

Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public

Hugo Cyr*

Les débats portant sur la nature et l'avenir de l'ensemble politique canadien sont souvent présentés comme étant des occasions d'affrontements entre deux groupes distincts : les souverainistes québécois qui voient dans l'État du Québec l'incarnation légitime de leur existence politique et un autre groupe dont les membres conçoivent plutôt la personnification de leur être politique commun dans le gouvernement d'Ottawa. Je qualifierai les membres de ce second groupe de « souverainistes canadiens ». Or, si bien des choses opposent ces deux camps, ils semblent toutefois être des alliés objectifs à l'encontre d'un troisième groupe dont ils ont tout intérêt à masquer l'existence : les fédéralistes qui conçoivent que tant l'État central que les États fédérés peuvent simultanément incarner des identités politiques légitimes pour les citoyens.

La possibilité d'une double allégeance politique est troublante pour les souverainistes québécois et canadiens. Les souverainistes québécois ont intérêt à nier la possibilité d'une véritable position fédéraliste afin de ne pas devoir remettre en question leurs arguments reposant sur l'idée que les décisions prises par Ottawa sont des décisions imposées par l'Autre. Si le gouvernement d'Ottawa n'est pas l'Autre mais tout autant une incarnation politique légitime du Moi, l'objectif sécessionniste perd son sens émancipatoire. Par ailleurs, les souverainistes canadiens, eux aussi, ont intérêt à gommer la possibilité d'une pensée fédérale. Tout d'abord, parce que les fédéralistes reconnaissent la possibilité d'une allégeance au gouvernement central, les souverainistes canadiens ont intérêt à les intégrer de manière à grossir leurs propres rangs. Mais aussi parce que la double allégeance soulève chez certains la suspicion

* LL.B., B.C.L. (McGill), LL.M. (Yale), LL.D. (U. de Montréal), professeur de droit public et de théorie du droit à la Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal et membre du Barreau du Québec. Le professeur Cyr est vice-président de la *Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique* et membre du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité au Québec (CRIDAQ). Cet article est tiré en majeure partie d'une traduction par Thanh-Tram Dang des pages 136 à 159 du livre Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers : Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, P.I.E. / Peter Lang, 2009 [Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers*]. Une version française complète du livre est en préparation et devrait être publiée en 2011 aux éditions Thémis sous le titre *Fédéralisme canadien et pouvoirs relatifs aux traités internationaux : le constitutionnalisme organique à l'œuvre*. L'auteur tient à remercier François Chevrette pour ses généreux conseils et ses suggestions constructives.

qu'il ne s'agit que d'une étape précédant un véritable transfert d'allégeance en faveur de l'État fédéré. En d'autres termes, la double allégeance ne serait que le symptôme d'une identité politique canadienne non entièrement assumée. On peut donc parler ici d'une sorte de pacte épistémique implicite entre souverainistes québécois et souverainistes canadiens pour effacer l'existence des fédéralistes canadiens¹.

Ce pacte épistémique d'exclusion de la pensée fédérale vient donc teinter les discussions et analyses portant sur l'étendue et l'usage des pouvoirs constitutionnels réservés à l'État central et aux États fédérés dans la Fédération canadienne. C'est notamment le cas en ce qui a trait à la question de savoir qui a compétence pour conclure des traités internationaux au Canada : ce pouvoir est-il réservé à l'État central ou est-il partagé avec les provinces?

Deux thèses principales s'affrontent sur cette question. La première prétend que seul le gouvernement d'Ottawa a la compétence constitutionnelle pour conclure des traités internationaux et ce, peu importe la matière visée par le traité. Ainsi, l'État central pourrait conclure des traités dont la matière relève autant de sa sphère de compétences législatives que de celles des États fédérés. Il s'agit de la thèse de la compétence exclusive et plénière du gouvernement central que l'on associe aux souverainistes canadiens. La seconde thèse prétend au contraire que la capacité de conclure des traités internationaux est, au Canada, partagée à l'image des compétences législatives. Or, une importante décision du Conseil Privé de Londres – l'*Affaire des conventions de travail*² – a entériné dès 1937 cette seconde thèse. Puisque le pouvoir de conclure des traités relève de la prérogative royale et que les prérogatives suivent, au Canada, la ligne de partage des compétences législatives³, le pouvoir de

¹ Kenji Yoshino analyse un pacte similaire d'effacement épistémique entre personnes hétérosexuelles et personnes homosexuelles à l'égard des personnes bisexuelles dans K. Yoshino, « The Epistemic Contract of Bisexual Erasure » (2000) 52 *Stan. L. Rev.* 353. Des mécanismes de défense semblables seraient à l'œuvre afin d'exclure la possibilité d'un attachement à la fois auprès des personnes de même sexe et des personnes de sexe opposé. En d'autres mots, les personnes homosexuelles et hétérosexuelles seraient en quelque sorte des alliés objectifs dans leur tentative d'exclure la possibilité d'une double attirance.

² *Canada (A.G.) v. Ontario (A.G.)*, [1937] A.C. 326, [1937] 1 W.W.R. 299, [1937] 1 D.L.R. 673 (P.C.) [ci-après : *Affaire des conventions de travail*].

³ *Liquidators of the Maritime Bank v. New Brunswick (Receiver-General)*, [1892] A.C. 437; *Canada (A.G.) c. Ontario (A.G.)*, [1894] 23 R.C.S. 458; *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. R.*, [1916] 1 A.C. 566 (P.C.), p. 580; *Reference re Adoption Act (Ontario)*, [1938] R.C.S. 398; *Canada c. Carroll*, [1948] R.C.S. 126; *British Columbia Power Corporation c. British Columbia Electric Company*, [1962] R.C.S. 642, p. 644; *Amax Potash c. Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61, p. 71; *Canada (P.-G.) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Air Canada c. Colombie-Britannique (P.-G.)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, par. 23; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 56. Voir aussi : Lorne Giroux, « La capacité internationale des provinces en droit

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

conclure un traité portant sur une matière donnée relèverait du même palier gouvernemental que celui ayant pouvoir de légiférer sur celle-ci. La conclusion d'un traité relèverait donc du palier ayant la compétence constitutionnelle pour légiférer à l'endroit de son objet. Cette prétention est aussi connue sous le nom de « thèse Gérin-Lajoie » en l'honneur du vice-premier ministre du Québec qui l'a publiquement défendue devant le corps diplomatique réuni à Montréal pour l'occasion en 1965.

La « thèse Gérin-Lajoie » est aujourd'hui défendue tant par les fédéralistes que par les souverainistes québécois mais ce, pour des motifs fort différents. Les fédéralistes québécois, tout comme Paul Gérin-Lajoie et ses successeurs au Parti libéral du Québec, affirment de manière constante que le pouvoir du Québec de conclure des traités relatifs aux matières relevant de ses champs de compétences est déjà reconnu par le droit constitutionnel canadien. Ce pouvoir constitutionnel n'affecterait en rien l'organisation fédérale du Canada puisque la reconnaissance d'un tel pouvoir aux provinces ne constitue pas une affirmation de la « souveraineté » des États fédérés. Il s'agirait simplement d'un pouvoir nécessaire afin d'optimiser la capacité des États de gouverner relativement aux objets qui sont les leurs.

Les souverainistes québécois, eux, s'appuient sur cette thèse dans l'espoir d'atteindre au moins trois objectifs distincts. Premièrement, ils avancent l'idée que tout pouvoir supplémentaire reconnu au Québec est une bonne chose. Deuxièmement, ils espèrent qu'en confrontant les souverainistes canadiens sur cet enjeu, ils sauront produire une tension entre ces derniers et les fédéralistes québécois. En effet, l'opposition des souverainistes canadiens à la reconnaissance de pouvoirs provinciaux en matière de traités aurait pour effet d'éloigner certains fédéralistes québécois de leurs rangs, au profit des rangs souverainistes québécois. Par ailleurs, pour accentuer le rejet de la « thèse Gérin-Lajoie » par les souverainistes canadiens, les souverainistes québécois appuient cette thèse en la présentant comme un pas de plus vers la souveraineté pleine et entière du Québec. Ce type d'affirmation vise à atteindre un troisième objectif qui est celui de donner plus de crédibilité à la thèse souverainiste selon laquelle un Québec indépendant serait rapidement reconnu par les autres États du monde.

constitutionnel canadien » (1967-1968) 9 C. de D. 241 et Jacques-Yvan Morin, « La conclusion d'accords internationaux par les provinces canadiennes à la lumière du droit comparé » (1965) 3 A.C.D.I. 127.

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

Les souverainistes canadiens qui avancent la thèse de la compétence exclusive et plénière du gouvernement central s'appuient essentiellement sur quatre arguments juridiques principaux⁴. Tous ces arguments sont aussi peu convaincants les uns que les autres. Toutefois, seul l'argument relatif aux rapports entre le droit constitutionnel canadien et le droit international public sera examiné ici⁵. Cet argument se décompose en cinq prémisses :

1. Le Canada est maintenant un « État souverain »;
2. La Constitution canadienne doit nécessairement obéir aux règles du droit international;
3. Les « États souverains » ont une personnalité internationale unique et indivise;
4. Seule la personne internationale qu'est l'État « entièrement souverain » a la capacité de conclure des traités en droit international;
5. Puisque seul l'État central est habilité à parler au nom de l'ensemble du Canada, il est nécessairement le seul à pouvoir conclure des traités.

Nous pouvons être d'accord avec le point (1) – dans la mesure où le terme « souveraineté » a encore un sens aujourd'hui –, toutefois, les points (2) (conformité obligatoire du droit constitutionnel au droit international), (3) (personnalité unique et indivise des États) et (4) (exclusivité des États « entièrement souverains » à pouvoir conclure des traités) sont tout simplement faux. L'énoncé (5) (seul l'État central peut conclure des traités internationaux pour la Fédération), quant à lui, constitue ou bien une pétition de principe s'il se veut un énoncé de droit constitutionnel canadien car il présume ce qu'il tente de démontrer ou bien un énoncé erroné en droit international public.

Ces conclusions ont pour conséquence de renvoyer dos à dos souverainistes canadiens et québécois : la reconnaissance du pouvoir des États fédérés de conclure des traités en droit constitutionnel canadien n'est ni une menace au système fédéral,

⁴ Voir Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers*, *supra* note préliminaire *, p. 104-159.

⁵ Sur cet argument, voir par exemple : Bora Laskin, « The Provinces and International Agreements » dans Ontario, Ontario Advisory Committee on Confederation, *Background Papers and Reports*, vol. 1, Toronto, Queen's Printer, 1967 [ci-après : Laskin, « The Provinces and International Agreements »], p. 108; Jean-Yves Grenon, « De la conclusion des traités et de leur mise en œuvre au Canada » (1962) 40 R. du B. can. 151 [ci-après : Grenon, « De la conclusion des traités et de leur mise en œuvre au Canada »] et Gerald Morris, « The Treaty-Making Power : A Canadian Dilemma » (1967) 45 R. du B. can. 478.

ni un pas en direction d'une reconnaissance internationale d'un État indépendant du Québec.

Ce texte vise donc à démontrer le fondement de ces conclusions en examinant tout d'abord les rapports qu'entretiennent le droit international et le droit constitutionnel au Canada (I.), pour ensuite démontrer que n'appuient pas non plus la position des souverainistes canadiens ni les arguments relatifs à la supposée personnalité internationale unique et indivisible des États (II.), ni ceux relatifs aux supposés pouvoirs exclusifs des États souverains (III.) et de leurs États centraux (IV.) à conclure des traités internationaux. Du même coup, cette démonstration nous permettra aussi de comprendre pourquoi la reconnaissance d'une capacité de conclure des traités internationaux ne sert pas nécessairement les intérêts stratégiques des souverainistes québécois. Comme on le verra, le droit international public est tout à fait favorable à une position fédéraliste en matière de conclusion de traités, n'en déplaie aux souverainistes – canadiens ou québécois.

Débutons donc avec la prétention que le droit constitutionnel canadien est ou doit être subordonné au droit international.

1. Les rapports hiérarchiques entre le droit constitutionnel canadien et le droit international public

La première composante de l'argument des souverainistes canadiens se fonde sur la prémisse que la Constitution canadienne doit nécessairement – du point de vue du droit interne canadien – se conformer aux règles du droit international public. Bien que d'aucuns puissent espérer que ce soit le cas – à tout le moins, du point de vue du droit international –, cela ne reflète tout simplement pas la réalité du droit constitutionnel canadien. Nous en ferons la démonstration en analysant brièvement comment le droit international est incorporé au droit canadien.

Les auteurs ayant fouillé la question s'entendent pour dire que les précédents canadiens (ou britanniques) relatifs au droit international coutumier – à l'opposé du droit international conventionnel – adhèrent à la théorie de l'*adoption*⁶. Cela signifie

⁶ Les décisions les plus souvent citées sont les suivantes : *Bwot v. Barbut*, (1736) 3 Burr. 1481; *Triquet v. Bath*, (1774) 3 Burr. 1478; *R. v. Chung Chi Cheung*, [1939] A.C. 160 [ci-après : *R. v. Chung Chi Cheung*] (décision considérée comme souscrivant à la doctrine de l'adoption par David C. Vanek, « Is International Law Part of the Law of Canada? » 1949-50) 8 U.T.L.J. 251 [ci-après : Vanek, « Is International Law Part of the Law of Canada? »] *contra* : James Crawford, (1976-77) 48 Brit. Y.B. Int. L. 357; *Dunbar v. Sullivan*,

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

que les règles du droit international coutumier sont automatiquement adoptées en droit interne sans avoir à être transformées en normes locales à l'aide du processus législatif. La Cour suprême a récemment confirmé cette position dans l'affaire *R. c. Hape*⁷. Toutefois, il est aussi reconnu qu'une règle de droit international coutumier devra céder devant une règle claire de common law⁸ et, *a fortiori*, aux fins de protéger

(1907) 11 Ex. C.R. 179, p. 188; *Trendtex Trading Corporation Ltd v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 All E.R. 881, p. 903 (autorisation de pourvoi devant la Chambre des lords accueillie, mais l'affaire a été réglée hors cour) [ci-après : *Trendtex*]; *I. Congreso del Partido*, [1978] 1 Q.B. 500 (A.C. U.K.); *The Ship "North" v. The King*, (1906) 37 R.C.S. 385 [ci-après : *The Ship "North" v. The King*], p. 394 (le juge Davies s'exprimant au nom de la majorité); *In the Matter Of a Reference As To The Powers Of The Corporation Of The City Of Ottawa And The Corporation Of The Village Of Rockcliffe Park To Levy Rates On Foreign Legations And High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208 [ci-après : *Affaire sur les légations étrangères*] (M. Cohen et A. Bayefsky ont fait remarquer dans « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and International Law » (1983) 61 R. du B. can. 265 [ci-après : Cohen et Bayefsky, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and International Law »], p. 277, que malgré certaines ambiguïtés, cette décision tend à être interprétée par les auteurs comme se ralliant à l'approche de l'adoption : voir R. St. John MacDonald, « The Relationship Between International Law and Domestic Law in Canada » dans Ronald St. John MacDonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, dir., *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, p. 88 [ci-après : St. John MacDonald, « The Relationship Between International Law and Domestic Law in Canada »] aux pp. 101-102; Vanek, « Is International Law Part of the Law of Canada? », p. 277-279; Francis Rigaldies et Jose Woehrling, « Le juge interne canadien et le droit international » (1980) 21 C. de D. 293 [ci-après : Rigaldies et Woehrling, « Le juge interne canadien et le droit international »], p. 303. Voir également : William A. Schabas, *International Human Rights Law and the Canadian Charter – A Manual for the Practitioner*, 1^{re} éd., Toronto, Carswell, 1991, p. 19; *Reference Re Exemption of U.S. Forces from Canadian Criminal Law*, [1943] R.C.S. 483, [1943] 4 D.L.R. 11, p. 41 (le juge Taschereau) (malgré certaines ambiguïtés, cette décision est elle aussi considérée par les auteurs comme promouvant la doctrine de l'adoption : voir Cohen et Bayefsky, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and International Law », p. 278; St. John MacDonald, « The Relationship Between International Law and Domestic Law in Canada »; Vanek, « Is International Law Part of the Law of Canada? », p. 285; et John Claydon, « The Application of International Human Rights Law by Canadian Courts » (1981) 30 Buff. L. R. 727, p. 730); *Municipality of Saint John c. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] R.C.S. 263; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3^e) 675 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême rejetée, [2005] 1 R.C.S. vi); *Re Alberta Union of Provincial Employees v. R.*, (1981) 120 D.L.R. (3^e) 590 (B.R. Alberta) (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême rejetée : 7 décembre 1981).

⁷ *R. c. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 39, juge LeBel (avec le concours de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Fish et Charron) [ci-après : *R. c. Hape*] :

À mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la doctrine de l'adoption s'applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law.

⁸ *Chung Chi Cheung*, *supra* note 6, p. 168; Cohen et Bayefsky, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and International Law », *supra* note 6, p. 276; Rigaldies et Woehrling, « Le juge interne canadien et le droit international », *supra* note 6, p. 304.

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

la « souveraineté parlementaire »⁹ et de respecter le principe de la séparation des pouvoirs, devant une disposition législative claire¹⁰. Le droit international coutumier peut donc, en l'absence d'une disposition législative claire ou d'une règle de common law établie à l'effet contraire, servir de source subsidiaire ayant une force contraignante.

Une règle de droit international coutumier peut aussi servir d'outil interprétatif. Il existe en effet une présomption suivant laquelle le Parlement et les législatures ne souhaitent pas légiférer à l'encontre du droit international coutumier ou du droit des traités¹¹. Récemment, les juges majoritaires de la Cour suprême ont réaffirmé l'existence d'une telle présomption dans des termes non équivoques :

⁹ L'expression est évidemment une hyperbole qui joue le rôle d'idée régulatrice dans les pays du Commonwealth britannique. Elle énonce essentiellement que le Parlement est légalement supérieur aux tribunaux et au monarque (bien que Sa majesté soit une partie constitutive du Parlement) et, partant, peut légiférer comme bon lui semble. Évidemment, dans des pays comme le Canada, ces pouvoirs législatifs sont limités par une série de contraintes constitutionnelles enchâssées dans leurs constitutions (par exemple, le partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales, la *Charte des droits et libertés*, les formules d'amendement, etc.). Sur l'histoire de cette idée, voir Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

¹⁰ R. c. *Hape*, *supra* note 7, par 53 :

Selon un principe d'interprétation législative bien établi, une loi est réputée conforme au droit international. Cette présomption se fonde sur le principe judiciaire selon lequel les tribunaux sont légalement tenus d'éviter une interprétation du droit interne qui emporterait la contravention de l'État à ses obligations internationales, sauf lorsque le libellé de la loi commande clairement un tel résultat.

Voir aussi : *Mortensen v. Peters*, (1906) 14 Scots L.T.R. 227; *British Columbia Electric Ry v. R.*, [1946] A.C. 527; *Reference re Japanese Canadians*, [1947] A.C. 87, p. 104; *Gordon v. R.*, [1980] 5 W.W.R. 668 à la p. 671 (B.C.S.C.), (1980) 22 B.C.L.R. 17 (B.C. C.A.) (appel rejeté sur un autre motif); *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 39 [ci-après : *GreCon Dimter c. J.R. Normand*].

¹¹ Voir par exemple : *Affaire sur les légations étrangères*, *supra* note 6; *Daniels c. R.*, [1968] R.C.S. 517; *Society of Composers Authors and Publishers Association of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676; R. c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *National Corn Growers Association c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371-1372, le juge Gonthier [ci-après : *National Corn Growers Association*]; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, p. 1019-1022, le juge Bastarache [ci-après : *Pushpanathan*]; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62, par. 50 [ci-après : *Schreiber c. Canada*]; *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116, p. 141-143 (R.-U.) (Lord Diplock); *Bloxam v. Favre*, (1883) 8 P.D. 101.

La même présomption s'applique au *Code civil du Québec* (*GreCon Dimter c. J.R. Normand*, *supra* note 10). L'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-71 [ci-après : *Baker*] présente un intérêt particulier en ce que les juges majoritaires de la Cour suprême ont statué que même s'il s'agit de traités *non mis en œuvre*, « [les] valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire ».

Voir aussi F. Rigaldies et J. Woehrling, « Le juge interne canadien et le droit international », *supra* note 6, p. 308; Cohen et Bayefsky, « The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and International Law », *supra* note 6, p. 280-281; A. Bayefsky, « International Human Rights Law in Canadian Courts » dans Irwin Cotler et Pearl Éliadis, dir., *International Human Rights Law – Theory and Practice*, Montréal, CHRF, 1992, 115, p. 120; Samuel G.G. Edgar, dir., *Craies On Statute Law*, 6^e éd., Londres (R.-U.), Sweet and Maxwell, 1963, p. 461 et

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

Selon un principe d'interprétation législative bien établi, une loi est réputée conforme au droit international. Cette présomption se fonde sur le principe judiciaire selon lequel les tribunaux sont légalement tenus d'éviter une interprétation du droit interne qui emporterait la contravention de l'État à ses obligations internationales, sauf lorsque le libellé de la loi commande clairement un tel résultat. Dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 422, R. Sullivan explique que la présomption comporte deux volets. D'une part, l'organe législatif est présumé agir conformément aux obligations du Canada en tant que signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale. Appelé à choisir entre diverses interprétations possibles, le tribunal doit éviter celles qui emporteraient la violation de ces obligations. D'autre part, l'organe législatif est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel. Le tribunal privilégie donc l'interprétation qui reflète ces valeurs et ces principes, lesquels font partie du contexte d'adoption des lois. La présomption est toutefois réfutable. [...] La présomption s'applique également au droit international coutumier et aux obligations issues de traités¹².

Par exemple, dans l'*Affaire sur les légations étrangères*¹³, la Cour suprême a eu recours à une « interprétation atténuée »¹⁴ d'un règlement municipal en matière de taxation en Ontario pour exclure les ambassades de sa portée, et ce, afin de se conformer à la coutume relative à l'immunité diplomatique. Les lois doivent donc être interprétées

suiv.; Peter St. J. Langan, dir., *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12^e éd., Londres (R.-U.), Sweet and Maxwell, 1969, p. 152 et suiv.; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 2000, p. 367-368; Hugh Kindred, « Canadians as Citizens of the International Community : Asserting Unimplemented Treaty Rights in the Courts » dans Stephen G. Coughlan et Dawn Russell, dir., *Citoyenneté et participation à l'administration de la justice / Citizenship and Citizen Participation in the Administration of Justice*, Montréal, Thémis, 2001 [ci-après : Coughlan et Russell, dir., *Citoyenneté et participation à l'administration de la justice*], 265, p. 269; Stephen J. Toope, « The Uses of Metaphor : International Law and The Supreme Court of Canada » (2001) 80 R. du B. can. 534, reproduit dans Coughlan et Russell, dir., *Citoyenneté et participation à l'administration de la justice*, p. 294.

¹² R. c. *Hape*, *supra* note 7, par. 53-54. Dans *Baker*, *ibid.* par. 70, les juges majoritaires de la Cour, citant avec approbation une édition antérieure de l'œuvre de Driedger et Sullivan (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994, p. 330), sont allés plus loin qu'ils ne l'ont fait dans *R. v. Hape* relativement au rôle des « valeurs et [des] principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel » en affirmant ceci : « Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. » (Soulignement de la Cour suprême.)

¹³ *Supra* note 6.

¹⁴ Malgré l'absence apparente d'une telle intention dans la loi provinciale et dans le règlement municipal, la Cour suprême a interprété les textes en question comme excluant implicitement les ambassades de leur portée.

de manière à ce qu'elles soient conformes au droit international à moins que leur texte pointe clairement en direction d'une autre lecture.

Cette présomption à l'encontre de la violation du droit international suppose que les pouvoirs délégués par le Parlement ou les législatures ne doivent pas déroger à une norme internationale coutumière ou issue de traités, sauf disposition législative expresse à l'effet contraire¹⁵. En fait, si le Parlement est réputé ne pas vouloir violer le droit international, *a fortiori* il est réputé ne pas déléguer les pouvoirs pour ce faire. Nous pouvons donc affirmer que le droit international a généralement préséance sur la législation déléguée (soit les règlements) en ce que le Parlement ne prévoit que rarement la possibilité d'aller à l'encontre du droit international, de façon implicite ou explicite. Évidemment, il pourrait s'agir là d'un outil puissant pour la mise en œuvre du droit international à l'ère de l'État réglementaire.

Quoi qu'il en soit, les développements précédents constituent la base sur laquelle certains auteurs fondent leur prétention portant que le Parlement canadien et les législatures provinciales sont liés par le droit international. Par exemple, Vanek¹⁶ estimait que ni le Canada ni les provinces ne pouvaient légiférer en violation du droit international, compte tenu de la présomption selon laquelle un pouvoir délégué par le Parlement britannique n'emporte pas le pouvoir de légiférer à l'encontre du droit international, sauf mention expresse. Comme la *Loi constitutionnelle de 1867* ne contient aucune mention de ce genre, il s'ensuivrait qu'on ne peut adopter des lois au Canada non conformes au droit international. Cet argument semble difficile à défendre à la lumière de l'indépendance du Canada et du *Statut de Westminster*, et il ne tient pas compte du fait que les pouvoirs législatifs dont sont investis le Canada et les provinces ne leur sont pas « délégués », à proprement parler, ainsi qu'en faisait état le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Hodge v. R.*¹⁷.

¹⁵ Voir par exemple : D.C. Vanek, « Is International Law Part of the Law of Canada? », *supra* note 6; Gerald V. La Forest, « May the Provinces Legislate in Violation of International Law? (1961) 39 R. du B. can. 78 [ci-après : La Forest, « May the Provinces Legislate in Violation of International Law? »]; Rigaldies et Woehrling, « Le juge interne canadien et le droit international », *supra* note 6, p. 308.

¹⁶ Vanek, « Is International Law Part of the Law of Canada? », *ibid.*, p. 263.

¹⁷ *Hodge v. R.*, [1883-84] 9 A.C. 117. Dans *Queen v. Burah*, (1878) 3 A.C. 889 (C.P.), p. 904-905, le Conseil privé avait affirmé ceci à propos des législatures « subordonnées » créées par le Parlement impérial :

The Indian legislature has powers expressly limited by the Act of the Imperial Parliament which created it, and it can, of course, do nothing beyond the limits which circumscribe these powers. But, when acting within those limits, *it is not in any sense an agent or delegate of the Imperial Parliament, but has, and was intended to have, plenary powers of legislation, as large, and of the same nature, as those of Parliament itself.* (Je souligne.)

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

Il convient de noter ici que même si on retenait les arguments avancés par Vanek, ceux-ci pourraient seulement servir à *limiter* les pouvoirs fédéral et provinciaux, mais non à les *octroyer*. Il faudrait par conséquent que les souverainistes canadiens développent un autre argument relatif à la capacité du droit international de *conférer* des pouvoirs constitutionnels afin d'expliquer comment celui-ci aurait pu attribuer à l'État central un pouvoir exclusif et plénier de conclure des traités.

En fin de compte, après avoir systématiquement essuyé les critiques des universitaires, les arguments de Vanek ont été à leur tour rejetés par la Cour suprême. Par exemple, dans *Succession Ordon c. Grail*, la Cour s'est exprimée ainsi :

Bien que le droit international ne lie pas le Parlement ni les législatures provinciales, le tribunal doit présumer que la législation est conçue de manière qu'elle respecte les obligations qui incombent au Canada en vertu des instruments internationaux et en sa qualité de membre de la communauté internationale¹⁸.

Même si les arguments de Vanek ont échoué, ils nous invitent à nous interroger sur la pertinence du recours aux règles générales relatives à l'incorporation du droit international dans le contexte du *droit constitutionnel*. C'est ici que les règles diffèrent. La règle générale au Canada régissant l'interaction entre le droit international et la Constitution canadienne a été énoncée par le juge en chef Dickson, dans un passage célèbre du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)* :

Les diverses sources du droit international des droits de la personne – les déclarations, les pactes, les conventions, les

Cette dernière affirmation a été citée avec approbation par une Cour suprême unanime dans *Reference Re : Saskatchewan Natural Resources*, [1931] R.C.S. 263.

Lorsqu'il était doyen, le juge Rand estimait lui aussi que les provinces ne pouvaient légiférer à l'encontre du droit international au motif que la compétence en matière d'affaires étrangères était du ressort exclusif du Dominion (Ivan C. Rand, « Some Aspects of Canadian Constitutionalism » (1960) 38 R. du B. can. 135, p. 143-144). Il est difficile de réconcilier cette proposition avec la décision rendue dans *L'Affaire sur les conventions de travail*, *supra* note 2, vu qu'on y a reconnu le pouvoir des provinces de mettre en œuvre les traités relevant de leurs compétences. Lorsqu'il était professeur, le juge La Forest défendait lui aussi la thèse selon laquelle les provinces ne pouvaient légiférer à l'encontre du droit international en invoquant la doctrine constitutionnelle de l'extra-territorialité et, subsidiairement, les motifs qu'a fait valoir Vanek (La Forest, « May the Provinces Legislate in Violation of International Law? », *supra* note 15, p. 81-87). La doctrine de l'extra-territorialité ne nous est guère utile en l'espèce puisque, pour reprendre les termes du juge La Forest, celle-ci « was developed to prevent violations of international law by the colonies » – ce qui pouvait entraîner la responsabilité de la « mère-patrie ». On ne peut affirmer que les provinces sont des « colonies or dependencies » du gouvernement fédéral. Nous examinons plus attentivement d'autres arguments relatifs à l'extra-territorialité dans Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers*, *supra* note préliminaire *, p. 239-252.

¹⁸ *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137, les juges Iacobucci et Major s'exprimant au nom de la Cour (je souligne).

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières – doivent, à mon avis, être considérées comme des *sources pertinentes et persuasives* quant [sic] il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte [canadienne des droits et libertés]*. [...]

Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la *Charte [canadienne des droits et libertés]*. [...]

En somme, *bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la Charte [canadienne des droits et libertés], il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne*¹⁹.

Autrement dit, quelles que soient les règles d'interprétation des lois ou de la common law, lorsqu'il s'agit de l'interprétation constitutionnelle, le droit international n'est rien de plus qu'une « source pertinente et persuasive ». Cela signifie qu'il ne constitue *pas une source subsidiaire contraignante*. Ainsi, le droit international ne remédie pas automatiquement aux lacunes que pourrait comporter le texte de la Constitution, comme ce pourrait être le cas avec la common law, qui est de nature infra-constitutionnelle.

¹⁹ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 [*P.S.A.C.*], p. 348-350, le juge en chef Dickson et la juge Wilson (dissidents quant au résultat mais non sur ce point) (je souligne). Cette affirmation a été citée avec approbation par les juges Gonthier, Cory et Iacobucci (dissidents sur un autre point) dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, par. 160 [ci-après : *R. c. Zundel*] et par la juge à la retraite L'Heureux-Dubé (Claire L'Heureux-Dubé, « From Many Different Stones : A House of Justice » (2003) 41 Alta. L. Rev. 659). L'utilisation du droit international comme simple « source persuasive » pour interpréter la Constitution a fait l'objet de plusieurs écrits; voir par exemple : Ken Norman, « Practising What We Preach in Human Rights : A Challenge in Rethinking for Canadian Courts » (1991) 55 Sask. L. Rev. 289; Anne Bayefsky, *International Human Rights Law, Use in Canadian Charter of Rights and Freedom Litigation*, Toronto, Butterworths, 1992 [ci-après : A. Bayefsky, *International Human Rights Law, Use in Canadian Charter of Rights and Freedom Litigation*]; William A. Schabas, *International Human Rights Law and the Canadian Charter*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1996; Daniela Bassan, « The Canadian Charter and Public International Law : Redefining the State's Power to Deport Aliens » (1996) 34 Osgoode Hall L.J. 583; William Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada » (2000) 79 R. du B. can. 174; Karen Knop, « Here and There : International Law in Domestic Courts », (2000) 32 N.Y.U.J. Int'l Law & Pol. 501; G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, New York, Kluwer Law International, 2002, 91; Gaile McGregor, « The International Covenant on Social, Economic, and Cultural Rights : Will It Get Its Day in Court? » (2002) 28 Man. L.J. 321; Anne W. La Forest, « Domestic Application of International Law in Charter Cases : Are We There Yet? » (2004) 37 U.B.C. L. Rev. 157; Irit Weiser, « Undressing The Window : Treating International Human Rights Law Meaningfully in the Canadian Commonwealth System » (2004) 37 U.B.C. L. Rev. 113.

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

Toutefois, la Cour suprême a récemment repris une autre affirmation tirée de l'opinion du juge en chef Dickson pour renforcer le rôle du droit international dans le contexte de l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰. Dans un énoncé difficile à concilier avec le passage reproduit plus haut, le juge en chef a écrit qu'il « croi[t] qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne »²¹. La croyance du juge en chef a été reprise vingt ans plus tard par une majorité de la Cour, qui s'est exprimée en ces termes : « il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne »²². Et cette présomption s'est à son tour transformée en injonction pour les tribunaux : « *Lorsque le libellé exprès de la Charte le permet*, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international »²³.

Si la présomption dont nous venons de discuter doit continuer de faire partie du droit constitutionnel canadien, il faut la considérer comme une exception particulière à la règle générale et restreindre son application au domaine de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁴. En effet, quelle que soit la solution applicable aux normes infra-constitutionnelles, il existe de sérieuses considérations de principe d'ordre constitutionnel qui militent en faveur du maintien de la position initiale de la Cour suprême sur le rôle du droit international à l'égard de la Constitution. Tout d'abord, en limitant l'influence du droit international à une simple source « pertinente et persuasive », plutôt qu'une source contraignante de droit constitutionnel, cette règle permet de s'assurer que la conclusion d'un traité par l'exécutif ne puisse avoir pour effet d'en constitutionnaliser le contenu et ne puisse ainsi permettre à ce dernier de

²⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après : *Charte canadienne des droits et libertés*].

²¹ *P.S.A.C.*, *supra* note 19, par. 59.

²² *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70. Voir également par. 79.

²³ *R. c. Hape*, *supra* note 7, par. 56 (je souligne). L'arrêt *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, p. 527 est probablement un bon exemple de cas où le libellé de la disposition ne permettait pas l'application de la présomption. Dans cette affaire, la Cour a conclu que même si l'alinéa 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissait clairement moins de droits que l'article 15 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171, Can. T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368 (entrée en vigueur le 23 mars 1976, accession par le Canada le 19 mai 1976) [*I.C.C.P.R.*] (auquel le Canada a accepté d'être lié), cette norme internationale n'était pas pertinente aux fins de l'interprétation de la directive claire contenue dans la Constitution.

²⁴ *Supra* note 20.

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

contourner indirectement l'application des formules d'amendement prévues à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D'autre part, cette règle permet d'éviter que des modifications aux normes internationales coutumières ne donnent lieu à des modifications constitutionnelles sans l'assentiment des Canadiens. Autrement dit, on évite de conférer à des tiers le pouvoir d'amender la constitution canadienne. En effet, quoiqu'on pense de la validité de la doctrine de l'« objecteur persistant » en droit international²⁵, il n'en demeure pas moins qu'une fois la règle coutumière intégrée à la Constitution canadienne, il serait passablement difficile pour les Canadiens de modifier la nouvelle règle constitutionnelle – celle-ci étant désormais assujettie aux mêmes formules d'amendement que toute autre règle constitutionnelle.

Quoi qu'il en soit, même si nous devons appliquer la norme infra-constitutionnelle d'incorporation du droit international pour combler les lacunes dans un texte, le droit international ne pourrait servir à supplanter les règles de common law claires et bien établies. Il ne pourrait ainsi supplanter la règle de common law reconnaissant le parallélisme des prérogatives de l'exécutif et de la compétence législative.

L'analyse de l'argument des souverainistes canadiens pourrait – et devrait – donc s'arrêter ici. Cependant, pour bien vider la question, nous aborderons les trois autres propositions défendues par ces souverainistes en débutant par celle selon laquelle les « États souverains » auraient une personnalité internationale unique et indivise.

2. Les « États souverains », les fédérations et la personnalité internationale

Cette deuxième composante de l'argument repose sur une erreur répandue qui a eu cours longtemps chez les publicistes²⁶ et qui consistait à confondre « État souverain » et « personnalité internationale »²⁷. Or, si l'État souverain a la

²⁵ Suivant la doctrine de l'« objecteur persistant », un État n'est pas lié par une règle coutumière de droit international s'il s'y est constamment opposé avant que cette règle ne soit fermement établie à ce titre. Voir *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, [1951] C.I.J. rec. 116, p. 139; Ted L. Stein, « The Approach of a Different Drummer : The Principle of the Persistent Objector in International Law » (1985) 26 *Harv. Int'l L.J.* 457 et Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 10. Mais voir également Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca (N.Y.), Cornell University Press, 1971, p. 233-263; Jonathan Charney, « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law » (1986) 56 *Brit. Y.B. Int'l L.* 1 et Jonathan Charney, « Universal International Law » (1993) 87 *Am J Intl L.* 529, p. 538-542.

²⁶ Voir par exemple Laskin, « The Provinces and International Agreements », *supra* note 5, p. 108 et Grenon, « De la conclusion des traités et de leur mise en œuvre au Canada », *supra* note 5.

²⁷ Voir Armand L.C. de Mestral, « Le Québec et les relations internationales » dans Pierre Patenaude, dir., *Québec – Communauté française de Belgique*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, 209, p. 220, analysant la confusion entre « souveraineté étatique » et « personnalité internationale ».

personnalité internationale, toutes les entités ayant la personnalité internationale ne sont pas des États souverains. La « personnalité internationale » consiste en un statut juridique auquel est rattachée la capacité d'assumer des droits et des obligations en droit international. Or, le droit international public gouverne une panoplie d'entités diverses ayant toutes sortes de droits, pouvoirs et obligations²⁸. La Cour internationale de justice reconnaissait explicitement ce phénomène dès 1948 lorsqu'elle écrivait :

Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits; et leur nature dépend des besoins de la communauté. Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale, et l'accroissement progressif des activités collectives des États a déjà fait surgir des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États²⁹.

Il ne s'agit donc pas d'un phénomène nouveau³⁰. Par exemple, la Ligue des Nations était elle-même dotée d'une personnalité juridique, et il en allait de même des mandats de type « A »³¹ frappant certaines parties de l'ancien empire ottoman. Tout simplement, le fait est que le droit international n'a pas pour seuls sujets les « États souverains », même si ces entités juridiques ont été considérées dans la tradition

²⁸ Louis Henkin, *International Law : Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 16-17, écrit : « It has often been said that only states are subjects of international law. It is not clear what such statements mean, but whatever they mean, they are misleading if not mistaken. » (Cité dans Thomas D. Grant, « Defining Statehood : The Montevideo Convention and Its Discontents » (1999) 37 *Colum. J. Transnat'l L.* 403, p. 405 [ci-après : Grant, « Defining Statehood : The *Montevideo Convention* and Its Discontents »].)

²⁹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif*, [1949] C.I. J. Rec. 174, p. 178.

³⁰ Grant, « Defining Statehood : The *Montevideo Convention* and Its Discontents », *supra* note 28, p. 405, par exemple, renvoie à Daniel Patrick O'Connell, *International Law*, 2^e éd., Londres (R.-U.), Stevens, 1970 [ci-après : O'Connell, *International Law*] qui écrivait (p. 80) : « A half century ago the international lawyers could content themselves with the proposition that "States only are subjects of international law" ». Grant renvoie également à Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and Under International Law*, Cambridge (R.-U.), Grotius Publications, 1987 qui écrivait (à la p. 5) : « The idea that public international law addressed itself only to States and that therefore only States could be persons and subjects under public international law was not abandoned until the end of the nineteenth century », de même qu'au célèbre Hans Kelsen qui avait déjà reconnu que les États n'étaient pas les seuls sujets de droit international dans son ouvrage *General Theory of Law and State*, trad. par Anders Wedberg, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1949, p 342-348. Tandis que ces auteurs débattent du moment où le droit international a commencé à être peuplé par plus que de simples « États souverains », on peut se demander si cela n'a pas toujours été le cas – position que certains juristes ont tout simplement rejetée en qualifiant bon nombre d'autres entités comme étant des « exceptions » ou des « aberrations », sans plus.

³¹ Quincy Wright, « Sovereignty of the Mandates » (1923) 17 *Am. J. Int'l L.* 691, p. 696. Cet article est également très instructif quant aux difficultés qui se posaient alors pour quiconque cherchait à situer la « souveraineté » dans le système de mandat.

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

juridique internationale euro-américaine – au moins depuis la chute du Saint Empire romain germanique – comme disposant du plus large éventail de pouvoirs juridiques. Aujourd'hui, on peut dire, par exemple, que les individus, les municipalités, les ONG, les multinationales, et les organisations intergouvernementales³² possèdent tous une forme plus ou moins restreinte de capacité en droit international.

Il n'est donc pas surprenant de lire dans des ouvrages généraux de droit international, comme le *Oppenheim's International Law*, qu'il existe « no justification for the view that [member states of federations] are necessarily deprived of any status whatsoever within the international community : while they are not full subjects of international law, they may be international persons for some purposes »³³. De même, dans son ouvrage *International Law*, Shaw écrivait qu'on pouvait considérer les États fédérés comme possédant un « degree of international personality »³⁴. D'ailleurs, n'oublions pas que la Biélorussie et l'Ukraine ont fait leur entrée aux Nations Unies en 1945, alors qu'elles avaient le statut d'État fédéré au sein de l'Union soviétique³⁵.

Le fait que l'on reconnaisse la personnalité internationale au Canada n'est donc pas suffisant puisqu'il faudrait encore démontrer que lui seul la possède sur son territoire. En d'autres mots, le statut international du Canada n'empêche pas en soi les provinces de jouir d'une certaine forme de personnalité juridique internationale.

³² Voir par exemple Grant, « Defining Statehood : The *Montevideo Convention* and Its Discontents », *supra* note 28, p. 405-406 qui écrit :

it does appear that modern developments have increased the relative legal status of such actors. Strengthening the role of the individual in international law is critical in this regard. Intermediate between states and natural persons, corporations, political or religious parties or movements, organized interest groups, transnational ethnic communities, and other non-governmental organizations (NGOs) have proliferated and assumed a role in international society, and this development, too, has required writers to reassess what can constitute a person under international law.

Dans ses notes infrapaginales, il renvoie, entre autres sources, à la *Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales*, 24 avril 1986, Europ. T.S. No. 124; Barry E. Carter et Philip R. Trimble, *International Law*, Boston, Little, Brown, 1991, 411 (« States, international organizations, individuals, corporations, and other entities have varying legal status under international law »); Jonathan I. Charney, « Transnational Corporations and Developing International Law » (1983) 1983 Duke L.J. 748; P.K. Menon, « The International Personality of Individuals in International Law : A Broadening of the Traditional Doctrine » (1992) 1 J. Transnat'l L. & Pol'y 151; David J. Ettinger, « The Legal Status of the International Olympic Committee » (1992) 4 Pace Y.B. Int'l L. 97.

³³ Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts, dir., *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. 1, Harlow (R.-U.), Longman, 1992, p. 249.

³⁴ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5^e éd., Cambridge (R.-U.), Cambridge University Press, 1997, p. 197.

³⁵ *Ibid.*, p. 196.

Cela étant, le droit international n'exclut pas la possibilité pour les fédérations d'être composées de personnalités juridiques multiples se chevauchant³⁶. En effet, le droit international n'interdit pas aux entités reconnues d'être composées de multiples personnalités juridiques enchevêtrées. Pensons simplement à l'Union européenne. Ainsi, même si la Constitution canadienne devait se conformer au droit international, en aucun cas le droit international ne force-t-il les Fédérations à ne posséder qu'une seule personnalité internationale.

Encore une fois, ces arguments devraient être suffisants mais faisons un pas de plus et discutons d'une autre composante de l'argument des souverainistes canadiens selon laquelle seuls les États « entièrement souverains » posséderaient la personnalité internationale nécessaire à la conclusion de traités. D'où il suivrait que les souverainistes canadiens pourraient concéder que les provinces ont une certaine capacité internationale tout en insistant sur le fait que cette capacité n'est pas suffisante pour conclure des traités.

3. Les entités ayant la capacité de conclure des traités en droit international

Sous sa forme la plus extrême, l'argument des souverainistes canadiens sur ce point peut être illustré par l'opinion de Bora Laskin qui s'exprimait (avant qu'il ne soit nommé à la Cour suprême) en ces termes :

if a province presently purported on its own initiative to make an enforceable agreement with a foreign state on a matter otherwise within provincial competence, it would either have no international validity, or, if the foreign state chose to recognize it, would amount to a declaration of independence [...]!³⁷

Cela démontre bien l'incompréhension du droit international public qui règne chez certains constitutionnalistes. La capacité de conclure des traités internationaux n'est tout simplement pas limitée aux États souverains. Après tout, personne n'avancerait

³⁶ Il est vrai que l'article 2 de la *Convention concernant les droits et devoirs des États*, 26 décembre 1933, 165 L.N.T.S. 19 [ci-après : *Convention de Montevideo*], à laquelle le Canada n'est pas partie, prévoit que : « L'État fédéral constitue une seule personne devant le Droit international ». Bien que d'autres parties de la Convention puissent incorporer du droit coutumier, l'article 2 ne reflète pas nécessairement la pratique contemporaine qui consiste à reconnaître la multiplicité des personnalités juridiques internationales tant du point de vue « supranational » qu'« infranational » en Europe. Cela ne devrait pas nous surprendre puisque les concepts d'« État » et de « gouvernement » ont considérablement changé à l'ère de la réglementation globale.

³⁷ Laskin, « The Provinces and International Agreements », *supra* note 5, p. 111.

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

que les organisations internationales sont « souveraines ». Celles-ci possèdent néanmoins, sans contredit, la capacité internationale de conclure des traités³⁸.

L'article 6 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³⁹ prévoit que tout *État* a la capacité de conclure de traités. Il importe cependant de noter que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne vise pas à poser des règles exhaustives à propos des traités : l'article 6 doit s'interpréter comme désignant le type d'entités visées par le traité plutôt que comme désignant les seules entités capables de conclure des traités en droit international. De fait, l'alinéa 3a) précise que la Convention ne porte pas atteinte à la valeur juridique de tout accord international conclu entre un *État* et tout « autre sujet du droit international »⁴⁰. Il s'agit bien là d'une reconnaissance explicite d'une capacité de conclure des traités pour des entités autres que des *États*.

Si des entités « moins que souveraines » peuvent conclure des traités, qu'en est-il des *États fédérés*? Avant de répondre à cette question, je dois formuler quelques commentaires sur le concept d'« *État* » pour les fins de la conclusion des traités en droit international.

La *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne précise pas ce qu'il faut entendre par « *État* » pour les fins de la Convention. Il faut donc recourir aux autres sources du droit international pour dégager le sens que revêt « *État* » dans le cadre du traité. Ceux que nous nommons affectueusement les « traditionnalistes du *textbook* » citent souvent l'article premier de la *Convention de Montevideo* de 1933⁴¹, à laquelle le Canada n'est pas partie, comme s'il énonçait les critères stricts du statut d'*État* dans le droit international actuel. Cet article prévoit : « L'*État* comme personne de Droit international doit réunir les conditions suivantes : I. Population permanente. II. Territoire déterminé. III. Gouvernement. IV. Capacité d'entrer en relations avec les

³⁸ Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, 21 mars 1986, Doc. A/CONF.129/15, 25 ILM 543 [pas encore en vigueur] [ci-après : *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*].

³⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] Can.T.S. no. 37 [ci-après : *Convention de Vienne sur le droit des traités*].

⁴⁰ *Ibid.*, l'article 3a) est ainsi libellé :

ACCORDS INTERNATIONAUX N'ENTRANT PAS DANS LE CADRE DE LA PRÉSENTE CONVENTION

Le fait que la présente Convention ne s'applique ni aux accords internationaux conclus entre des *États* et d'autres sujets du droit international ou entre ces autres sujets du droit international, ni aux accords internationaux qui n'ont pas été conclus par écrit, ne porte pas atteinte :

a) à la valeur juridique de tels accords;

⁴¹ *Convention de Montevideo*, *supra* note 36.

autres États. » Mais l'utilité de ces critères pour distinguer les États d'autres entités internationales est sérieusement remise en question, représentant au mieux du « droit non contraignant » (*soft law*) pour ceux qui n'ont pas ratifié la convention⁴². Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet ont critiqué la *Convention de Montevideo* parce qu'elle réunissait simplement des conditions peut-être nécessaires, mais sûrement non suffisantes, au statut d'État⁴³. De manière générale, il est probablement excessif même de qualifier ces critères de « nécessaires ». De très éminents publicistes comme Joseph G. Starke et James Crawford ont par exemple démontré que le territoire⁴⁴ et le contrôle efficient⁴⁵ ne constituent même pas des critères nécessaires compte tenu du caractère discrétionnaire de la reconnaissance par les États. Il convient en outre de souligner ici que le dernier critère (« capacité d'entrer en relations avec les autres États ») a fait l'objet de nombreuses critiques d'une part parce qu'il représente davantage une *conséquence* qu'une *condition* au statut d'État⁴⁶, et d'autre part parce qu'il n'aide pas à distinguer les « États » des autres sujets du droit international sur la base de la capacité de conclure des accords internationaux, puisque d'autres entités jouissent elles aussi du pouvoir de conclure des traités⁴⁷. Qui plus est, ce dernier critère est d'autant plus inutile dans le présent contexte qu'il nous lance dans une boucle récursive : pour décider si une entité est un « État » qui peut conclure des traités au sens de la *Convention de Vienne*, nous devrions aller voir les critères de la *Convention de Montevideo*, alors même que pour déterminer si une entité est un « État » au sens de la *Convention de Montevideo*, il faudrait déterminer si elle possède la capacité de conclure des traités! Quoi qu'il en soit, les conceptions relatives au statut d'État ont beaucoup évolué au cours du

⁴² Voir généralement sur cette question et d'autres questions touchant au statut d'« État » : Grant, « Defining Statehood : The *Montevideo Convention* and Its Discontents », *supra* note 28.

⁴³ Sur l'utilité générale de la *Convention de Montevideo*, *supra* note 36, pour distinguer les États d'autres sujets du droit international, voir Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 3^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, p. 398-399.

⁴⁴ Ivan A. Shearer, dir., *Starke's International Law*, 11^e éd., Londres, Butterworths, 1994, p. 722-728. Grant, « Defining Statehood : The *Montevideo Convention* and Its Discontents », *supra* note 28, p. 436, soulève également le cas de la reconnaissance par la France de la Pologne et de la Tchécoslovaquie durant la Première Guerre mondiale, « entities that never before enjoyed any territorial control ».

⁴⁵ Crawford démontre que la Pologne, la Yougoslavie, la Tchécoslovaquie et les pays Baltes ont tout de même été reconnus comme des États par les Puissances alliées après leur annexion par l'Allemagne nazie (James Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 78-79 [ci-après : Crawford, *The Creation of States in International Law*]).

⁴⁶ Voir par exemple : Crawford, *The Creation of States in International Law*, *ibid.*, p. 49; Ingrid Detter, *The International Legal Order*, Brookfield (VT), Dartmouth, 1994, p. 43; Peter Malanczuk, dir., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd., New York, Routledge, 1997, p. 79.

⁴⁷ Voir par exemple : O'Connell, *International Law*, *supra* note 30, p. 284-285 et Grant, « Defining Statehood : The *Montevideo Convention* and Its Discontents », *supra* note 28, p. 434-435.

dernier siècle et aucun ensemble de critères définitifs et exhaustifs n'a encore été adopté par la communauté internationale dans son ensemble aux fins de déterminer ce qui fait d'un État un État.

Cela étant dit, il est très probable que le mot « État » puisse comprendre les États fédérés pour les fins de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Cela n'a rien de surprenant, puisque plusieurs États fédérés – ou « autonomes » – se sont vu reconnaître le pouvoir de conclure des traités sans pour autant jouir du statut d'« État souverain »⁴⁸ : les « régions » et « communautés » en Belgique⁴⁹, les provinces

⁴⁸ La Commission de Venise a déposé un rapport très instructif à ce sujet. Voir Conseil de l'Europe, Commission de Venise, Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les entités fédérées et régionales et les traités internationaux : Rapport adopté par la Commission lors de sa 41^e réunion (Venise, 10-11 décembre 1999)*, CDL-INF (2000) 3, en ligne : Commission de Venise <[http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)003-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)003-f.pdf)> [ci-après : Conseil de l'Europe, *Les entités fédérées et régionales et les traités internationaux*].

Il existe aussi une abondante documentation sur la diplomatie à paliers multiples – diplomatie entre organisations internationales, États, États ou régions fédérés, etc. Voir par exemple : Ivo Duchacek, Daniel Latouche et Garth Stevenson, dir., *Perforated Sovereignities and International Relations : Trans-sovereign Contacts of Subnational Governments*, New York, Greenwood Press, 1988; Hans J. Michelmann et Panayotis Soldatos, *Federalism and International Relations : the Role of Subnational Units*, Oxford, Clarendon Press, 1990; Brian Hocking, *Localizing Foreign Policy : Non-Central Governments and Multilayered Diplomacy*, Londres (R.-U.), Macmillan, 1993; Panayotis Soldatos, « Cascading Subnational Paradiplomacy in an Interdependent and Transnational World » dans Douglas M. Brown et Earl Fry, dir., *States and Provinces in the International Economy*, Berkeley, Institute of Governmental Studies Press, 1993, 45; Liesbet Hooghe, dir., *Cohesion Policy and European Integration : Building Multi-Level Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1996; Michael Keating et John Loughlin, dir., *The Political Economy of Regionalism*, Londres (R.-U.), Frank Cass, 1997; Éric Philippart, « Le Comité des Régions confronté à la 'paradiplomatie' des régions de l'Union européenne », dans Jacques Bourrinet, dir., *Le Comité des Régions de l'Union européenne*, Paris, Économica, 1997; Francisco Aldecoa et Michael Keating, dir., *Paradiplomacy in Action: The Foreign Relations of Subnational Governments*, Londres (R.-U.), Frank Cass, 1999; Charlie Jeffery, « Sub-National Mobilization and European Integration : Does it Make Any Difference? » (2000) 38 *Journal of Common Market Studies* 1; Bart Kerremans, « Determining a European Policy in a Multi-Level Setting : The Case of Specialized Coordination in Belgium » (2000) 10 *Regional and Federal Studies* 1; Stéphane Paquin, « La paradiplomatie identitaire en Catalogne et les relations Barcelone-Madrid » (2002) 33 *Études internationales* 57; Stéphane Paquin, *La paradiplomatie identitaire en Catalogne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003; Stéphane Paquin, *Paradiplomatie et relations internationales. Théorie des stratégies internationales des régions face à la mondialisation*, Bruxelles, Peter Lang, 2004; Guy Lachapelle et Stéphane Paquin, dir., *Mastering Globalization : New Sub-States' Governance and Strategies*, Londres (R.-U.), Routledge, 2005.

⁴⁹ *Texte coordonné de la Constitution du 17 février 1994* (Moniteur belge, 17 février 1994 avec modifications du 25 février 2005 (Moniteur belge du 11 mars 2005)), art. 167 :

§ 1^{er}. Le Roi dirige les relations internationales, sans préjudice de la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion de traités, pour les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci.

[...]

§ 2. Le Roi conclut les traités, à l'exception de ceux qui portent sur les matières visées au § 3. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres.

§ 3. Les Gouvernements de communauté et de région visés à l'article 121 concluent, chacun pour ce qui le concerne, les traités portant sur les matières qui relèvent de la compétence de leur Parlement. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Parlement.

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

en Argentine⁵⁰, les *Länders* en Autriche⁵¹, les *Länders* en Allemagne⁵², les cantons en Suisse⁵³, les deux « entités » en Bosnie-Herzégovine⁵⁴, etc. Et peu importe comment

§ 4. Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, arrête les modalités de conclusion des traités visés au § 3 et des traités ne portant pas exclusivement sur les matières qui relèvent de la compétence des communautés ou des régions par ou en vertu de la Constitution.

§ 5. Le Roi peut dénoncer les traités conclus avant le 18 mai 1993 et portant sur les matières visées au § 3, d'un commun accord avec les Gouvernements de communauté et de région concernés.

Le Roi dénonce ces traités si les Gouvernements de communauté et de région concernés l'y invitent. Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, règle la procédure en cas de désaccord entre les Gouvernements de communauté et de région concernés.

⁵⁰ Voir *Constitución Nacional De La República Argentina*, Convención Nacional Constituyente, ciudad de Santa Fe, 22 de agosto de 1994, art. 124 (1) :

Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Une traduction anglaise de cette constitution est fournie en ligne par la *Political Database of the Americas* mise sur pied par le *Center for Latin American Studies* de l'*Edmund E. Walsh School of Foreign Service* (Georgetown University), en ligne : *Political Database of the Americas*

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94_e.html> :

The provinces are empowered to set up regions for the economic and social development and to establish entities for the fulfillment of their purposes, and they are also empowered, with the knowledge of Congress, to enter into international agreements provided they are consistent with the national foreign policy and do not affect the powers delegated to the Federal Government or the public credit of the Nation. The City of Buenos Aires shall have the regime which is to be established to that effect.

⁵¹ Voir *Österreichische Bundesverfassungsgesetze*, Bundes-Verfassungsgesetze (B-VG), art. 16 § 1-3. L'article 16 §1 prévoit : « Die Länder können in Angelegenheiten, die in ihren selbständigen Wirkungsbereich fallen, Staatsverträge mit an Österreich angrenzenden Staaten oder deren Teilstaaten abschließen. » (« Dans les matières qui relèvent de leur domaine d'action autonome, les Länder peuvent conclure des traités avec des États limitrophes de l'Autriche ou leurs États fédérés. » (Cour constitutionnelle d'Autriche, *Österreichische Bundesverfassungsgesetze (Auswahl) / Austrian Federal Constitutional Laws (selection) / Lois constitutionnelles de l'Autriche (une sélection)*, Vienne, Bundespressdienst, 2000, en ligne : <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf>)).

⁵² *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, art. 32 (3) : « Soweit die Länder für die Gesetzgebung zuständig sind, können sie mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge abschließen. » (« Dans la mesure de leur compétence législative, les Länder peuvent, avec l'approbation du Gouvernement fédéral, conclure des traités avec des États étrangers. » (*Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne (version : février 2010)*, trad. par Christian Autexier *et al.*, Berlin, Bundestag allemand – Administration – Section des Relations publiques, 2010, en ligne : http://www.bundestag.de/htdocs_f/documents/cadre/loi_fondamentale.pdf)).

⁵³ *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, art. 56 :

56. Relations des cantons avec l'étranger

1. Les cantons peuvent conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence.
2. Ces traités ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit d'autres cantons. Avant de conclure un traité, les cantons doivent informer la Confédération.
3. Les cantons peuvent traiter directement avec les autorités étrangères de rang inférieur; dans les autres cas, les relations des cantons avec l'étranger ont lieu par l'intermédiaire de la Confédération.

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

l'on qualifiera le type d'entité consacré par le *Traité de Lisbonne*⁵⁵, il est tout de même révélateur que ce texte constitutif prévoit le scénario suivant : l'Union européenne jouit du pouvoir *exclusif* de conclure des traités dans certains domaines, alors que ses unités constitutives conservent leur pouvoir de conclure des traités dans des domaines relevant d'un large éventail de compétences⁵⁶. Il est bon de rappeler ici

⁵⁴ L'article I § 3 de la *Ustav Bosne i Hercegovine* prévoit que les deux « entités » sont la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la République serbe (Republika Srpska). Les articles III § 2 *a*) et *d*) sont ainsi libellés :

a) Entiteti imaju pravo da uspostavljaju posebne paralelne odnose sa susjednim drzavama, u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine. [...]

d) Svaki entitet moze takodjer sklapati sporazume sa drzavama i medjunarodnim organizacijama uz saglasnost Parlamentarne skupstine. Parlamentarna skupstina moze zakonom predvidjeti da za odredjene vrste sporazuma takva saglasnost nije potrebna.

(Traduction anglaise : « a. The Entities shall have the right to establish special parallel relationships with neighboring states consistent with the sovereignty and territorial integrity of Bosnia and Herzegovina. [...] » et « d. Each Entity may also enter into agreements with states and international organizations with the consent of the Parliamentary Assembly. The Parliamentary Assembly may provide by law that certain types of agreements do not require such consent. » (*Constitution of Bosnia and Herzegovina*, en ligne : Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

<http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_engl.pdf>)).

⁵⁵ *Traité de Lisbonne*, JO 2007/C306/1 (entré en vigueur : 1^{er} décembre 2009) [ci-après : *Traité de Lisbonne*].

Le *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne* modifie le *Traité sur l'Union européenne*, version consolidée [2002] O.J. C 325/5 [ci-après : *Traité sur l'Union européenne*] et le *Traité instituant la Communauté européenne*, version consolidée [2002] O.J. C 325/33 [ci-après : *Traité instituant la Communauté européenne*] pour apporter d'importants changements aux structures institutionnelles de l'Union. On compte parmi ces changements la fusion des « trois piliers » en une personnalité juridique appelée « Union européenne » (voir notamment le *Traité de Lisbonne*, art. I par. 55)).

⁵⁶ Sous le régime du *Traité de Lisbonne*, *ibid.*, le pouvoir de l'Union de conclure des traités demeure une compétence d'attribution. Le *Traité de Lisbonne*, *ibid.*, art. 2 par. 170-174 modifie le *Traité instituant la Communauté européenne*, *ibid.* en ajoutant les art. 188 L à 188 O à la suite de l'art. 188 K (voir version consolidée du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, 2010/C 83/47, art. 216-219 [ci-après : *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, version consolidée de 2010]), lesquelles dispositions précisent la portée et le processus relatifs au pouvoir de l'Union en matière de conclusion de traités. L'alinéa 12 de l'article 2 du *Traité de Lisbonne*, *ibid.*, modifie le *Traité instituant la Communauté européenne*, *ibid.* en insérant l'art. 2 B al.2 (*Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, version consolidée de 2010, *ibid.*, art. 3 par. 2), ainsi libellé :

L'Union dispose également d'une *compétence exclusive* pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. (Je souligne.)

Bien que le nouvel article 188 L (2) (*Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, versions consolidées de 2010, *ibid.*, art. 216 par. 2) prévoit que les « accords [internationaux] conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres », l'art. 1, par. 35 du *Traité de Lisbonne*, *ibid.*, (voir version consolidée du *Traité sur l'Union européenne*, 2010/C 83/13, art. 32), prévoit clairement que les unités constitutives conservent leurs pouvoirs en matière de conclusion des traités :

Les États membres se concertent au sein du Conseil européen et du Conseil sur toute question de politique étrangère et de sécurité présentant un intérêt général, en vue de définir une approche commune. Avant d'entreprendre toute action sur la scène internationale ou de *prendre tout engagement* qui pourrait affecter les intérêts de l'Union, chaque État membre consulte les autres au sein du Conseil européen ou du Conseil. Les États membres assurent, par la convergence de leurs actions, que l'Union puisse faire valoir ses intérêts et ses valeurs sur la scène internationale. Les États membres sont solidaires entre eux. (Je souligne.)

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

qu'une version préliminaire de l'article 6 de la *Convention de Vienne* – alors l'article 5(2) du *Projet d'articles sur le droit des traités* – avait explicitement reconnu aux États fédérés un *jus tractatum*, *pourvu que la constitution fédérale en fournisse l'assise*⁵⁷. Commentant le *Projet d'articles sur le droit des traités*, la Commission du droit international :

a jugé souhaitable de souligner la capacité que possède tout État de conclure des traités et de rédiger une disposition générale couvrant les cas, qui se présentent dans la pratique, de traités conclus avec des États étrangers par des États membres de certaines unions fédérales en vertu des pouvoirs qui leur sont reconnus par la constitution fédérale.

[...]

C'est pourquoi le paragraphe 2 vise uniquement les traités conclus par un membre de l'État fédéral avec un État étranger. Le plus souvent, la capacité de conclure des traités appartient exclusivement au gouvernement fédéral, *mais il n'y a pas de règle de droit international qui interdise aux États membres d'être dotés de la capacité de conclure des traités avec des États tiers*. On peut se demander, dans certains cas, si l'État membre de l'État fédéral conclut le traité en tant qu'organe de l'État fédéral ou en son nom propre. Mais sur ce point également, c'est dans les dispositions de la constitution fédérale qu'il faut rechercher la solution⁵⁸.

L'article 5(2) a été supprimé de la version finale de la Convention par un vote des membres à la suite du lobbying activement entrepris par le Canada et d'autres pays⁵⁹. Cependant, les États qui se sont opposés à l'inclusion de l'article 5(2) dans la *Convention* ne l'ont pas fait au motif que les États fédérés ne pouvaient conclure de traités, mais bien principalement parce que le fait de rendre cette capacité de

Dans le défunt *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, OJ 2004/C 310/1 [ci-après : *Projet de Constitution pour l'Europe*], des arrangements très similaires avaient été proposés pour permettre la conclusion de traités tant par l'entité européenne que par ses unités constitutives. Voir *Projet de Constitution pour l'Europe*, art. I-13 (2), art. I-40 (5) et art. III-323 à III-326.

⁵⁷ Commission du droit international, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session – Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires » (Doc. NU A/6309/Rev.1) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1966* vol. 2, 187, p. 194 (voir projet d'art. 5 (2) : « Les États membres d'une union fédérale peuvent avoir la capacité de conclure des traités si cette capacité est admise par la constitution fédérale et dans les limites indiquées dans ladite constitution. ») [ci-après : *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*].

⁵⁸ *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, *ibid.*, p. 209 (je souligne).

⁵⁹ Edward McWhinney (dans sa recension de l'ouvrage *Les États Fédéraux dans les Relations Internationales : actes du colloque de Bruxelles, Institut de sociologie, 26-27 février 1982 / Société belge de droit international (S.B.D.I.)* (1984) 80 A.J.I.L. 998) rapporte (à la p. 999) que l'art. 5(2) « was deleted by a vote of the UN General Assembly in plenary session (66 votes to 28, with 13 abstentions) ».

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

conclure des traités entièrement tributaire des dispositions des différentes constitutions fédérales pourrait inviter les autres États à juger des affaires internes de ces fédérations⁶⁰. Quoi qu'il en soit, alors qu'Ivan Bernier et Gibran van Ert sont d'avis que les principes consacrés dans l'ancien article 5(2) représentent la position orthodoxe⁶¹, il appert que même cette thèse serait trop restrictive à la lumière des pratiques actuelles. En fait, il est douteux que *seule* une « constitution fédérale » puisse octroyer le pouvoir de conclure des traités à ses sous-unités constitutives, comme en témoignent le cas des Îles Féroé et du Groenland au Danemark⁶², et celui de la « nouvelle » Union européenne⁶³. Or, que le critère renvoie à une « constitution fédérale » ou à une autre source de droit interne aux fins de la reconnaissance internationale du pouvoir des États fédérés de conclure des traités, les souverainistes canadiens se retrouvent une fois de plus sans réponse : la règle de droit international finit par suivre les prescriptions du droit interne. En d'autres mots, force est de constater qu'en droit international, c'est essentiellement au droit interne de trancher la question de savoir si les sous-unités peuvent conclure des traités. Par conséquent, ceux qui espéraient invoquer le droit international à l'appui de la prétention que le gouvernement fédéral disposait nécessairement du pouvoir général et exclusif de conclure des traités doivent, encore une fois, revenir à la case de départ.

⁶⁰ J. S. Stanford, « United Nations Law of Treaties Conference : First Session » (1969) 19 U.T.L.J. 59, p. 61.

⁶¹ Ivan Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*, Londres (R.-U.), Longman, 1973, p. 82 et G. van Ert, « The Legal Character of Provincial Agreements with Foreign Governments » (2001) 24 C. de D. 1093.

⁶² Conseil de l'Europe, *Les entités fédérées et régionales et les traités internationaux*, *supra* note 48 :

Dans presque tous les États concernés, le fondement juridique de la compétence internationale des entités est la constitution. La seule exception est le *Danemark*, où la compétence internationale des Féroé et du Groenland découle des lois sur l'autonomie de ces régions. En *Belgique*, les normes constitutionnelles sont complétées par la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ainsi que par plusieurs « accords de coopération » conclus entre l'État fédéral et les régions ou communautés.

⁶³ Le *Traité de Lisbonne*, *supra* note 55, ne confère aucun pouvoir en matière de conclusion de traités aux États constitutifs de l'Union européenne, bien au contraire. Ce pouvoir trouve son fondement, par défaut, au sein même des États constitutifs de l'Europe et est donc admis par les constitutions matérielles respectives de ces derniers. Ce n'est que par dévolution exceptionnelle des États constitutifs vers le gouvernement européen que ce dernier pourrait se voir accorder certains pouvoirs en matière de conclusion de traités en vertu du *Traité de Lisbonne*, *ibid.* Autrement dit, la « constitution fédérale » ne saurait fonder le pouvoir des États constitutifs de conclure des traités (ces États possédant déjà ce pouvoir de par leur propre constitution); la « constitution fédérale » opérerait plutôt la dévolution limitée de certains pouvoirs vers le gouvernement central pour lui permettre de conclure des traités.

4. Le droit international n'impose pas d'exigence quant à l'identité des organes internes habilités à conclure des traités

Même si les souverainistes canadiens avaient raison quant aux trois premières composantes de leur argument – ce qui, à l'évidence, n'est pas le cas –, il leur faudrait en outre faire l'impossible démonstration que le droit international public (a) comporte des règles qui dictent par quels organes internes les États souverains peuvent s'exprimer, et (b) qu'en ce qui concerne le Canada, seul l'exécutif de l'État central pourrait le faire au nom de la Fédération toute entière⁶⁴.

Or, on n'a qu'à se référer à la situation de la Belgique – où certains traités fédéraux peuvent être négociés et conclus par les entités fédérées au nom de la Fédération – pour se convaincre qu'une telle démarche est vaine. Cela n'a rien d'étonnant en raison de la diversité des structures de pouvoir interne des États, raison pour laquelle le droit international n'a pas développé de règle standard pour déterminer quelles institutions peuvent conclure des traités liant leurs États respectifs⁶⁵. Ainsi, personne ne prétendra que la Belgique est en violation du droit international en raison de la distribution interne de ses capacités à conclure des traités au nom de la Belgique.

⁶⁴ Dans le même sens, voir Giroux, « La capacité internationale des provinces en droit constitutionnel canadien », *supra* note 3, p. 264.

⁶⁵ Il importe toutefois de souligner que, récemment, diverses autorités internationales se sont montrées disposées à ouvrir la proverbiale « boîte noire » de l'État, adressant leurs directives non pas aux autorités fédérales mais bien directement aux institutions réputées être en violation de leurs obligations internationales. Ward Ferdinandusse, « Out of the Black-Box? The International Obligations of State Organs » (2003) 29 *Brook. J. Int'l L.* 53, p. 80 écrit que : « [the] ICJ is not alone in its efforts to speak directly to relevant actors within the State. In fact, it is only taking the first cautious steps on a path where other international courts have made considerable progress. » Ferdinandusse discute entre autres choses de l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 mars 1999, [1999] C.I.J. rec. 9, par. 28 où la Cour internationale de justice déclarait : « [...] que le gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des États-Unis », de même que de l'avis exprimé dans l'affaire *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, Avis consultatif, [1999] C.I.J. rec. 62, p. 89-90 où la Cour internationale de justice a on ne peut plus clairement statué que les obligations internationales n'incombaient pas seulement à l'État de la Malaisie, mais également à ses organes étatiques, à savoir les *tribunaux* malaisiens. Ferdinandusse analyse en outre des affaires émanant de la Cour européenne de justice, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

Même s'il n'est pas clair si et comment le gouvernement fédéral peut directement lier les gouvernements provinciaux en droit international, le mouvement actuel en faveur de « lever le voile de l'État » peut peut-être aider à comprendre les déclarations autrement énigmatiques du juge LeBel, s'exprimant au nom de la Cour, portant que « [le] Québec est partie à la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (« *Convention de New York* »), du 10 juin 1958, par suite de l'adhésion tardive du Canada à cette convention [...] » et que « la nécessité d'interpréter l'article 3148, al. 2 *C.c.Q.* en conformité avec les engagements internationaux du Québec permet de confirmer le caractère obligatoire des clauses compromissaires malgré l'existence de dispositions procédurales comme l'article 3139 *C.c.Q.* » (*GreCon Dimter c. J.R. Normand*, *supra* note 10, par. 40 et 45 (je souligne)). Le Québec n'a pourtant pas ratifié ce traité.

Puisque le droit international public ne contient aucune règle générale quant à l'identité de l'organe ou des organes internes d'un État devant avoir compétence pour conclure des traités internationaux, *a fortiori*, il ne comporte aucune règle spécifique applicable en la matière pour le Canada.

* * *

J'ai tenté de démontrer que l'argument internationaliste des souverainistes canadiens en faveur d'un pouvoir fédéral exclusif de conclure des traités doit échouer. Par le fait même, j'ai aussi démontré que la partie doit se jouer en droit interne. Par ailleurs, si j'ai ici démontré le caractère erroné de la thèse de la compétence exclusive et plénière du gouvernement central défendue par les souverainistes canadiens, je n'ai pas fait ici la démonstration complète de la thèse inverse, soit que la Constitution reconnaît effectivement que la capacité de conclure des traités internationaux est partagée entre le pouvoir central et les États fédérés. Une telle défense est offerte dans mon livre *Canadian Federalism and Treaty Powers*⁶⁶.

Avant de terminer, j'aimerais simplement souligner que si les arguments que je viens d'avancer vont à l'encontre des intérêts stratégiques des souverainistes canadiens, ces arguments ne sont pas nécessairement à l'avantage des souverainistes québécois. En effet, ma démonstration relativement au droit international n'a pas pour conséquence de rendre plus plausible la reconnaissance internationale d'un État québécois suite à un référendum positif portant sur son indépendance. En effet, on ne m'a jamais donné d'exemple concret où une telle capacité d'un État fédéré de conclure des traités ait eu par la suite un quelconque impact dans le processus de reconnaissance internationale d'un tel État tentant de faire sécession. Ceux qui sont prêts à refuser un tel pouvoir de conclure des traités aux provinces uniquement à des fins préventives, au cas où cela aiderait les souverainistes québécois à obtenir plus facilement la reconnaissance de leur nouvel État, sont comme celui qui empoigne fortement sa ceinture et ses bretelles de peur de perdre son chapeau!

En raison des difficultés qu'il y a à établir une définition fixe de l'État dans un ordre juridique international en changement, il semble que tous les critères que l'on puisse énoncer dans le but de déterminer si une entité est un « État souverain » aux fins du droit international ne constituent qu'une liste incomplète d'heuristiques plus ou moins utiles, des « rules of thumb » non déterminants. En fin de compte, c'est l'acte

⁶⁶ Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers*, *supra* note préliminaire *.

Hugo Cyr, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités internationaux : ce qu'en dit le droit international public »

de reconnaissance politique⁶⁷ et juridiquement sous-déterminé⁶⁸ qui compte véritablement dans le cas de la sécession alléguée.

Pour les souverainistes québécois, si la reconnaissance d'un pouvoir constitutionnel déjà existant de conclure des traités au Québec ne constitue pas une avancée vers sa reconnaissance comme État indépendant, il s'agit aussi, d'un « affront » ou d'un « déni de pouvoirs » de moins sur lequel peut reposer leur réquisitoire en faveur d'une pleine indépendance.

⁶⁷ Sir Hersch Lauterpacht a écrit ce passage célèbre en 1947 : « [a]ccording to what is probably still the predominant view in the literature of international law, recognition of states is not a matter governed by law but a question of policy » (Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge (R.-U.), Cambridge University Press, 1947, p. 65.

⁶⁸ Pour une opinion similaire, voir Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2004, p. 98. Les Américains se sont montrés très francs à ce sujet. Par exemple, Robert J. Delahunty et John C. Yoo, respectivement ancien procureur spécial et ancien sous-procureur général adjoint au Bureau du conseiller juridique du département de la Justice sous la présidence de George W. Bush, ont écrit (Robert J. Delahunty et John C. Yoo, « Statehood and The Third Geneva Convention » (2005) 46 Va. J. Int'l L. 131, p. 153) :

When one surveys the practice of the United States in recognizing, not recognizing, or derecognizing states, it is obvious that our Government does not apply the *Montevideo Convention* tests of statehood in a value-neutral manner. On the contrary, our governmental practice reveals that the decision whether or not to recognize or derecognize a state is highly policy-laden.