

demjenigen des Gerichtsortes befindet und der Richter oder die Gegenpartei diesen Ort kennt, selbst dann nach Art. 81 Abs. 2 SchKG als mangelhaft gilt, wenn sie nach dem kantonalen Prozessrecht des Gerichtsortes zulässig ist (BGE 20 S. 294 ; 23 S. 62). Aber auch der Umstand, dass der Aufenthaltsort der vorzuladenden Partei der Gegenpartei und dem Richter unbekannt ist, genügt regelmässig noch nicht, damit eine Vorladung durch öffentliche Bekanntmachung, von der nicht feststeht, dass sie der vorzuladenden Person zu Gesicht gekommen ist, der Garantie des rechtlichen Gehörs entspricht ; sondern es muss in der Regel noch dazu kommen, dass es dem Richter oder der Gegenpartei trotz aller zweckmässigen, der Sachlage entsprechenden Nachforschungen nicht gelungen ist, den Aufenthaltsort herauszufinden, oder dass solche Schritte offenbar nutzlos sind. Indem das Bundesrecht es für gewisse Zivilklagen zulässt, dass jemand vor einem andern Richter als demjenigen des Wohnsitzes belangt wird, und die Vollstreckbarkeit der Urteile über solche Klagen in der ganzen Schweiz vorsieht, geht es zweifellos davon aus, dass die Möglichkeit, jemanden, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, ohne vorhergehende Ermittlung seines Wohnsitzes zu belangen, nicht dazu führen darf, diesem das rechtliche Gehör durch Zulassung von Ediktalladungen ohne die erforderlichen Nachforschungen nach seinem Aufenthaltsort zu versagen (vgl. Entscheid des Bundesgerichts i. S. Meda gegen v. Känel vom 28. September 1928 S. 14).

Das Obergericht hat nun mit Recht angenommen, dass das Zivilgericht des Kantons Glarus oder die Rekurrentin es unterlassen habe, durch zweckmässiges Vorgehen den Aufenthaltsort des Rekursbeklagten zu ermitteln, und dass solche Nachforschungen sehr wohl zum Ziele hätten führen können. Die Rekurrentin hat nicht dargetan, dass sich aus dem Inhalt, den die von Advokat Schlittler dem Zivilgericht vorgelegten Aktenstücke nach ihrer Annahme hatten, das Gegenteil ergebe. Auch aus den Briefen vom

November 1928 und Januar 1929, die die Rekurrentin dem Bundesgericht vorlegt, geht nicht das Gegenteil hervor. Die Vorladung des Rekursbeklagten durch öffentliche Bekanntmachung war daher nicht regelrecht im Sinne des Art. 81 Abs. 2 SchKG ; die Rechtsöffnung ist somit vom Gerichtspräsidenten des Bezirkes Bülach mit Recht verweigert worden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Der Rekurs wird abgewiesen.

IV. GEWALTENTRENNUNG

SÉPARATION DES POUVOIRS

18. Arrêt du 4 avril 1930 dans la cause Vienne contre Conseil d'Etat du canton de Fribourg.

Séparation des pouvoirs. Litige portant sur un droit de prise d'eau pour alimenter une usine.

Pour résoudre la question de l'empiétement de l'autorité administrative sur le domaine de l'autorité judiciaire, il faut rechercher la nature véritable du litige sans s'arrêter à la façon dont l'autorité administrative l'a envisagé.

On est en présence d'un différend de droit civil lorsque l'intéressé prétend être au bénéfice d'un droit privé prévu par la loi et dont l'existence est contestée par la partie adverse, qu'il invoque, par exemple, une servitude de droit privé pour s'opposer à la suppression de la prise d'eau.

A. — Le recourant est propriétaire de la scierie « aux Cuassières », à Granges (Fribourg). La force motrice est fournie par la Biordaz, ruisseau qui, tout près de la scierie, passe sous le Pont du Vuaz dans un canal souterrain. En 1900, tout le terrain situé en amont du pont constituait un marais. A l'endroit même du pont, le

ruisseau s'étalait dans une légère dépression du sol et formait un petit lac de 20 à 30 cm. de profondeur. Une prise d'eau permettait d'actionner une turbine ; le canal d'adduction d'eau était souterrain. Le propriétaire de l'usine était au bénéfice d'un droit d'eau inscrit au registre foncier.

Vers la fin de l'année 1900, les propriétaires des marais de la Vuaz firent des démarches en vue de l'assainissement de ces marais. Des travaux furent exécutés en 1909 et 1910 avec le concours financier de l'Etat de Fribourg et de la Confédération. Le lit de la Biordaz fut abaissé et le lac supprimé. La prise d'eau n'avait dès lors plus d'utilité.

Le propriétaire de la scierie reçut de la Commune d'Attalens, le 30 octobre 1910, une indemnité de 12,067 fr. 45 c. « pour le droit de baisser le niveau de la Biordaz à la prise d'eau pour le moulin et à la scierie et frais de stipulation ». Le procès-verbal du Conseil communal, du 3 avril 1908, porte que Gabriel « accepte la somme de 12,000 fr. pour expropriation de son usine ». Le recourant conteste qu'il y ait eu expropriation. D'après lui, les 12,000 fr. furent payés à Gabriel pour lui permettre de faire de nouvelles installations.

De fait, en 1911, Gabriel a exécuté des travaux pour une somme de 18,000 fr., à savoir un barrage de 30 cm. de hauteur, un canal en béton et une roue motrice. L'inscription du droit d'eau au cadastre subsista. L'usine devint en 1916 la copropriété du recourant et en 1926 sa propriété exclusive.

Quelques années après l'établissement du barrage, les propriétaires de la région se plaignirent du fait que l'assainissement des marais était defectueux. En 1917 et 1918, les propriétaires de la scierie furent invités à enlever le barrage. Ils s'y opposèrent parce qu'ils n'avaient apporté aucune modification aux travaux exécutés par Gabriel, « d'entente avec l'autorité supérieure ».

Les riverains intéressés s'adressèrent aux autorités

cantonale et fédérale et, le 8 octobre 1929, le Conseil d'Etat du Canton de Fribourg ordonna la suppression du barrage.

B. — Léonard Vienne a formé contre cet arrêté un recours de droit public au Tribunal fédéral. Il conclut à l'annulation de l'arrêté attaqué et invoque entre autres moyens le suivant :

Le principe de la séparation des pouvoirs (art. 5, 31 et 59 Const. féd.) a été violé. Il s'agit d'un différend d'ordre civil (contestation d'une servitude) qui ressortit au tribunal civil. L'art. 734 Cpc frib. le statue.

C. — Le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — Le recourant reproche au Conseil d'Etat d'avoir violé le principe de la séparation des pouvoirs en statuant sur une contestation d'ordre civil qui ressortissait aux tribunaux ; il se plaint donc d'un empiétement du pouvoir administratif sur le domaine du pouvoir judiciaire.

En vertu des art. 59 const. cant. et 1^{er} Cpc, les « difficultés de droit privé » relèvent des tribunaux et, d'après ledit article de la constitution et les art. 731 et suiv. Cpc, « le contentieux de l'administration » est également « porté devant les tribunaux ordinaires, dans les formes de la procédure civile » ; seules les « difficultés purement administratives sont soumises au Conseil d'Etat » (art. 731, al. 2 Cpc).

Aux termes de l'art. 734, « en ce qui concerne les cours d'eau,

» Appartiennent aux tribunaux : toutes difficultés entre usiniers et riverains, relatives à des questions de propriété, de servitude, de titres privés et d'usage, dans lesquels l'intérêt administratif et de police n'est pas engagé (al. 2) ;

» Appartiennent aux autorités administratives : les demandes en autorisation d'usines et construction de digues et autres ouvrages d'art ; les contraventions commises sur les cours d'eau par les usiniers, riverains ou tiers ;

le curage des rivières, canaux, comme en matière de voirie ; les difficultés, prévues au précédent alinéa, entre usiniers et riverains, dans lesquelles l'intérêt administratif et de police est engagé » (al. 3).

Le Conseil d'Etat déduit sa compétence de l'art. 734 al. 3 ; il estime que le litige a sa source dans le droit public cantonal (concession de droit d'eau) et constitue une affaire purement administrative dont il lui appartient de connaître, car il ne prétend en aucune manière s'arroger les attributions du juge civil.

Pour résoudre la question de l'empiétement de l'autorité administrative sur le domaine de l'autorité judiciaire, il faut rechercher la nature véritable du litige sans s'arrêter à la façon dont le Conseil d'Etat l'a envisagé (RO 14 p. 574 et suiv. ; 23 p. 1508 ; 35 I p. 123 et suiv.).

La contestation porte sur le droit que le recourant prétend avoir d'utiliser l'eau de la Biordaz pour l'exploitation de sa scierie.

Pareil droit d'eau peut être de nature civile ou relever du droit public. Cette dernière hypothèse est réalisée notamment lorsque le droit repose sur une concession dans le sens de l'art. 299 de la loi fribourgeoise d'application du CCS. On est, au contraire, en présence d'un droit civil lorsqu'il se fonde sur un titre de droit privé et constitue, par exemple, une servitude (v. HUBER, Schweiz. Privatrecht III p. 634 ; REICHEL, rem. 2 c. sur art. 56 titre final CCS ; RO 48 I p. 595 et 596 ; 41 II p. 164 c. 4).

Le recourant soutient qu'on est en présence d'une servitude de droit privé. Le Conseil d'Etat le conteste, affirmant qu'il s'agit de la jouissance d'un bien du domaine public, soit d'un droit subjectif de nature publique. Ce qui détermine le caractère du litige, c'est le droit invoqué par le recourant et contesté par l'intimé. Le Tribunal fédéral a déjà jugé qu'un différend de droit civil existait chaque fois qu'une partie réclamait la reconnaissance d'un tel droit et que l'autre s'y refusait (RO 41 II p. 162 ; v. aussi 27 I p. 512 ; 43 I p. 207 et sv. ; LEEMANN, 2^e éd.,

rem. 26 sur art. 664 CCS). Or, le recourant et ses prédécesseurs n'ont jamais invoqué l'existence d'une concession de droit public, mais toujours celle d'une servitude pour établir leur droit au maintien de la prise d'eau pour l'exploitation de la scierie (cf. lettre du 30 avril 1918 adressée au Conseil d'Etat par Léon Dorthé ; rapport du Procureur général, du 23 mai 1918 ; rapport de l'ingénieur Ls Techtermann, du 17 février 1928). Lors donc que, dans la décision attaquée, le Conseil d'Etat observe que le recourant a rétabli le barrage sans être au bénéfice d'une concession selon l'art. 299 loi d'application du CCS, il relève un fait qui n'est pas en litige et qui ne peut, dès lors, déterminer la nature — de droit public ou de droit privé — de la contestation. D'après le droit auquel prétend le recourant, on est en présence d'un litige soumis au droit civil et ressortissant au juge (art. 59 const. cant. et art. 1 Cpc frib.).

Cette situation n'est pas modifiée par le motif suivant de l'arrêté du Conseil d'Etat : « L'art. 4 de la loi cantonale sur l'expropriation pour cause d'utilité publique dispose que l'expropriation entraîne une aliénation forcée, à moins que la dépossession n'ait lieu à l'amiable avant que l'expropriation ait été prononcée. Dans ce cas, il y a vente volontaire. Sur la base de cette disposition légale, on doit admettre que l'ancien propriétaire de la scierie, Gabriel, Jules, a vendu son droit d'eau à l'entreprise de drainage, qui l'a payé par l'entremise de la commune d'Attalens. Cette vente a eu pour effet de supprimer l'existence du droit d'eau. » En prononçant ainsi, le Conseil d'Etat n'a pas tranché une simple question *préjudicielle* de droit civil, mais la question litigieuse elle-même ; celle de l'extinction du droit d'eau ou de son maintien en faveur des ayants cause de Gabriel, en raison du fait que l'inscription au registre foncier n'a pas été radiée. Cette contestation est une contestation relevant du droit civil et du juge.

Celui qui s'estime lésé par l'érection du barrage doit

poursuivre par la voie du procès civil la radiation de l'inscription qui, à l'origine, concordait sans conteste avec le droit de prise d'eau exercé et qui est encore invoquée comme titre de droit civil établissant l'existence du droit d'eau. C'était aussi le point de vue du Procureur général dans son rapport du 23 mai 1918 à la Direction de l'Intérieur du Canton de Fribourg. Il proposait d'intenter *action* contre les propriétaires de la scierie « en vue de leur faire reconnaître qu'ensuite de l'expropriation par la Commune d'Attalens, le barrage doit être démolí . . . ». Il convient de remarquer qu'aux termes de l'art. 8 de la loi fribourgeoise de 1849, « l'expropriation . . . s'opère par *autorité de justice* » suivant une procédure spéciale dans laquelle les expropriés doivent être entendus. La question de savoir s'il y a eu ou non expropriation échappe donc aussi au Conseil d'Etat.

On ne pourrait nier l'existence d'un litige de droit civil que si la servitude invoquée par le recourant était inconciliable avec le droit en vigueur ou avec l'ancien droit civil fribourgeois, sous le régime duquel le recourant dit qu'elle a été constituée. Tel n'est pas le cas. Le Conseil d'Etat ne prétend point qu'il ait été impossible de constituer le droit de prise d'eau qui a été inscrit au registre ; il admet au contraire implicitement qu'un pareil droit a été créé puisqu'il soutient que « le droit d'eau » a été « supprimé » par la vente à l'entreprise de drainage (cf. aussi REICHEL, rem. 2 c. in fine sur art. 56 titre final CCS). Et si la servitude a été constituée en vertu de l'ancien droit civil cantonal, elle n'est pas devenue caduque lors de l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (v. l'art. 45 qui réserve expressément les droits privés des tiers).

S'agissant d'une « difficulté de droit privé », au sens de l'art. 1 Cpc, le Conseil d'Etat n'était pas compétent pour en connaître et sa décision doit être annulée.

2. — La solution n'est pas différente si l'on se place sur le terrain de l'art. 734 Cpc. Sans doute, l'alinéa 3

de cet article met-il dans la compétence du Conseil d'Etat les difficultés prévues par l'alinéa 2 « dans lesquelles l'intérêt administratif et de police est engagé », mais cette disposition ne peut s'interpréter dans ce sens que l'autorité administrative est compétente dès que l'administration a un intérêt quelconque à l'issue d'un litige. Si l'on veut donner un sens raisonnable et une portée pratique à la première partie de l'art. 734, il faut réserver à la compétence des tribunaux la question de l'*existence* même d'un droit de propriété, d'une servitude de droit privé, etc., l'autorité administrative ne pouvant intervenir que pour dire si l'exercice de ce droit, de cette servitude, etc., est contraire à des prescriptions de droit public. Autrement, on permettrait, par exemple, au Conseil d'Etat de s'ériger en juge dans un conflit où l'Etat se prétendrait propriétaire à l'encontre d'un particulier. Que cela n'est pas admissible résulte de la loi sur l'expropriation. L'expropriation n'étant possible que dans l'intérêt public, on pourrait toujours dire que cet intérêt est engagé et attribuer au Conseil d'Etat la compétence pour connaître de cette question. Or, précisément, elle est réservée aux tribunaux, comme on l'a déjà observé.

Le recours devant être admis en raison de la violation du principe de la séparation des pouvoirs, il est superflu d'examiner les autres moyens invoqués.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral :

admet le recours et annule l'arrêté attaqué.