

Mémoire à la Commission sur la gestion de l'eau au Québec
[Consultation publique tenue à Montréal entre les 23 et 30 novembre 1999]

Le statut juridique de l'eau en droit québécois

Présenté par MADELEINE CANTIN CUMYN^{*},
MICHELLE CUMYN^{**} et CLAIRE SKRINDA^{***}

Résumé

Le gouvernement du Québec fonde sa gestion actuelle des eaux souterraines sur la prémisse que celles-ci appartiennent au propriétaire du fonds sous lequel elles sont situées. Le gouvernement semble également d'avis que ce propriétaire a le droit d'y puiser comme bon lui semble, à la seule condition de ne pas épuiser ou polluer la ressource au détriment de ses autres utilisateurs. Soulignons que cette interprétation des conséquences du droit de propriété qu'aurait le propriétaire du fonds sur l'eau souterraine est erronée. En effet, dans le cas où une nappe d'eau souterraine est située sous plusieurs fonds, la seule façon d'en concevoir la propriété est de la soumettre au régime de la copropriété par indivision. Cela signifierait que les propriétaires des fonds concernés sont propriétaires en commun de l'ensemble de la nappe d'eau et la gèrent en commun. Chacun d'entre eux peut en faire un usage normal qui ne porte pas atteinte aux droits des autres; mais aucun d'entre eux ne peut en faire un usage anormal ou vendre une partie de l'eau, sans obtenir le consentement unanime des autres propriétaires.

Le gouvernement déduit de sa lecture du droit actuel - cette fois avec raison - que ses possibilités d'intervention pour veiller à la préservation qualitative et quantitative de la ressource en eau souterraine sont limitées. Il en vient à préconiser un changement du statut de l'eau souterraine et deux voies sont alors envisagées: l'expropriation de toute l'eau souterraine du Québec pour en faire la propriété domaniale de l'État ou la modification de son statut pour en faire une chose commune.

Nous sommes en désaccord avec l'interprétation que fait le gouvernement des dispositions du *Code civil du Québec* et avant lui, du *Code civil du Bas Canada*, relatives au régime des eaux. En effet, le principe général reconnu par notre droit est que l'eau et l'air constituent des choses communes. Il est admis que ce principe s'applique à l'eau courante de surface. Comme nous le

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université McGill et membre du Barreau du Québec.

** B.A., B.C.L./LL.B. (McGill), D.E.A. (Paris I), candidate au doctorat en droit, Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

*** B.A. Honors (Guelph), étudiante en 3^e année, programme LL.B./B.C.L. à la faculté de droit, Université McGill.

montrons, aucune disposition de l'ancien ou du nouveau Code ne justifie de déroger à ce principe en ce qui concerne les eaux souterraines. Au contraire, nous savons que les eaux souterraines se déplacent tout en étant reliées aux eaux de surface: il faut donc les soumettre au même régime que les eaux courantes. Malheureusement, le statut juridique de l'eau souterraine et de certaines eaux de surface (source, lac ou étang situés sur un seul fonds) est incertain en raison de l'opinion véhiculée par plusieurs documents gouvernementaux et qui, par le fait même, finit par acquérir une certaine autorité. C'est pourquoi il nous semble nécessaire de clarifier le statut des eaux dans le *Code civil du Québec* en précisant que les eaux souterraines, comme les eaux de surface, sont des choses communes. Cependant il ne s'agirait pas, selon nous, d'une modification du droit actuel mais d'une simple clarification de ce droit.

Le statut de chose commune signifie que l'eau ne peut jamais faire l'objet d'un droit de propriété dans son état naturel: nul ne peut être propriétaire d'une nappe phréatique, d'une rivière ou d'un lac, pas même l'État. Tous les membres de la collectivité ont le droit d'avoir accès à la ressource et d'en faire un usage conforme à sa nature de chose commune. L'État a la responsabilité de réglementer les usages de l'eau afin d'établir quels usages sont prioritaires et d'en préserver la qualité et la quantité dans l'intérêt général.

Sommaire

1 - Analyse de la position gouvernementale sur les eaux souterraines: l'eau est susceptible de propriété privée dans son état naturel

1.1 - Qualification de l'eau comme un bien appartenant au propriétaire du fonds

5. *Les rapports de la Commission Legendre.*
6. *La position du gouvernement du Québec.*

1.2 - Les conséquences de la qualification de l'eau souterraine comme un bien, susceptible de propriété privée

8. *Les droits d'un propriétaire de l'eau souterraine.*
9. *La copropriété par indivision de l'eau souterraine.*
10. *La modification du statut juridique de l'eau souterraine.*

11. *L'expropriation de l'eau souterraine.*
12. *Note sur l'état du droit et les orientations gouvernementales dans les autres provinces canadiennes.*

2 - L'eau est une chose commune: vers une consolidation de son statut juridique actuel

2.1 - Les eaux de surface

15. *La notion de chose commune.*
16. *L'usage de l'eau courante.*
17. *Le rôle de l'État.*
18. *Notion d'eau courante.*

2.2 - Les eaux souterraines

20. *Le véritable statut de l'eau de source et des eaux souterraines.*

Conclusions

21. *Vers une clarification du statut juridique de l'eau.*
22. *Compatibilité de la qualification de chose commune avec les différents usages de l'eau.*

Annexe I - Dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* et du *Code civil du Bas Canada* ainsi que les textes explicatifs les accompagnant

Annexe II - Propositions de modifications des articles 913, 951 et 980 du *Code civil du Québec*

Annexe III - Le statut juridique de l'eau dans les autres provinces canadiennes

1 L'eau fait actuellement l'objet d'un débat capital, au Québec et ailleurs, qui intéresse les citoyens ordinaires, les agriculteurs, les entrepreneurs, les écologistes, les politiciens et l'État. Cependant, les aspects juridiques sous-jacents à la discussion sont mal définis ou présentés de manière incomplète ou ambiguë. Notre contribution à ce débat consiste à proposer une clarification du statut juridique de l'eau en droit québécois.

2 Plus précisément, nous voulons contester l'interprétation que semble privilégier le gouvernement du Québec du régime juridique des eaux souterraines. Cette interprétation, selon laquelle l'eau souterraine appartiendrait au propriétaire du fonds sous laquelle elle est située, influence à la fois sa gestion actuelle des usages de la ressource et l'action qu'il projette à l'avenir en vue d'une modification de son statut juridique. Notre lecture des textes du Code civil (reproduits à l'annexe I) tient compte à la fois du caractère vital de l'eau, reconnu et célébré depuis la nuit des temps par les sociétés humaines, et des connaissances plus récemment acquises grâce à l'hydrologie. Nous en concluons que l'eau, dans son état naturel et quelle que soit sa forme, est une chose commune, et que ce statut juridique devrait être reconnu par le gouvernement et clarifié par le législateur (voir nos propositions à l'annexe II). En effet, comme nous le montrerons, la qualification juridique de l'eau comme chose commune permet de rendre compte, non seulement du droit de tous les membres de la collectivité d'user de la ressource tout en la respectant, mais aussi de la responsabilité de l'État d'en assurer la préservation tant qualitative que quantitative, dans l'intérêt de tous. Par conséquent, le régime de la chose commune est, à la fois, le régime le plus conforme à une lecture éclairée du Code civil, et celui qui permet de déduire les solutions les plus souhaitables aux plans éthique et politique.

3 **Plan.** Nous examinerons dans un premier temps la position du gouvernement face aux eaux souterraines, où l'on semble privilégier la thèse selon laquelle l'eau souterraine appartient au propriétaire du fonds sous lequel elle est située. Nous verrons que les conséquences qui découlent de cette analyse contredisent l'importance vitale que l'on attribue à l'eau en la plaçant sous le contrôle d'intérêts privés, tout en limitant le pouvoir de l'État d'en assurer la protection dans l'intérêt général. Nous procéderons dans un second temps à l'analyse d'ensemble du régime des eaux afin de montrer que l'eau, dans son état naturel et quelle que soit sa forme, est une chose commune; nous indiquerons les conséquences qui découlent de cette qualification.

1 - Analyse de la position gouvernementale sur les eaux souterraines: l'eau est susceptible de propriété privée dans son état naturel

4 On sent une volonté très ferme du gouvernement du Québec de prendre en charge la gestion de l'eau souterraine afin d'en permettre et d'en contrôler l'exploitation tant à des fins domestiques qu'agricoles, industrielles ou commerciales. Or le gouvernement est de toute évidence convaincu que le régime juridique actuel de l'eau ne lui accorde pas les pouvoirs suffisants pour en contrôler l'exploitation du point de vue quantitatif: c'est pourquoi il envisage une modification législative du statut juridique de l'eau¹. Il convient de soumettre à un examen critique tant

¹ Voir *La politique de protection et conservation des eaux souterraines*, Gouvernement du Québec, Ministère de l'environnement et de la faune [ci-après M.E.F.], Document de travail, juin 1997 à la p. 13 [ci-après «Politique»]; *Plan d'action de la politique de protection et de conservation des eaux souterraines*, Gouvernement du Québec, M.E.F., Projet, avril 1996 aux pp. 22-23 [ci-après «Plan d'action»].

l'interprétation que fait le gouvernement du statut juridique de l'eau que les conséquences qui, d'après lui, en découlent.

1.1 - Qualification de l'eau comme un bien appartenant au propriétaire du fonds

5 *Les rapports de la Commission Legendre.* La Commission Legendre est la première Commission créée par le gouvernement du Québec, en 1968, pour étudier les problèmes juridiques de l'eau². Elle est clairement embarrassée par la question du statut juridique de l'eau souterraine dans le droit en vigueur à l'époque. Elle mentionne les deux interprétations les plus plausibles: l'eau souterraine est un bien susceptible d'appropriation ou elle est une chose commune (*res communis*)³.

Cependant, la Commission prend soin de ne pas se prononcer catégoriquement en faveur de l'une ou de l'autre de ces interprétations, même si elle indique sa préférence pour la qualification de chose commune⁴. Elle insiste plutôt sur le fait que le propriétaire d'un fonds détient un droit d'utilisation

² La Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau a déposé trois rapports entre 1970 et 1972 qui ont fait l'objet d'une publication d'ensemble intitulée : *Rapport de la Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau*, Québec, Éditeur Officiel, 1975, 459 P. Les rapports les plus pertinents pour notre sujet sont: *Premier rapport: les principes juridiques de l'administration de l'eau*, Ministère des richesses naturelles, 1970 [ci-après Commission Legendre, 1er rapport] et *Proposition de réforme de la législation de l'eau*, 1972 [ci-après 3e rapport].

³ On y lit, concernant le statut juridique des eaux souterraines:
« parmi les choses auxquelles le droit attache une signification, l'on note deux catégories principales: la «res nullius» et les «res communes». Les deux, à l'état naturel ou libre, sont inappropriées et hors commerce. La première, cependant, devient un bien «dans le commerce» par captation ou découverte. Elle a vocation à devenir un bien. La seconde, d'autre part, est essentiellement inappropriable et la main mise que l'on peut exercer sur elle ne confère jamais «de jure» un droit de propriété.» (1er rapport à la p. 75)

⁴ Ainsi, la Commission affirme que l'eau de surface et l'eau souterraine sont des accessoires de la propriété du sol, sans dire que le propriétaire du sol a un droit de propriété sur l'eau

privilegié de l'eau à laquelle il a accès par son fonds. Les droits d'utilisation de l'eau étant largement compris comme découlant de la propriété du sol, la Commission conclut à la nécessité de dissocier les droits d'utilisation de l'eau du droit commun de la propriété foncière, les concepts traditionnels

(Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau, *Premier rapport: les principes juridiques de l'administration de l'eau*, Ministère des richesses naturelles, 1970 à la p. 74 [ci-après Commission Legendre, 1er rapport]).

La Commission affirme également: «Nous croyons qu'il faut renoncer à faire de la ressource un bien au sens du Code civil»; que la qualification de chose commune paraît plus indiquée et que: «Déjà cette contradiction entre le droit de propriété et la nature de l'eau avait été sentie par les rédacteurs du Code Napoléon et du Code civil québécois où l'on ne retrouve les termes propriétés qu'à l'égard des sources», ce qui d'ailleurs est inexact en ce qui concerne le *Code civil du Bas Canada* et le *Code civil du Québec*, qui n'utilisent pas le terme de propriété à l'égard de la source (art. 502, 503 C.c.B.C., 980, 982 C.c.Q.), tout en étant vrai pour le Code civil français (art. 642) (ibid.).

La Commission affirme un peu plus loin que la catégorie la plus accordée avec la manière d'être de l'eau est celle de chose commune (ibid. à la p. 75). Enfin, elle parle dans son 3e Rapport de la «propriété du droit d'extraction d'eau souterraine» et non de la propriété de l'eau souterraine elle-même (*Proposition de réforme de la législation de l'eau*, 1972 à la p. 304 [ci-après 3e rapport]).

du droit étant jugés inconciliables avec les objectifs de la réforme souhaitée du droit des eaux⁵. C'est donc contre l'accès privilégié à l'eau conféré au propriétaire d'un fonds adjacent à la ressource que s'insurge la Commission, qui souhaite que le droit de l'eau soit réformé pour assurer l'accès équitable de tous les membres de la collectivité.

⁵ Voir le 1er rapport aux pp. 73-76 et 304-306, notamment.

6 *La position du gouvernement du Québec.* Si les documents émanant du gouvernement semblent parfois entretenir le même flou artistique que les rapports de la Commission Legendre⁶, dans les documents les plus récents, le gouvernement du Québec semble avoir pris parti pour la qualification de l'eau souterraine comme un bien appartenant au propriétaire du fonds en dessous duquel elle est située⁷. C'est ainsi qu'on peut lire, dans le *Document de consultation publique* préparé dans le cadre de la présente consultation, qu'«[e]n vertu du *Code civil du Québec*, l'eau souterraine est un bien de propriété privée relié à la propriété immobilière. Tout propriétaire d'un fonds peut utiliser les eaux souterraines et en disposer comme bon lui semble sous réserve des limites posées par la loi et le droit commun»⁸.

Or il suffit de lire attentivement les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* pour constater qu'il n'édicte pas, directement ou indirectement, que l'eau, sous quelque forme qu'elle se trouve, est un bien susceptible de propriété privée⁹. Qui plus est, comme l'a bien démontré la Commission Legendre, la notion de bien s'accorde très mal avec la nature de l'eau:

⁶ Ainsi, l'Annexe B du Plan d'action du M.E.F. sur le statut légal de l'eau souterraine affirme que «le droit d'accession et d'appropriation de l'eau souterraine est lié à la propriété foncière.» (p. 72)

⁷ Dans la Politique du M.E.F., on affirme qu'«[a]ctuellement, sur le plan juridique, l'eau souterraine est un bien de propriété privée relié à la propriété immobilière.» (p. 13). Voir aussi *Le droit québécois de l'eau*, étude réalisée sous la dir. de G. Lord, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, Québec, Ministère des richesses naturelles, 1977, 2 vol, notamment vol. 1, p. 117 à 208; «Le symposium sur la gestion de l'eau au Québec : constats et enjeux», Dossier, C.P.Q., février 1998, B.1 - vol. 29 - no 324.

⁸ *La gestion de l'eau au Québec*, document de consultation publique, Gouvernement du Québec, Ministère de l'Environnement, 1999 (ISBN 2-500-338448) à la p. 12.

⁹ On trouvera dans l'Annexe I jointe au présent mémoire, les articles pertinents du *Code civil du Québec*, du *Code civil du Bas Canada* ainsi que les textes explicatifs les accompagnant.

«La notion de ressource collective qui découle de son caractère vital pour la collectivité, interdit évidemment de la classer comme un bien juridiquement appropriable tout au moins dans son état naturel. Admettre qu'elle puisse être l'objet d'un droit de propriété privé s'avère d'une part très dangereux pour l'intérêt public. [...]D'autre part, l'idée même de propriété de l'eau, fut-elle publique, met le droit en contradiction avec la nature. La ressource ne possède pas les caractères de fixité et de certitude quantitative qui sont essentiels à l'objet d'un droit de propriété.»¹⁰

Pourquoi donc le gouvernement privilégie-t-il actuellement la qualification de l'eau souterraine comme un bien, alors que le Code civil admet tout aussi facilement l'interprétation suivant laquelle l'eau souterraine est une chose commune, qualification dont on s'accorde pour dire qu'elle est plus conforme à la nature essentielle de l'eau? Nous revenons sur les raisons qui militent en faveur de la qualification de chose commune dans la seconde partie de ce mémoire.

1.2 - Les conséquences de la qualification de l'eau souterraine comme un bien, susceptible de propriété privée

7 Le gouvernement du Québec tire deux conséquences, d'une importance cruciale, de la qualification qu'il attribue à l'eau souterraine. En premier lieu, il considère que le statut juridique de l'eau souterraine, comme un bien appartenant au propriétaire du fonds en dessous duquel elle est située, implique que ce propriétaire peut l'exploiter «comme bon lui semble». En second lieu, il juge

¹⁰ Commission Legendre, 1er rapport à la p. 75.

qu'il est impératif et urgent d'intervenir pour modifier le statut juridique de l'eau, soit pour en faire une chose commune, soit pour exproprier tous les propriétaires fonciers du Québec afin que l'eau souterraine devienne la propriété domaniale de l'État.

8 *Les droits d'un propriétaire de l'eau souterraine.* Dans un document qui expose son interprétation du statut légal de l'eau souterraine, le M.E.F. décrit en ces termes le régime applicable en vertu du *Code civil du Bas Canada*:

«La signification du terme «source» utilisé dans l'article 502 dépasse la simple notion de résurgence, il désigne implicitement l'eau souterraine. Ce statut légal peut poser certains problèmes sur l'aspect quantité de la ressource eau souterraine. Ainsi, par exemple, le propriétaire d'un terrain peut y aménager un ouvrage de captage et soutirer les quantités d'eau souterraine pour satisfaire ses besoins (approvisionnement en eau, assèchement d'une excavation...) Et ce, même si une telle extraction porte préjudice (diminution du rabattement disponible) à d'autres utilisateurs de l'eau souterraine sur les propriétés avoisinantes.»¹¹

Le *Code civil du Québec*, d'après le M.E.F., vient nuancer le droit antérieur sans toutefois en modifier fondamentalement la teneur. En particulier, l'article 982 ne permet plus l'épuisement de la nappe souterraine, car il offre un recours en injonction aux autres usagers de la nappe souterraine pour lutter contre cet épuisement.

Cette analyse des conséquences du droit de propriété qu'aurait chaque propriétaire foncier sur l'eau souterraine, dans l'hypothèse où celle-ci était un bien, ne réussit pas à emporter l'adhésion.

¹¹Plan d'action, Annexe B, pp. 72-73. L'affaire *Lortie c. Corporation de l'Ange-Gardien*, [1954] C.S. 91, citée au soutien de cette position, a seulement jugé que la municipalité qui, dans le cadre de travaux d'excavation d'un chemin municipal pour l'aménagement d'un aqueduc public, coupe l'alimentation en eau d'une source à laquelle un contribuable s'approvisionne, n'est pas

En effet, si plusieurs personnes sont propriétaires d'une même nappe d'eau souterraine située sous leurs fonds, chacune d'elles a le même droit à une part de la ressource, et par conséquent aucune d'elles ne peut agir de façon à porter atteinte au droit des autres. Or, la seule façon d'envisager une pluralité de titulaires du même droit sur le même objet et de concilier les droits de tous, est de leur appliquer le régime de la copropriété par indivision.

responsable des dommages que ces travaux de nécessité publique lui ont causés.

9 ***La copropriété par indivision de l'eau souterraine.*** En raison du caractère fluide de l'eau, on ne peut pas, contrairement aux minerais ou autres substances souterraines qui ont une consistance solide, découper la nappe souterraine en masses d'eau dont chaque propriétaire foncier serait propriétaire exclusif. Au contraire, chaque fois que l'un des propriétaires prélève de l'eau dans la nappe souterraine, il diminue la réserve disponible à l'ensemble des propriétaires. C'est pourquoi la seule façon de défendre l'idée de la propriété de l'eau souterraine serait de lui appliquer le régime de la copropriété par indivision. Tous les propriétaires fonciers situés au dessus d'une même nappe d'eau seraient propriétaires en commun de la totalité de l'eau qui s'y trouve. Les dispositions du Code civil sur l'indivision s'appliqueraient pour régler les éventuels conflits entre les propriétaires relativement à l'usage et l'administration du bien commun. L'interprétation que fait le gouvernement du *Code civil du Bas Canada* et, de façon légèrement plus nuancée, du *Code civil du Québec*, en accordant à chaque propriétaire individuellement le droit d'user comme bon lui semble de la totalité de la ressource, rend impossible toute conciliation de leurs droits entre eux¹².

¹² Rappelons que dans le document de consultation publique du Ministère de l'Environnement préparé dans le cadre de la présente consultation, on propose l'interprétation suivante des droits de chaque propriétaire conjoint de l'eau souterraine, en vertu du *Code civil du Québec*: «Tout

propriétaire d'un fonds peut utiliser les eaux souterraines et en disposer comme bon lui semble sous réserve des limites posées par la loi et le droit commun» (*La gestion de l'eau au Québec* à la p. 12).

Si tant est qu'il existe un droit de propriété sur l'eau souterraine, seul le régime de l'indivision permet de réconcilier les droits de tous les propriétaires ayant une propriété conjointe de l'eau souterraine¹³. En premier lieu, «chaque indivisaire peut se servir du bien indivis, à la condition de ne porter atteinte ni à sa destination ni aux droits des autres indivisaires.» (art. 1016 C.c.Q.) En second lieu, «Les indivisaires administrent le bien en commun.» (art. 1025 C.c.Q.) En troisième lieu, «Les décisions visant à aliéner le bien indivis, à le partager, à le grever d'un droit réel, à en changer la destination ou à y apporter des modifications substantielles sont prises à l'unanimité.» (Art. 1026 C.c.Q.)

L'application du régime de l'indivision permet à chaque copropriétaire d'une nappe phréatique de jouir de son droit sans entraver le droit des autres. Tous pourraient y puiser pour satisfaire leurs besoins ordinaires, qui, selon la région où l'on se situe, incluraient l'usage agricole ou industriel. Mais pour faire de la nappe un usage qui sortirait de l'usage ordinaire ou qui y apporterait des modifications substantielles, il faudrait l'accord de tous les propriétaires. Il va sans dire que l'implantation, dans une zone résidentielle ou agricole, d'un projet d'embouteillage à des fins commerciales nécessiterait le consentement unanime des copropriétaires de la ressource, qui pourraient, soit s'opposer au projet, soit exiger un partage équitable entre eux des profits découlant de la vente de leur bien commun.

¹³ La question se poserait de savoir quelle serait la part de chaque copropriétaire: leurs parts seraient-elles proportionnelles à la superficie du terrain? Proportionnelles à la masse d'eau estimée comme se situant sous chaque terrain? Appliquerait-on la présomption de parts égales de l'article 1015 C.c.Q.?

10 *La modification du statut juridique de l'eau souterraine.* Comme nous venons de le voir, si l'eau souterraine est un bien, sa gestion relève de ses propriétaires qui ensemble auraient sur elle des droits très étendus. Les interventions gouvernementales se limiteraient à empêcher la pollution de la nappe, à contrôler la qualité de l'eau extraite et à en limiter l'usage dans la mesure où l'épuisement constitue un danger pour l'environnement ou pour les usagers. Pour acquérir un pouvoir de contrôle plus étendu sur les utilisations de la ressource, le gouvernement envisage donc deux avenues: l'expropriation de l'eau souterraine ou la modification de son statut juridique pour en faire une chose commune.

11 *L'expropriation de l'eau souterraine.* Dans le projet de Plan d'action du M.E.F. daté d'avril 1996, on préconise l'expropriation de l'eau souterraine, qui deviendrait dès lors la propriété de l'État et ferait partie du domaine public:

«L'expropriation de l'ensemble de la ressource eau souterraine au Québec simplifiera la gestion de cette ressource sur le plan quantité.

Un processus d'expropriation ne serait pas requis chaque fois qu'il s'avère nécessaire d'interdire ou de contrôler sévèrement l'exploitation d'eau souterraine sur une portion de territoire.

L'expropriation de l'ensemble de la ressource peut s'effectuer par l'ajout d'un article à cet effet dans la Loi sur la qualité de l'environnement. Un tel article pourra également être inséré dans une éventuelle Loi sur l'eau.

Comme le précise l'article 952 du nouveau Code civil du Québec, une juste expropriation pour une cause d'utilité publique doit s'effectuer moyennant une juste et préalable indemnité. Un article doit alors être ajouté pour préciser que l'expropriation est réalisée sans indemnité, malgré l'article 952.»¹⁴

¹⁴ Plan d'action à la p. 25.

L'expropriation proposée ne changerait pas la qualification juridique de l'eau souterraine: elle serait encore un bien qui, au lieu d'appartenir aux propriétaires fonciers, deviendrait la propriété de l'État. Cette expropriation serait, bien sûr, inefficace dans l'analyse qui est la nôtre, où l'eau souterraine constitue actuellement une chose commune: en effet, l'État ne pourrait pas s'approprier la chose qui est, par sa nature, inappropriable. La voie de l'expropriation semble donc risquée, d'autant que l'expropriation généralisée et sans compensation envisagée ici par le M.E.F. pourrait se heurter à un droit fondamental reconnu par la Charte québécoise et le droit international. C'est sans doute la raison pour laquelle, dans un document plus récent, le M.E.F. se tourne vers une autre solution: la modification du statut juridique de l'eau pour en faire une chose commune.

12 *La modification du statut juridique de l'eau souterraine pour en faire une chose*

commune. Voici la solution que propose le M.E.F. dans son projet de politique de juin 1997:

«il y a lieu d'envisager l'abolition du droit de propriété sur la chose commune qu'est l'eau souterraine, comme le proposait la Commission [Legendre]. Une telle réforme n'impliquera pas une indemnisation générale et elle ne constituera pas une expropriation ni une nationalisation. Elle n'opérera pas un transfert de propriété, mais seulement une abolition du droit de propriété sur la chose commune.»¹⁵

Cette solution nous semble plus sage que la précédente; elle est cependant inutile dans la mesure où l'eau souterraine est déjà une chose commune! En fait il suffirait de confirmer ou de clarifier le

¹⁵ Politique à la p. 14

statut de l'eau souterraine, en inscrivant dans le Code civil le principe que l'eau, dans son état naturel, est une chose commune.

13 *Note sur l'état du droit et les orientations gouvernementales dans les autres provinces canadiennes.* À quelques reprises, on retrouve dans la documentation québécoise des renvois à l'état du droit dans les autres provinces canadiennes. Ainsi, on affirme que les eaux souterraines y appartiennent en pleine propriété au propriétaire du fonds, en vertu du principe de la propriété absolue (*rule of absolute ownership*)¹⁶. On affirme également que plusieurs provinces canadiennes ont déjà procédé à l'expropriation de l'ensemble de l'eau souterraine située sur leur territoire. D'après les recherches effectuées par Claire Skrinda, dont les résultats sont exposés en détail à l'Annexe III, cette description du droit des autres provinces est inexacte. Nous résumons ici brièvement ses propos.

La common law conçoit traditionnellement l'eau comme une chose commune, idée qu'elle emprunte au droit romain et au droit civil. Par ailleurs, il se développe au cas par cas des règles concernant les usages qu'il est permis de faire de l'eau. La common law invente alors un certain nombre de doctrines permettant de rendre compte de ces règles, doctrines qui ont plus ou moins d'influence et évoluent différemment selon les juridictions. Comme le droit civil, la common law accorde des droits d'usage à ceux qui ont accès à l'eau par leurs fonds (*riparian doctrine*). Cette

¹⁶La Politique du M.E.F. mentionne qu'au Québec, «L'exploitation actuelle de la ressource eau souterraine est régie, en quelque sorte, par la doctrine de la «règle de la propriété absolue»». Dans une note, on mentionne qu'en vertu de la règle anglaise de la propriété absolue, le propriétaire du fonds a un droit absolu d'extraire autant d'eau qu'il le désire (p. 32). C'est en effet le sens de cette règle, qui concerne l'usage de l'eau et non la propriété de l'eau elle-même. Mais dans une étude préparée pour le M.E.F. par Michèle Boulanger, celle-ci affirme que l'eau souterraine est susceptible de propriété privée aux États-Unis comme au Canada, même si ce principe est modifié par la loi dans plusieurs juridictions (*Étude comparative de quelques politiques Nord Américaines et Européennes de protection et de conservation des eaux souterraines*, 6 août 1998, pp. 30-31).

approche se heurte parfois à une seconde approche qui consiste à consacrer des usages existants et à leur donner préséance sur de nouveaux usages qui seraient incompatibles avec eux (*appropriation doctrine*). Les tribunaux mettent également de l'avant une doctrine visant à réconcilier entre eux les différents usages, dont les titulaires doivent dorénavant se prévaloir raisonnablement (*reasonable use doctrine*). Dans ce contexte, la règle de la propriété absolue désigne non pas la propriété de l'eau elle-même, mais celle de certains usages de l'eau: elle signifie que l'utilisateur peut jouir de son droit d'usage comme bon lui semble, sans avoir à respecter les droits des autres (*rule of absolute ownership*). C'est à cette règle que s'oppose celle de l'usage raisonnable mentionnée précédemment.

La common law ne reconnaît donc pas que les individus puissent être propriétaires de l'eau dans son état naturel: elle ne consacre que des droits d'usage de l'eau. Par contre, elle reconnaît que l'État peut avoir une certaine propriété de l'eau. Cependant, il ne s'agit pas là de propriété au sens du droit privé, mais plutôt d'une responsabilité fiduciaire qu'a l'État de gérer l'eau dans l'intérêt général. Ainsi, il serait inconcevable que l'État cède ses droits dans l'eau à des individus. Il faut donc comprendre les mesures adoptées dans certaines provinces canadiennes, non pas comme une expropriation de l'eau, mais plutôt comme la consolidation du pouvoir de l'État de gérer la ressource dans l'intérêt collectif. La propriété de l'État dans ce contexte se rapproche finalement de la notion de chose commune: l'eau ne peut appartenir à personne et l'État assume un rôle essentiel pour assurer sa conservation dans l'intérêt général.

2 - L'eau est une chose commune: vers une consolidation de son statut juridique actuel

14 Il est de tradition en droit civil de considérer que l'eau et l'air sont des choses communes. Le droit québécois admet que les eaux courantes sont régies par ce principe: elles constituent dans notre droit l'archétype de la chose commune. Cependant, on prétend souvent que l'eau de source qui n'est pas la tête d'un cours d'eau et l'eau faisant partie d'un lac ou d'un étang situés sur un seul fonds échappent à la qualification de chose commune et appartiennent en propriété exclusive au propriétaire du fonds. Cette proposition est induite des articles 980 C.c.Q. ou 502 C.c.B.C. qui accordent l'usage exclusif de ces eaux au propriétaire du fonds. Certains vont plus loin encore et assimilent l'eau souterraine à la source: puisque la source appartient, selon eux, au propriétaire du fonds, il en irait de même de l'eau souterraine qui l'alimente¹⁷.

Nous sommes en désaccord avec ces deux propositions. Premièrement, ce n'est pas parce que le Code accorde l'usage exclusif d'une source ou d'un étang au propriétaire du fonds qu'il le rend propriétaire de l'eau qui s'y trouve. Deuxièmement, ce n'est pas parce que le Code reconnaît l'usage exclusif d'une source, qu'il reconnaît l'usage exclusif d'une nappe souterraine, dès lors qu'elle se trouve sous le fonds de plusieurs propriétaires, soit l'hypothèse opposée à celle du lac ou de l'étang dont il est question à l'article 980 C.c.Q.

Abordons en premier lieu le cas des eaux de surface, avant de montrer que le même régime s'applique aux eaux souterraines.

¹⁷ Voir l'extrait du Plan d'action du M.E.F. cité au paragraphe 8, ci-dessus.

2.1 Les eaux de surface

15 *La notion de chose commune.* La chose commune (ou *res communis*) est, de sa nature, insusceptible d'un droit de propriété : elle est à la fois inappropriée et inappropriable. L'absence de droit de propriété de la chose commune vaut autant pour l'État que pour les particuliers. On avance plusieurs explications du fait que l'eau courante, la mer et l'air sont des choses communes. Certains disent que le régime d'inappropriation des choses communes est une conséquence de leur abondance, celle-ci enlevant tout intérêt à avoir sur elles un droit privatif. D'autres disent, au contraire, que c'est le caractère essentiel de l'eau et de l'air pour les espèces vivantes qui les rendent insusceptibles de propriété exclusive. À ces explications on ajoute souvent que la nature mobile et fluide de ces éléments les rendent physiquement insusceptibles d'appropriation dans leur état naturel¹⁸. Bien que la chose commune ne soit la propriété d'aucune personne (ou sujet de droit), il est admis que les particuliers peuvent user de la chose commune et que l'État a un pouvoir d'intervention fondé sur son obligation de veiller à la préservation de la ressource dans l'intérêt général.

¹⁸ Voir l'extrait du 1er rapport Legendre cité ci-dessus au paragraphe 6.

16. *L'usage de l'eau courante.* Les droits individuels d'user ou de jouir de l'eau comprend la satisfaction des besoins dits ordinaires, soit les besoins alimentaires, les autres fins domestiques et l'exploitation agricole d'un fonds. Ces droits ne sont pas intrinsèquement liés à la propriété d'un fonds¹⁹. Toutefois, le propriétaire est dans une situation avantageuse dès lors que la propriété d'un terrain lui donne un accès immédiat à l'eau. L'article 503 du *Code civil du Bas Canada* prévoyait que le propriétaire d'un terrain bordé ou traversé par un cours d'eau puisse s'en servir «pour l'utilité» de son fonds. L'article 981 du *Code civil du Québec*, censé le remplacer, autorise le propriétaire riverain à se servir de l'eau «pour ses besoins». Bien que ces textes relient le droit d'usage envisagé à la propriété d'un fonds de terre, leur portée véritable est au contraire de réglementer l'usage que peut faire le riverain de l'eau à laquelle il a un accès direct, afin que cet usage soit compatible avec son caractère de chose commune²⁰. Nul ne doute que le locataire d'un fonds ait le même droit d'utiliser l'eau et les mêmes obligations que le propriétaire du fonds. Par ailleurs, il est un devoir essentiel de l'État et de ses municipalités d'acheminer l'eau à ceux qui n'y ont pas un accès immédiat, ce qui constitue la reconnaissance que tous ont le droit d'avoir accès à la ressource.

¹⁹ Nous ne sommes donc pas en accord avec l'analyse de la Commission Legendre sur ce point.

²⁰ Voir les textes à l'Annexe I.

Il importe toutefois d'en distinguer les droits de pêche, de navigation, de flottage, d'exploitation des forces hydrauliques qui sont des droits d'utilisation des cours d'eau plutôt que de l'eau elle-même. Ces utilisations ne sont pas envisagées directement par le Code civil.

17. *Le rôle de l'État.* Il serait incompatible avec la nature de l'eau, chose commune, de fonder le rôle de l'État sur un droit de propriété de l'eau. Son rôle est celui de protecteur de l'intérêt général. À ce titre, il a l'obligation de veiller, dans l'intérêt de l'ensemble des résidents du Québec, à ce que l'utilisation de l'eau ne mette pas en péril cette substance indispensable à la vie. Divers types d'interventions étatiques se sont succédés dans le temps. Les premières lois ont visé les droits d'exploitation des cours d'eau²¹. Plus récemment l'État a mis en place une législation relative à la qualité de l'environnement dont l'un des objets est l'eau²². Aujourd'hui, l'attention se porte du côté du droit des particuliers d'utiliser l'eau elle-même. Nul ne saurait douter que l'État ait le pouvoir de réglementer les usages que font les particuliers de l'eau. Ce pouvoir s'étend aux modes d'approvisionnement en eau et à la quantité d'eau extraite. En revanche, le pouvoir de réglementation des utilisations de la chose commune n'autorise pas l'État à attribuer à quiconque un droit de propriété de l'eau. À cet égard, l'eau a une nature fondamentalement différente de celle des ressources naturelles minérales avec lesquelles on a fréquemment tendance à l'assimiler²³. Les

²¹ L'ensemble de cette législation est étudié dans *Le droit québécois de l'eau*, cité, *supra*, à la note 7.

²² *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. c. Q-2.

²³ À titre d'exemple, voir le document de consultation publique, aux pages 9 et 11.

mines font l'objet d'un droit de propriété de l'État ou des particuliers. L'eau est une chose commune et, à ce titre, elle est assujettie à un régime juridique propre.

18. Notion d'eau courante. Il n'est pas contesté que la notion d'eau courante s'applique à l'eau de surface et qu'elle comprenne l'eau du fleuve, des rivières et des lacs. L'eau de ces cours d'eau a le statut de chose commune. Les particuliers peuvent s'y approvisionner en eau potable pour leurs besoins domestiques et l'exploitation de leur fonds. Les municipalités peuvent y puiser l'eau qui alimente leur service d'aqueduc.

Le statut de l'eau courante ne prohibe pas la reconnaissance de droits exclusifs de pêche, d'exploitation des forces hydrauliques, voire l'interdiction d'activités telles que le flottage. Ces activités ne comportent pas une appropriation de l'eau; elles ne font pas partie des usages que le statut de chose commune met à la disposition de tous les membres de la collectivité.

2.2 - Les eaux souterraines

19. L'eau souterraine ne fait l'objet d'aucune disposition législative qui la qualifie expressément. La question du statut de cette eau ne s'est véritablement posée que depuis une trentaine d'années. L'eau d'une source, cependant, faisait l'objet de l'article 502 du *Code civil du Bas Canada* que reprend l'article 980, al. 1, du *Code civil du Québec*. Bien que ces textes n'envisagent, au profit du propriétaire du fonds où se trouve la source, que le droit d'en user et d'en disposer, l'opinion dominante en a déduit la reconnaissance d'un droit de propriété de l'eau de la source. Se fondant sur cette analyse, plusieurs estiment que les eaux souterraines sont gouvernées

par le même régime que la source, c'est-à-dire que le propriétaire d'un fonds serait propriétaire de l'eau sous son fonds. Par conséquent, l'eau souterraine et l'eau de la source ne seraient pas des eaux courantes et n'auraient pas le statut de choses communes. Cette eau serait un bien pouvant être vendu par le propriétaire du fonds²⁴. Nous ne souscrivons pas à ce raisonnement.

²⁴ Pour un résumé des opinions exprimées, voir R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, Québec, P.U.L., t. II, 2^e éd., 1986 aux pp. 116-118.

20. *Le véritable statut de l'eau de source et des eaux souterraines.* Pour les codificateurs qui, en 1866, ont proposé le texte de l'article 502 du *Code civil du Bas Canada*, la source désignait le phénomène naturel d'une eau qui jaillit ou émerge à la surface du sol²⁵. Il est implicite que cette eau a un faible débit car la source qui est à la tête d'un cours d'eau tombe sous le régime de l'eau courante. Lorsque le sol est la propriété d'un particulier, il ne serait pas possible de reconnaître aux tiers le droit d'utiliser la source sans autoriser une atteinte trop importante au droit de propriété du fonds. D'où la règle qui privilégie le propriétaire du fonds en excluant les tiers. Cette règle n'entraîne pas comme conséquence nécessaire que le propriétaire du fonds soit propriétaire de l'eau, comme on le dit généralement. L'exclusion des tiers qu'elle comporte est compatible avec la notion de chose commune; elle admet que, dans ces circonstances particulières, la source sert à satisfaire les besoins en eau du propriétaire du fonds. Le même raisonnement s'applique au lac ou à l'étang qui se situent sur un seul fonds.

²⁵ Le *Règlement sur les eaux embouteillées*, c. P-29r1.1, donne, à l'article 7, une définition partielle d' 'eau de source' dont la portée est limitée aux fins de ce règlement.

Grâce au développement des connaissances et de l'expertise, en hydrologie notamment, nous savons aujourd'hui qu'il n'y a pas de base scientifique qui justifie une distinction juridique entre les eaux de surface et les eaux souterraines²⁶. L'eau de source provient d'une nappe souterraine; les nappes souterraines sont en communication avec les eaux de surface; elles s'étendent sur de grandes étendues qui sont sans correspondance avec la division des terrains à la surface. Compte tenu de ces données et de l'absence d'une détermination légale expresse du statut des eaux souterraines, il serait inadmissible que l'analyse juridique ne se fonde pas sur la nature des choses. Cette nature dicte au droit de donner la même qualification de chose commune pour les eaux souterraines et les eaux de surface.

Conclusions

21. *Vers une clarification du statut juridique de l'eau.* Nous espérons avoir démontré que l'eau, dans son état naturel, doit être considérée comme une chose commune, quelle que soit sa forme: eau souterraine, eau courante, source, lac ou étang. Cette qualification est tout à fait compatible avec les dispositions du Code civil. L'article 913 C.c.Q. en reconnaît le principe; quant aux autres articles relatifs à l'eau, ils traitent des usages qu'il est permis d'en faire sans déroger au principe: nulle part est-il dit que l'eau, sous certaines de ses formes, est susceptible de propriété privée dans son état naturel.

²⁶ Voir L. Teclaff, «Legal and Institutional Responses to Growing Water Demand», Food and Agriculture Organization of the United Nations, Legislative Study No 14 (Rome: UN, 1977). Le constat était fait par la Commission Legendre : voir le 1er Rapport, p. 64.

Malheureusement, l'analyse que nous faisons du statut juridique de l'eau en droit actuel n'est pas celle à laquelle on se rallie présentement même si un consensus semble se dégager que le statut de chose commune serait la solution la plus souhaitable²⁷. Il est donc recommandé, selon nous, que l'état actuel du droit soit clarifié par l'énoncé d'un principe clair, dans le Code civil, que l'eau, dans son état naturel, est une chose commune.

22. *Compatibilité de la qualification de chose commune avec les différents usages de l'eau.* La qualification de chose commune entraîne des conséquences qui nous paraissent des plus souhaitables d'un point de vue éthique et politique. Premièrement, l'eau, chose commune est insusceptible d'appropriation juridique dans son état naturel: il est donc exclu que quiconque puisse être propriétaire d'une nappe souterraine, d'une rivière, d'un lac et même d'une source.

²⁷Voir la *Synthèse des commentaires reçus sur le Projet de politique de protection et de conservation des eaux souterraines*, M.E.F., mars 1997 (document SOUT.8), no 2.1.1.

La qualification de chose commune ne s'oppose pas à une appropriation physique de l'eau pour être utilisée à des fins domestiques, agricoles ou industrielles²⁸. Une telle appropriation physique ne signifie pas qu'il y ait appropriation juridique de l'eau, les usagers n'en devenant pas propriétaire. La plupart de ces usages supposent d'ailleurs qu'on la rende à son milieu naturel substantiellement dans le même état qu'on l'y a trouvée. La qualification de chose commune attribue à l'État le rôle crucial de veiller à la conservation tant qualitative que quantitative de la ressource dans l'intérêt général.

Le captage de l'eau et sa vente comme marchandise (*commodification*) est un usage qui entre directement en conflit avec la qualification de chose commune. Il semble bien, par exemple, que la

²⁸ Nous avons trouvé intéressants les développements du 3e rapport de la Commission Legendre sur l'inappropriabilité juridique de l'eau et la distinction qu'elle établit entre appropriation physique et appropriation juridique: voir les pp. 301-02. La Commission Legendre recommande de donner à l'eau un statut juridique *sui generis* de ressource collective. Pourtant, cette notion nous semble identique à la notion de chose commune! La Commission écarte cependant la notion de chose commune, pour des raisons plutôt énigmatiques, la principale étant qu'elle ne rend pas compte adéquatement de la valeur économique de l'eau.

vente d'eau embouteillée ou encore sa transformation en boisson gazeuse, impliquent une appropriation juridique de la chose commune et sa transformation en bien. Doit-on, par conséquent, rejeter l'idée de chose commune pour ouvrir la voie à la commercialisation, comme certains pressent le Gouvernement de faire?

À notre avis, si la Commission en venait à la conclusion qu'une certaine commercialisation de l'eau soit dans l'intérêt de l'ensemble de la société québécoise il faudrait alors que cette commercialisation se fasse en respectant le mieux possible sa nature essentielle de chose commune. Dans cette éventualité, il nous semblerait impératif que trois principes soient respectés: 1) l'exploitation commerciale de l'eau ne doit jamais entrer en concurrence avec les usages non commerciaux de l'eau, particulièrement les usages domestiques et agricoles: ainsi, le captage pour la vente ne doit être autorisé que sur les plans d'eau entièrement libres, c'est-à-dire qui ne sont affectés à aucun autre usage; 2) l'exploitation commerciale doit être faite par la collectivité et au profit de la collectivité; ainsi, elle doit être confiée à une société d'État plutôt qu'à l'entreprise privée; 3) l'État devra veiller à ce que le prélèvement de l'eau à des fins de commercialisation ne dépasse jamais la capacité de renouvellement d'un plan d'eau.

Montréal et Québec, le 9 novembre 1999.

ANNEXE I

Dispositions pertinentes du Code civil du Québec et du Code civil du Bas Canada, accompagnées de leurs commentaires explicatifs

Dispositions du *Code civil du Québec* (en vigueur depuis le 1er janvier 1994) impliquant l'eau, accompagnées des *Commentaires du Ministre de la Justice*, ci-après Commentaire, (Québec, Les Publications du Québec, 1993, T.1), des articles antérieurs du *Code civil du Bas Canada* (C.C.B.C.) et des notes explicatives fournies par les commissaires chargés de la codification contenues dans *Code civil du Bas Canada*, Québec, George E. Desbarats, 1865, 3 vol., dit 'Rapport des codificateurs'. Les extraits qui suivent sont tirés du vol. 1, troisième rapport (p. 368, 384, 386, 456 et 482) et du vol. 2, cinquième rapport (p. 106 et 254):

Art. 913. Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code. L'air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient.

Commentaire

Le premier alinéa de cet article s'inspire de l'article 585 C.C.B.C.. Le second alinéa crée une exception au principe du premier alinéa, visant à couvrir des cas comme ceux de l'eau minérale ou de l'air comprimé.

Art. 585 C.C.B.C. Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois d'ordre public règnent la manière d'en jouir.

Rapport des codificateurs

Art. 3. Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois d'ordre public règlent la manière d'en jouir.

Note explicative: ... il (l'article 3) est d'accord avec le droit romain, avec l'ancien droit et le nouveau droit, et ne requiert aucune remarque.

Art. 951. La propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire, au-dessus et au-dessous, toutes les constructions, ouvrages et plantations qu'il juge à propos; il est tenu de respecter, entre autres, les droits publics sur les mines, sur les nappes d'eau et sur les rivières souterraines.

Commentaire

Cet article reprend le droit antérieur relatif à la propriété du dessus et du dessous du sol.
[art.414 C.C.B.C.]

Art. 414 C.C.B.C.

La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes.

Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il juge à propos et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police.

Rapport des codificateurs

Art. 9. La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes.

Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il juge à propos et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police.

Note explicative: Quant aux immeubles, la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, ce qui permet au propriétaire de faire au-dessus et au-dessous de son héritage tout ce qu'il juge à propos. Cependant les constructions et plantations qu'il peut faire au-dessus sont restreintes par l'effet des lois sur les servitudes, tandis que son droit de fouiller au-dessous est contrôlé par celles sur les mines et par les règlements de police (9).

Art. 979. Les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement.

Le propriétaire du fonds inférieur ne peut élever aucun ouvrage qui empêche cet écoulement. Celui du fonds supérieur ne peut aggraver la situation du fonds inférieur; il n'est pas présumé le faire s'il effectue des travaux pour conduire plus commodément les eaux à leur pente naturelle ou si, son fonds étant voué à l'agriculture, il exécute des travaux de drainage.

Commentaire

Cet article reprend en substance l'article 501 C.C.B.C.. Il n'a pas paru nécessaire, à cet égard, de modifier le droit antérieur, puisqu'il codifiait un principe de physique élémentaire, soit qu'on ne peut empêcher les eaux d'un fonds supérieur de s'écouler naturellement vers un fonds inférieur.

Cependant, cet article innove, d'abord en précisant que le propriétaire d'un fonds supérieur n'est pas présumé aggraver la situation du fonds inférieur et, ensuite, en codifiant une règle établie par la jurisprudence qui accepte que le propriétaire d'un fonds dominant voué à l'agriculture creuse sur celui-ci des fossés, sillons et rigoles pour les fins de drainage, même si ces travaux aggravent,

techniquement parlant, la servitude en y faisant couler un volume d'eau supérieur. Cette règle est nécessaire, puisque le drainage fait partie des activités inhérentes à l'agriculture.

Art. 501 C.C.B.C.

Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.

Le propriétaire inférieur ne peut pas élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.

Rapport des codificateurs

Art. 3 Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.

Le propriétaire inférieur ne peut pas élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.

Note explicative. C'est la situation des lieux qui fait que les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs. Ni l'un ni l'autre des propriétaires ne peut, par des travaux faits sur son héritage, entraver le droit de son voisin, ou aggraver sa position (3).

Art. 980. Le propriétaire qui a une source dans son fonds peut en user et en disposer.

Il peut, pour ses besoins, user de l'eau des lacs et étangs qui sont entièrement sur son fonds, mais en ayant soin d'en conserver la qualité.

Commentaire

Cet article reprend en substance le droit antérieur. [art. 502]. La règle est en accord avec l'article 913.

Le droit d'user et de disposer d'une source est cependant limité par l'article suivant, lequel précise les droits du propriétaire riverain de se servir de la source si elle est tête d'un cours d'eau.

Art. 502 C.C.B.C.

Celui qui a une source dans son fonds peut en user et en disposer à sa volonté.

Rapport des codificateurs

Art. 4. Celui qui a une source dans son fonds peut en user et en disposer à sa volonté.

Note explicative. Celui qui a une source dans son fonds peut en user et en disposer à sa volonté (4). Telle est la première partie de l'article 641 du Code Napoléon qui contient deux autres dispositions qui sont omises dans le nôtre ...

Art. 981. Le propriétaire riverain peut, pour ses besoins, se servir d'un lac, de la source tête d'un cours d'eau ou de tout autre cours d'eau qui borde ou traverse son fonds. À la sortie du fonds, il doit rendre ces eaux à leur cours ordinaire, sans modification importante de la qualité et de la quantité de l'eau.

Il ne peut, par son usage, empêcher l'exercice des mêmes droits par les autres personnes qui utilisent ces eaux.

Commentaire

Cet article reprend en substance l'article 503 C.C.B.C., mais y apporte des précisions relativement à l'usage des eaux bordant ou traversant un fonds. Auparavant, le propriétaire riverain pouvait se servir des cours d'eau qui traversent ou bordent son fonds, mais à la condition de rendre ces eaux à la sortie de son fonds à son cours ordinaire et de ne pas empêcher l'exercice du droit d'utilisation par les autres propriétaires riverains.

L'article 981 reprend ce principe mais lui apporte des précisions qui mettent davantage en évidence que le droit du propriétaire riverain doit s'exercer d'une façon raisonnable, de manière à ne pas nuire au droit de propriété et aux droits d'usage des autres riverains et de manière à ne pas dégrader la qualité de l'eau, qui est une chose d'usage commun, ou à réduire sa quantité.

Art. 503 C.C.B.C.

Celui dont l'héritage borde une eau courante ne faisant pas partie du domaine public, peut s'en servir à son passage pour l'utilité de cet héritage, mais de manière à ne pas empêcher l'exercice du même droit par ceux à qui il appartient, sauf les dispositions contenues dans le chapitre 51 des Statuts Refondus pour le Bas Canada, et autres lois spéciales.

Celui dont l'héritage est traversé par cette eau peut en user dans tout l'espace qu'elle parcourt, mais à la charge de la rendre, à sa sortie du fonds, à son cours ordinaire.

Rapport des codificateurs

Art. 5. Celui dont l'héritage borde une eau courante ne faisant pas partie du domaine public, peut s'en servir à son passage pour l'utilité de cet héritage, mais de manière à ne pas empêcher l'exercice du même droit par ceux à qui il appartient.

Celui dont l'héritage est traversé par cette eau peut en user dans tout l'espace qu'elle parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie, à son cours ordinaire.

Note explicative. Si le maître de la source peut en retenir l'eau et en disposer à son gré, il n'en est pas ainsi de l'eau courante qui borde un héritage ou qui le traverse; dans le premier cas, celui à qui appartient l'héritage peut bien se servir de l'eau à son passage, et dans le second, en user dans tout l'espace qu'elle y parcourt, mais il est tenu de la rendre, à sa sortie, à son cours naturel, pour l'usage des propriétés inférieures (5).

La dernière disposition de cet article, copiée *verbatim* de l'article 644 du Code Napoléon, ne souffre pas de difficultés. Elle est conforme au droit romain et à l'ancienne jurisprudence et à l'usage; l'on ne peut en dire autant de la première partie, applicable au cas où l'eau courante borde seulement l'héritage. Que le propriétaire puisse s'en servir au passage, de manière à ne pas l'absorber et la retenir en entier, c'est très-juste, mais qu'il ne puisse le faire que pour l'irrigation de son fonds, c'est une restriction trop grande, introduite par le Code Napoléon, sans motifs apparemment valables.

Pourquoi ne pas permettre l'usage de cette eau pour toutes les fins utiles du fonds qu'elle borde, pourvu qu'il n'en abuse pas et ne cause pas aux autres un préjudice inutile? Telle a été l'opinion des Commissaires, qui, pour le cas spécifié, «pour l'utilité de l'héritage,» et en ajoutant comme correctif, aussi nouveau, «mais de manière à ne empêcher l'exercice du même droit par ceux auxquels il appartient.» Ainsi changé, l'article proposé a paru plus que celui du code applicable aux circonstances du pays, dans lequel l'on pratique peu, ou pas du tout, ce qu'on appelle en France l'irrigation proprement dite.

Art. 982. À moins que cela ne soit contraire à l'intérêt général, celui qui a droit à l'usage d'une source, d'un lac, d'une nappe d'eau ou d'une rivière souterraine, ou d'une eau courante, peut, de façon à éviter la pollution ou l'épuisement de l'eau exiger la destruction ou la modification de tout ouvrage qui pollue ou épuise l'eau.

Commentaire

Cet article est nouveau. Il poursuit la philosophie de l'article 981 voulant ainsi mettre un frein à l'absolutisme du droit sur les eaux, notamment en prévoyant que le droit d'exiger la destruction ou la modification d'un ouvrage ne peut être exercé que si cela n'est pas contraire à l'intérêt général. L'eau doit être considérée comme une chose d'usage commun et certaines règles doivent être édictées pour conserver la qualité de cette eau ainsi que le droit d'usage des autres propriétaires.

La *Loi sur la qualité de l'environnement* (L.R.Q. chapitre Q-2 et la *Loi sur les mines* (chapitre M-13.1), ainsi que les règlements pris sous leur empire contiennent certaines dispositions qui limitent déjà les droits du propriétaire à cet égard.

(L'article 982 C.C.Q. n'a pas d'équivalent dans le *Code civil du Bas Canada*.)

ANNEXE II

Propositions de modification des articles 913, 951 et 980 du *Code civil du Québec*

Article 913

Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code.

L'eau de surface et l'eau souterraine sont des choses communes.

Article 951

La propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire, au-dessus et au-dessous, toutes les constructions, ouvrages et plantations qu'il juge à propos dans le respect des lois d'intérêt général et des droits de mines réservés à l'État.

Article 980

Le propriétaire qui a une source sur son fonds use de l'eau qui s'en écoule naturellement pour ses besoins, à l'exclusion des autres.

Il peut, pour ses besoins, user de l'eau des lacs et étangs qui sont entièrement sur son fonds, mais en ayant soin d'en conserver la qualité.

ANNEXE III

Le statut juridique de l'eau dans les autres provinces canadiennes

par Claire Skrinda²⁹

The Background

²⁹ I am grateful to Professor Jane M. Glenn of the Faculty of Law of McGill University for her comments on an earlier draft.

The Québec government has created the *Commission sur la gestion de l'eau au Québec* so that it may receive input from a variety of sources, including citizen's groups and other interested parties, and deliver recommendations concerning the policy which the Québec government should adopt with respect to water resources in the Province. Québec, however, is not the only province re-evaluating its water policies and questioning the legal status of water according to traditional private law principles. As evidenced by several documents made available by the Québec government to the Commission and the public, there is considerable interest, within the Government, in the legal status of water in other North American jurisdictions. In particular, documents issued by the Ministère de l'environnement et de la faune mention that the traditional common law rule is that of "absolute ownership", which gives a landowner unrestricted rights to the groundwater beneath his or her property³⁰. These documents also state that a number of Canadian provinces have recently "expropriated" all groundwater resources on their territory by declaring water to be the property of the Crown³¹. We shall examine these two claims and see that the first is a gross simplification of the common law approach to the question of water proprietorship. We shall also see that the second claim, while not incorrect, has different implications in common law than it would in civil law.

³⁰The M.E.F.'s Politique (June 1997) mentions that in Québec, «L'exploitation actuelle de la ressource eau souterraine est régie, en quelque sorte, par la doctrine de la «règle de la propriété absolue»». In a footnote, it is mentioned that according to the English rule of absolute ownership, the owner of the land has an absolute right to extract as much water as he wishes (p. 32). In a study prepared for the M.E.F. by Michèle Boulanger, it is said that groundwater is privately owned in the United States and the common law provinces of Canada, although this rule has been modified by Statute in several jurisdictions (*Étude comparative de quelques politiques Nord Américaines et Européennes de protection et de conservation des eaux souterraines*, 6 août 1998, pp. 30-31).

³¹See the M.E.F.'s Plan d'action (April 1996), p. 25.

Why consider the common law jurisdictions?

Reference to other jurisdictions is a valuable exercise. Although Québec's system of law is unique within Canada, the common law provinces also have a somewhat varied way of approaching the question of groundwater regulation. In addition, all provinces are subject to a variety of international trade agreements. The Québec government would be wise to consider the implications of any decision regarding water that might result in attracting the obligations of Québec and, indeed, the rest of Canada under these trade agreements.

As we shall see, the common law approach to water resources is far from uniform. Indeed, some writers claim that many common law jurisdictions in North America are reverting to a more civilian approach to water resources.³² Although the civil and common law have different ways of viewing the same problem, both systems of law, at least in North America, are facing the same issues surrounding water use and allocation. American property law regarding water resources has adopted, in many jurisdictions, civilian concepts and terminology in formulating their water law.³³ Indeed, many of the recent developments in the water law of the rest of North America seem to reflect the

³² See J. S. Stevens, "The Public Trust: A Sovereign's Ancient Prerogative Becomes the People's Environmental Right" (1980) 14 U.C. Davis L. Rev. 195.

³³ See e.g. J. R. Wilder, "The Great Lakes as a Water Resource: Questions of Ownership and Control" (1983) 59 Ind. L. J. 463; Stevens, *supra* note 2 at 223, 231.

ultimately civilian concept of *res communes*. As we shall see, looking to both the common law and other jurisdictions need not mean diluting the civil law with foreign concepts. On the contrary, such an exercise may serve to strengthen the civilian roots of Québec law.

The Questions

In response to the assertions regarding the common law found in the Québec documents referred to above, the two questions this paper will seek to address are the following:

1. *What is the state of the common law with regard to water, both as an element in itself and in the form of groundwater? Is the "absolute ownership" rule an accurate reflection of the common law?*
2. *What are the implications of the vesting of water rights in the Crown by several canadian provinces? Does this vesting have the same consequences in common law as it would in civil law?*

I - Traditional Common Law

A - water

As Stevens reminds us, according to Justinian's restatement of the Roman law, "[b]y the law of nature these things are common to mankind - the air, running water, the sea and consequently the shores of the sea."⁴ Similarly, in England, Bracton essentially repeated Justinian's rule, declaring "[b]y natural law, these are common to all: running water, the air, the sea, and the shores of the sea."⁵ It is a common law principle that resources such as water and fish are not susceptible to ownership

⁴ Justinian's restatement as cited in Stevens, *supra* note 2 at 196-197.

⁵ Bracton as cited in Stevens, *supra* note 2 at 197.

in their natural state.⁶ However, while the civil and the common law started from a similar premise regarding water, the particularities of the common law system and the needs of an emerging market economy resulted in a derogation and qualification of the initial premise. To clarify, this initial premise saw water in its natural state as, essentially, *res communis*.

In order to understand traditional common law's approach to the question of water rights and ownership it is important to keep in mind two concepts. The first is the place of the concept of ownership in the common law. The second is the piecemeal evolution of the common law that often reflects favoring on-going solutions to problems, particularly in the area of water law, over strict adherence to any larger principles that may exist.

B - Ownership

It has been said that "common law abhorred ownerless things."⁷ This explains why the erstwhile common property of water was declared to be vested in the Crown. In the common law, the Crown represents the residual "owner" of all property and also the original grantor of private title in land. Thus, the Crown's notional proprietary relationship to any common property, such as water, does not necessarily mean that the common law recognizes that water is, per se, susceptible to ownership. Indeed, in England, "[t]he public uses were recognized as public rights, and are often referred to in judicial decisions as a "public trust" which must be protected."⁸ The common law would require that such a public trust be vested in the Crown. This does not mean that the Crown has any ownership rights *vis a vis* the water such as would allow the Crown to divest itself of the water. As Bracton remarks, "[i]t is another rule of law that public rights, and such things as are

⁶ S. A. Kennet, "Managing Interjurisdictional Waters in Canada: A Constitutional Analysis" *Canadian Institute of Resources Law* (Calgary: University of Calgary, 1991).

⁷ Stevens, *supra* note 2 at 195-196.

⁸ United States of America "Water Policies for the Future" *Final Report to the President and to the Congress of the United States by the National Water Commission*, (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1973).

materially related to them, are inalienable" and thus "all things which relate peculiarly to the public good cannot be given over or transferred to another person, or separated from the Crown."⁹

C - Evolution

⁹ Bracton as cited in Stevens, *supra* note 2 at 198.

Traditionally, in both the civil and common law, the law relating to water resources classified water according to the form, location, and movement of the water. There are practical reasons why this was the case. This classification reflected the relevant characteristics for water, according to water utilization patterns of the time. The civil and common law respecting flowing water developed alongside the emergence of a market economy and an increasing number of individual landowners. Unlike today, during this time, no market for water existed *per se*. The similar socio-economic situation, coupled with a relatively abundant supply of water, resulted in the civil and common law developing remarkably similar approaches to water law. Issues relating to water arose, in law, around two broad topics: landowners rights regarding water located on or flowing over their property and more general rights, or public rights, regarding water as it was used for navigation and, later, for power. Many of the provisions in our present-day *Civil Code of Québec* are mirrored in the restatement of the water law found in the English *Home Brewery* case.¹⁰

With the industrial revolution and the growing demand put on water resources, the English courts became increasingly called upon to adjudicate on the issues surrounding water, including water for energy-generating purposes. By the end of the nineteenth century, courts had settled many of the rights and duties people had with respect to water.¹¹ One area of law regarding water resources that remains troublesome, however, for both the civil and common law, is the status of

¹⁰ For a detailed discussion of this case, and modern English water law, see P. Hutchesson, ed. "Stephens v. Anglican Water Authority" (1987) 137 New L. J. Law Reports, 829.

¹¹ H. W. Wilson, Solicitor, "Rights to Extract Pure Water" (1988) 138 New L. J. 812 [hereinafter *Extract*], citing Piers Ashworth QC (Deputy High Court Judge) in *Home Brewery Company Limited v. William Davis & Company (Leicester) Limited* [1895] AC 587 [hereinafter *Home Brewery*].

groundwater resources.

D - Groundwater: ownership v. use

The court in *Chasemore v. Richards*, 1843-60 All E.R. 77, 81-82 (H.L. 1859) defines groundwater as "water percolating through underground strata, which has no certain course and no defined limit, but oozes through the soil in every direction in which the rain penetrates."¹² The court went on to say that "[a]t common law the owner of land has no right at all in respect of subterranean water running in undefined channels, except to sink wells and so obtain a supply of water, although a neighbor by exercising the same right may deprive him of his supply." This decision was followed by the court in *Mayor of Bradford v. Pickles* [1895] AC 587 [hereinafter *Pickles*]. In *Pickles*, "[t]his absolute right to appropriate groundwater was upheld even in cases where the groundwater was taken for a malicious purpose."¹³

These decisions are based on what has been referred to as the "absolute ownership" principle in common law.¹⁴ It is important to note that the term «absolute ownership» does not necessarily correspond to a literal understanding of these terms. The common law, in fact, stops short of granting the landowner any proprietary right in the water itself. It is the *absence* of a neighbour's proprietary interest in the groundwater, rather than any proprietary interest held by the landowner himself, on which the courts base their decisions. For example, the court in *Popplewell v. Hodkinson* (1869) LR 4 Ex 248 held that "the owner of land does not have, as an incident of this ownership at common law, the equivalent right to have the surface of his land supported by water."¹⁵

¹² A. J. Roman & D. Ferris, "Symposium on Prevention of Groundwater Contamination in the Great Lakes Region: Regulation of Groundwater Contamination in Canada" (1989) 65 Chi.-Kent. L. Rev. 519.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ K. K. Orie, *Legal Aspects of Groundwater Quantity Allocation and Quality Protection in Canada* (D.C.L. Thesis, McGill Law School 1992) [unpublished] at 117-118.

¹⁵ *Supra* note 10.

If the owner of the land had any proprietary right in the water below his land, one would imagine a different result.

Our brief examination of some of the leading common law cases regarding water law shows that while courts may declare that certain persons have a right to use a water resource, rarely is this right said to extend to a right in the water itself. In fact, it is only when water is appropriated that it has any danger of becoming someone's property.¹⁶ Although there was once perhaps some doubt, recent Anglo Canadian jurisprudence has placed restrictions on whether a groundwater user can sell or waste the water.¹⁷ It seems that, to a large extent, water in the common law has not lost its essential characteristic of *res communis*. Rights to use water do not represent rights to the water itself. Although the common law gives the least restrictive rights to use water to owners of the land under which lies groundwater, these rights are balanced by the absence of rights of the owner of the land to demand, or perhaps even be compensated for the disappearance of, this same groundwater.

Perhaps we can find an answer to the common law approach to ground water in the common law definition of groundwater itself. As stated above, groundwater, amongst other characteristics has "no certain course and no defined limit."¹⁸ If modern geological methods could chart a course for groundwater, or define a limit for this water, would the common law rules cease being applicable to what was once considered groundwater? Put another way, it was arguably the inability of the common law to truly know the characteristics of the underground water, as evidenced by the definition, that led to the non-interventionist approach courts took to groundwater.

¹⁶ *Supra* note 6 at 24-15.

¹⁷ *Supra* note 14 at 120-121.

¹⁸ *Supra* note 12.

II - Modifications to the common law

A - Judicial

i - England

Although England, most states in the United States, and the common law provinces of Canada all share the same common law roots regarding water law, many jurisdictions have modified the underlying common law. For example, many courts in the United States adopted the "reasonable use" rule as a modification of the absolute ownership rule.¹⁹ The English courts used the American doctrine of reasonable use (sometimes called the "American rule") as a stable basis for resolving the increasingly frequent disputes over waterpower that English courts were required to resolve in the middle of the nineteenth century.²⁰ The interpretation American courts give to the American rule varies "from State-to-State and from case-to-case, since the resolution of each controversy is *ad hoc*."

21

ii - United States

Almost all of the modifications regard changes to the rules governing the use of water, and do not, or rarely admit to, a right in the water itself. Where the law does admit to an "owner" of water, this is more for constitutional reasons, involving the relative jurisdiction of the federal government vis a vis the states or provinces, than any ownership in the private law sense of the word. For instance, American jurisprudence, including decisions of the United States Supreme

¹⁹ E. H. P. Brans, E. J. De Haan, A. Nollkaemper & J. Rinzema, eds. *The Scarcity of Water, Emerging Legal and Policy Responses*, International Environmental Law and Policy Series, Sanders Institute (London: Kluwer Law International, 1997) at 186.

²⁰ C. M. Rose, "Energy and Efficiency in the Realignment of Common-Law Water Rights" (1989-90) 18-19 *J. of Legal Studies* 261 at 277.

²¹ *Supra* note 8 at 231.

Court, has held that water may not be owned until or unless it has been appropriated.²² The question then becomes if and how this appropriation can take place.

²² *Supra* note 3.

According to Julia Wilder, in the United States, "[t]he fiction of water ownership is manifested by the exercise of legally sanctioned usufructuary rights. These rights originate in the valuable right of a party, state or private, to withdraw water from a waterbody. The right to withdraw water from a waterbody is accompanied by the right to reasonable use or beneficial use of the water which has been diverted. These basic features of usufructuary rights have been formulated under the aegis of two common law doctrines, the riparian and prior appropriation doctrines."²³

iii - Canada

Both of these doctrines also exist in Canadian jurisprudence. The riparian doctrine generally relies on the concept of "reasonable use" in order to allocate water amongst competing users. The appropriation doctrine allocates water amongst competing users more on a "first come, first served" basis. Depending upon the jurisdiction, both of these doctrines are used either separately or in conjunction with one another or in conjunction with statutory provisions. Factors that may contribute to the application of one or the other of the two doctrines include implicit consideration, on the part of the court, as to whether the use of the water is ultimately consumptive or not.²⁴ Another consideration, and one which I largely ignore in this paper, is whether the use to which the water, abstracted under the absolute ownership doctrine, is put could arguably be limited to domestic or land-related use as the doctrine is not always clear on this point. The prior appropriation doctrine is a use-based system of property rights, whereas the riparian doctrine is a land-based system. This is perhaps one of the reasons why the law of prior appropriation "is better adapted to the creation of water markets [i.e. consumptive use] because its primary object has been to create firm private

²³ *Ibid.* at 475.

²⁴ *Supra* note 20 at 290.

rights."²⁵

²⁵ *Supra* note 19 at 195.

In *Pugliese v. National Capital Commission* (1979) 97 DLR (3d) 631 [hereinafter *Pugliese*] the Supreme Court of Canada was seized with the question of whether the owner of land has a right to support from percolating water and whether any lack of support, due to a neighbor's abstraction, could give rise to an action in negligence or nuisance. In *Pugliese*, the Court found that the absolute right did not include an absolute right to support, provided the abstractor acted in a reasonable fashion. Furthermore, the Court held that any infringement of the statutory provisions in place in Ontario at the time constituted *prima facie* unreasonable use and therefore could support an action in nuisance. It is worth noting the court did not consider the validity of the «English rule» (i.e. absolute ownership) and was content to decide on the basis of Statute that the Court considered to have modified or overridden this rule.²⁶ Consequently, it is unclear what role the absolute ownership doctrine plays in Canadian common law.

²⁶ *Pugliese* at 637,637.

B - Statutory

i - England

England has modified the common law of water resources through several pieces of legislation. The *Water Act* of 1945 and the *Water Abstractions Regulations*, 1947 imposed restrictions of ownership rights and use of ground water.²⁷ More recently, the 1963 *Water Resources Act* (slightly amended by the 1986 *Water Resources Act* and the 1973 *Water Act*) creates a "duty of the water authority for each area to take action to conserve, redistribute or otherwise augment water resources for the area"²⁸ These statutory provisions have the effect of superceding any natural rights the owner of land might have with regard to the groundwater, as the owner of the land would not be able to extract the water without the appropriate permit.²⁹

ii - United States

For present purposes it is not necessary to consider American statutory alterations to the

²⁷ *Groundwater Legislation in Europe*, Food and Agriculture Organization of the United Nations (Rome: UN, 1964).

²⁸ *Extract, supra note 11.*

²⁹ *Extract, supra note 11.*

traditional common law.

iii - Canada

Similar legislation exists in Canada. Statutory schemes, varying from province to province, alter or supplement the traditional common law regarding water in general and groundwater in particular. Under the Canadian Constitution, provinces derive their right to legislate regarding water resources from the proprietary rights of the provinces in the natural resources contained within their boundaries/territories.³⁰ It is said that "[t]he ownership of the land and, hence, of the water lies with the Crown in the right of a province except for specified federal interests."³¹

³⁰ R. C. Dixon, *Constitutional Aspects of Water Export* in Gibson, ed., *Constitutional Aspects of Water Management*, Agassiz Center for Water Studies Research Report, vol. 2 (Manitoba: University of Manitoba, 1969).

³¹ *Ibid.*

Both Ontario and Alberta, for example, have enacted comprehensive statutory regimes in order to regulate water usage within the province. Under the *Ontario Water Resources Act (OWRA)* the "absolute ownership" rule of the common law "is not a defense in respect of any pumping exceeding the quantity authorized under [the *Act*]"³² The *OWRA* uses the reasonable use concept in regulating water use within the province as a modification of the original riparian rights that was prevalent in Ontario.³³ Ontario joins New Brunswick and Prince Edward Island in not vesting the property in and the right to use water in the provincial crown.³⁴ Following a pattern similar to that found in the United States, the relatively water-rich Ontario, and several Atlantic provinces, have been slow to move away from the more traditional riparian doctrine when developing their water law.³⁵

In Alberta, the cornerstone of the 1894 *North-West Irrigation Act* was "a declaration that the property in and the right to the use of all water was vested in the Crown."³⁶ In doing so, Alberta was able to develop a rights-based, as opposed to the original land-based, system for water use rights allocation. Alberta is not alone in this, and the right to use and property in water is also vested in the crowns of the provinces of Saskatchewan, Manitoba, Nova Scotia, New Foundland and British Columbia.³⁷ In an attempt to rectify some of the problems with water management in the province, in 1996 the Alberta Legislature passed the *Water Act*.³⁸ It remains to be seen whether this reform, following several years of public consultation, will be judged to have been successful.

³² *Supra* note 12..

³³ D. R. Percy, *The Framework of Water Rights Legislation in Canada* (Calgary, The Canadian Institute of Resources Law, The Faculty of Law, The University of Calgary, 1988) at 72 [hereinafter *Framework*].

³⁴ *Supra* note 14 at 149.

³⁵ *Framework*, *supra* note 33 at 72-73.

³⁶ D. R. Percy, "Seventy-five Years of Alberta Water Law: Maturity, Demise and Rebirth" (1996) 35 *Alta. L. Rev.* 221 at 223 [hereinafter *Alberta*].

³⁷ *Supra* note 14 at 148.

³⁸ R.S.A. 1996, c. W-35.

III - Implications

There is an absence of a clear and unified approach to allocating water rights within the common law. As we have seen, the so-called common law rule of "absolute ownership" is not representative of the common law approach to ground water resources. It is important to note that, despite the myriad of different rules regarding water resources in the common law, there seems to be an over-arching effort to avoid classifying water as susceptible to private ownership. Even rights to use water are not easily characterized. For example, in the United States, "[a]ll water rights are generally described as real property rights and are constitutionally protected against police power regulations which take property without due process of law, but technically they are incorporeal rather than corporeal because one cannot possess the flow of a stream; one can only use the water."³⁹

Prior legal classifications of water based on the form, location, and movement of water no longer reflect our current socio-economic reality, nor do they reflect our superior knowledge of hydrology. Statutory modifications of common law water law, on the part of the legislatures, are perhaps implicit recognition of this fact. Whether this statutory regulation emulates a riparian or an appropriation approach, or some combination thereof, will have economic consequences. There is, after all, "a significant difference between the sale of water and the sale of a usufructuary right to water. Sale of water indicates that water is a commodity to be used consumptively, that is, used in a manner so as never to be available for use by another."⁴⁰

Whether the provinces have declared the use or the right in the water to be vested in the crown is more a function of the management of the statutory regime put in place than the creation of any right to water itself. These statutory regimes are in place largely to protect and equitably distribute the water resource, through supplementing or over-riding more traditional common law allocations of rights. As we have seen, in the common law, vesting an interest in a resource in the

³⁹ *Supra* note 19 at 185.

⁴⁰ *Supra* note 3.

crowns is perhaps one way to prevent or limit private appropriation of that resource. Such a vesting represents a return to, or a reaffirmation of, the original starting position; water is *res communes*, irrespective of origin or destination.

Bibliography

Books

Brans, E. H.P., E. J. De Haan, A. Nollkaemper & J. Rinzema, eds., *The Scarcity of Water, Emerging Legal and Policy Responses*, International Environmental Law and Policy Series, Sanders Institute (London: Kluwer Law International, 1997).

Dixon, Richard C., "Constitutional Aspects of Water Export" in Gibson, ed., *Constitutional Aspects of Water Management*, Agassiz Center for Water Studies Research Report, vol. 2 (Manitoba: University of Manitoba: 1969).

Getches, David H., *Water Law* (St. Paul: West Publishing Company, 1990).

Goldfarb, William, *Water Law* 2nd ed. (Chelsea: Lewis Publishers, Inc., 1988).

Kennett, Steven A. "Managing Interjurisdictional Waters in Canada: A Constitutional Analysis," *Canadian Institute of Resources Law* (Calgary: University of Calgary: 1991).

Orie, K. K., *Legal Aspects of Groundwater Quantity Allocation and Quality Protection in Canada* (D.C.L. Thesis, McGill Law School 1992) [unpublished].

Percy, D. R., *The Regulation of Ground Water in Alberta* (Alberta: The Environmental Law Center, 1987).

Percy, D. R., *The Framework of Water Rights Legislation in Canada* (Calgary: The Canadian Institute of Resources Law, The University of Calgary Faculty of Law, 1988).

Teclaff, L.A., *Water Law in Historical Perspective* (Buffalo: William S. Hein Company, 1985).

Journal Articles

Garner, Prof. J.F., "Land Law 1900-1992" (1992) 142 New L. J. 785.

Hutchesson, P., ed. "Stephens v. Anglian Water Authority" (1987) 137 New L. J. Law Reports, 829.

Percy, D. R. "Seventy-Five Years of Alberta Water Law: Maturity, Demise and Rebirth" (1996) 35 Alta. L. Rev. 221.

Roman, A. J. & D. Ferris, "Symposium on Prevention of Groundwater Contamination in the Great Lakes Region: Regulation of Groundwater Contamination in Canada" (1989) 65 Chi.-Kent. L. Rev. 519.

Rose, C. M. "Energy and Efficiency in the Realignment of Common-Law Water Rights" (1989-90) 18-19 J. of Legal Studies 261.

Stevens, J. S. "The Public Trust: A Sovereign's Ancient Prerogative Becomes the People's Environmental Right" (1980) 14 U.C. Davis L. Rev. 195.

Wilder, J. R. "The Great Lakes as a Water Resource: Questions of Ownership and Control" (1983) 59 Ind. L. J. 463.

Wilkinson, H. W., Solicitor, "Rights to Extract Pure Water" (1988) 138 New L. J. 812.

Wilkinson, H. W., Solicitor, "The Natural Drainage of Land" (1987) 137 New L. J. 867.

United States of America "Water Policies for the Future" *Final Report to the President and to the Congress of the United States by the National Water Commission*, (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1973).

Canada, Canadian Council of Resource Ministers, "The Administration of Water Resources in Canada," Report prepared by the Secretariat (1968).

Information Canada, *A Water Law in Canada, the Atlantic Provinces* by G. V. la Forest, Q.C., & Associates (Canada: 1973).

United States of America "New Directions in U.S. Water Policy," *Summary, Conclusions and Recommendations from the Final Report of the National Water Commission*, (Washington D.C.: U.S. Government Printing Office, 1973).

United Nations Publications

Teclaff, L., "Legal and Institutional Responses to Growing Water Demand" Food and Agriculture Organization of the United Nations, Legislative Study No. 14 (Rome: UN, 1977).

Groundwater Legislation in Europe, Food and Agriculture Organization of the United Nations (Rome: UN, 1964).

Internet Resources

International Joint Commission, *Protection of the Waters of the Great Lakes*, Interim Report to the Governments of Canada and the United States, <<http://www.ijc.org/boards/cde/interimreport/interimreporte.html>> (date accessed: 16 September 1999).

O'Malley, M. & A. Mulholland, "Indepth: Canada's Water" Online: CBC News Online <<file:///A/water.html>> (date accessed: 10 October 1999).