité par l'intimé, est celui du 26 juillet 1841 (2). Le tribunal de première instance renvoya la prétention du voisin qui avait anticipé, faute de preuve légale du consentement du propriétaire ; mais la bonne foi du constructeur ne paraît pas avoir été plaidée, ni prise en considération. La Cour Royale de Rouen, siégeant en appel, renversa cette décision pour les motifs qui suivent :

Attendu que les premiers juges, dans les motifs de leur décision, ont constaté que, d'après les explications données par les parties, si le sieur Delaroche avait, en construisant son mur, empiété de quelques centimètres sur le terrain du Sieur Oursel, il y aurait été autorisé verbalement

(1) S. V. '23, 1, 234.

(2) S. V. '41, 1, 836.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 —  
 Girouard J.  
 —

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

ment par celui-ci à titre de tolérance et de bon voisinage ; Attendu que, dans cet état de choses, le sieur Delaroche, au même titre de tolérance, est fondé à conserver dans l'alignement actuel et jusqu'au moment de sa destruction, le mur qu'il a nouvellement élevé \* \* ; Par ces motifs, émendant, dit à tort la demande formée par Oursel en démolition du mur le long de l'allée dont il s'agit ; décharge, à cet égard, Delaroche des condamnations prononcées contre lui, réserve néanmoins le sieur Oursel, lorsqu'il y aura nécessité de reconstruire le mur en question, à exiger du sieur Delaroche la retraite du dit mur dans son ancien alignement.

La Cour de Cassation a renversé ce jugement, mais uniquement parce que le consentement du propriétaire du fonds n'était pas légalement établi :

Attendu que le tribunal de première instance de Bernay, qui avait été à même d'apprécier ces explications, ne les a pas trouvées suffisantes pour justifier l'anticipation de Delaroche ; qu'au contraire on lit, dans un des motifs de son jugement, que Delaroche a allégué avoir fait l'anticipation avec le consentement d'Oursel, mais qu'il n'en a pas justifié, et qu'il doit être condamné à reculer son mur.

Cette décision, loin d'être contraire à l'appelant, lui est favorable. Sa preuve est complète et personne ne peut en attaquer la légalité, puisqu'elle résulte des admissions de l'intimé lui-même dans son témoignage. Les arrêtistes observent en note :

La permission donnée par un propriétaire de bâtir sur sa propriété lui ôte évidemment, à moins de réserves contraires, le droit de demander la suppression de ces constructions, tant qu'elles sont en bon état et qu'elles ne menacent pas ruine ; autrement cette permission, loin d'être une faveur pour celui qui l'obtient, deviendrait un piège, et serait la cause d'un dommage certain, alors qu'elle ne devait avoir pour but que son avantage.

Puis vient l'arrêt du 1er avril 1890 (1), qui, comme celui de 1841, repose uniquement sur une autorisation prétendue de la part du propriétaire du fonds.

Jugé :

Lorsqu'une construction faite sur le terrain d'autrui l'a été au vu et au su du propriétaire et sans protestation de sa part, qu'il est au contraire démontré qu'il y a consenti, il ne peut en exiger la destruction. (rés. par la cour d'Appel.)

(1) Dal. 91, 1. 181.

Dans ce cas, son consentement, lorsqu'il est gratuit, ne constitue pas une donation, ni un abandonnement à un titre quelconque de la propriété de la parcelle anticipée, mais une convention particulière qui doit produire effet, et qui empêche le propriétaire d'exiger la démolition des constructions. (rés. par la cour d'Appel).

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

Ce jugement fut rendu par la Cour d'Appel de Limoges, mais fut renversé par la Cour de Cassation, uniquement parce qu'il avait admis la preuve testimoniale du consentement du propriétaire. Or ce reproche ne peut être fait dans la présente cause. Les réponses de l'intimé, examiné comme témoin, font une preuve suffisante de son consentement; à tous événements, elles forment un commencement de preuve par écrit, qui est complété par la preuve testimoniale.

La même affaire fut portée l'année suivante devant la Cour de Poitiers, qui le 6 mai 1891, déclara que si le demandeur a fait la preuve légale qu'il a été autorisé par le propriétaire du fonds à construire en partie sur son terrain, il ne peut être condamné à démolir (1).

Les arrêtiſtes, Griolet et Vergé, observent en note sur l'arrêt du 1er avril 1890 (2).

Ces solutions paraissent sans précédent. La Cour de Cassation toutefois a décidé que lorsque l'usufruitier d'une maison, qui est en même temps propriétaire de la maison voisine, fait faire, tant sur son héritage propre que sur celui dont il a l'usufruit, des constructions au moyen desquelles il réunit les deux bâtiments, et que le nu-propriétaire n'y forme pas opposition et même approuve le travail, les tribunaux peuvent, dans ce cas, ordonner la vente des deux immeubles s'il est impossible de les séparer, sans nuire aux intérêts des propriétaires (3). Ce n'est pas là contrevenir aux principes qui veulent que nul ne puisse être contraint de céder sa propriété hors les cas exceptés par la loi, et qu'il n'y ait lieu à licitation qu'autant que l'immeuble est commun entre les parties. Un tel état de choses constituerait donc une propriété qui, sans être commune, serait pourtant indivisée (4). V. aussi Jur. gén. v° Propriété, nos. 450 et 451.

L'espèce ci-dessus se présentait dans des conditions différentes. Il résulte des dispositions des art. 552 et 553 C. Civ. que le propriétaire

(1) S. V. 92, 2. 108.

88.2.222.

(2) Dal. 91.1.181: (n. 1)

(4) Civ. rej. 23 mars 1825; Jur.

(3) Besançon, 5 avr. 1887, D. P. Gén., v° Usufruit, no. 745.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

du terrain sur lequel une partie de la maison voisine a été construite devient propriétaire de cette partie de maison en vertu du droit d'accession. Lorsque le constructeur est de bonne foi, le propriétaire du sol ne peut en exiger la démolition, mais il a le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur (1). Fallait-il, dans l'espèce, faire application de l'art. 555 C. Civ.? La Cour de Limoges ne l'a pas pensé et avec raison; la solution qu'elle a donnée dérive d'autres principes. En effet, le constructeur dont s'occupe l'art. 555 est un constructeur non autorisé, il a pu être de bonne ou de mauvaise foi quant à la propriété du sol, mais c'est toujours sans autorisation qu'il a construit. Le texte laisse donc en dehors de ses prévisions le cas où celui qui empiète sur le fonds voisin a exécuté ses travaux au vu et au su du voisin (2). Il s'agissait, dès lors, uniquement de rechercher quelles pouvaient être les conséquences juridiques de ce fait que le propriétaire avait laissé élever des constructions sur son propre terrain sans s'y opposer et même en y consentant, puisqu'il avait déterminé la limite de l'anticipation qu'il autorisait.

Un tel consentement ne saurait rester sans effet. Emportait-il abandon à titre gratuit de la propriété de la fraction de terrain anticipé? La cour a hésité à aller jusque-là, préoccupée qu'elle était du vice de la donation, car aucun acte notarié n'avait été dressé. A défaut de donation de la propriété, il y avait du moins une convention d'une nature spéciale s'expliquant par les relations de bon voisinage entre les parties et qui (en la supposant régulièrement prouvée) devait être respectée. Un propriétaire peut parfaitement renoncer au droit d'accession établi en sa faveur par les art. 552 et 553 C. Civ., et conférer ainsi au constructeur le droit de jouir du terrain tant que les constructions le couvriront. C'est là une sorte de concession de droit de superficie temporaire, de servitude qui grève le fonds et dont il sera affranchi quand le constructeur voudra rebâtir ou se trouvera dans la nécessité de le faire (3). L'autorisation donnée par le propriétaire de la parcelle usurpée l'empêche, en tous cas, d'exiger la suppression des travaux, en créant contre lui une fin de non-recevoir, une véritable exception de dol, car la règle qui domine en pareille matière est celle de l'appréciation souveraine des juges du fait.

Voilà ce que la doctrine et la jurisprudence française enseignent et nous pouvons en conclure que celui qui

(1) C. N. 555.

(2) Demolombe, *Traité de la propriété*, t. 1er, no. 691 *ter*.

(3) Conf. Rouen, 28 févr. 1838

sous Civ. cass. 26 juil. 1841; Jur. gén. v<sup>o</sup> Propriété, no. 452.

bâtit en anticipant sur le terrain d'autrui, avec le consentement de ce dernier donné en pleine connaissance de cause, ne peut être forcé à démolir ; il se trouve en effet protégé non pas précisément par l'article 555 C. N., mais en vertu de l'autorisation donnée par le propriétaire du fonds dûment prouvée bien entendu. Cette autorisation constitue ce que des auteurs appellent une renonciation au droit d'accession, d'autres un droit de servitude, d'usufruit ou de superficie du sol ; de l'aveu de tous, elle forme une convention qui doit être respectée et recevoir son exécution. Cette conclusion admise, il n'est pas difficile de décider l'espèce qui nous occupe, savoir le cas où le propriétaire, croyant ne rien céder du sien, a donné son consentement par erreur. Il faudra invoquer les règles ordinaires du droit qui régissent la matière de l'erreur et que nous avons indiquées plus haut. L'erreur invalidera le consentement, mais en payant l'indemnité ; mais ici le demandeur demande la démolition purement et simplement.

Remarquons bien qu'il n'est pas nécessaire que l'autorisation soit expresse ; il suffit qu'elle résulte des circonstances. Les autorités que nous avons citées sont unanimes à considérer que le fait que des constructions ont été faites, au su et vu du propriétaire du fonds et sans protestation de sa part, constitue une autorisation tacite ; et à la liste d'arrêts mentionnés plus haut, nous pouvons ajouter les suivants : Colmar, 19 novembre 1830 (1) ; Dijon, 23 janvier 1874 (2) ; Pau, 29 novembre 1874 (3).

Enfin, d'après l'opinion de plusieurs commentateurs, qui d'ordinaire font autorité, entr'autres, Maleville, Dalloz, Demolombe, Baudry-Lacantinerie, Perrin et Rendu, l'article 555 Code Napoleon s'applique et protège la simple bonne foi du constructeur indépendamment de

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 ———  
 Girouard J.  
 ———

(1) S. V. 31, 2, 286.

(2) Jour. du P. 74, 361.

(3) S. V. 75, 2, 31.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

toute convention, formelle ou tacite. Nous croyons devoir suivre ces autorités de préférence à Laurent, Aubry et Rau et les continuateurs de Dalloz ; elles sont en harmonie avec la jurisprudence des tribunaux, tandis que pas un seul arrêt dans l'ancien ou le nouveau droit, ne peut être cité en faveur de l'opinion contraire ; elles sont d'ailleurs plus en accord avec le texte de notre Code Civil, art. 417, beaucoup plus large que celui du Code Napoléon, art. 555 ; et enfin elles reposent sur des principes de justice incontestables, qui ont reçu la sanction de Domat, Pothier, Grotius et des plus grands interprètes du droit Romain et du droit naturel.

En Louisiane, on paraît suivre les mêmes règles, *Ridell v. Jackson* (1).

La jurisprudence de la province de Québec est dans le même sens. Ainsi la Cour de Revision de Montréal (*MacKay et Torrance J.J.*, *Mondelet J.* dissident), jugea le 30 septembre 1869 dans *Martin v. Jones* (2), que la démolition des travaux ne pouvait être demandée dans un pareil cas. Il est vrai que l'un des considérants du jugement fut qu'il n'y avait pas eu de bornage régulier, mais la cour décida en même temps que le consentement seul donné par le voisin anticipé était une fin de non recevoir à l'action pétitoire. Même le juge dissident, qui avait rendu le jugement en première instance, n'avait pas ordonné la démolition pure et simple des travaux ; il avait condamné le défendeur à rendre le terrain anticipé ou à payer \$200. En Revision, il ajoutait que cette somme pouvait être réduite, si elle était trop élevée. C'est précisément la position prise par l'appelant ; il offre de payer la valeur du terrain.

La décision de la Cour d'Appel, *Dorion C. J.*, *Monk*, *Tessier*, *Cross et Baby J.J.*, dans *Lareau v. Dunn* (3),

(1) 14 La. An. 135.

(2) 15 L. C. Jur. 6.

(3) 7 Legal News 218.

rendue le 31 mai 1884 n'est pas sans à-propos. Voici ce qu'elle déclare dans un de ses motifs .

Et considérant que lors même que le lot que l'appelant a possédé depuis plus de vingt ans ne serait pas celui qu'il a acquis par l'acte du 18 mars 1857, sa possession, qui a duré plus de vingt ans sans interruption à la connaissance des intimés et de leur auteur, aurait été de bonne foi, et dans le cas d'erreur, aurait été basée sur une erreur commune, et qu'à raison de sa bonne foi, et en vertu de l'article 412 du Code Civil, l'appelant a fait les fruits siens, et qu'il ne pouvait être condamné à payer une somme de \$1,184.50, mais qu'au contraire, il aurait le droit de répéter ses impenses et améliorations aux termes de l'article 417 du même code.

Enfin nous avons la cause de *Joyce et Hart* (1) qui a été décidée par cette cour le 28 juin 1877, et où la démolition des travaux fut ordonnée ; mais dans ce cas, il y avait eu dès l'origine des protestations formelles de la part du voisin ; et encore l'option fut donnée au défendeur qui avait bâti sur un mur de division mais non mitoyen, d'en acquérir la mitoyenneté et d'éviter ainsi la démolition ; l'on peut facilement déduire de l'opinion des juges que la conclusion aurait été bien différente, si le propriétaire eût consenti expressément ou même tacitement, à l'érection des constructions.

Strong J : When the plaintiff, by his conduct, has induced the defendant to proceed with his works in error, or in the belief that the plaintiff acquiesced in the prejudice caused to his rights, I take it for granted that an exception, analogous to an exception of fraud, might be opposed to the action. Take, for instance, the case of the defendant making a large expenditure in building on his own lands to the prejudice of an insignificant servitude of the plaintiff, the plaintiff could not, after passively awaiting the termination of the work, in either a possessory or petitory action, insist on the demolition of the buildings. Again, if the defendant believed himself to be building on his own land, whilst the plaintiff knew he was on the plaintiff's land, it would be conduct amounting to fraud on the part of the plaintiff silently to permit the defendant to complete his erections and then turn round, assert his title, and ask to have the buildings destroyed.

In the present case nothing of this kind occurred, for the protest made by the ministry of a notary, in due form of law, gave early

(1) 1 Can. S. C. R. 321.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 Girouard J.

1897

DELORME  
v.

CUSSON.

Girouard J.

notice to the defendant that he was infringing on the plaintiff's rights, and put him in such a position that all he did subsequently was done with full knowledge, and at his own risk and peril.

J. T. Taschereau J. : Je crois le jugement bon, tout en déclarant que lors de la plaidoirie devant nous, mon impression était en faveur de l'appelant, et ce qui contribuait alors à me faire considérer la position des intimés sous un jour très défavorable était le fait (lequel ne semblait pas nié par eux) que les travaux dont les intimés se plaignaient avaient été commencés et complètement terminés par l'appelant au vu et su des intimés et sans protestation de leur part. Je me disais et je crois avec raison, qu'après avoir vu l'appelant faire les ouvrages en question, sans objection de leur part, il y avait consentement tacite, sinon formel de leur part à ce que l'appelant acquit ainsi la mitoyenneté et que la question de l'indemnité n'était que secondaire entre des voisins et devait se régler à l'amiable ;—et dans ce cas il me semblait remarquer une grande rigueur dans le jugement dont est appel, lequel, condamnait l'appelant à payer des dommages pour avoir fait ce qu'il pouvait faire sous certaines conditions préalables, il est vrai, mais dont les intimés me semblèrent le dispenser en ne s'y opposant pas, ou en ne protestant pas. Mais la lecture du dossier m'a convaincu que l'appelant a été protesté dès le commencement des travaux faits par lui, et que sous le prétexte que le protêt notarié qu'il reçu était rédigé en langue française, il avait renvoyé ce protêt aux intimés.

Un mot sur la question de juridiction de cette cour, soulevée lors de la plaidoirie. Nous n'hésitons pas à décider qu'il s'agit ici du titre à un terrain indépendamment du titre à la nue propriété, qui n'est pas contesté. Mais qui a le domaine utile ? C'est ce que nous avons à décider. La défense de l'appelant va droit au titre de l'intimé. Les bâtiments dont on demande la démolition sont aussi immeubles, et il s'agit de savoir si l'appelant en a le titre. Enfin, le droit de les faire démolir sans indemnité, ou de retenir l'immeuble tant qu'elle ne sera pas payée ou que les constructions dureront, s'attaque directement au titre du terrain.

Nous sommes donc d'avis d'infirmier le jugement de la Cour d'Appel et de renvoyer l'action de l'intimé avec dépens devant toutes les cours. L'appelant gardera le terrain sur lequel les constructions ont été élevées, en

payant l'indemnité due à l'intimé, que la Cour Supérieure avait réservée, mais que nous croyons devoir de suite fixer à la somme de \$50, tant pour la valeur du terrain anticipé que pour les dommages causés par l'empiètement au reste de sa propriété.

1897  
 DELORME  
 v.  
 CUSSON.  
 —  
 Girouard J.  
 —

*Appeal allowed with costs.*

Solicitors for the appellant: *Geoffrion, Dorion & Allan.*

Solicitors for the respondent: *Fortin & Laurendeau.*

---