

LA CAPACITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS FÉDÉRÉS

par ANDRÉ PATRY

PLAN DE L'ÉTUDE

PREMIÈRE PARTIE	
LES CONFÉDÉRATIONS	23
DEUXIÈME PARTIE	
LES FÉDÉRATIONS	32
I. LE DROIT DE GUERRE	36
II. LE DROIT DE LÉGATION	37
III. LE DROIT DE CONCLURE DES TRAITÉS	40
TROISIÈME PARTIE	
LA FÉDÉRATION CANADIENNE	58
I. LE DROIT DE LÉGATION	66
II. LE DROIT DE CONCLURE DES TRAITÉS	70
QUATRIÈME PARTIE	
CONCLUSIONS	86
CINQUIÈME PARTIE	
SUGGESTIONS	88
I. RÉGIME FÉDÉRATIF	94
A. Régime monarchique	94
B. Régime présidentiel	96
II. RÉGIME CONFÉDÉRATIF	98
OUVRAGES CONSULTÉS	99

LES CONFÉDÉRATIONS

Même si le mot *confédération* sert de façon usuelle à désigner deux États contemporains, la Suisse et le Canada, il n'existe plus à l'heure actuelle de confédération d'États de type classique, la dernière ayant été dissoute le 26 décembre 1961, à la suite de la dénonciation par Le Caire des États-Unis arabes, formés par l'union de la République arabe unie et du Yémen.¹

Si l'on excepte les Provinces-Unies, qui réalisèrent à certains moments une véritable union réelle et disparurent au cours de la Révolution française, les trois plus importantes confédérations virent le jour entre la deuxième moitié du XVIII^e siècle et la première moitié du XIX^e siècle. Nées avant tout pour des motifs de sécurité, elles furent toutes éphémères, la plus puissante, la Confédération germanique, n'ayant elle-même duré qu'un demi-siècle.

La première de ces confédérations modernes fut l'Union américaine. Créée officiellement le 1^{er} mars 1781, elle groupa treize États retenant chacun « sa souveraineté, sa liberté et son indépendance » (art. II). L'organe principal de cette « ligue durable d'amitié » était le Congrès, sorte d'assemblée diplomatique qui se réunissait une fois par année et qui était composée des représentants des États-membres. Chaque État pouvait envoyer au Congrès de deux à sept délégués, nommés de la façon fixée par sa propre législature; mais chaque délégation, qui votait suivant les instructions reçues de son État, n'avait droit qu'à une seule voix. Dans l'intervalle des sessions du

¹ L'Union des États africains, fondée en 1958 par l'union, de caractère confédéral, du Ghana et de la Guinée, et à laquelle a adhéré le Mali en 1960, est restée pratiquement inopérante. Quant à la chartre de San Salvador, signée le 12 décembre 1962, elle constitue une nouvelle tentative de fédération entre les États de l'Amérique centrale, dont il reste difficile de prévoir l'aboutissement.

Congrès, une « Commission des États », formée d'un délégué de chaque État, siégeait et pouvait se faire aider dans l'exécution de sa tâche par des fonctionnaires civils.

Comme les décisions concernant la modification du traité confédéral devaient être ratifiées par les législatures de chacun des États (art. XIII), il suffisait de l'opposition d'un seul membre pour empêcher l'adoption des changements jugés nécessaires par tous les autres membres. La Confédération américaine finit par s'effondrer à cause de ses difficultés financières. Étant inhabile à percevoir elle-même les impôts dont elle avait besoin, l'Union américaine demanda l'autorisation d'établir directement des droits pour couvrir ses propres dépenses. Mais la seule opposition du Rhode Island fit échouer sa requête. Le traité confédéral fut finalement abrogé et remplacé par la constitution fédérale du 1^{er} janvier 1789 qui est toujours en vigueur.

Les deux autres confédérations naquirent en 1815 sous les auspices du congrès de Vienne et sous la pression des grandes puissances. Il s'agit de la Confédération helvétique et de la Confédération germanique, formées l'une et l'autre de pays qui avaient contracté, au cours de leur longue histoire, l'habitude de collaborer étroitement entre eux à l'intérieur d'alliances ou de ligues.

Née d'un pacte conclu entre vingt-deux cantons, et dont le nom allemand, *Bundesvertrag*, veut dire convention d'alliance, la Confédération helvétique instituait une assemblée confédérale (le *Tagsatzung*), mais laissait à chacun de ses membres sa personnalité propre et son indépendance économique, voire monétaire. Fruit d'une « transaction exclusivement gouvernementale et même diplomatique »², le pacte de 1815 ne fut jamais soumis à la ratification des citoyens qui, en majorité, étaient hostiles à l'immixtion étrangère et à l'affaiblissement du lien fédéral créé par l'Acte de médiation de 1803. Le cloisonnement douanier au sein de la confédération et surtout les luttes de caractère confessionnel entre les cantons aboutirent à une tentative de rupture de la part de sept cantons catholiques (le *Sonderbund*) qui fut réprimée par l'intervention armée des

² W.-E. RAPPARD, *la Constitution fédérale de la Suisse*, Neuchâtel, 1948, p. 35.

cantons protestants. Le conflit prit fin par la création en 1848 d'un État fédéral, dont la constitution devait être modifiée en 1874 au détriment de l'autonomie cantonale.

Quant à la Confédération germanique, elle était composée de trente-huit États sous la présidence de l'Autriche. L'organe suprême était la Diète, qui se réunissait tantôt en *Plenum* et tantôt en conseil restreint (*Engerer Rat*). Dans le premier cas, tous les États avaient droit à au moins une voix et certains d'entre eux disposaient de quatre voix (Autriche, Prusse, Saxe, Bavière, Hanovre et Wurtemberg); dans le deuxième cas, seuls les grands États avaient droit à une voix, et les petits États devaient se grouper pour disposer en commun d'une voix. La Confédération germanique abandonnait donc le principe de l'égalité des voix sur lequel avait été fondée l'Union américaine.

Bien qu'elle n'ait reçu du pacte signé le 8 juin 1815 que des compétences exceptionnelles et limitées, la Confédération germanique ne chercha pas moins, à l'instigation de l'Autriche, à réprimer les idées libérales qui commençaient à circuler en Allemagne (décrets de Carlsbad) et à combattre le nationalisme allemand. Celui-ci, bientôt incarné par la Prusse, opposa Berlin à Vienne. D'abord tenue à l'écart de l'union douanière des États allemands instituée en 1834 (le *Zollverein*), l'Autriche fut finalement vaincue par la Prusse en 1866 et expulsée de la Confédération germanique. Celle-ci fut dissoute peu après et prit en 1871 la forme d'un État fédéral de type particulier.

On a maintes fois tenté de dégager les différences fondamentales qui opposent les confédérations aux fédérations. Ce n'est pas là tâche facile, car ces différences sont beaucoup moins nombreuses et beaucoup moins évidentes qu'on ne l'affirme souvent.

On a d'abord voulu voir dans l'acte juridique créant chacun des deux types classiques de sociétés fédérales l'une des sources essentielles de différenciation entre les confédérations et les fédérations. À première vue, on remarque en effet que les confédérations tiennent leur existence de traités internationaux conclus entre États souverains, qui sont des actes de droit public externe, alors que les fédérations naissent d'une loi fondamen-

tale, appelée constitution, qui est un acte de droit public interne. Mais si l'on examine l'origine elle-même des constitutions fédérales, on constate qu'elle est presque toujours d'ordre contractuel. Ainsi, la constitution allemande de 1949 provient en ligne directe du traité de 1815, même si l'Allemagne a connu un régime pratiquement unitaire de 1934 à la chute du national-socialisme en 1945. La constitution allemande actuelle est l'incarnation historique d'un moment du fédéralisme allemand.

Ce qui vient d'être dit au sujet des origines contractuelles de la constitution allemande est également vrai des constitutions américaine et suisse qui ne sont que la transformation de pactes confédéraux. On peut affirmer de même que la constitution australienne de 1900, qui fut élaborée par une convention élue et ratifiée par chacun des États-membres avant de devenir une loi du parlement britannique, est un contrat entre les six États qui l'ont rendue possible. Quant à la constitution canadienne, il suffit, pour en bien voir le caractère contractuel, de rappeler les paroles prononcées par J.A. Macdonald le 3 février 1865³ et le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, qui est ainsi rédigé :

Considérant que les Provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de se fédérer en un dominion placé sous la couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande [...]

En somme, si l'acte créant une confédération est différent, au point de vue juridique, de celui qui donne naissance à une fédération, il faut convenir que le traité confédéral et la constitution fédérale sont presque toujours l'expression de la volonté libre des États qui s'associent.

Certains juristes ont fait résider la différence essentielle entre une confédération et une fédération dans l'absence de caractère étatique qui caractériserait toute confédération et le caractère unitaire qu'offrirait toute fédération aux yeux du droit international public.

³ Ces résolutions [celles de Québec] ont le caractère d'un traité, et si elles ne sont pas adoptées dans leur entier, il faudra commencer les procédés *de novo*. Voir *Débats sur la Confédération*, Québec, 1865, p. 17.

Il est exact qu'une confédération n'est pas un État, mais une association d'États souverains dont le consentement unanime est requis pour la modification du traité qui les unit. Dans une fédération, toute révision de la loi fondamentale est également l'objet d'une procédure exceptionnelle; mais celle-ci exige généralement la majorité, et non l'unanimité, des voix des intéressés. Cette unanimité des voix, à laquelle est soumis tout changement au pacte confédéral, sauvegarde la souveraineté des États associés; mais l'exercice par ceux-ci des attributs de la souveraineté est sujet à des restrictions non négligeables.

D'abord, en ce qui concerne le *jus belli*, on constate que ce dernier est généralement du ressort quasi exclusif de l'organe confédéral. L'article IX du traité de 1777 stipule que « les États-Unis assemblés en Congrès auront seuls et exclusivement le droit et le pouvoir de décider de la paix et de la guerre, excepté dans les cas mentionnés à l'article VI [...] ». Cet article VI déclare qu'« aucun État ne s'engagera dans une guerre quelconque sans le consentement des États-Unis assemblés en Congrès, à moins d'être envahi effectivement par les ennemis, ou d'être informé avec certitude de la résolution formée par quelque nation d'Indiens de l'attaquer [...] ». — De son côté, l'article 8 (§ 3) du pacte de 1815 signé entre les cantons suisses stipule que « la Diète déclare la guerre et conclut la paix ». Enfin, dans le traité confédéral germanique de 1815, le *jus belli* est reconnu à la Diète, encore que l'Autriche et la Prusse, puissances européennes, se soient réservé le droit de faire leurs propres guerres.

En ce qui a trait, d'autre part, au *jus legationis*, les États confédérés conservent, en théorie, le droit de légation actif et passif; mais son usage, en pratique, est peu généralisé, à cause du rôle d'initiative incombant à l'organe confédéral en matière de politique étrangère. Si les États allemands les plus importants faisaient effectivement usage du *jus legationis* sous le régime confédéral, les États américains étaient soumis à de sérieuses restrictions dans ce domaine; l'article VI du pacte de 1777 déclarait en effet: « Aucun État, sans le consentement des États-Unis en Congrès, ne pourra envoyer ni recevoir d'ambassade [...] ».

Pour ce qui regarde enfin le *jus tractatum*, force est de reconnaître que son usage est lui-même limité dans la plupart des États confédérés. Le traité de 1777 était particulièrement restrictif en matière de *jus tractatum*; il interdisait en effet aux États américains de « procéder à des négociations, contracter aucun engagement, accord, alliance ou traité avec aucun roi, prince ou État » (art. VI), sans le consentement des États-Unis assemblés en Congrès; les mêmes États ne pouvaient même pas conclure entre eux de traité ou d'alliance, sans le consentement du Congrès. — En Suisse, de même, les alliances avec les puissances étrangères et les traités de commerce étaient conclus par la Diète (art. 8, §§ 3 et 4); mais les cantons pouvaient traiter en particulier avec des gouvernements étrangers, pour des capitulations militaires, ainsi que pour des objets économiques (art. 8, § 5); mais ces conventions devaient être portées à la connaissance de la Diète. — En Allemagne, enfin, les États confédérés conservaient le droit de conclure des alliances de toutes sortes, mais ils s'engageaient à ne signer aucun accord avec une puissance étrangère qui pourrait mettre en danger la sécurité de la Confédération ou de l'un quelconque de ses membres (art. XII).

Comme on a pu le voir, s'ils gardent leur personnalité internationale à cause de la nature de l'acte qui les associe et s'ils restent libres, par voie de décision unanime, de modifier cet acte, les États confédérés ne jouissent pas de l'exercice illimité des attributs de la souveraineté. La raison en est simple: les États confédérés se sont associés avant tout dans le but de donner une orientation commune à leur politique en matière de défense et de relations étrangères.

Ce même objectif se retrouve également dans les fédérations, mais à un degré extrême. En fait, aux yeux du droit international classique, l'État fédéral fait figure d'État unitaire. Il est seul responsable des délits commis par les États fédérés et il ne peut se soustraire à ses obligations en invoquant un vice interne d'organisation. Dans l'affaire du Montijo, on a pu dire: « Un traité l'emporte sur une constitution, auquel celle-ci doit céder le pas. La législation de la République doit être

adaptée aux traités et non pas les traités aux lois. »⁴ Pourtant, dans certaines fédérations, les États-membres ne sont pas totalement dépourvus du *jus tractatum*, voire du *jus legationis*. Aussi, peut-on considérer que le droit international classique ne tient pas suffisamment compte de la personnalité internationale, réduite mais réelle, dont jouissent les États-membres de certaines fédérations. Toutefois, l'insertion de la clause « fédérale » dans la constitution de l'Organisation internationale du travail (art. 19, § 7) est peut-être le prélude d'une plus grande reconnaissance par le droit international de la personnalité des États-membres de certaines fédérations.

Poursuivant la brève analyse des principales différences que l'on invoque généralement pour opposer les confédérations aux fédérations, on peut s'arrêter à la question du droit de sécession. Liés entre eux par un traité, les États confédérés restent libres de le dénoncer et de reprendre le plein exercice des attributs de leur souveraineté. Mais à l'examen des pactes confédéraux, on constate que le droit de sécession pour un membre n'existe que du commun accord des autres membres. Ainsi, l'article XIII du traité de 1777 déclare que l'Union américaine sera perpétuelle; et l'article premier du traité de juin 1815 entre les États germaniques renferme la même stipulation. Quant aux cantons de la Suisse confédérale, il suffit de rappeler la guerre livrée en 1847 par les cantons protestants au *Sonderbund* (alliance des cantons catholiques) pour admettre que le droit de sécession, dans la Confédération helvétique, était pratiquement sujet à l'accord de tous les cantons confédérés.

Le droit de sécession n'existe pas, a fortiori, dans les fédérations, du moins sur le plan juridique. Si l'on excepte la constitution de l'U.R.S.S., dont l'article 17 reconnaît à chaque république le droit de sortir librement de la fédération — droit d'ailleurs purement théorique — aucune fédération ne permet à ses membres de recourir, en cas de désaccord avec le pouvoir central ou la majorité des États fédérés, au droit de sécession. Il est vrai que certains États qui ont ratifié les constitutions

⁴ Sentence arbitrale du 26 juillet 1875 (La Pradelle et Politis, t. III, p. 651). Cité par P. REUTER dans *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, p. 147.

australienne et américaine ont affirmé leur droit de se retirer de l'union⁵. Mais les faits ont démontré que ces clauses étaient inopérantes. Aux États-Unis, la doctrine de John Calhoun (1782-1850) qui soutenait la thèse de la souveraineté des États fédérés et leur droit à la sécession fut définitivement abandonnée à l'issue de la guerre civile américaine, tandis qu'en Australie une tentative de sécession de l'Australie occidentale (1933), appuyée par 138 653 voix contre 70 706, fut rejetée par une commission mixte du parlement britannique⁶. Quant au mouvement sécessionniste qui se manifesta en 1932 dans l'État de Sao Paulo, il fut réprimé par la force par les autorités fédérales du Brésil.

En somme, les deux types classiques de sociétés fédérales offrent une certaine analogie en ce qui concerne l'acte juridique qui leur donne naissance, l'exercice par les États composants des attributs de la souveraineté et même la jouissance du droit de sécession. Ce n'est donc pas dans ces divers domaines que s'opposent fondamentalement confédérations et fédérations. C'est plutôt dans l'étendue des attributions et surtout la nature des pouvoirs que se révèle la distinction essentielle entre une confédération et une fédération.

Les attributions de l'organe confédéral, définies par le traité créant la confédération, sont toujours d'un volume matériellement très restreint. Elles ne touchent, en général, que le domaine de la sécurité — tant extérieure qu'intérieure — et celui des relations politiques avec les États étrangers (le *pacigéat*). Vues sous l'angle de leurs objectifs, les confédérations se rapprochent des alliances permanentes.

En ce qui a trait à la nature des pouvoirs confédéraux, on peut dire de ceux-ci que, s'ils sont de caractère obligatoire, ils ne sont cependant que *médiats* et *dérivés*. Les décisions de l'organe confédéral, comme celles des organes fédéraux, sont dotées de force obligatoire et indiquent l'existence d'une volonté

⁵ R.R. BOWIE et C.J. FRIEDRICH, *Études sur le fédéralisme*, 2 vol., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960 et 1962, vol. II, p. 584-586.

⁶ BOWIE et FRIEDRICH, *loc. cit.*; aussi K.C. WHEARE, *Federal Government*, Toronto, Oxford University Press, 1953, p. 86.

collective majoritaire, soit étatique — dans le cas des confédérations, — soit étatique et individuelle — dans le cas des fédérations. Mais, alors que dans ces dernières les organes fédéraux ont un pouvoir de décision immédiat et originaire, en ce sens qu'ils s'adressent directement aux citoyens et qu'ils tiennent leur autorité de la loi fondamentale, dans les confédérations l'organe supraétatique n'atteint son destinataire ultime, l'individu, que par l'intermédiaire des États-membres, c'est-à-dire par le droit interne de ces États. Tandis que dans les fédérations les organes fédéraux prennent des décisions à la fois obligatoires et exécutoires, dans les confédérations les décisions de l'organe confédéral sont obligatoires mais rarement exécutoires; l'organe confédéral doit s'en remettre aux États-membres pour l'exécution de ses décisions. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un organe confédéral possède un pouvoir de décision immédiat; ainsi, en vertu de la Loi fondamentale de 1820 votée par la Diète germanique, on avait réussi à étendre à l'ensemble du territoire allemand les décrets de Carlsbad promulgués l'année précédente à la demande de Metternich et qui supprimaient la liberté d'expression dans la presse et l'enseignement⁷.

Bref, *médiateté* et *immédiateté* des pouvoirs caractérisent confédérations et fédérations respectivement et expriment parfaitement la distinction fondamentale, au point de vue juridique, entre les deux types classiques de sociétés fédérales.

Au terme de ce court exposé sur les éléments de différenciation entre confédérations et fédérations, on peut conclure assez justement avec Mouskhely et Jedryka: « Dans une confédération, le rôle essentiel revient aux États-membres; la confédération ne vit que par eux et puise en eux toute sa force et toute son autorité; ici, l'équilibre est rompu au profit des États confédérés. Dans une fédération, l'État fédéral joue un rôle aussi important, souvent plus important que les États fédérés; son autorité ne s'appuie pas seulement sur leur volonté; il la tire également de la volonté du peuple, ce qui renforce sa position à leur égard. Même si la balance penche du côté de l'autorité centrale, l'équilibre s'avère ici beaucoup plus stable.

⁷ LOUIS L. SNYDER, *Fifty Major Documents of the Nineteenth Century*, Toronto, Van Norstrand, 1955, p. 49.

La différence est donc nette, et la classification traditionnelle justifiée. »⁸

DEUXIÈME PARTIE

LES FÉDÉRATIONS

Les fédérations sont aujourd'hui fort nombreuses. En fait, sept des huit États les plus étendus au monde ont une constitution fédérale. Ce sont l'Union soviétique, le Canada, les États-Unis, le Brésil, l'Australie, l'Inde et l'Argentine. Mais il faut ajouter que les diverses fédérations contemporaines diffèrent entre elles au point de vue constitutionnel, et souvent d'une manière très sensible. Certaines de ces fédérations, comme les États-Unis, l'Australie, l'Allemagne occidentale et la Suisse, sont de type ségrégatif ou fédéraliste: les domaines de juridiction de l'État fédéral sont délimités d'une manière restrictive par la loi fondamentale et les compétences résiduelles sont laissées aux États fédérés. D'autres fédérations, comme le Canada, sont de type agrégatif ou centraliste: l'énumération des pouvoirs confiés aux collectivités composantes est limitative et tout ce qui ne leur est pas expressément attribué est du ressort de l'État fédéral. D'autre part, dans certaines fédérations la législation des États fédérés est soumise à un contrôle d'opportunité de la part de l'État fédéral, ce qui va à l'encontre de l'esprit même du fédéralisme. Mais il faut se garder de conclure que de tels États sont dépourvus d'un régime vraiment fédératif. Wheare a appelé justement que certains États de caractère quasi fédéral, tels que le Canada, peuvent très bien, en vertu de la pratique constitutionnelle, être gouvernés comme des États fédératifs, même si leur constitution semble les décrire comme des États unitaires largement décentralisés.⁹

⁸ M. MOUSKHELY et Z. JEDRYKA, *le Gouvernement de l'URSS*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961, p. 388.

⁹ WHEARE, *op. cit.*, p. 19-20.

Les États fédéraux répondent tous, en principe, à un certain nombre d'exigences qui méritent d'être brièvement rappelées.

Les fédérations ont d'abord une constitution *écrite*, c'est-à-dire une loi fondamentale fixe, qui est la Loi des lois, celle d'où dérive juridiquement l'autorité qu'exercent les organes fédéraux et ceux des collectivités composantes. Cette constitution répartit entre l'État fédéral et les États fédérés les diverses compétences législatives, de manière que le gouvernement central et les gouvernements régionaux puissent, chacun dans sa sphère, agir en toute indépendance et en toute exclusivité. En vertu de ce partage, les questions d'intérêt collectif relèvent habituellement de l'État fédéral alors que celles de caractère local sont du ressort des États fédérés. Dans certaines fédérations, il y a des compétences concurrentes (Allemagne occidentale, Canada, Inde). Mais comme les attributions de l'État fédéral lui permettent de légiférer pour tout le territoire de la fédération — et même parfois au-delà, quand la fédération possède des dépendances extérieures — les organes fédéraux font figure d'organes superposés et ils le sont effectivement dans certains domaines précis, particulièrement celui des affaires étrangères où l'État fédéral peut parfois conclure des traités dont la mise en œuvre relève strictement des États fédérés.

D'autre part, en raison de son importance capitale, la constitution de l'État fédératif ne pourra être révisée que par une procédure exceptionnelle qui assure, d'une façon ou d'une autre, la participation des collectivités composantes, voire du corps électoral, à l'opération juridique. De même, en cas de conflit quant à la constitutionnalité des lois ou à l'interprétation de la constitution, l'État fédéral ou les États fédérés pourront recourir au jugement d'une Cour suprême ou d'un tribunal constitutionnel, habilités à sauvegarder, en toute indépendance, la légalité constitutionnelle, seule protection véritable de l'autonomie des États-membres.

Enfin, la plupart des auteurs jugent indispensable la présence d'une Chambre haute au sein des organes législatifs de l'État fédéral. De fait, toutes les fédérations ont un parlement bicaméral; mais ce bicaméralisme est loin de préserver

cette loi de participation qui est censée être le propre des États fédératifs. En principe, la Chambre haute, dans une fédération, a pour but de protéger les intérêts des collectivités-membres au sein du parlement fédéral. En réalité, rares sont de nos jours les Chambres hautes qui jouent vraiment ce rôle ou, tout au moins, qui offrent la garantie juridique de le pouvoir remplir. Il faudrait que les membres de cette Chambre haute fussent nommés par les États eux-mêmes et qu'ils agissent suivant leurs instructions pour être véritablement leurs représentants à l'intérieur du parlement fédéral. Dans la République fédérale d'Allemagne, ce sont les *Länder* qui nomment et révoquent les membres de la Chambre haute ou *Bundesrat* (art. 51); en Suisse, les députés au Conseil des États sont choisis par les cantons selon certaines modalités et en reçoivent leur indemnité. Mais aux États-Unis et en Australie, les membres de la Chambre haute sont élus au suffrage universel, tandis qu'en Inde, où la majorité des membres du Conseil des États sont élus par les assemblées législatives, le président de l'Union peut convoquer les deux Chambres en séance commune et inviter le parlement à statuer à la majorité absolue des membres présents et votants (art. 108); ceci peut avoir pour effet, en cas de conflit entre les deux pouvoirs, d'assurer le triomphe de la Chambre basse, qui est deux fois plus nombreuse que le Conseil des États. En Union soviétique, la Chambre haute n'est qu'un conseil des nationalités. Au Canada, enfin, les sénateurs sont nommés par l'État fédéral. Bref, il n'y a guère de fédérations où la composition de la Chambre haute permette effectivement le concours des volontés étatiques à l'élaboration de la législation fédérale. Il s'agit là d'une lacune sérieuse, mais dont les inconvénients ne sont pas toujours aussi graves et aussi nombreux qu'on le pourrait redouter.

Toute fédération a pour but de concilier les intérêts communs d'une collectivité étatique avec les intérêts particuliers des diverses collectivités régionales formant cette collectivité étatique.

La répartition des compétences, dans un État fédératif, attribuée généralement aux organes fédéraux une autorité exclu-

sive en matière de défense nationale, de relations étrangères et de commerce international. Dans ces domaines, toutefois, les pouvoirs de l'État fédéral sont parfois doublement limités: d'une part, l'État central ne peut légiférer à l'encontre des droits des autres États ou de ses propres obligations conventionnelles, comme c'est d'ailleurs le cas de tous les États; d'autre part, il doit respecter le domaine réservé aux États fédérés. Mais cette dernière restriction est loin d'être commune à toutes les fédérations; elle peut faire, cependant, des États qui en sont frappés des personnes à capacité internationale limitée.

Aux yeux du droit international classique, l'État fédératif est un État unitaire largement décentralisé. C'est avec le gouvernement central que traitent les puissances étrangères; c'est auprès de lui qu'elles accréditent leurs représentants; c'est lui qu'elles tiennent responsable des actes illicites commis par les États fédérés et c'est de lui qu'elles exigent, le cas échéant, réparation. La jurisprudence est d'ailleurs unanime sur ce point: dans l'affaire du lynchage des Italiens de la Nouvelle-Orléans en 1891 comme dans celle des écoles japonaises de San Francisco en 1906, elle a décidé que c'était à l'État fédéral qu'il fallait imputer les délits des États fédérés. La même position a été prise par la troisième commission de la conférence de La Haye de 1930 pour la codification du droit international, dont le rapport déclare à l'article 5: « *A State cannot avoid international responsibility by invoking [...] its municipal law.* » Et la Cour permanente de Justice internationale s'est prononcée dans le même sens deux ans plus tard, quand elle a dit: « *A State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force.* »¹⁰

Pourtant, quand on considère que certains États fédérés jouissent d'un *jus tractatum* restreint mais réel, on ne peut s'empêcher de conclure que la doctrine n'est pas tout à fait conforme aux faits. Il n'y a pas que les États souverains qui soient sujets du droit international public; celui-ci s'adresse

¹⁰ Cour permanente de Justice internationale, Série A/B, n° 44, p. 24, 1932.

également aux corps extra-étatiques et aux corps infra-étatiques. Pourquoi ne serait-il pas possible de reconnaître à certains États fédérés une personnalité internationale limitée ? C'est un peu ce qu'admettent Oppenheim et Lauterpacht, quand ils écrivent :

[...] *it must be acknowledged that the member-States of a federal State can be International Persons in a degree. Full subjects of International Law — International Persons with all the rights and duties regularly connected with international personality — they certainly cannot be. Their position, if any, within this circle is overshadowed by their federal State; they are part Sovereign States, and they are, consequently, International Persons for some purposes only.*¹¹

I. LE DROIT DE GUERRE

Le droit de déclarer la guerre et de conclure la paix appartient exclusivement, dans toutes les fédérations, à l'État central. Cette règle ne connaît aucune exception. Toutefois, il est d'usage, dans la plupart des fédérations, d'associer le parlement à la déclaration de guerre. Ainsi, aux États-Unis, c'est au Congrès qu'il appartient de déclarer l'état de guerre (art. II, sec. 8, § 11). En Suisse, cette responsabilité revient à l'Assemblée fédérale (art. 8). Au Canada, bien que la déclaration de guerre soit une prérogative royale, le gouvernement a jugé bon, en 1939, d'obtenir l'autorisation du parlement avant d'entrer en guerre contre l'Allemagne. Mais, dans l'ancien Empire allemand, l'Empereur ne pouvait déclarer la guerre sans le consentement de la Chambre haute ou *Bundesrat* (art. XI), tandis que dans la République fédérale d'aujourd'hui, c'est à la Chambre basse ou *Bundestag* qu'est confiée la constatation de la réalisation du cas de défense (art. 59a), sauf « s'il y a péril dans la demeure », en quel cas le Président peut agir de concert avec le chancelier fédéral.

Certains États fédérés ont, cependant, le droit de posséder des milices territoriales. En U.R.S.S., l'article 18(b) de la

¹¹ L. OPPENHEIM et H. LAUTERPACHT, *International Law*, 8^e éd., Londres, Longmans Green & Co., 1955, vol. I, p. 177.

Constitution permet aux républiques fédérées d'instituer des formations militaires; mais celles-ci sont naturellement intégrées dans l'armée de l'Union. En Suisse, chaque canton peut lever une armée permanente de 300 hommes. Aux États-Unis, les États-membres ont le droit de posséder des milices; mais celles-ci peuvent être placées sous le commandement du président de l'Union en cas de besoin (art. II, sec. 2, § 1).

Bref, en raison de son importance, le *jus belli* n'est nulle part concédé aux États-membres des fédérations.

II. LE DROIT DE LÉGATION

Dans les fédérations, le droit de légation actif et passif, de même que le droit de représentation aux conférences internationales, relèvent d'une façon presque aussi exclusive que le *jus belli* de l'État fédéral lui-même.

Toutes les constitutions des États fédératifs, à l'exception de celle du Canada qui en pratique est muette sur ce point, confient expressément à l'État central la conduite des affaires étrangères. Certains États fédérés, malgré tout, ont déjà possédé le *jus legationis*. Ce sont les États de l'ancien Empire allemand, auxquels la constitution de 1871 n'avait pas retiré le droit de légation actif et passif, de même que la faculté d'accorder l'exequatur aux consuls étrangers. Certains États allemands, comme la Bavière et le Wurtemberg, firent effectivement usage de leur *jus legationis*. Il appartenait même aux ambassadeurs bavarois de représenter, en cas de nécessité, l'Empire allemand tout entier¹². Mais, comme l'a écrit Dicey: « [...] *the constitution of the German Empire is too full of anomalies, springing both from historical and from temporary causes, to be taken as a fair representative of any known form of government.* »¹³ C'est sûrement dans cet esprit qu'on peut expliquer le droit conservé par la Bavière, sous la république de Weimar, d'entretenir des relations diplomatiques avec le Saint-Siège¹⁴.

¹² BOWIE et FRIEDRICH, *op. cit.*, vol. I, p. 419.

¹³ A.V. DICEY, *Law of the Constitution*, 10^e éd., New York, St Martin Press, 1962, p. 139.

¹⁴ OPPENHEIM et LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 176, note 1.

Quant à l'U.R.S.S., elle est la seule fédération qui autorise expressément ses membres à traiter directement avec les États étrangers. En effet, d'après l'article 18(a), « chaque République fédérée a le droit d'entrer en rapports directs avec les États étrangers, de conclure des accords avec eux et de procéder à l'échange de représentants diplomatiques et consulaires ». Mais cet article, inséré en 1944 dans la constitution soviétique, est resté pratiquement lettre morte, sauf en ce qui concerne la représentation à l'O.N.U. et dans certaines institutions spécialisées de l'Ukraine et de la Biélorussie, qui était d'ailleurs le seul objectif de cette modification constitutionnelle.

À l'intérieur du Commonwealth, les États de l'Australie ont conservé, en dépit de l'acte constitutionnel de 1901, le droit d'être représentés à Londres par des agents généraux. Ces agents sont habilités à traiter directement avec le gouvernement britannique, parce qu'ils représentent des États dont la Reine, constitutionnellement, nomme elle-même les gouverneurs. Ces agents généraux, jadis souvent assimilés aux hauts-commissaires des Dominions, tiennent maintenant leurs immunités et privilèges d'une loi principale qui leur est applicable par décret ministériel¹⁵ et qui est ainsi rédigée :

Her Majesty may by Order in Council confer :

(a) [...]

(b) *On a person for the time being recognized by Her Majesty's Government in the United Kingdom as the chief representative in the United Kingdom of any state or province of any country to which this section applies (in this section referred to as « a state representative »),*
 (c) *On members of the staff of a state representative holding such offices or classes of offices as may be specified in the Order, being offices or classes of offices appearing to Her Majesty to involve the performance of duties substantially corresponding to those which, in the case of a foreign sovereign Power, would be performed by a consular officer, the like immunities from suit and legal process and the like inviolability of*

¹⁵ En ce qui concerne les provinces canadiennes, la loi est appliquée en fait, mais aucun décret ministériel n'a encore été adopté.

*official archives as are accorded to consular officers of a foreign sovereign Power, and the Order in Council may provide for applying, in relation to official premises of persons on whom immunity is conferred under this subsection, the provisions of subsection (1) of section four of the Consular Conventions Act, 1949 (which restricts power of entry in relation to consular offices) as if those premises were consular of a State to which that section applies and those persons were consular officers.*¹⁶

Ces stipulations s'appliquent maintenant aux représentants des provinces canadiennes à Londres, dont le statut était autrefois inférieur à celui des agents généraux des États australiens. Elles rappellent les avantages concédés aux commissaires de commerce par certains États, tels que la Birmanie, le Ceylan et les États-Unis.¹⁷

En ce qui a trait à la représentation au sein des organisations internationales, il est d'usage qu'elle soit réservée aux seuls sujets du droit international classique. Mais il sera intéressant de noter que les dominions britanniques et l'Inde ont fait partie de la S.D.N. alors qu'ils n'étaient pas des États souverains et que les républiques soviétiques d'Ukraine et de Biélorussie ont leurs propres représentants à l'O.N.U. et dans quelques institutions spécialisées, beaucoup plus en raison des accords de Yalta qu'à cause de l'article 18(b) de la constitution de l'Union soviétique.¹⁸

Sauf les quelques cas mentionnés précédemment et qui passeront, en droit international classique, pour des anomalies, les États fédéraux se réservent en toute exclusivité le droit de légation actif et passif et la représentation aux conférences internationales. Cette situation, quelque peu abusive, sera plus loin l'objet d'observations particulières.

¹⁶ 15 et 16 George VI et 1 Elizabeth II, ch. 18 [G.-B.].

¹⁷ *Importation Privileges for Government Officials and Employees, Agreement Between the United States and Canada, 1942, Executive Agreement Series 383, 1944.*

¹⁸ Walter Consuelo LANGSAM, *Historic Documents of World War II*, Toronto, Van Norstrand, 1958, p. 102.

III. LE DROIT DE CONCLURE DES TRAITÉS

Vis-à-vis du droit international classique, l'État fédératif fait figure d'État unitaire et les accords conclus par le gouvernement central lient celui-ci, même si en droit interne ils empiètent sur le domaine réservé aux États fédérés. Mais cette situation comporte un danger: celui de la législation indirecte. Un État fédéral peut en effet être tenté de s'approprier, au moyen de conventions internationales, des pouvoirs que la constitution lui dénie et qu'elle réserve aux collectivités composantes. Ce danger est d'autant plus grand que le *jus tractatum* intéresse de nos jours presque tous les aspects de la vie sociale, y compris ceux qui sont généralement laissés à la juridiction des États fédérés, tels que la santé, l'éducation, les échanges culturels et le régime du travail, ou ceux qui font parfois l'objet d'une législation concurrente, comme les impôts et l'immigration.

Trois solutions possibles s'offrent au problème du *jus tractatum* dans les États fédératifs: 1. l'État fédéral peut constitutionnellement lier toute la fédération, quel que soit le domaine auquel le traité est applicable; l'autonomie des États fédérés est alors bien relative; 2. l'État fédéral peut, après entente avec les États-membres de la fédération, signer un traité relatif au domaine réservé; mais la mise en œuvre de cet accord est confiée aux collectivités composantes; 3. les États fédérés peuvent conclure directement des accords internationaux concernant la sphère de leurs attributions constitutionnelles.

De fait, ces trois solutions existent et chacune d'elles compte des partisans convaincus. Mais on les trouve rarement à l'état pur dans les diverses constitutions. En réalité, l'État fédéral peut souvent empiéter sur le domaine réservé aux États-membres, même quand ceux-ci possèdent un certain *jus tractatum*. Plus d'un auteur favorise d'ailleurs l'exercice par le seul État fédéral du *jus tractatum*; ainsi, Reuter écrit: « Si l'on imagine un État fédéral membre d'une société internationale dans laquelle les relations internationales sont intenses, on distingue sans peine trois ordres étagés de relations sociales et d'institutions juridiques: l'ordre international, l'ordre fédéral et l'ordre local. Or il est très difficile d'édifier des structures

politiques aussi complexes [...] l'État fédéral met en œuvre une mécanique (*machinery*) assez compliquée; il est inévitable qu'une simplification interne par centralisation apparaisse lorsque la vie internationale vient superposer ses difficultés propres à celles des relations internes du fédéralisme: les structures politiques doivent toujours rester d'une relative simplicité. »¹⁹ Mais cette simplicité que souhaite Reuter ne peut justifier, dans tous les cas, cette forme de législation indirecte que constitue la conclusion par l'État fédéral de traités touchant le domaine réservé aux collectivités membres.

Dans deux fédérations bien connues, l'Inde et l'Autriche, l'État fédéral possède la plénitude du *jus tractatum*, c'est-à-dire qu'il peut imposer aux collectivités membres des obligations qui, si elles découlaient d'une législation fédérale, seraient jugées inconstitutionnelles. Mais cette situation ne se présente pas de la même façon dans les deux fédérations ci-haut mentionnées.

En Inde, l'article 246(1) de la Constitution stipule que « *Parliament has exclusive power to make laws with respect to any of the matters enumerated in List I in the seventh Schedule [...]* » La clause 14 de cette liste confère au parlement fédéral le droit de « *entering into treaties and agreements with foreign countries and implementing of treaties, agreements and conventions with foreign countries.* » L'article 253 va plus loin: il dit: « *Notwithstanding anything in the foregoing provisions of this chapter Parliament has power to make any law for the whole or any part of the territory of India for implementing any treaty, agreement or convention with any other country or any decision made at any international conference, association or other body.* » C'est d'ailleurs ce que confirme le mémoire adressé le 19 avril 1951 au Secrétaire général des Nations unies par le gouvernement de l'Inde; dans cette note il est mentionné que « *the President's power to enter into treaties [...] remains unfettered by any « internal constitutional restrictions ».*²⁰

¹⁹ Paul REUTER, *Institutions internationales*, Paris, Presses Universitaires de France, 1955, p. 254.

²⁰ United Nations Legislative Series, *Laws and Practices concerning the Conclusion of Treaties*, ST/LEG/SER.B/3 — décembre 1952, p. 63.

Mais en Autriche, la constitution se montre plus respectueuse des formes. Si l'article 10(1, ii) de la Loi fondamentale du 1^{er} octobre 1920 (rétablie en mai 1945) confère aux autorités fédérales le *jus tractatum*, l'article 16 de la même loi tient compte de l'existence des collectivités membres de la fédération autrichienne; il renferme les stipulations suivantes:

(1) *The Länder are bound, within the limits of their independent competence, to take such measures as are necessary for the execution of international treaties. Should a Land fail to comply in due time with this obligation, its competence in the matter, and particularly in the enactment of the necessary legislation, will pass to the Federation.*

(2) *In the execution of treaties with foreign States, the Federation enjoys supervisory rights, even in those matters which fall under the jurisdiction of the Länder. In such matters, the Federation has the same rights in relation to the Länder as in matters which fall ultimately under Federal administration.*

En Autriche, les *Länder* ont donc le pouvoir de mettre en œuvre la législation nécessaire au respect des traités internationaux concernant le domaine de leurs compétences; mais s'ils négligent de passer telle législation, ce sont les autorités fédérales qui sont alors habilitées à assumer cette responsabilité.

Le Nigéria offre quelque analogie avec l'Inde et l'Autriche, en ce sens que la constitution nigérienne permet au parlement fédéral de voter des lois dont l'objet est normalement réservé à la compétence législative des États-membres, chaque fois qu'il s'agit de mettre à exécution les dispositions d'un traité international. Mais l'application de cette législation est sujette à l'approbation des gouverneurs locaux.²¹

Dans quelques fédérations, où les autorités fédérales jouissent en exclusivité du *jus tractatum*, il est parfois interdit au parlement central de légiférer dans les domaines relevant de la juridiction des États-membres, même pour la mise à exécution d'accords internationaux valablement conclus: c'est,

²¹ *The Nigeria (Constitution) Order in Council*, 1960, article 69.

dans une certaine mesure, le cas de l'Australie et, absolument, celui du Canada.

La constitution australienne ne renferme aucune clause relativement au *jus tractatum*. Toutefois, celui-ci est indirectement touché par l'article 51 (§ XXIX) qui confère au parlement fédéral, « sous réserve de la présente constitution », le pouvoir de faire des lois sur [...] les affaires extérieures. Bowie et Friedrich rapportent que « dans le projet approuvé par la Convention nationale australienne de 1891 cette clause XXIX comprenait les « affaires extérieures et traités ». Ce projet contenait également, parmi les clauses, la disposition suivante: « 7° — La Constitution établie par cet acte, et toutes les lois faites par le Parlement de la Confédération, en application des pouvoirs conférés par la Constitution, et tous les traités passés par la Confédération, lieront les tribunaux, conformément à leur teneur, ainsi que les Juges et le Peuple dans chaque État et dans chaque partie de la Fédération, nonobstant toutes les dispositions contraires figurant dans les lois des États; et les lois et traités de la Confédération seront en vigueur à bord de tous les navires britanniques dont le dernier port de départ ou dont le port de destination est situé sur le territoire de la Confédération. »²² Comme la mention « traités » ne fut pas retenue dans le texte de la Loi fondamentale de 1900, le problème se posa bientôt de déterminer l'étendue des pouvoirs attribués au parlement fédéral en vertu de la clause XXIX de l'article 51.

Dès 1910, un juriste prit position en faveur d'une interprétation restrictive de la clause *External Affairs*. Il s'agit du professeur Harrison Moore qui écrivit:

*The power to give effect to international arrangements must, it would seem, be limited to matters which in se concern external relations; a matter in itself purely domestic, and therefore within the exclusive power of the States, cannot be drawn within the range of Federal power merely because some arrangement has been made for uniform national action [...]*²³

²² BOWIE et FRIEDRICH, *op. cit.*, vol. I, p. 458-459.

²³ HARRISON MOORE, *Commonwealth of Australia*, 2^e éd., 1910, p. 461-462.

Mais il n'était évidemment pas facile de dresser la liste des matières qui sont *in se* du domaine des affaires extérieures.

Peu après l'accession de l'Australie à la souveraineté, l'occasion s'offrit à la Haute Cour de décider si la clause xxix de l'article 51 de la Constitution autorise le parlement fédéral à légiférer pour la mise à exécution de traités internationaux dont l'objet relève de la juridiction des États fédérés. Il s'agit de l'affaire *Rex v. Burgess, ex parte Henry*²⁴, où un pilote de l'aviation civile était accusé d'avoir, sans permis, survolé le territoire de la Nouvelle-Galles du Sud, violant ainsi les règlements adoptés par les autorités fédérales pour la mise en œuvre de la Convention sur la navigation aérienne de 1919. Comme le pilote était resté dans les limites de l'espace aérien de l'État en question, il contesta au gouvernement australien le droit de légiférer dans un domaine réservé aux États-membres, à savoir: celui du commerce local. Mais le tribunal considéra à l'unanimité que la clause xxix autorisait l'État fédéral à passer la réglementation nécessaire à l'application de la Convention de 1919, tout en déclarant le règlement invoqué contre le pilote non conforme aux termes de l'accord aérien. Cependant, quand il fut question de définir l'étendue des pouvoirs conférés aux autorités de Canberra par la clause *External Affairs*, les juges émettent des opinions différentes.

Les juges Evatt et McTiernan optèrent pour une interprétation extensive de la clause xxix. Ils déclarèrent, entre autres: « *It would seem clear, therefore, that the legislative power of the Commonwealth over « external affairs » certainly includes the power to execute within the Commonwealth treaties and conventions entered into with foreign powers.* » Mais ils ajoutèrent aussitôt: « *The legislative power in sec. 51 is granted « subject to this Constitution » so that such treaties and conventions could not be used to enable the Parliament to set at nought constitutional guarantees elsewhere contained [...]* »

Le juge Dixon fit remarquer toutefois que « *it seems an extreme view that merely because the Executive Government undertakes with some other country that the conduct of persons in Australia shall be regulated in a particular way, the legislature*

²⁴ *Rex. v. Burgess, ex parte Henry*, 1936 C.L.R. 55.

thereby obtains a power to enact that regulation although it relates to a matter of internal concern which, apart from the obligation undertaken by the Executive, could not be considered as a matter of external affairs ».

Depuis l'affaire *Burgess*, il ne fait plus aucun doute que l'État fédéral peut, en Australie, empiéter sur la juridiction des collectivités-membres pour la mise à exécution de conventions internationales. Néanmoins, il ne s'agit pas ici d'un pouvoir illimité, comme l'ont d'ailleurs fait remarquer les juges Dixon et Starke dans la cause précitée.

Pleinement conscient des inconvénients politiques d'une interprétation trop large de la clause xxix de l'article 51 de la constitution australienne, le gouvernement de Canberra a évité jusqu'ici d'adopter les conventions approuvées par l'Organisation internationale du travail portant sur des domaines laissés à la juridiction des États fédérés, sans obtenir auparavant le consentement de ces États. Pourtant, dans l'affaire *Burgess*, les juges Evatt et McTiernan avaient affirmé que « *the Parliament may well be deemed competent to legislate for the carrying out of « recommendations » as well as the « draft international conventions » resolved upon by the International Labour Organization or of other international recommendations or requests upon other subject matters of concern to Australia as a member of the family of nations* ». Toutefois, l'État fédéral en Australie a préféré suivre une politique plus prudente que celle que semblaient lui indiquer les savants juges.

Bref, la situation n'est pas parfaitement claire en Australie en ce qui a trait à la mise en application des accords internationaux intéressant le domaine réservé aux États-membres; mais il semble indiscutable que la clause *External Affairs* ne confère pas de pouvoirs illimités aux autorités fédérales et que le droit des États fédérés de mettre en œuvre les traités s'appliquant à des matières placées sous leur juridiction reste relativement bien protégé.

Le gouvernement fédéral, toutefois, possède l'exercice exclusif du *jus tractatum*, encore qu'aucun article de la constitution australienne n'interdise aux collectivités membres de conclure des accords internationaux dans les domaines relevant de

leurs compétences. La position de Canberra est très nette à ce sujet. Dans un mémoire adressé au Secrétaire général des Nations unies le 26 juillet 1951, la Délégation permanente de l'Australie près l'O.N.U. a déclaré: « *Although the Australian Constitution is federal in character, the component States have no international status, and the making of treaties is a function of the Federal Executive alone.* »²⁵

La constitution des États-Unis présente une certaine analogie avec celle de l'Australie pour ce qui regarde, entre autres, le *jus tractatum*; mais elle en diffère sur trois points importants, à savoir: 1. qu'il appartient, en règle générale, au Sénat seul d'approuver les traités; 2. que les traités validement conclus par l'Union constituent la loi suprême du pays; 3. que les États-membres possèdent un *jus tractatum* rudimentaire.

D'après la constitution américaine (art. II, sec. 2, § 2), le président de l'Union « *shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the senators present concur [...]* ». Les rédacteurs de la constitution de 1789 avaient d'abord songé à confier au seul Sénat l'exercice du *jus tractatum*; mais il fut subséquemment décidé d'associer le Président à la pratique du *treaty-making power*. Le rôle joué ici par le Sénat à l'exclusion de la Chambre des représentants accorde à la Chambre haute des États-Unis un pouvoir que ne possèdent ni le sénat du Canada ni celui, pourtant électif, de l'Australie. Mais il peut arriver que le concours de la Chambre des représentants soit nécessaire à l'exécution d'une convention internationale comme il est d'usage que la seule action du Président puisse, dans certains cas, lier les États-Unis.

La constitution américaine stipule que « *no money shall be drawn from the treasury, but in consequence of appropriations made by law [...]* » (art. I, sec. 9, § 7). Or, il appartient au Congrès seul de voter des crédits pour fins fédérales et, dans ce domaine, la Chambre des représentants a un rôle d'initiative. Il s'ensuit qu'aucun traité n'est exécutoire sans le

²⁵ United Nations Legislative Series, ST/LEG/SER.B/3 — décembre 1952, p. 6.

concours de la Chambre basse s'il a pour conséquence d'engager les fonds de l'Union. Comme l'a déjà exprimé le juge Fuller, « *it certainly cannot be admitted that the power of Congress to lay and collect taxes and duties can be curtailed by an arrangement made with a foreign nation by the President and two thirds of a quorum of the Senate* ». ²⁶ Bien que dans certains jugements on ait prétendu que les traités conclus suivant l'article II (sec. 2, § 2) étaient exécutoires même s'ils entraînaient l'affectation de fonds publics, la pratique révèle que la Chambre des représentants ne s'est pas laissé dépouiller de ses droits au profit du *jus tractatum*. Ainsi, dans un cas célèbre, celui de l'achat de l'Alaska, la Chambre basse a exigé, avant de voter les crédits nécessaires à l'accomplissement de la transaction, qu'il soit reconnu qu'aucun traité de ce genre ne pouvait être exécutoire sans le consentement des deux Chambres de l'Union ²⁷. Mais, de l'avis des juristes, la Chambre des représentants a l'obligation morale d'autoriser les dépenses nécessaires à la mise en œuvre des traités conclus par l'Union ²⁸. Ce qui vient d'être dit au sujet des conventions intéressant les fonds de l'État s'applique également à celles qui règlementent le commerce international (art. I, sec. 8, § 3) ou ont rapport à certains autres domaines précis où le Congrès possède traditionnellement un droit jugé inviolable (annexions territoriales, extradition, etc.) ²⁹.

En tant que constituant le pouvoir exécutif (art. II, sec. I, § 1), le Président des États-Unis jouit d'attributions très étendues relativement à la conduite des affaires internationales, que le juge Sutherland fait même remonter jusqu'à la prérogative royale, dont le chef de l'État américain serait devenu le dépositaire depuis la rupture avec la Couronne britannique ³⁰. Le Président a souvent recours, en effet, aux *executive agree-*

²⁶ *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 770.

²⁷ Quincy WRIGHT, « *Treaties and the Constitutional Separation of Powers in the United States* ». *American Journal of International Law*, vol. 12, n° 1, janvier 1918, p. 64.

²⁸ Charles PERGLER, *Judicial Interpretation of International Law in the United States*, 1928, p. 166.

²⁹ WRIGHT, *op. cit.*, p. 82-85.

³⁰ *U.S. v. Curtiss-Wright Export Corporation*, 299 U.S. 304 (1936).

ments pour réaliser certains objectifs de la politique étrangère de son pays. Bien qu'il ne soit pas toujours facile de distinguer un *treaty* d'un *executive agreement*, quelques précisions sur celui-ci sont contenues dans une note rédigée par le secrétariat des Nations unies et approuvée par le *State Department*, où l'on peut lire :

*Actually, such agreements may be considered broadly in three classes: (1) agreements or understandings entered into with foreign governments, pursuant to or in accordance with, specific direction or authorization by made with foreign governments by the Executive solely with foreign governments but not given effect except with the approval of the Congress, by specific sanction or implementation; and (3) agreements or understandings made with foreign governments by the Executive solely under and in accordance with the Executive's constitutional power.*³¹

Dans cette troisième catégorie d'*executive agreements* — celle qui nous intéresse ici — le Président agit seul et peut, de sa seule autorité, imposer des obligations à son pays dont le caractère exécutoire a été reconnu par la Cour suprême³². Mais ce pouvoir a souvent paru arbitraire aux yeux du Congrès et il fut bien près d'être mis en question, en janvier 1953, lorsque le sénateur Bricker présenta au Sénat son fameux *Amendment*, déjà approuvé par une commission sénatoriale :

Section 1. A provision of a treaty which conflicts with this Constitution shall not be of any force or effect.
Section 2. A treaty shall become effective as internal law in the United States only through legislation which would be valid in the absence of treaty.

*Section 3. Congress shall have power to regulate all executive and other agreements with any foreign power or international organizations. All such agreements shall be subject to the limitations imposed on treaties by this article.*³³

³¹ United Nations Legislative Series, ST/LEG/SER.B/3 — décembre 1952, p. 130.

³² *U.S. v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1934) et *U.S. v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942).

³³ *Senate Report* N° 412, 83rd Congress, 1st Session 1953.

Si elle avait été adoptée, cette modification de la constitution américaine aurait retiré au Président ses prérogatives constitutionnelles en matière de *jus tractatum* et aurait aussi sensiblement restreint la portée actuelle de l'article VI (§ 2) de la constitution des États-Unis.

Ce dernier article renferme, en effet, une disposition très importante. Il y est écrit : « *all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land [...]* ». Cette clause de la constitution américaine permet à l'Union de légiférer sans le concours de la Chambre basse; elle habilite également l'État fédéral à imposer aux États membres de l'Union une législation dont ils devraient normalement avoir l'exclusivité.

La primauté des lois fédérales, adoptées pour la mise à exécution de traités, est bien établie à l'encontre des lois passées par les États dans les domaines de leur compétence. La plus ancienne décision à ce sujet remonte à 1796³⁴. Mais l'une des mieux connues date de 1920. Elle a trait à une convention anglo-américaine relative à la protection des oiseaux migrateurs³⁵. La matière de cette entente avait déjà fait l'objet d'une loi du Congrès, jugée dans la suite *ultra vires* parce qu'elle réglementait la chasse aux oiseaux à l'intérieur des États³⁶. Quand, toutefois, le gouvernement américain décida d'atteindre le même but au moyen d'un traité avec la Grande-Bretagne (c'est-à-dire le Canada), la législation découlant des dispositions de cet accord fut jugée valide : « *The treaty in question does not contravene any prohibitory words to be found in the Constitution.* »

S'il est vrai qu'aucun traité n'a encore été déclaré inconstitutionnel par la Cour suprême et s'il est vrai également que le Congrès n'a jamais refusé de voter les crédits nécessaires à la mise à exécution des traités valablement conclus³⁷, rien n'autorise à croire que l'article VI (§ 2) de la constitution

³⁴ *Ware v. Hilton*, (1796) 3 Dallas 199.

³⁵ *Missouri v. Holland*, (1920) 252 U.S. 416.

³⁶ *U.S. v. Shaurer*, 214 Fed., 154 et *U.S. v. McCullagh*, 221 Fed., 228.

³⁷ Gerard J. MANGONE, *The Elements of International Law*, 1963, p. 76.

américaine accorde à l'exercice du *jus tractatum* une portée illimitée. De fait, un grand nombre de décisions en précise le sens:

*It need hardly be said that a treaty cannot change the Constitution or be held valid if it be in violation of that instrument. This results from the nature and fundamental principles of our Government.*³⁸

*The treaty power, as expressed in the Constitution, is in terms unlimited except by those restraints which are found in that instrument against the action of the Government or of its departments, and those arising from the nature of the Government itself and that of the States. It would not be contended that it extends so far as to authorize what the Constitution forbids [...]*³⁹

The United States is a creature of the Constitution. Its power and authority have no other source. It can only act in accordance with all the limitations imposed by the Constitution [...]

*It would be manifestly contrary to the objectives of those who created the Constitution, as well as those who were responsible for the Bill of Rights — let alone alien to our entire constitutional history and tradition — to construe Article VI as permitting the United States to exercise power and international agreement without observing constitutional prohibitions [...]*⁴⁰

L'exercice du *treaty-making power* est donc soumis aux États-Unis à des limitations semblables à celles auxquelles le même usage est assujéti en Australie et, dans un cas comme dans l'autre, on peut le définir au moyen d'une opinion émise par le juge Field, de la Cour suprême des États-Unis:

*[...] it is not perceived that there is any limit to the questions which can be adjusted touching any matter which is properly the subject of negotiation with a foreign country.*⁴¹

En somme, l'État fédéral peut aux États-Unis légiférer au moyen du *jus tractatum* dans les matières pouvant faire nor-

³⁸ *Cherokee Tobacco v. U.S.*, 11 Wall., 616; 20 L. Ed., 227.

³⁹ *Geofroy v. Riggs*, (1890) 133 U.S. 258.

⁴⁰ *Reid v. Covert*, (1956) 354 U.S. 701.

⁴¹ *Geofroy v. Riggs*, (1890) 133 U.S. 258.

malement l'objet d'une convention internationale. Mais, tout comme en Australie, les autorités fédérales se sont montrées peu empressées à Washington de ratifier les conventions internationales du travail touchant des domaines réservés à la compétence législative des États de l'Union⁴². Elles ont préféré transmettre à ces États les projets et recommandations de l'O.I.T., tout en appliquant un certain nombre d'entre elles dans le district de Columbia.⁴³

Reste le *jus tractatum* des États fédérés. Si l'article I (sec. 10, § 1) de la constitution stipule que « *No State shall enter into any treaty, alliance, or confederation [...]* », le même article ajoute (sec. 10, § 3): « *No State shall without the consent of the Congress [...] enter into any agreement or compact with another State, or with a foreign power [...]* » Sans définir les mots *agreement* et *compact*, cette disposition permet implicitement aux États membres de l'Union de conclure des accords avec les États étrangers. D'après Bowie et Friedrich, « il n'existe dans l'histoire des États-Unis aucun accord entre un État et une puissance étrangère qui ait été approuvé par le Congrès », sans doute parce que ces rares ententes n'engageaient en rien l'intérêt national⁴⁴. Mais un arrangement avec une province canadienne, relativement à l'extradition, a été jugé non valable par la Cour suprême des États-Unis. On peut dire que dans l'ensemble le *jus tractatum* des États de l'Union américaine est trop rudimentaire pour être comparable à celui dont jouissent les *Länder* allemands ou les cantons suisses.

Nous arrivons enfin aux États fédératifs dont les membres possèdent un certain *jus tractatum*. Si l'on excepte la constitution américaine qui n'accorde aux collectivités membres qu'un droit de traité embryonnaire, quatre constitutions fédératives seulement reconnaissent expressément aux États fédérés l'exercice du *jus tractatum*; ce sont celles de l'Argentine, de l'Allemagne occidentale, de la Suisse et de l'Union sovié-

⁴² WHEARE, *op. cit.*, p. 173.

⁴³ BOWIE et FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 501.

⁴⁴ BOWIE et FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 436.

tique. Le premier et le dernier de ces quatre États ne méritent qu'une brève mention.

L'article 107 de la constitution argentine de 1860 — rétablie en 1957 — stipule que « les provinces peuvent conclure des traités particuliers ayant pour objet l'administration de la justice, des intérêts économiques et des travaux d'utilité commune, sauf à en donner connaissance au Congrès fédéral [...] »; mais l'article suivant ajoute que les provinces « ne peuvent pas conclure de traités particuliers ayant un caractère politique [...] ». En réalité, les provinces argentines laissent aux autorités fédérales le soin de conclure les ententes internationales, qui priment d'ailleurs les lois provinciales.⁴⁵

Quant à l'Union soviétique, elle reconnaît à ses membres le droit de signer des traités internationaux (article 18a). Toutefois, seules l'Ukraine et la Biélorussie, qui sont membres des Nations unies et de certaines institutions spécialisées, ont fait usage jusqu'ici du *jus tractatum*, et uniquement dans le cadre d'accords multilatéraux. En fait, c'est le gouvernement fédéral qui a la maîtrise absolue de la politique étrangère en Union soviétique.

En Suisse, le Conseil fédéral jouit d'un droit prioritaire, mais non exclusif, en matière de *jus tractatum*. D'après l'article 8 de la constitution de 1848, « la Confédération a seule le droit [...] de faire, avec les États étrangers, des alliances et des traités, notamment de péage (douanes) et de commerce ». Un mémoire du gouvernement de Berne à l'intention du Secrétaire général des Nations unies, en date du 11 mai 1951, précise que « le Conseil fédéral négocie, signe et ratifie les traités et procède aux adhésions et dénonciations. Toutefois, lorsque le traité comporte des obligations nouvelles à la charge de la Confédération, le Conseil fédéral ne peut prendre un engagement définitif qu'après y avoir été autorisé par l'Assemblée fédérale. »⁴⁶

⁴⁵ WHEARE, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁶ United Nations Legislative Series, ST/LEG/SER.B/3 — décembre 1952, p. 101.

En réalité, toutes les lois adoptées par l'Assemblée fédérale sont censées être valides et les tribunaux ne peuvent les annuler (art. 113), alors que ces mêmes tribunaux peuvent annuler la législation cantonale. Il existe, cependant, dans la constitution un article qui dit que « les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de quinze ans sont soumis également à l'adoption ou au rejet du peuple lorsque la demande en est faite par 30 000 citoyens actifs ou par huit cantons » (art. 89). Cette demande doit être faite dans le délai de 90 jours. Cette procédure, qui a déjà été utilisée, notamment dans le cas de l'entrée de la Suisse à la S.D.N., et qui a même abouti au rejet, en 1923, d'un traité fédéral⁴⁷, offre une certaine garantie quant à la sauvegarde des droits cantonaux; mais il ne s'agit pas ici d'une protection absolue, puisque les traités susceptibles d'être rejetés doivent être conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de quinze ans. De fait, il est toujours possible aux autorités fédérales de modifier, par des accords internationaux, la répartition constitutionnelle des compétences. De multiples exemples se présentent dans le domaine de la double imposition. Mais, le gouvernement de Berne, à l'instar des autorités australiennes et américaines, a laissé aux cantons la plupart des matières formant l'objet des conventions internationales du travail.

Quant aux cantons, ils tiennent de l'article 9 de la Constitution leur *jus tractatum*. Cet article stipule que « exceptionnellement, les cantons conservent le droit de conclure, avec les États étrangers, des traités, sur des objets concernant l'économie publique, les rapports de voisinage et de police ». Cette disposition est une survivance de l'ère confédérale; mais elle limite considérablement la portée de la concession qu'elle renferme, puisque les traités conclus par les cantons « ne doivent rien contenir de contraire à la Confédération ou aux droits d'autres cantons ». De plus, ces accords doivent être soumis au Conseil fédéral qui les approuve s'il y a lieu (art. 102, § 7); en cas de litige entre le Conseil fédéral et le canton intéressé ou tout autre canton au sujet d'un traité cantonal, celui-ci

⁴⁷ WHEARE, *op. cit.*, p. 185.

est alors porté à l'Assemblée fédérale qui décide souverainement (art. 85, § 5).

Les cantons suisses ont fait largement usage de leur *jus tractatum* et, d'après Guggenheim, ils peuvent passer des accords sur tous les objets relevant de leur compétence législative⁴⁸. Mais il est toujours interdit aux cantons de communiquer directement avec les États étrangers ou leurs représentants et de maintenir avec eux des rapports officiels, si ce n'est par correspondance et lorsqu'il s'agit des objets pour lesquels les cantons sont habilités à conclure des accords (art. 10). Ce sont donc les autorités fédérales et non les autorités cantonales qui concluent en Suisse les traités que les cantons sont autorisés à passer avec les États étrangers. Cette procédure maintient, aux yeux des puissances étrangères, l'unité de la fédération suisse.

En République fédérale allemande, le *jus tractatum* doit avant tout s'analyser en fonction de deux articles de la Constitution de 1949: les articles 24 et 25. Alors que le dernier stipule que « les règles générales du droit international public forment partie intégrante du droit fédéral et qu'elles priment les lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral », le premier permet à la Fédération de transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales. C'est dire qu'il existe une auto-limitation à l'exercice du *jus tractatum* par les autorités fédérales et, a fortiori, par les collectivités-membres. Si l'article 24 laisse au gouvernement de Bonn sa liberté d'action, l'article 25 est impératif et prime toute législation fédérale ou régionale.

Les articles 32 et 59 renferment les dispositions relatives au *jus tractatum*. D'après ces clauses, la Fédération assure les relations avec les États étrangers; elle est représentée sur le plan international par le Président de la République fédérale qui conclut, en son nom, les traités avec les États étrangers. Avant de conclure un accord affectant la situation spéciale d'un

⁴⁸ P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, 2 vol., Genève, Georg, 1953, t. I, p. 308, cité par Jacques-Yvan MORIN, dans *L'État fédéral en droit international*, fascicule publié par l'Institut des Hautes Études Internationales, Paris, 1962, p. 63.

Land, « ce *Land* doit être entendu en temps utile ». Cette dernière clause implique un contrôle d'opportunité qui peut engendrer un litige entre le gouvernement de Bonn et le *Land* intéressé; celui-ci peut alors soumettre la question au Tribunal constitutionnel fédéral (art. 93, § 3).

Les *Länder* possèdent un *jus tractatum* authentique. L'article 32 (§ 3) est clair: « Dans la mesure de leur compétence législative, les *Länder* peuvent, avec l'assentiment du Gouvernement fédéral, conclure des traités avec des États étrangers. » Cette compétence législative est étendue. Elle comprend non seulement les compétences résiduelles, mais aussi celles qui sont comprises à l'article 74 et forment le domaine de la législation concurrente. D'après l'article 71, les *Länder* peuvent même légiférer dans les matières relevant de la sphère fédérale, pourvu, bien entendu, qu'une loi fédérale les y autorise expressément.

À ces attributions étendues des *Länder*, il existe toutefois une contrepartie. Suivant l'article 72 (§ 1), la compétence des *Länder* dans le domaine de la législation concurrente s'efface devant la compétence fédérale. De plus, il existe dans la constitution allemande un article dont la portée peut être considérable: il s'agit de la clause 31 qui est lapidaire: « Le droit fédéral prime le droit de *Land*. » Il est aventureux de risquer une interprétation de cet article; mais, s'il n'a pas la portée de l'article VI (§ 2) de la constitution des États-Unis (« *treaties, made under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land* »), on ne peut nier qu'il pourrait donner lieu éventuellement à de sérieux litiges entre les autorités fédérales et celles d'un *Land* ou de plusieurs *Länder*.

D'après la Constitution, les *Länder* sont tenus de faire approuver par Bonn les traités qu'ils veulent conclure; il semble, toutefois, que la Bavière — traditionnellement autonomiste — n'ait pas toujours respecté cette procédure. Il paraît certain, cependant, que les *Länder* ont le droit de conclure des ententes avec le Saint-Siège sans l'autorisation fédérale⁴⁹. Mais,

⁴⁹ Opinion des juristes Kraus et Mosler dans *Grundgesetz, Kommentar*, par T. MAUNZ et G. DURIG, Munich/Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2^e éd., III, p. 790.

contrairement aux cantons suisses, les États membres de la Fédération peuvent négocier eux-mêmes et signer directement les traités conclus avec les puissances étrangères. Il suffit d'ailleurs de lire les constitutions des divers *Länder* pour constater que ceux-ci se reconnaissent une véritable compétence internationale; ainsi, dans les constitutions de Bavière (art. 47), de Basse-Saxe (art. 26), de Wurtemberg-Bade (art. 74) et de Wurtemberg-Hohenzollern (art. 47), il est écrit que le Ministre-Président ou le *Staatspräsident* « représente le *Land* dans les relations avec l'extérieur ».

Si les *Länder* sont habilités à conclure des traités avec les États étrangers, ils ont également le droit de déléguer ce pouvoir aux autorités fédérales. De fait, en vertu de la convention de 1957 passée entre le gouvernement de Bonn et les gouvernements des *Länder*, l'État fédéral peut conclure, en son propre nom, des accords touchant le domaine réservé aux *Länder*, pourvu que ces ententes soient d'abord approuvées par les États-membres avant d'être signées.⁵⁰

On peut enfin se demander si le gouvernement fédéral peut, au moyen de traités internationaux, empiéter sur le domaine législatif exclusivement attribué aux *Länder*. À moins qu'il ne s'agisse d'accords conclus en vertu de l'article 25 et même de l'article 24 de la Constitution, il ne semble pas que Bonn puisse légiférer pour les *Länder* en exerçant le *jus tractatum*. Il existe déjà à ce sujet un jugement, mais il ne paraît pas concluant (*Reichskonkordat*). En 1954, le *Land* de Niedersachsen créa un système unique d'écoles non confessionnelles sur toute l'étendue de son territoire, abolissant ainsi le droit à leurs propres écoles que possédaient, en vertu du concordat de 1933, les enfants des parents catholiques. Dans son jugement, le Tribunal constitutionnel fédéral maintint, à l'encontre des autorités fédérales, que le *Land* de Niedersachsen avait le droit de légiférer en matière d'éducation en dépit du concordat et que le simple exercice par le gouvernement fédéral de son *jus tractatum* ne suffisait pas pour lui donner compétence dans les domaines que la constitution laisse à la juridiction des *Länder*. Mais la Cour ajouta qu'elle voyait très

⁵⁰ MORIN, *op. cit.*, p. 68.

bien les difficultés d'ordre constitutionnel que son jugement pourrait éventuellement susciter et elle parla de la nécessité que les obligations internationales de l'État fédéral s'incorporent harmonieusement dans la législation des *Länder* au nom de la « loyauté due à la fédération » (*Bundestreue*) !⁵¹

Dépourvus de toute personnalité en ce qui concerne le *jus belli* et le *jus legationis*⁵², les États fédérés possèdent, dans certaines unions fédératives, un *jus tractatum* dont l'étendue correspond à peu près à celle de leur compétence législative. Mais la jouissance du *jus tractatum*, qui est particulière à un nombre très restreint de collectivités fédérées, souffre d'une double limitation: d'une part, les États fédérés ne peuvent conclure d'accords internationaux sans l'autorisation ou l'approbation des autorités fédérales; d'autre part, ces mêmes collectivités ne peuvent participer, ni à titre de membres ni à titre d'observateurs, aux conférences internationales tenues par les institutions spécialisées poursuivant des objectifs relevant, en droit interne, de la compétence des États membres des fédérations. Il y a bien les séances de l'O.I.T. où l'on peut trouver des représentants des États fédérés; mais ceux-ci ne sont présents qu'en leur qualité de membres de la délégation fédérale; ils ne peuvent agir au nom de leur collectivité particulière. S'ils ne font qu'accompagner la délégation du gouvernement fédéral sans y occuper un rang officiel, ils n'auront plus que le droit d'être admis dans la salle de conférence.⁵³

Le droit international classique, en refusant de reconnaître toute personnalité véritable aux collectivités membres des États fédératifs, voulait sauvegarder l'unité d'action des fédérations afin de les obliger à assumer l'entière responsabilité du

⁵¹ Edward McWHINNEY, *Comparative Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 1962, p. 36-38 et 46-49.

⁵² Il faut faire exception ici pour l'Ukraine et la Biélorussie, qui font partie de l'O.N.U. et de quelques-unes de ses institutions spécialisées, ainsi que pour les États membres des fédérations australienne, canadienne et nigérienne qui peuvent se faire représenter à Londres par des agents généraux jouissant d'immunités consulaires.

⁵³ BOWIE et FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 414, note.

respect de leurs engagements internationaux. Mais, aujourd'hui, la situation a changé: presque toutes les sphères de l'activité humaine peuvent être l'objet de conventions internationales; et le refus prolongé de concéder une personnalité internationale réelle aux États fédérés peut aboutir à la disparition graduelle du régime fédératif. Ou bien l'État fédéral sera porté à se servir de ses compétences internationales pour envahir le domaine réservé à la juridiction des collectivités membres; ou bien celles-ci refuseront systématiquement d'appliquer les lois adoptées par l'État fédéral pour la mise à exécution de ses obligations internationales. Dans un cas comme dans l'autre, le régime fédératif deviendra rapidement anachronique et les collectivités composantes seront vouées à l'assimilation ou à la stagnation.

Il est donc urgent que les constitutions des États fédératifs soient adaptées aux nécessités de la vie internationale contemporaine et que le droit international lui-même reflète mieux la réalité du milieu juridique auquel il s'applique.

TROISIÈME PARTIE

LA FÉDÉRATION CANADIENNE

À l'exception de l'article 132 — qui est devenu caduc, mais dont les effets en droit interne ne peuvent être abrogés que par une législation expresse — aucun article de la constitution canadienne, telle qu'elle a été rédigée en 1867, n'intéresse la politique étrangère et, en particulier, l'exercice du *jus tractatum*. On a souvent invoqué, pour rendre compte de ce silence, le manque de personnalité internationale qui caractérisait à l'époque la fédération canadienne. Cette explication a ses faiblesses. Pourquoi en 1900 fut-il possible d'inclure dans la constitution australienne une clause attribuant au gouvernement fédéral le domaine des « *External Affairs* » ? (art. 51, § XXIX). L'Australie possédait, au moment de l'entrée en vigueur de sa loi fondamentale, le même statut juridique que le

Canada: elle formait un Dominion de l'Empire britannique. Pourtant, un article de sa constitution concernait les affaires extérieures.

Le Canada a acquis, bien avant le statut de Westminster, l'usage du *jus tractatum* et même celui du *jus legationis*. Mais en l'absence de toute précision de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, à quel organe a-t-il pu confier l'exercice des attributs de la souveraineté ? C'est en interrogeant la pratique constitutionnelle britannique qu'on peut trouver réponse à cette question.

Conformément aux résolutions de Québec et de Londres, le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique exprime le désir du Canada d'être « régi par une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni ». Or, il est d'usage, en droit constitutionnel canadien, de suppléer à l'absence de dispositions précises dans l'A.A.N.B. par le recours à la pratique britannique ou aux jugements des tribunaux. Ce procédé se justifie pleinement par le préambule précité, qui incorpore dans la constitution canadienne, pour autant qu'ils sont conciliables, les usages constitutionnels du Royaume-Uni.

Comme le rappelle J.B. McNair dans le *Labour Conventions Case*⁵⁴, « *the treaty-making power is one of the prerogatives of the King which in the aggregate represents the residuum of discretionary power* ». C'est donc au souverain que revient au Royaume-Uni et, par conséquent, au Canada l'exercice du *jus tractatum* et, a fortiori, du *jus legationis*. Cette prérogative royale, toutefois, n'a rien d'absolu ni de strictement personnel. Elle s'intègre dans ce qu'on appelle les conventions constitutionnelles, ainsi définies par Dicey: « *rules for determining the mode in which the discretionary powers of the Crown ought to be exercised* »⁵⁵. Ces prérogatives ne s'exercent plus de nos jours, dans leur presque totalité, que de l'avis des membres du cabinet, c'est-à-dire, en réalité, du premier ministre. C'est donc au pouvoir exécutif, dont le sou-

⁵⁴ *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario* [« *Labour Conventions Case* »], 1937 A.C. 326.

⁵⁵ DICEY, *op. cit.*, p. 422.

verain est le chef nominal, qu'appartient dans les monarchies britanniques l'exercice des attributs de la souveraineté.

Mais le Canada est une fédération, c'est-à-dire un État où les compétences sont réparties entre des organes fédéraux et des organes provinciaux jouissant, les uns et les autres, de l'autonomie complète dans leurs sphères respectives. À la tête de l'État fédéral comme à celle de chacun des États fédérés, il y a au Canada le souverain, qui est représenté à Ottawa par un gouverneur général et dans chacune des capitales provinciales par un lieutenant-gouverneur. Sans doute, la constitution canadienne ne confie-t-elle le pouvoir exécutif fédéral qu'à la Reine; mais il est très rare que celle-ci agisse personnellement; c'est le gouverneur général, surtout depuis 1947, qui jouit au niveau fédéral des prérogatives royales d'ordre constitutionnel.

Une nouvelle question vient à l'esprit: les attributs de la souveraineté, particulièrement le *jus tractatum*, ont-ils été confiés entièrement au pouvoir exécutif fédéral, ou ont-ils été partagés entre les autorités fédérales et les autorités provinciales selon les domaines qu'intéresse leur exercice ?

La réponse est connue: c'est le gouvernement fédéral qui a pris en charge au Canada tout le domaine des relations officielles avec les États étrangers. Un certain nombre de raisons rendent compte de l'exercice exclusif par l'État fédéral des attributs de la souveraineté.

Il faut d'abord se rappeler que le Canada ne possédait en 1867 la jouissance d'aucun des attributs de la souveraineté. C'est ce que souligne le vicomte Dunedin quand il déclare: « *The idea of Canada as a Dominion being bound by a convention equivalent to a treaty with foreign powers was quite unthought of in 1867.* »⁵⁶ Aux yeux des puissances étrangères, le Canada n'était qu'une colonie, pourvue, il est vrai, du *self-government*, mais privée, en droit international, de la personnalité juridique. De fait, le gouverneur général était à la fois le représentant du souverain et celui du Royaume-Uni.

⁵⁶ *Re The Regulation and Control of Radio Communications in Canada*, 1932 A.C. 304.

Il assumait, conformément aux instructions de Londres, les pouvoirs que la constitution canadienne reconnaît, expressément ou implicitement, au gouvernement impérial. Parmi ces pouvoirs se trouvaient, à l'origine, le *jus legationis* et le *jus tractatum* dont le Royaume-Uni s'était réservé l'exercice afin de sauvegarder l'unité de l'Empire. Mais, à mesure que les autorités impériales cédèrent au gouvernement canadien une partie toujours plus grande de leurs responsabilités en matière de relations entre le Canada et les autres pays, le gouverneur général cessa d'agir comme représentant du Royaume-Uni et devint peu à peu le chef constitutionnel de l'État canadien. Il conserve, bien entendu, la jouissance de certaines prérogatives royales; mais il fut de plus en plus tenu de suivre l'avis des conseillers canadiens de Sa Majesté. C'est ainsi que ceux-ci se substituèrent graduellement aux conseillers britanniques de Sa Majesté, même dans le domaine nouveau des compétences internationales, qui se trouva à passer de cette façon au seul pouvoir exécutif fédéral.

Outre la pratique constitutionnelle, l'interprétation qu'on a jadis donnée de trois articles de la constitution canadienne paraît expliquer l'attribution au seul pouvoir exécutif fédéral des compétences internationales. Il s'agit des articles 90, 91 et 132 de l'*A.A.N.B.*

L'article 132 stipule que « le Parlement et le Gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires ou utiles pour remplir envers les pays étrangers les obligations que des traités entre l'Empire britannique et ces pays étrangers pourront imposer au Canada ou à quelques-unes de ses provinces comme partie de l'Empire ». L'article 30 des Résolutions de Québec de 1864 ne parlait que des « obligations des provinces fédérées ». Peut-être ont-elles inspiré les juristes qui, avant la dernière guerre, affirmaient que l'article 132 de la constitution canadienne n'était pas devenu caduc à la suite des conférences impériales de 1923 et de 1926 ainsi que du statut de Westminster, mais que l'accession du Canada à la souveraineté avait eu simplement pour effet de substituer l'État fédéral à l'Empire britannique en matière de *jus tractatum* et de l'ha-

biliter à légiférer, au nom de ses engagements internationaux, dans les domaines réservés à la juridiction des provinces⁵⁷. Un jugement du Comité judiciaire du Conseil privé a rejeté, comme on le sait, cette interprétation.⁵⁸

L'article 91 renferme la clause des compétences résiduelles. Il autorise le parlement fédéral à « faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets » attribués par la Constitution aux législatures des provinces. Comme l'a indiqué D.G. Creighton⁵⁹, les expressions « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » ont une signification très étendue dans l'histoire législative de l'Empire britannique et confèrent généralement aux autorités coloniales tous les pouvoirs jugés compatibles avec le contrôle impérial. Les tribunaux donnèrent d'abord une interprétation extensive de l'article 91⁶⁰. Mais, en 1937, le Comité judiciaire du Conseil privé défendit, dans un jugement devenu célèbre, l'autonomie complète des provinces dans la sphère que leur confie l'article 92.⁶¹

L'article 90, enfin, accorde aux lieutenants-gouverneurs le droit de sanctionner les projets de loi au nom du gouverneur général ou de lui en réserver l'approbation; il permet également aux autorités fédérales de désavouer toute loi passée par les provinces. Pendant longtemps, on a vu dans cet article, ainsi que dans les articles 58 et 59 qui paraissent le compléter, un indice de la soumission des provinces à l'exécutif fédéral.

⁵⁷ N.A.M. MACKENZIE, « Canada and the Treaty Making Power », 15 *Canadian Bar Review*, 1937, p. 436s.; aussi R.L. MATAS, « Treaty Making in Canada », 25 *Canadian Bar Review*, 1947, p. 458s.

⁵⁸ *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario* [« Labour Conventions Case »], 1937 A.C. 326.

⁵⁹ D.G. CREIGHTON, *l'Amérique du Nord à l'époque de la Confédération*, étude préparée pour la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1939, p. 57.

⁶⁰ *Tenant v. Union Bank of Canada*, 1894 A.C. 31; *A.G. of Ontario v. A.G. of Canada*, 1894 A.C. 189; 1896 A.C. 348; *Grand Trunk Railway Co. v. A.G. of Canada*, 1907 A.C. 65.

⁶¹ *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario*, 1937 A.C. 326.

Il faut bien admettre que les articles 58, 59 et 90, lorsqu'ils sont examinés en eux-mêmes et interprétés à la lettre, placent les provinces sur un pied d'infériorité vis-à-vis l'État fédéral. Ces articles reflètent, en réalité, la conception que se faisaient de la fédération canadienne au XIX^e siècle certains hommes politiques et certains juristes. Ainsi, dans le long discours qu'il prononça le 6 février 1865 à l'Assemblée législative du Canada, J.A. Macdonald insista à plusieurs reprises sur les pouvoirs étendus dont jouirait le futur État fédéral et il alla jusqu'à dire:

Par elle [la Constitution] nous concentrons la force dans le parlement central et faisons de la confédération un seul peuple et un seul gouvernement, au lieu de cinq peuples et de cinq gouvernements à peine liés entre eux sous l'autorité de la métropole. Quant aux gouvernements locaux, il est prescrit que chacun aura pour chef un officier exécutif nommé par le gouvernement général. Comme nous devons former une province unie, avec des gouvernements locaux et des législatures subordonnées au gouvernement fédéré et à la législature générale, il est opportun que le chef exécutif de chaque section soit également subordonné à l'exécutif principal de toute la confédération. Envers les gouvernements locaux, le gouvernement général occupera exactement la même position que le gouvernement impérial occupe actuellement à l'égard des colonies [...]⁶²

Comme on le voit, aux yeux du futur premier ministre du Canada les provinces devaient être subordonnées aux autorités fédérales et les lieutenants-gouverneurs eux-mêmes devaient se soumettre aux instructions du gouverneur général. En fait, comme le stipule l'article 58, c'est le pouvoir exécutif fédéral qui fut chargé de la nomination des lieutenants-gouverneurs et c'est lui seul, suivant l'article 59, qui les peut révoquer.

De la naissance de la fédération canadienne à l'année 1892, les lieutenants-gouverneurs furent considérés comme des agents du gouvernement fédéral, parce qu'ils étaient nommés, non pas par la Reine ou son représentant à Ottawa, mais par

⁶² *Débats sur la Confédération*, Québec, 1865, p. 42.

le Conseil privé du Canada⁶³. Mais, en 1892, dans l'affaire *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. The Receiver General of New Brunswick*, le Comité judiciaire du Conseil privé rectifia cette conception de la fonction de lieutenant-gouverneur:

[...] *the appellants mainly, if not wholly, relied upon the fact that whereas the Governor-General of Canada is directly appointed by the Queen the Lieutenant-Governor of a province is appointed, not by Her Majesty, but by the Governor-General, who has also the power of dismissal. If the Act had not committed to the Governor-General the power of appointing and removing Lieutenant-Governors, there would have been no room for the argument, which, if pushed to its logical conclusion, would prove that the Governor-General, and not the Queen, whose Viceroy he is, became the sovereign authority of the province whenever the Act of 1867 came into operation. But the argument ignores the fact that, by sect. 58, the appointment of a provincial governor is made by the Governor-General in Council by Instrument under the Great Seal of Canada, or, in other words, by the Executive Government of the Dominion, which is, by sect. 9, expressly declared « to continue and be vested in the Queen. » There is no constitutional anomaly in an executive officer of the Crown receiving his appointment at the hands of a governing body who have no powers and no functions except as representatives of the Crown. The act of the Governor-General and his Council in making the appointment is, within the meaning of the statute, the act of the Crown; and a Lieutenant-Governor, when appointed, is as much the representative of Her Majesty for all purposes of provincial government as the Governor-General himself is for all purposes of Dominion government.*⁶⁴

Malgré ce jugement du Comité judiciaire du Conseil privé, qui définit les lieutenants-gouverneurs comme les repré-

⁶³ *Lenoir v. Ritchie*, 1879 (3) S.C.R. 575; *Mercer v. A.G. of Ontario*, 1881 (5) S.C.R. 538; aussi CREIGHTON, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁴ *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. The Receiver General of New Brunswick*, 1892 A.C. 437, p. 443.

sentants de la Reine à l'échelon des provinces, quelques juristes maintiennent encore que les lieutenants-gouverneurs ne sont pas les représentants *directs* du souverain; ils tiennent même les lieutenants-gouverneurs pour des fonctionnaires fédéraux, parce qu'ils sont nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral, qui conserve d'ailleurs le droit de les destituer. Pourtant, un jugement de la Cour suprême du Canada a déjà décidé que les lieutenants-gouverneurs n'étaient pas assimilables aux fonctionnaires fédéraux.⁶⁵

En somme, c'est un peu à cause de la conception que l'on se fit à l'origine de la fonction de lieutenant-gouverneur que l'on refusa aux provinces toute compétence dans le domaine des relations internationales. Et encore aujourd'hui, alors que l'on considère les lieutenants-gouverneurs comme les représentants constitutionnels du souverain, on n'assimile pas leur statut à celui des gouverneurs des États australiens et on ne leur reconnaît pas le droit de communiquer directement avec la Reine et, a fortiori, avec les chefs d'État étrangers. La position réelle, au point de vue juridique, des lieutenants-gouverneurs se reflète d'ailleurs assez bien sur le plan protocolaire: à Ottawa, par exemple, les lieutenants-gouverneurs prennent place, dans les cérémonies officielles, après les chefs des missions diplomatiques et les membres du cabinet fédéral, alors qu'à Québec les honneurs militaires qui leur sont rendus sont inférieurs à ceux que l'on réserve aux généraux de l'armée.

Bref, c'est en vertu d'une pratique constitutionnelle en partie fondée sur une interprétation plutôt restrictive de la personnalité des provinces que l'État fédéral a assumé en toute exclusivité l'exercice des compétences internationales. Quand le gouvernement fédéral fut admis à participer aux négociations des accords internationaux intéressant le Canada, les provinces étaient encore considérées comme de grandes municipalités et leurs lieutenants-gouverneurs étaient tenus pour de simples agents fédéraux.

⁶⁵ *The King v. Caroll*, 1948 S.C.R. 126; voir aussi James MCHENDRY, *Memorandum on the Office of Lieutenant-Governor of a Province*, Ottawa, 1955, p. 18-22.

I. LE DROIT DE LÉGATION

Entre la nomination à Londres en 1868 de son premier représentant à l'extérieur, qui fut l'agent d'immigration William Dixon, jusqu'à l'envoi à Washington en 1926 de son premier représentant diplomatique à l'étranger, qui fut le ministre plénipotentiaire Vincent Massey, le Canada acquit graduellement le *jus legationis*, dont les étapes décisives de l'exercice furent sans doute la nomination d'un haut-commissaire à Londres en 1880 et celle d'un commissaire général à Paris en 1882, ainsi que la participation à certaines conférences internationales et l'entrée à la Société des Nations.

Dès 1909, le parlement canadien avait créé, sous l'autorité du Secrétaire d'État du Canada, un ministère des Affaires extérieures, chargé en principe de veiller à ce que les communications reçues de l'étranger soient dirigées vers les ministères intéressés.⁶⁶ Mais, répondant aux questions de Robert Borden, Sir Wilfrid Laurier avait ajouté: « *I suggest to my hon. friend that we have now reached a standard as a nation which necessitates the establishment of a Department of External Affairs.* »⁶⁷ Ce ministère passa en 1912 sous la juridiction du premier ministre et en 1946 sous celle d'un ministre distinct. Aujourd'hui, le Canada possède des missions diplomatiques et consulaires dans plus de cinquante États.

Au moment où le Canada ouvrait ses premières agences à l'extérieur, les provinces canadiennes se montraient soucieuses de veiller elles-mêmes à la sauvegarde de leurs intérêts particuliers à l'étranger, au moins dans la mesure où la Constitution les y habilitait. Le droit de législation en matière d'immigration, d'agriculture et même de commerce, par exemple, semblait autoriser les provinces à établir leurs propres agences en Grande-Bretagne et ailleurs.

Une conférence tenue le 30 octobre 1868 entre les délégués de l'État fédéral et ceux des provinces d'Ontario, de Québec et du Nouveau-Brunswick décida que « outre les

⁶⁶ *Affaires extérieures*, novembre 1961, p. 409.

⁶⁷ *Debates of the House of Commons*, vol. LXXXIX, Ottawa, 1909, I, p. 1978-1980.

agences européennes du Canada, chaque province pourra nommer tels agents en Europe ou ailleurs qu'elle jugera à propos de choisir, et que ces agents seront dûment accrédités par le gouvernement général ».⁶⁸ De fait, les provinces ouvrirent des agences en Grande-Bretagne, puis dans certains autres pays d'Europe ou d'Amérique. À Londres, la présence de représentants de l'État fédéral et des provinces fut bientôt jugée trop onéreuse et il fut décidé, en 1874, que les offices provinciaux seraient réunis et placés dans un même édifice, sous l'autorité de l'agent général du Canada. Mais quand en 1880 le Dominion nomma à Londres un haut-commissaire, les provinces canadiennes rétablirent leur propre représentation dans la capitale britannique. Les délégués des provinces, toutefois, ne furent pas reconnus par le gouvernement impérial et, contrairement aux représentants des États australiens, n'obtinrent aucun statut officiel, parce qu'ils étaient les agents de territoires britanniques dont les gouverneurs n'étaient pas nommés par un acte impérial.⁶⁹ Cette absence de statut, qui força les agents des provinces à communiquer avec les autorités du *Colonial Office* par l'intermédiaire du haut-commissaire du Canada à Londres, fut la source de frictions nombreuses entre le gouvernement fédéral, qui appuyait l'attitude britannique, et certains gouvernements provinciaux.⁷⁰ Après la première guerre mondiale, cependant, le haut-commissaire du Canada en Grande-Bretagne tenta de hausser le prestige des agents provinciaux en leur confiant certaines fonctions officielles.⁷¹ Mais quand, un peu avant le deuxième conflit mondial, toutes les provinces canadiennes, à l'exception de la Colombie britannique, décidèrent d'abolir leur représentation à Londres, leurs délégués n'avaient pas encore été reconnus par le gouvernement britannique. En 1943, l'Ontario rétablit le poste d'agent général au Royaume-Uni et quelques provinces l'imitèrent dans la suite.

⁶⁸ *Documents de la Session*, 32 Victoria 13, 1869.

⁶⁹ A.B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, Oxford, Oxford University Press, 1912, vol. II, p. 651.

⁷⁰ KEITH, *op. cit.*, vol. I, p. 343.

⁷¹ *Canadian Annual Review*, Toronto, University of Toronto Press, 1923, p. 109.

Quant à la province de Québec, elle eut ses propres agents en Grande-Bretagne et en France dès le XIX^e siècle. Le poste de Londres, toutefois, fut aboli quelques années après sa création et confié à l'agence générale du Canada; mais celui de Paris, ouvert en 1882, fonctionna jusqu'en 1911, alors que, succédant à Hector Fabre qui représentait à la fois le gouvernement fédéral et celui du Québec, Philippe Roy ne fut point appelé à cumuler la double représentation et fut simplement commissaire général du Canada.

Une loi adoptée en 1909 et promulguée en 1911 autorisa le gouvernement du Québec à nommer un agent général en Grande-Bretagne et un autre en Belgique. On nomma un délégué à Londres en 1911 et un délégué à Bruxelles au cours de la première guerre mondiale. Ces deux agents relevaient du premier ministre et c'est de lui qu'ils recevaient leurs instructions. En 1936, la loi de 1909 fut abrogée; mais elle fut remplacée par une nouvelle loi en 1940 qui prévoyait la nomination d'agents généraux relevant du ministre des Affaires municipales, du Commerce et de l'Industrie.⁷² Abrogée à son tour, la loi de 1940 fut remplacée en 1961 par une nouvelle législation qui parle aussi bien de délégués généraux que d'agents généraux et qui place ces fonctionnaires sous l'autorité du ministre de l'Industrie et du Commerce.⁷³

Invoquant l'article 92 (§ 4) de la Constitution, qui les habilite à « la création et l'exercice de fonctions provinciales », les provinces du Canada jugent qu'elles ont le droit d'être représentées à l'étranger. À l'heure actuelle, quelques provinces maintiennent des agents au Royaume-Uni et aux États-Unis. Le Québec possède, en outre, une délégation générale à Paris.

Au Royaume-Uni, les agents des provinces canadiennes ont maintenant un statut identique à celui des représentants des États australiens ou des Régions du Nigéria. Depuis 1952, ils

⁷² *Loi relative à l'Agent général de la province dans le royaume de Belgique*, Statut du Québec, 1936, ch. 18; *Loi concernant les agents généraux de la province*, Statut du Québec, 1940, ch. 10.

⁷³ *Loi concernant les agents ou délégués généraux de la province*, Statut du Québec, 1960-1961, ch. 85.

peuvent, par décret ministériel, être assimilés aux consuls étrangers et jouir des mêmes privilèges et des mêmes immunités. Une législation semblable existe d'ailleurs en Australie, au Canada et en Nouvelle-Zélande en faveur des représentants des pays du Commonwealth.

Aux États-Unis, où six provinces canadiennes sont représentées par des agents exerçant des fonctions fort variées, les délégués provinciaux jouissent de quelques privilèges qui leur sont accordés par le *State Department* et qui sont semblables à ceux dont bénéficie le personnel non officiel des consulats canadiens aux États-Unis. Ces avantages, qui sont accordés par pure courtoisie, consistent principalement dans l'exemption du service militaire, de l'impôt sur le revenu et des droits de douane lors du premier établissement.

En France, enfin, la délégation générale du Québec n'a eu, jusqu'à récemment, aucun statut politique. Toutefois, à la suite d'un accord avec Ottawa et par pure courtoisie, le gouvernement français a accordé à la délégation générale des immunités et privilèges de caractère diplomatique.

À l'exception de ceux qui sont accrédités en Grande-Bretagne et en France, les représentants des provinces canadiennes ne jouissent d'aucun statut officiel et ne bénéficient d'immunités personnelles qu'à titre de courtoisie. Ils n'ont été envoyés jusqu'ici que dans des pays avec lesquels le Canada maintient des rapports particulièrement étroits. On peut se demander si d'autres États consentiraient à leur accorder les quelques privilèges ci-haut mentionnés.

Parce qu'elles sont privées de tout statut international, les provinces ne peuvent traiter directement avec les États étrangers; et, aux yeux des puissances, les chefs des gouvernements provinciaux n'ont aucun caractère officiel. On a voulu voir dans l'accueil réservé par la France au premier ministre Lesage une sorte de reconnaissance de la personnalité internationale du Québec. Cette interprétation n'est pas fondée. En recevant en 1961 avec tant d'égards le premier ministre du Québec, la France a simplement voulu indiquer le prix qu'elle attache à ses relations avec les Canadiens français. La même

année, le premier ministre d'Israël et plusieurs de ses collègues ont accompagné jusqu'à l'aéroport de Lod le premier ministre du Nigéria occidental, auquel furent rendus les honneurs militaires: personne n'y a vu la reconnaissance par l'État d'Israël de la personnalité internationale de cette Région du Nigéria.⁷⁴ L'opinion du juge Rinfret reste pertinente: « *the provinces have no status in international law; they are not States and are not recognized as such* ». ⁷⁵

II. LE DROIT DE CONCLURE DES TRAITÉS

C'est le 2 mars 1923 que fut signé le premier accord bilatéral entre le Canada et une puissance étrangère. Il s'agit du traité conclu entre Ottawa et Washington au sujet de la pêche au flétan. Les États-Unis exigèrent que Londres ratifiât la convention pour que l'entente fût valide à leurs yeux; mais le plénipotentiaire canadien avait, pour la première fois, signé seul au nom du Canada une convention bilatérale.

Ce traité, conclu avant la conférence impériale de 1923 qui reconnut officiellement aux Dominions britanniques l'exercice du *jus tractatum*, fut l'aboutissement d'une longue évolution constitutionnelle qui permit au gouvernement canadien d'être tour à tour observateur, négociateur et finalement signataire des accords internationaux concernant le Canada.

En 1923, à la conférence de Londres, on fit une importante distinction entre les traités et les accords en forme simplifiée. Bien que l'un et l'autre soient également obligatoires en droit international, ils offrent, au point de vue constitutionnel, une certaine différence:

The word « treaty » is used in the sense of an agreement which, in accordance with the normal practice of diplomacy, would take the form of a treaty between Heads of States, signed by plenipotentiaries provided with full powers by the Heads of States, and authorizing the holders to conclude a treaty [...]

⁷⁴ Informations israéliennes, 20 octobre 1961.

⁷⁵ *Re The Weekly Rest in Industrial Undertaking Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act, 1936 S.C.R. 461, p. 510.*

*Apart from treaties made between Heads of States, it is not unusual for agreements to be made between governments. Such agreements, which are usually of a technical or administrative character, are made in the names of the signatory governments, and signed by representatives of those governments, who do not act under full powers issued by Heads of States: they are not ratified by the Heads of States, though in some cases some form of acceptance or confirmation by the governments concerned is employed.*⁷⁶

Il fut convenu que dans le cas des traités les plénipotentiaires seraient munis des pleins pouvoirs et nommés par la Couronne, alors que dans le cas des accords en forme simplifiée les plénipotentiaires seraient dotés des pleins pouvoirs et nommés par le gouvernement intéressé. À la suite toutefois de la conférence impériale de 1926, du statut de Westminster et de l'octroi en 1947 de nouvelles lettres patentes au gouverneur général, le Canada fut graduellement habilité à assumer le plein exercice du *jus tractatum* et aujourd'hui, qu'il s'agisse d'un traité ou d'un *agreement*, c'est uniquement d'Ottawa qu'émanent les pleins pouvoirs.

Avant 1923, le Canada était en principe tenu, en vertu de l'article 132 de sa Constitution, d'appliquer les accords conclus par la Grande-Bretagne et qui intéressaient l'Empire tout entier ou le seul territoire canadien. Mais aucune disposition de l'*A.A.N.B.* ne lui permettait de jouir du *jus tractatum*. Quand, au cours des années qui suivirent la fin du premier conflit mondial, le Canada acquit l'exercice du *jus tractatum*, le problème se posa, au moins sur le plan théorique, d'un certain partage de cet attribut entre l'État fédéral et les provinces, puisque dans une fédération les compétences législatives sont réparties entre un État central et des collectivités autonomes. L'État fédéral n'eut guère de difficultés à faire admettre qu'il possédait en toute exclusivité l'usage de *jus tractatum*.

Déjà, dès 1910, un jugement du Comité judiciaire du Conseil privé avait laissé entendre que c'est au gouvernement fédéral que revient le droit de conclure des traités:

⁷⁶ *Parliamentary Papers, 1923 (cmd. 1987) xii, part I, 1, p. 13.*

*The Crown acts on the advice of ministers in making treaties, and in owning public lands holds them for the good of the community. When differences arise between the two Governments in regard to what is due to the Crown as maker of treaties from the Crown as owners of public lands they must be adjusted as though the two Governments were separately invested by the Crown with its rights and responsibilities as treaty maker and as owner respectively.*⁷⁷

En 1937, dans l'affaire du *Labour Conventions Case*, A. W. Roebuck exposa avec clarté et concision la thèse des provinces en matière de *jus tractatum*:

*There are no grounds whatever for saying that the parties to advise His Majesty in matters relating to the jurisdiction of the Provinces have in some way come to the Dominion Ministers. The Province has the right to advise the Crown in matters where its legislative powers apply. Ontario has a right to enter into an agreement with another part of the British Empire or with a foreign State. So far as legislative and executive authority are concerned the Governor-General and the Lieutenant-Governors of the Provinces, and the Dominion Parliament and the Provincial Legislatures are equal in status.*⁷⁸

Dans son jugement, Lord Atkin omit toute allusion à la thèse de Roebuck. Mais on jugea que ce silence confirmait le point de vue du gouvernement fédéral, déjà énoncé par les juges Duff et Rinfret l'année précédente⁷⁹ et résumé par R.S. Robertson:

The Provinces have no status to enter into international obligations of any kind. They have only Provincial jurisdiction legislatively. Canada has the right to enter into international obligations so far as Canada is con-

⁷⁷ *Dominion of Canada v. Province of Ontario*, 1910 A.C. 637, p. 645.

⁷⁸ *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario*, 1937 A.C. 326 (PLAXTON, p. 285).

⁷⁹ *Re The Weekly Rest in Industrial Undertaking Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act*, 1936 S.C.R. 461, p. 488, 496 et 510.

*cerned. With regard the growth and development of the treaty-making power, Canada has a duty to make treaties; nobody else can make them for her, and the question is, can she perform the treaties? If the argument for the Provinces is right, then at the same time that Canada's power and duty with respect to the making of treaties was growing her ability to perform them was being automatically lessened. One of the things upon which the parties were able to agree at confederation in respect of matters not provided for, not foreseen, was that they were to go to the Dominion. One of the outstanding dangers at the time of confederation and today, is that of sectional interests and prejudices and private interests interfering with the good government of Canada. Reliance is placed on the residuary powers as covering the performance of treaty obligations [...]*⁸⁰

La constitution du Canada, telle qu'elle a été interprétée jusqu'ici, de même que la pratique constitutionnelle n'habilitent donc pas les provinces canadiennes à faire usage du *jus tractatum* dans les domaines relevant de leur juridiction. Bowie et Friedrich affirment que « quelques-unes des provinces [surtout Québec et Ontario] ont passé des accords avec le Royaume-Uni et les États-Unis pour éviter une double imposition en matière de succession ». Mais ils ajoutent: « Aucun accord semblable ne subsiste aujourd'hui. »⁸¹

En réalité, pour conclure des ententes avec l'étranger, les provinces du Canada doivent se faire autoriser par le gouvernement fédéral ou confier à celui-ci le soin de les signer. Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'intervention de l'État fédéral n'est pas sans influencer sur les termes de la convention.

Par une loi sanctionnée le 18 juillet 1959, le Parlement a autorisé la province d'Ontario à conclure, avec l'approbation du pouvoir exécutif fédéral, « un accord avec l'État de Minnesota en vue des construction, mise en service et entretien d'un pont sur la rivière Pigeon [...] ». Toutefois, l'Ontario devait, en vertu de cette loi, soumettre à l'examen et à l'approbation

⁸⁰ *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario*, 1937 A.C. 326 (PLAXTON, p. 291-292).

⁸¹ BOWIE et FRIEDRICH, *op. cit.*, vol. I, p. 472.

du cabinet fédéral les plans et dessins du pont avant d'en entreprendre l'érection. Cette province était également tenue d'employer une main-d'œuvre et des matériaux canadiens, « autant que possible à concurrence de cinquante pour cent du coût de cette main-d'œuvre et de ces matériaux, respectivement ».⁸²

D'autre part, c'est le ministère des Affaires extérieures du Canada qui a achevé la conclusion de la récente entente entre le Québec et l'École nationale d'administration de France, qui relève du Quai d'Orsay dans ses relations avec l'étranger. Mais, à sa demande, ce ministère fut autorisé à faire désigner par Ottawa deux des dix stagiaires dont Québec devait, à l'origine, faire lui-même le choix.

En 1965, le Québec a négocié et signé deux ententes avec la France. Dans le premier cas, il s'agit d'un procès-verbal, qui a été signé à Paris par les ministres français et québécois de l'Éducation. Dans le deuxième cas, nous sommes en présence, au point de vue de la formulation, d'une véritable convention internationale. L'accord en question a d'ailleurs été signé, au nom du gouvernement français, par l'Ambassadeur de France au Canada, alors que le Ministre des Affaires culturelles du Québec signait au nom de son gouvernement. Mais chacune de ces ententes s'est accompagnée d'un échange de lettres entre la France et le Canada, où celui-ci donnait officiellement son assentiment au geste posé par le Québec. Une telle procédure n'existe pas dans la République fédérale allemande, où le consentement du gouvernement fédéral est donné à l'État fédéré et non au co-signataire. (*)

Malgré l'absence de toute disposition prohibitive dans la Constitution ou de tout jugement clair et définitif en la matière, l'État fédéral ne reconnaît pas, en pratique, aux provinces le droit de conclure elles-mêmes, sans son assentiment, des accords internationaux dans les domaines placés sous leur juridic-

⁸² *Loi autorisant la construction d'un pont sur la rivière Pigeon, entre la province d'Ontario et l'État du Minnesota*, (1959) 7-8 Elizabeth II, ch. 51.

(*) [Juillet 1967] Pour ce qui est des développements postérieurs à la révision de la présente étude en novembre 1965, voir la note (*) au bas de la page 195. J.B.

tion exclusive par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Le consentement fédéral est donné non seulement au gouvernement provincial — implicitement ou autrement — mais aussi à l'État cocontractant.

Exerçant en exclusivité le *jus tractatum*, le pouvoir exécutif fédéral peut également, en principe, agir dans le domaine des relations internationales sans consulter le Parlement. C'est ce que rappelle un mémoire du Canada au Secrétaire général des Nations unies en date du 21 juillet 1952:

*There is no law imposing any obligation on the Government of Canada to refer treaties or other international agreements to the Parliament of Canada for approval prior to ratification. International obligations are entered into in many instances without reference to Parliament. The negotiation and conclusion of a treaty or other international agreement is an executive act.*⁸³

Dans certains cas, cependant, l'intervention du pouvoir législatif est nécessaire. Les tribunaux l'ont précisé⁸⁴ et le mémoire précité le confirme:

Before the Government of Canada assumes an international obligation, two things must be considered. First, there is the question whether the provisions of the treaty or obligation accord with existing Canadian law and secondly whether any action proposed to be taken to implement the treaty is authorized by existing law. Entry into an international obligation or treaty, although binding on Canada internationally, does not give it force of law in Canada. Consequently the power of the Federal Government to implement the treaty frequently, though not always, requires domestic legislation to be passed by the Parliament of Canada or the Provinces, depending upon whether the subject matter is within federal

⁸³ United Nations Legislative Series, ST/LEG/SER. B/3 — décembre 1952, p. 24.

⁸⁴ *Arrow River and Tributaries Slide and Boom Co. Ltd v. Pigeon Timber Co. Ltd*, 1932 S.C.R. 495; aussi *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario*, 1937 AC. 326 (PLAXTON, p. 298).

*or provincial jurisdiction according to the British North America Act.*⁸⁵

De ce qui précède, on doit déduire, à l'instar des tribunaux, qu'il faut distinguer la création (*formation*) d'une obligation de son exécution (*implementation*). Cette distinction a joué un rôle très important dans l'histoire constitutionnelle du Canada.

Pendant plus de cinquante ans, le Canada a jugé qu'il était obligé de respecter les engagements internationaux pris en son nom ou au nom de l'Empire britannique par le Royaume-Uni. Pourtant, jouissant du *self-government*, le Canada n'était pas tenu, strictement parlant, de passer la législation nécessaire à l'exécution des traités signés par le Royaume-Uni. Dicey est catégorique à ce sujet: « *It should, however, be observed that the legislature of a self-governing colony is free to determine whether or not to pass law necessary for giving effect to a treaty entered into between the imperial government and a foreign power.* »⁸⁶ Mais une disposition de sa Constitution, l'article 132, semblait forcer le Dominion à appliquer sur son territoire les conventions signées par Londres:

*The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the British Empire, towards Foreign Countries, arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries.*⁸⁷

Cet article confère au gouvernement et au parlement fédéraux le droit d'adopter la législation nécessaire à l'exécution par l'État fédéral ou les provinces des obligations découlant pour le Canada des traités conclus entre l'Empire britannique et les États étrangers. Il a été, jusqu'au moment de sa caducité, l'objet d'interprétations fort discutables.

D'abord, un jugement du Comité judiciaire du Conseil privé a décidé que l'article 132 de l'*A.A.N.B.* enlevait aux provinces canadiennes le droit de légiférer dans les domaines

⁸⁵ United Nations Legislative Series, ST/LEG/SER. B/3 — décembre 1952, p. 24.

⁸⁶ DICEY, *op. cit.*, p. 119.

⁸⁷ *B.N.A.A.*, sec. 132.

de leur juridiction pour la mise à exécution des obligations que leur imposaient les traités impériaux.⁸⁸ Les provinces, cependant, avaient prétendu, avec l'appui de la Cour suprême, qu'elles avaient conservé, en la matière, un droit prioritaire: « *If Provincial legislation adequately covers the matter there is nothing for the Dominion to do under section 132.* »⁸⁹ Mais Lord Sankey rejeta cette interprétation et attribua aux autorités fédérales un pouvoir exclusif de législation, malgré que le mot *exclusively*, présent dans les articles 91, 92 et 93, soit absent de l'article 132. Il est toujours possible, pour cette raison, de penser que cette clause de la constitution canadienne eût pu être interprétée dans le sens de l'article 16 (§ 1) de la constitution de l'Autriche, qui permet aux États fédérés d'adopter la législation nécessaire à l'exécution des accords internationaux, sans préjudice du droit de l'État fédéral de passer lui-même cette législation.

Puis, on n'a donné nulle part une définition précise des mots « British Empire ». Ceux-ci ne sont d'ailleurs apparus pour la première fois qu'en 1919, au moment même où le Canada apposait sa propre signature au bas des traités internationaux. L'examen des accords appliqués par le Canada en vertu d'une certaine interprétation de l'article 132 révèle qu'entre 1867 et 1919 on a considéré comme traités impériaux ceux qui avaient été officiellement conclus par le souverain de l'avis de ses ministres britanniques, alors qu'entre 1919 et 1926 on a tenu pour des conventions impériales celles qui avaient été signées par le souverain de l'avis de ses ministres britanniques et de ses ministres canadiens. Ces dernières sont principalement les traités de paix de 1919 et de 1920, l'accord international sur la navigation aérienne de 1919 et le traité de Washington de 1922.⁹⁰

Enfin, l'article 132 a permis à l'État fédéral, sous le prétexte de remplir ses « obligations » envers l'Empire britannique, de légiférer dans des domaines réservés aux provinces ou d'annuler les lois provinciales. Quand on observe l'import-

⁸⁸ *In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada, 1932 A.C. 54* (PLAXTON, p. 99 et 111).

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ MACKENZIE, *op. cit.*, p. 439.

tance de cette disposition dans l'évolution constitutionnelle du Canada, on est frappé par l'interprétation extensive que lui ont généralement donnée l'État fédéral et les tribunaux.

En premier lieu, l'État fédéral, sauf de rares fois⁹¹, a passé la législation que semblaient lui imposer les traités signés par la Grande-Bretagne, même si elle s'appliquait à des sujets relevant de la juridiction des provinces. Mais les autorités fédérales étaient-elles tenues, dans tous les cas, d'adopter cette législation ? Il semble que non. Ainsi, les traités anglo-nippons de 1894 et de 1911, sanctionnés par le Canada en 1907 et en 1913 respectivement⁹², renfermaient l'un et l'autre une clause qui rendait facultative l'adhésion des Dominions et de l'Inde (article XIX de l'accord de 1894 et article XXVI de l'entente de 1911). Néanmoins, l'adhésion canadienne, qui fut d'ailleurs conditionnelle dans le cas de la convention de 1911, eut pour effet, en droit interne, d'invalider deux lois de la Colombie britannique, l'une touchant l'établissement des étrangers dans la province⁹³, l'autre concernant l'embauche des Japonais sur les terres appartenant à la Couronne.⁹⁴

D'autre part, des conventions n'intéressant que le Canada et les États-Unis, comme le traité sur les eaux limitrophes de 1909 et l'accord au sujet des oiseaux migrateurs de 1919⁹⁵, furent considérées comme des traités de l'Empire et l'État fédéral, se fondant sur une interprétation peu défendable de l'article 132, donna à ces deux conventions une portée législative qui envahit des domaines purement provinciaux.⁹⁶ Une protestation du Manitoba, relative aux conséquences juridiques de l'accord de 1916, fut jugée irrecevable par le Comité judiciaire du Conseil privé.⁹⁷

⁹¹ La Convention de Berne de 1906 sur le travail féminin ne fut pas adoptée par le Canada, à cause de la juridiction des provinces en la matière.

⁹² *Traité entre le Canada et le Japon*, (1907) 6-7 Edouard VII, ch. 50 et *Traité japonais*, 1913, (1913) 3-4 George V, ch. 27.

⁹³ *In re Nakane and Okazake*, 13 B.C.R., 370.

⁹⁴ *A.G. of British Columbia v. A.G. of Canada*, 1924 A.C. 203.

⁹⁵ *Treaty between the United States and Great Britain relating to Boundary Waters and Convention for the Protection of Migratory Birds*.

⁹⁶ *Traité des eaux navigables*, (1911) 1-2 George V, ch. 28.

⁹⁷ *Rex v. Stuart*, 1925 (1) D.L.R. 12.

À la lumière de ce qui précède, on peut affirmer que la Grande-Bretagne, qui, au moyen d'une clause expresse, réservait presque toujours aux Dominions le droit de sanctionner eux-mêmes les traités impériaux, fut beaucoup plus respectueuse des exigences du *self-government* dans ses grandes colonies que le Canada ne fut lui-même soucieux de ne pas violer les dispositions de l'article 92. C'est grâce à une interprétation abusive de l'article 132 que l'État fédéral a pu faire des lois pour remplir, en vertu d'un pouvoir soi-disant exclusif, les supposées obligations du Canada tout entier à l'égard des traités conclus par l'Empire britannique.

En 1926, la conférence impériale de Londres proclama que « la Grande-Bretagne et les Dominions sont, dans le cadre de l'Empire britannique, des groupements autonomes d'un statut égal, et qui ne sont subordonnés les uns aux autres sous aucun aspect de leurs affaires intérieures ou extérieures, quoique unis en une allégeance commune envers la Couronne, et librement associés comme membres du Commonwealth des nations britanniques ». ⁹⁸ En 1931, le parlement de Westminster sanctionnait par une loi la fin de l'Empire britannique.⁹⁹

Bien qu'il comportât une clause stipulant que « nulle disposition de la présente loi ne sera censée s'appliquer à l'abrogation ou la modification des *Actes de l'Amérique du Nord britannique* [...] » (art. 7, § 1), le statut de Westminster, en faisant disparaître l'Empire britannique, touchait à l'article 132 de la constitution canadienne. La question se posa alors de savoir si les autorités fédérales conservaient le droit de légiférer, au nom de leurs engagements internationaux, dans les domaines relevant de la juridiction provinciale.

Le gouvernement et l'opposition parlementaire avaient déjà, à quelques reprises dans le passé, tenu compte de l'autonomie des provinces en face des conséquences, en droit interne, de certains traités conclus par la Grande-Bretagne ou l'Empire britannique. En 1906, le Canada avait refusé de ratifier la

⁹⁸ L. LEFUR et CHKLAVER, *Recueil de textes de droit international public*, 1928, p. 730.

⁹⁹ *Statut de Westminster*, 22 George V, ch. 4.

Convention de Berne sur le travail féminin à cause de l'article 92 de l'A.A.N.B.¹⁰⁰ En 1909, Sir Robert Borden, alors chef de l'opposition, avait mis en doute la validité de l'accord anglo-américain sur les eaux limitrophes, parce qu'il touchait des domaines que la Constitution confie aux provinces; le parlement fédéral approuva néanmoins le traité et passa une loi abrogeant toutes les lois provinciales alors en vigueur qui étaient incompatibles avec les dispositions du traité.¹⁰¹ En 1925, enfin, le gouvernement fédéral demanda l'avis de la Cour suprême au sujet de la politique à suivre pour mettre à exécution les obligations du Canada comme signataire de la Convention internationale du travail comprise dans le traité de Versailles. Le tribunal émit l'opinion que, lorsque les sujets proposés par le Bureau international du travail intéressaient la juridiction provinciale, l'État fédéral était simplement tenu de soumettre les résolutions et projets de convention aux gouvernements des provinces, pour qu'elles les étudient et les sanctionnent le cas échéant.¹⁰²

Mais, en 1932, des jugements importants du Comité judiciaire du Conseil privé reconnurent aux autorités fédérales des compétences très étendues dans le domaine des relations internationales, particulièrement quant à l'exercice du *jus tractatum*.

Le premier jugement¹⁰³ concerne une loi adoptée par le parlement fédéral¹⁰⁴ conformément au traité sur la navigation aérienne conclu en 1919 par le Canada en tant que membre de l'Empire britannique. En 1927, la province de Québec avait émis des doutes sur la constitutionnalité de cette loi. Consultée à ce sujet, la Cour suprême du Canada ne fit que reconnaître que la législation fédérale empiétait, à certains égards, sur la juridiction provinciale en matière de propriété et de droits civils. Appelé à son tour à donner son avis, le Comité judiciaire du Conseil privé fut catégorique. Après avoir soutenu que l'Acte de

¹⁰⁰ MACKENZIE, *op. cit.*, p. 439.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 442.

¹⁰² Athern P. DAGGETT, 16 *Canadian Bar Review* 1938, p. 167-168.

¹⁰³ *In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, 1932 A.C. 54.

¹⁰⁴ *Loi autorisant le contrôle de l'aéronautique*, (1927) S.R.C. ch. 3.

l'Amérique du Nord britannique avait eu pour but réel de donner au gouvernement central « *those high functions and almost sovereign powers by which uniformity of legislation might be secured on all questions which were of common concern to all the Provinces as members of a constituent whole* », les membres du tribunal britannique décidèrent que la législation fédérale était *intra vires* et conclurent par ces mots:

[...] *their Lordships are influenced by the facts that the subject of aerial navigation and the fulfilment of Canadian obligations under s. 132 are matters of national interest and importance; and that aerial navigation is a class of subject which has attained such dimensions as to affect the body politic of the Dominion.*¹⁰⁵

Le deuxième jugement¹⁰⁶ eut une portée encore plus grande. En 1927, le Canada avait signé, par ordre alphabétique et avec 73 autres États, un accord sur le contrôle des communications radiophoniques. Peu après, le parlement fédéral sanctionna la réglementation nécessaire à l'exécution de cette entente. L'Ontario et le Québec mirent alors en question la constitutionnalité de cette législation, jugeant, d'une part, que la convention de 1927 n'était pas un traité auquel pouvait s'appliquer l'article 132, et soutenant, d'autre part, que le domaine de la radio n'était pas étranger à celui des droits civils et de l'éducation. Le Comité judiciaire du Conseil privé reconnut que les autorités fédérales ne pouvaient invoquer l'article 132 de la Constitution pour justifier leur législation, mais décidèrent qu'elles étaient malgré tout habilitées à passer des lois et règlements concernant la radio, non seulement parce que celle-ci est implicitement comprise dans l'article 92¹⁰⁷, mais aussi parce que les compétences résiduelles accordées au parlement fédéral par l'article 91

¹⁰⁵ *In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, 1932 A.C. 54 (PLAXTON, p. 113).

¹⁰⁶ *In re Regulation and Control of Radio Communications in Canada*, 1932 A.C. 304.

¹⁰⁷ Art. 92: Dans chaque province, la législature a le droit exclusif de légiférer sur les matières qui rentrent dans les catégories de sujets ci-après énumérés: 10. Les travaux [...] autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories qui suivent: a) [...] les lignes de télégraphes et autres travaux et ouvrages, reliant la province à une autre ou à d'autres [...]

lui permettent de résoudre, dans le domaine du *jus tractatum*, les cas non prévus par l'article 132.¹⁰⁸

Enhardi par les deux jugements précités du plus haut tribunal de l'Empire britannique, le gouvernement canadien passa outre à l'avis donné en 1925 par la Cour suprême¹⁰⁹ et soumit au parlement, sous forme de résolutions, trois conventions internationales relatives aux conditions de travail. Le parlement adopta ces conventions et sanctionna la législation nécessaire à leur mise en œuvre.¹¹⁰ La province d'Ontario contesta la constitutionnalité de ces lois devant la Cour suprême. Les opinions des juges furent également partagées; mais le président du tribunal, le juge Duff, de même que deux de ses collègues, firent reposer leur thèse, qui était favorable à l'État fédéral, sur des arguments inspirés des jugements récents du Conseil privé qui niaient catégoriquement aux provinces toute compétence en matière de *jus tractatum*:

*The Lieutenant-Governors represent the Crown for certain purposes. But in no respect does the Lieutenant-Governor of a province represent the Crown in respect of relations with foreign governments. The Canadian executive, again, constitutionally acts under responsibility to the Parliament of Canada and it is that Parliament alone which can constitutionally control its conduct of external affairs.*¹¹¹

The Governor General in Council is exclusively invested with the executive authority to assent to an agreement, in the form of an agreement between Governments, with the Government of a foreign state. The Parliament of Canada is the legislative body that is exclusively invested with authority to legislate in respect of the creation of

¹⁰⁸ *In re The Regulation and Control of Radio Communications in Canada*, 1932 A.C. 304 (PLAXTON, p. 144).

¹⁰⁹ *Re Treaty of Versailles, Re Hours of Labour*, 1925 (3) D.L.R. 1114, 1115, 1116.

¹¹⁰ *The Weekly Rest in Industrial Undertaking Act*, ch. 14; *The Minimum Wages Act*, ch. 44; *The Limitation of Hours of Work Act*, ch. 63.

¹¹¹ *Re The Weekly Rest in Industrial Undertaking Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act*, 1936 S.C.R. 461, p. 488.

*obligations through the instrumentality of such agreements. It is the legislative body exclusively invested with power to legislate for giving effect to such obligations [...]*¹¹²

*The judgments of the Judicial Committee of the Privy Council in the Aeronautics case and the Radio case constrain us to hold that jurisdiction to legislate for the purpose of performing the obligation — for bringing the law of the Canadian provinces into harmony with the provisions of the convention, for example — resides exclusively in the Parliament of Canada [...]*¹¹³

*[...] the Lieutenant-Governors of the provinces do not in any manner represent His Majesty in external affairs, and the provincial governments are not concerned with such affairs: the effect of the two decisions reported in 1932 Appeal Cases is that in all these matters the authority of Parliament is not merely paramount, but exclusive.*¹¹⁴

Le Comité judiciaire du Conseil privé, après avoir déclaré que les accords ratifiés par le Canada en 1935 n'étaient pas des traités au sens de l'article 132, établit une distinction, devenue capitale en droit canadien, entre la naissance (*formation*) d'une obligation internationale et son exécution (*performance*) et décida que celle-ci relevait exclusivement des législatures des provinces chaque fois qu'elle touchait un domaine placé sous leur juridiction:

For the purposes of ss. 91 and 92, i.e., the distribution of legislative powers between the Dominion and the Provinces, there is no such thing as treaty legislation as such. The distribution is based on classes of subjects; and as a treaty deals with a particular class of subjects so will the legislative power of performing be ascertained. No one can doubt that this distribution is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in the inter-provincial compact to which

¹¹² *Re The Weekly Rest in Industrial Undertaking Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act*, 1936 S.C.R. 461, p. 490.

¹¹³ *Ibid.*, p. 492.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 496.

*the British North America Act gives effect [...] It would be remarkable that while the Dominion could not initiate legislation, however desirable, which affected civil rights in the Provinces, yet its Government not responsible to the Provinces nor controlled by provincial Parliaments need only agree with a foreign country to enact such legislation, and its Parliament would be forthwith clothed with authority to affect provincial rights to the full extent of such agreement. Such a result would appear to undermine the constitutional safeguards of Provincial constitutional autonomy.*¹¹⁵

*The Dominion cannot, merely by making promises to foreign countries, clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth.*¹¹⁶

Ce jugement du Comité judiciaire du Conseil privé, qui forme l'une des décisions les plus importantes en droit constitutionnel canadien, n'a jamais été infirmé. Sans doute, le Conseil privé¹¹⁷ et la Cour Suprême¹¹⁸ ont-ils eu l'occasion, depuis 1937, de se prononcer sur la nature des compétences résiduelles accordées au gouvernement fédéral par l'article 91. Aucun jugement, toutefois, n'a encore modifié l'arrêt rendu dans le *Labour Conventions Case* sur l'exercice par le Canada du *jus tractatum*. On peut donc affirmer que, si conformément à la pratique constitutionnelle, le Canada jouit depuis une quarantaine d'années de la plénitude du *jus tractatum*, il est atteint, en tant qu'État fédératif, d'une certaine incapacité. En concluant son jugement, Lord Atkin a bien vu le problème; mais il ne lui a pas apporté de véritable solution:

It must not be thought that the result of this decision is that Canada is incompetent to legislate in performance of treaty obligations. In totality of legislative powers, Dominion and Provincial, she is fully equipped. But the legislative powers remain distributed, and if in the exer-

¹¹⁵ *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario*, 1937 A.C. 326 (PLAXTON, p. 302).

¹¹⁶ *Ibid.* (PLAXTON, p. 303).

¹¹⁷ *A.G. for Ontario v. Canada Temperance Federation*, 1946 A.C. 193.

¹¹⁸ *Johanneson v. Rural Municipality of West St Paul*, 1952 S.C.R. 292.

*cice of her new functions derived from her new international status Canada incurs obligations they must, so far as legislation be concerned, when they deal with provincial classes of subjects, be dealt with by the totality of powers, in other words by co-operation between the Dominion and the provinces.*¹¹⁹

Cette coopération entre l'État fédéral et les provinces, dont Lord Atkin a établi la règle, n'est pas toujours chose facile; et l'expérience le prouve clairement. Songeons, par exemple, aux difficultés suscitées par le gouvernement de la Colombie britannique lors de la conclusion du traité canado-américain pour la mise en valeur du Columbia. Et même quand les autorités fédérales et celles des provinces intéressées parviennent à s'entendre en vue de la signature d'une convention internationale, il n'est jamais exclu qu'un changement de gouvernement dans une province n'entraîne une modification des termes de ce traité. Ne possédant, en droit international classique, aucune personnalité véritable, les provinces canadiennes peuvent parfois être tentées de porter atteinte aux dispositions d'un accord international qui leur est applicable, mais dont l'exécution, selon la pratique internationale, incombe uniquement à l'État fédéral, seul responsable des actes illicites commis par les provinces.

En raison de la tension plus ou moins vive qui existe presque constamment au Canada entre l'État central et les provinces, le gouvernement canadien ne peut, en pratique, conclure une certaine catégorie d'accords internationaux, parce qu'il est incapable de les mettre à exécution lui-même. M. Pearson l'a bien indiqué lorsqu'en janvier 1949 il expliqua le vote du Canada aux Nations unies en faveur de la Déclaration universelle des droits de l'homme: il déclara alors que le gouvernement fédéral n'avait nullement l'intention, en adhérant à la Déclaration, de toucher à la division des compétences entre Ottawa et les provinces.¹²⁰

Parvenu à l'âge adulte et appelé aujourd'hui à assumer des responsabilités internationales dans toutes les sphères de

¹¹⁹ *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario*, 1937 A.C. 326 (PLAXTON, p. 304).

¹²⁰ BOWIE et FRIEDRICH, *op. cit.*, vol. I, p. 472.

l'activité humaine, le Canada ne peut plus se satisfaire de la situation créée, dans le domaine du *jus tractatum*, par le jugement du Comité judiciaire du Conseil privé de 1937. Il doit, pour respecter l'autonomie des provinces et ne pas nuire à son propre rôle international, accorder aux États qui le composent l'exercice du *jus tractatum* vis-à-vis les sujets confiés à leur juridiction exclusive par la Constitution.

QUATRIÈME PARTIE

CONCLUSIONS

La plupart des fédérations ont vu le jour à l'époque — encore récente — où les relations internationales se bornaient à quelques domaines restreints, relevant presque toujours, au point de vue constitutionnel, de la juridiction de l'État fédéral. C'est pourquoi, le droit international classique dénie toute personnalité réelle aux États membres des fédérations. Certains États fédérés jouissent, il est vrai, d'un *jus tractatum* limité; mais on constate, à l'examen, qu'il s'agit d'États qui firent d'abord partie d'une confédération: ce *jus tractatum* n'est donc qu'une sorte de vestige de l'époque où les États en question étaient souverains. La seule exception véritable à cette règle est l'Union soviétique; on connaît, toutefois, les raisons d'ordre politique qui ont amené en 1944 la modification de la constitution de 1936 et l'octroi aux républiques socialistes soviétiques des compétences internationales.

Les relations internationales intéressent de nos jours tous les aspects de la vie communautaire. Un grand nombre d'organisations interétatiques n'ont été fondées que pour permettre la solution, au moyen de l'entraide internationale, de problèmes jugés jusqu'ici de nature purement locale. De plus, la multiplication des échanges de toutes sortes entre les pays a rendu nécessaire l'intervention directe ou indirecte de l'État moderne, afin de faire de ces échanges l'un des éléments essen-

tiels du progrès, de la compréhension entre les peuples et de la paix.

Mais dans ce monde qui marche vers l'unité, et peut-être même vers l'unification, il reste indispensable de sauvegarder les particularismes, principalement d'ordre culturel, qui forment l'une des grandes richesses de l'humanité. Certains États fédératifs n'ont d'ailleurs été créés que dans le but de protéger la diversité culturelle de leurs habitants.

L'octroi d'une certaine compétence internationale aux États fédérés est l'un des moyens auxquels il convient maintenant de recourir pour permettre l'épanouissement des communautés politiques non souveraines en droit international. Un nombre toujours plus grand de décisions prises au niveau des organisations internationales ou des relations interétatiques intéresse aujourd'hui l'avancement et l'existence même des États fédérés. Ceux-ci ont le droit, non seulement d'être entendus lorsqu'un accord projeté les concerne, mais aussi d'être intimement mêlés à la conclusion de ce traité, qu'ils sont d'ailleurs appelés, dans bien des cas, à exécuter eux-mêmes.

En réalité, il n'est plus admissible que les États membres des fédérations ne puissent négocier et signer eux-mêmes les conventions qui les intéressent directement en tant que collectivités autonomes, et qu'ils ne soient point habiles à participer par leurs propres représentants aux conférences internationales poursuivant des fins qui sont, par leur nature, du ressort exclusif des États fédérés.

Le droit international classique ne reconnaît, on le sait, aucune personnalité véritable aux États membres des fédérations. Mais il appartient d'abord à l'État fédératif lui-même de concéder, par la constitution, l'exercice de certaines compétences internationales aux collectivités-membres. Dès que la loi fondamentale d'un État composé accorde, en droit et en fait, aux États composants le *jus legationis* et le *jus tractatum* dans la sphère de leur juridiction exclusive, le droit international n'a qu'à prendre acte de la nouvelle situation juridique et à tirer les conclusions d'ordre pratique qui en découlent. Quand la Grande-Bretagne permit aux Dominions et à l'Inde de faire partie de la Société des Nations, alors qu'ils n'étaient pas des

États souverains, les signataires du pacte de Versailles n'eurent qu'à s'incliner. De même, lorsque l'U.R.S.S., après avoir modifié sa constitution, exigea que l'Ukraine et la Biélorussie fussent membres de l'O.N.U., les puissances se rendirent à ses vœux. Si, demain, la constitution allemande autorise la Bavière ou d'autres États de la fédération à se faire représenter personnellement à certaines conférences internationales, il sera très difficile aux pays participant à ces conférences de s'opposer, en droit, à la présence des délégués de la Bavière ou des autres États allemands. C'est donc, en vérité, aux États fédératifs eux-mêmes que revient la fonction de reconnaître une certaine capacité internationale aux collectivités qui les composent. Le droit international ne fait qu'entériner cette capacité.

CINQUIÈME PARTIE

SUGGESTIONS

Les provinces canadiennes sont dépourvues de personnalité internationale. Ne possédant, en effet, en vertu de la Constitution et de la pratique constitutionnelle, aucune capacité internationale, elles ne peuvent se faire représenter officiellement à l'étranger et sont inhabiles à conclure des accords internationaux dans les domaines relevant de leur juridiction d'après l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Cette incapacité des provinces avait peu d'importance dans le passé, puisque les rapports internationaux se bornaient essentiellement aux aspects de la vie collective qui sont généralement confiés, dans les fédérations, aux organes de l'État central. Mais, de nos jours, les relations interétatiques touchent l'ensemble des activités humaines; et il n'est guère de questions qui soient restées d'intérêt purement local.

L'absence de personnalité internationale chez les provinces canadiennes se reflète dans le statut de leurs représentants à l'étranger. Ceux-ci ne bénéficient — d'ailleurs à titre

de simple courtoisie — que d'un nombre très restreint de privilèges. Mais ils sont incapables de négocier officiellement avec l'État où ils exercent leurs fonctions, si ce n'est par l'intermédiaire de la mission diplomatique canadienne accréditée auprès de cet État.

C'est dire que le Délégué général du Québec à Paris ne peut se mettre officiellement en rapport avec le Quai d'Orsay et négocier directement un accord avec la France. Son rôle consiste à faire des sondages et à préparer la conclusion d'accords officiels qui ne seront jugés complets que par l'intervention de l'Ambassade du Canada, c'est-à-dire du ministère des Affaires extérieures. Celui-ci peut modifier les termes de l'entente projetée: ainsi, quand la France offrit des bourses à dix stagiaires du Québec dans le cadre du programme d'aide technique de l'École nationale d'administration, le ministère des Affaires extérieures du Canada, avant de valider l'accord entre Paris et Québec, exigea que deux des dix boursiers fussent recrutés parmi les fonctionnaires fédéraux. Dans certains cas, les autorités fédérales peuvent même se livrer, sur le plan international, à des activités qui font double emploi avec celles des provinces: dans le domaine des échanges culturels avec la France, par exemple, le gouvernement fédéral est en train de mettre en œuvre un programme qui chevauche celui que le gouvernement du Québec met lui-même à exécution.

La seule exception à cette règle concernant le caractère non représentatif des agents ou délégués des provinces canadiennes à l'étranger est celle que la Grande-Bretagne, par une loi en vigueur depuis 1952¹²¹, a créée en faveur des États membres des fédérations faisant partie du Commonwealth, auxquels elle concède un statut analogue à celui des consuls étrangers. Mais Londres ne reconnaît à ces agents aucun caractère politique, sauf celui que possèdent, en vertu de la constitution australienne, les représentants des États fédérés d'Australie.

D'autre part, les provinces sont incapables de se faire représenter officiellement aux conférences internationales convoquées dans le but d'étudier des questions qui sont, d'après

¹²¹ 15 et 16 George VI et 1 Elizabeth II, ch. 18 [G.-B.]

l'*A.A.N.B.*, du ressort exclusif des États membres de la fédération canadienne. Le nombre de ces conférences, ainsi que leur importance, ne cessent de s'accroître. À l'heure actuelle, quelques-unes des plus puissantes parmi les institutions spécialisées de l'O.N.U. n'existent, dans l'optique de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, que pour des fins « provinciales ». Ce sont l'U.N.E.S.C.O., l'Organisation mondiale de la santé, l'Organisation internationale du travail et, dans une certaine mesure, l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture. Aux séances de ces organisations, les provinces canadiennes, comme telles, sont absentes. Tout concourt donc à dénier aux provinces du Canada cette personnalité qui leur permettrait d'agir internationalement dans leur sphère de juridiction exclusive ou concurrente.

C'est à tort que l'on voit parfois dans la présence à l'étranger de délégations générales des provinces un indice de leur personnalité internationale. Ces agences rendent service; mais la pratique constitutionnelle au Canada les prive, vis-à-vis le droit international classique, de tout caractère officiel et les oblige à négocier avec les États étrangers par l'intermédiaire des missions diplomatiques du Canada. Ce n'est qu'en reconnaissant aux provinces une certaine capacité internationale qu'on pourra leur permettre de traiter directement avec les gouvernements des autres pays.

De même, il ne faut pas conclure de l'accueil officiel réservé par la France au premier ministre Jean Lesage en 1961 que le gouvernement français reconnaît la personnalité internationale du Québec. Au moment où M. Lesage était l'objet d'attentions toutes particulières à Paris, Chief Akintola, premier ministre du Nigéria occidental, était reçu avec les plus grands honneurs en Israël. Et, le jour du départ de M. Akintola, personne n'a vu dans la présence à l'aéroport de Lod du premier ministre Ben Gourion et de deux membres de son cabinet la preuve de la reconnaissance par l'État juif de la personnalité internationale du Nigéria occidental, qui forme l'une des trois régions de la fédération du Nigéria. Certains États peuvent, pour des raisons particulières, s'intéresser à telle ou telle collectivité membre d'une fédération sans être disposés pour autant à

traiter avec ces collectivités comme si elles étaient souveraines ou dotées de la capacité internationale.

Un jugement du Comité judiciaire du Conseil privé¹²² a interdit en 1937 à l'État fédéral de mettre à exécution les accords internationaux conclus par le Canada relativement à des sujets relevant de la juridiction exclusive des provinces; mais il n'a pas accordé pour autant aux provinces le droit de négocier et de signer des ententes internationales dans les domaines que leur attribue la Constitution. Il existe donc au Canada un ensemble de matières ne pouvant être l'objet de conventions internationales, parce que celles-ci, sans le consentement des provinces, seraient absolument inapplicables, et que ce consentement est parfois impossible à obtenir.

Le Québec ne peut plus se satisfaire de la situation boiteuse créée par le jugement rendu en 1937 par le Comité judiciaire du Conseil privé. Il n'y a, en réalité, aucune raison que le droit d'appliquer une convention internationale soit dissocié du droit de conclure cette convention. Il s'agit de deux stades essentiels d'une même opération. D'ailleurs, la négociation et la signature d'un accord n'ont d'autre but que la mise à exécution de cet accord. Le Québec a le devoir d'obtenir, à la fois comme province et comme État national des Canadiens français, que la Constitution lui reconnaisse le pouvoir de traiter directement et librement avec les États étrangers et les organisations internationales dans les domaines relevant de sa juridiction pour le règlement des problèmes qui lui sont particuliers.

En tant qu'expression politique du Canada français, le Québec a des intérêts spécifiques à sauvegarder, qui ne concernent aucune autre province du Canada. Ainsi, dans le domaine éducatif, où l'article 93 de l'*A.A.N.B.* accorde aux provinces une juridiction *exclusive*, le Québec est largement paralysé sur le plan international. Il ne peut conclure d'ententes officielles avec les pays francophones, ni mettre efficacement en œuvre une politique d'échanges culturels avec l'étranger. Il est dans l'obligation de laisser au ministère des Affaires extérieures le soin de valider les accords découlant des contacts

¹²² *A.G. of Canada v. A.G. of Ontario*, 1937 A.C. 326.

non officiels qu'il parvient parfois à établir avec les États étrangers. Il est toujours loisible alors aux autorités fédérales de modifier les termes des conventions projetées, comme on l'a vu dans l'entente relative aux stagiaires de l'École nationale d'administration. C'est en partie d'ailleurs à cause de l'inaction des provinces en ce qui a trait aux relations culturelles avec l'étranger que le gouvernement canadien a pu envahir ce domaine, où ses pouvoirs constitutionnels semblent — à première vue — inexistantes, mais où la jouissance exclusive du droit de conclure des traités lui permet de s'immiscer.

En mai 1944, le Canada a conclu, par un échange de notes, un accord culturel avec le Brésil. Immédiatement après la guerre, l'État fédéral a négocié des ententes culturelles avec la France et les Pays-Bas. En février 1954, le gouvernement fédéral a conclu une convention culturelle avec l'Italie, qui semble d'ailleurs restée pratiquement lettre morte du côté canadien. Puis, il y a eu la création du Conseil des arts qui s'occupe activement des échanges culturels avec l'étranger et la mise en œuvre, quelques années plus tard, du programme de bourses du Commonwealth, qui s'ajoute à celui qui fonctionne depuis près de quinze ans dans le cadre du Plan de Colombo. À l'heure présente, Ottawa offre des bourses à des universitaires et intellectuels français dans l'espoir que la France pose un geste identique à l'égard du Canada.

Comme on le voit, c'est l'État fédéral qui, à la faveur de sa capacité internationale, prend les initiatives qui devraient normalement être du ressort direct et exclusif des provinces. D'ailleurs, la présence de l'État fédéral est visible dans bien d'autres domaines confiés par la Constitution à la juridiction provinciale. Par exemple, aux conférences de l'O.I.T., où s'élaborent les conventions internationales du travail, c'est Ottawa qui représente le Canada et parle en son nom; pourtant, les autorités fédérales ne peuvent, en cette matière, légiférer que pour leurs propres employés ou les habitants des territoires non érigés en provinces.

Il y a, en outre, certains domaines de juridiction concurrente où les provinces devraient posséder le droit de conclure des accords. En ce qui concerne, par exemple, la double

imposition en matière d'impôts sur le revenu ou de droits successoraux, l'État fédéral a signé un grand nombre d'accords avec les États étrangers; mais aucun d'eux ne peut modifier la législation fiscale des provinces, à moins que celles-ci n'y consentent. De même, en ce qui a trait aux emprunts à l'étranger, les provinces canadiennes sont à la merci des sociétés privées; elles sont dans l'obligation humiliante de recourir à leurs bons offices et de se plier à leurs exigences, comme le feraient des entreprises particulières ou des individus. Les provinces canadiennes ne peuvent contracter d'emprunts auprès des États étrangers: d'abord, parce qu'elles n'ont pas le contrôle de la politique monétaire; puis, parce qu'en cas de violation de leurs engagements elles n'offrent aucune voie de recours qui soit sûre: l'État fédéral étant, en droit international, responsable des actes illicites des provinces, c'est à lui que doit s'adresser, pour obtenir réparation, l'État étranger qui se croit lésé; mais l'État fédéral est lui-même incapable de forcer les provinces à respecter leurs obligations. On a vu, d'ailleurs, dans l'affaire des trésors polonais jusqu'à quel point l'État fédéral peut négliger ses propres obligations internationales quand les provinces entrent en scène et font de l'obstruction.

Il y a enfin tout le domaine du droit civil où les provinces devraient être habilitées à conclure des accords internationaux, particulièrement en ce qui concerne le statut des aubains. Dans ce dernier domaine, le Code civil du Québec est généreux: il accorde aux aubains la plupart des droits dont jouissent les citoyens canadiens résidant dans la Province; mais le gouvernement du Québec ne peut exiger les mêmes avantages pour ceux de ses résidents ayant des intérêts à l'étranger. Un résident de la Province, exploitant une entreprise dans un pays étranger, peut être soumis à des restrictions auxquelles échappera un citoyen de ce pays possédant des biens dans le Québec. Cet exemple est pris parmi plusieurs autres. Le droit civil du Québec touche une infinité de cas qui intéressent substantiellement la vie en société, mais qui ne peuvent être au Canada l'objet de conventions internationales, en dépit des problèmes qu'ils soulèvent en droit international privé. Songeons, par exemple, à la célébration du mariage, au droit d'établisse-

ment, à la capacité des aubains, au régime des biens. Dans tous ces domaines, la Province a le droit exclusif ou concurrent de légiférer; mais elle ne peut inviter un État étranger à adopter une législation identique à la sienne dans l'intérêt mutuel des deux collectivités. En somme, au point de vue international, le Québec est un incapable. Il ne peut s'épanouir normalement. Et cette situation se prolonge à une époque où les relations entre les peuples se multiplient à l'échelle de l'univers, suscitant un nombre croissant de problèmes dont la solution est, au Canada, du ressort exclusif des provinces.

Il devient donc nécessaire et urgent de donner au Québec ce complément juridique qui lui permettra d'assumer pleinement sa destinée en tant qu'État national des Canadiens français. La reconnaissance par la constitution d'une certaine capacité internationale à la province de Québec est l'une des conditions essentielles de l'élargissement tant espéré de l'autonomie provinciale.

Les modifications de la constitution canadienne, rendues nécessaires par l'attribution au Québec de la capacité internationale dans les domaines relevant de sa juridiction, seront différentes suivant que le Québec continue de faire partie de la fédération canadienne ou s'unit au reste du Canada au moyen d'un pacte confédéral.

I. RÉGIME FÉDÉRATIF

Le Québec peut, à l'intérieur de la fédération canadienne, conserver son régime monarchique ou se donner un régime présidentiel.

A. RÉGIME MONARCHIQUE

D'après la constitution canadienne et la pratique constitutionnelle, l'usage des attributs de la souveraineté est une prérogative royale, que le monarque n'exerce toutefois que de l'avis et du consentement de ses conseillers. C'est donc, en réalité, du cabinet que relève la conduite des relations officielles avec les États étrangers. Mais les ministres ne peuvent eux-

mêmes agir qu'au nom du souverain. Or, d'après l'*A.A.N.B.*, les lieutenants-gouverneurs ne sont pas, sur le plan provincial, dans une situation rigoureusement identique à celle que possède le gouverneur général sur le plan fédéral. Ils ne sont pas nommés par la Reine de l'avis de ses conseillers provinciaux, mais de celui de ses conseillers fédéraux (art. 58). Lors de leur entrée en fonction, ils sont assermentés par le gouverneur général ou son représentant (art. 61). Ils peuvent être révoqués par le cabinet fédéral (art. 59). Ils ne peuvent s'absenter de la Province sans la permission d'Ottawa. En cas d'absence ou d'incapacité d'agir des lieutenants-gouverneurs, c'est aux autorités fédérales que revient le droit de nommer un administrateur de la Province (art. 67). Les lieutenants-gouverneurs sont rémunérés par Ottawa (art. 60). Ils peuvent recevoir du gouvernement fédéral des instructions, parmi lesquelles figure le droit de réserve, inscrit dans la Constitution, qui consiste à soumettre à l'approbation du cabinet fédéral et à la sanction du gouverneur général les projets de loi adoptés par les législatures provinciales. Ils sont enfin tenus de transmettre au Secrétaire d'État du Canada une copie de chaque loi sanctionnée par le parlement provincial, laquelle peut être désavouée par le gouvernement fédéral (art. 90).

Aucune de ces dispositions n'est devenue caduque à la suite du Statut de Westminster, puisque celui-ci n'a eu d'effets qu'à l'égard des rapports entre la Grande-Bretagne et le Canada. C'est d'ailleurs ce qu'a affirmé la Cour suprême en 1938.¹²³ On ne peut donc tenir pour abolis les articles de l'*A.A.N.B.* qui font du lieutenant-gouverneur un fonctionnaire fédéral *sui generis* et subordonnent l'autorité de la législature provinciale à celle de l'exécutif fédéral.

Pour que le Québec puisse jouir de la capacité internationale, il faut donc avant tout que son lieutenant-gouverneur soit nommé par la Reine de l'avis des ministres provinciaux et qu'il soit, au même titre que les gouverneurs des États australiens, le représentant personnel et direct du souverain. Il faut également que le lieutenant-gouverneur du Québec soit, à tous les points de vue, indépendant du gouvernement fédéral et

¹²³ *Re Disallowance and Reservation*, 1938 S.C.R., 72-73.

que disparaissent les droits de réserve et de désaveu, indices d'une subordination inacceptable de la province aux autorités fédérales. C'est à un tribunal constitutionnel que doivent être désormais soumis les litiges entre l'État fédéral et les provinces.

Une fois qu'auront été modifiées les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, ainsi que celles du Code civil (art. 1, 2 et 3) et de tous les lois et règlements, relatives à la fonction de lieutenant-gouverneur, il sera nécessaire d'ajouter dans la nouvelle constitution du Canada un article donnant à la province le droit de traiter directement avec les États étrangers dans les domaines de sa juridiction.

La capacité internationale du Québec implique que ses délégués ou agents officiels à l'étranger auront un statut équivalant à celui des consuls. Ils devront, à cette fin, être munis d'une commission octroyée par la Province, qui leur donnera le droit à l'exequatur dans les États où ils exerceront leurs fonctions. En revanche, c'est au Québec que devra appartenir la délivrance de l'exequatur aux consuls étrangers établis sur son territoire.

Pour bien indiquer son égalité constitutionnelle vis-à-vis le gouverneur général, le lieutenant-gouverneur devra porter le titre de gouverneur. Il aura préséance à Ottawa sur les chefs des missions diplomatiques et les membres du cabinet fédéral. Il possédera à Québec sa propre maison, c'est-à-dire son personnel civil et militaire. Il aura droit à un drapeau distinct et à une salve de 19 coups de canon lors des cérémonies officielles. Tous ces symboles, qui ont leur importance, rendront plus manifeste la nature de la fonction désormais exercée par le représentant du souverain à Québec.

B. RÉGIME PRÉSIDENTIEL

Le Québec peut, tout en faisant partie d'une fédération de caractère monarchique, se donner un régime présidentiel. Il existe, à ce sujet, un précédent intéressant: celui de l'Irlande. La constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937 renfermait l'article suivant:

Article 29 [...] 4. (1) [...]

(2) For the purpose of the exercise of any executive function of the State in or in connection with its external

relations, the Government may to such extent and subject to such conditions, if any, as may be determined by law, avail of or adopt any organ, instrument, or method of procedure used or adopted for the like purpose by the members of any group or league of nations with which the State is or becomes associated for the purpose of international co-operation in matters of common concern.

Le sens de cet article avait été précisé l'année précédente, lorsque le parlement de Dublin adopta, le 12 décembre 1936, la loi suivante :

BE IT ENACTED BY THE OIREACHTAS OF SAORSTÁT EIREANN AS FOLLOWS :

[article 1]

(1) The diplomatic representatives of Saorstát Eireann in other countries shall be appointed on the authority of the Executive Council.

(2) The consular representatives of Saorstát Eireann in other countries shall be appointed by or on the authority of the Executive Council.

[article 2]

Every international agreement concluded on behalf of Saorstát Eireann shall be concluded by or on the authority of the Executive Council.

[article 3]

(1) It is hereby declared and enacted that, so long as Saorstát Eireann is associated with the following nations, that is to say, Australia, Canada, Great Britain, New Zealand, and South Africa, and so long as the king recognized by those nations as the symbol of their co-operation continues to act on behalf of each of those nations (on the advice of the several Governments thereof) for the purposes of the appointment of diplomatic and consular representatives and the conclusion of international agreements, the king so recognized may, and is hereby authorized to, act on behalf of Saorstát Eireann for the like purposes as and when advised by the Executive Council so to do.

La constitution irlandaise de 1937 plaçait à la tête de l'État un président. Mais elle ne contenait aucune disposition

établissant dans le pays un régime républicain, pas plus qu'elle ne faisait allusion, d'ailleurs, à la Couronne. L'Irlande était donc, en pratique, un État dirigé, sur le plan intérieur, par un président élu et obéissant, sur le plan extérieur, à un monarque constitutionnel. Il s'agit sans doute d'un cas unique en droit constitutionnel, mais qui pourrait inspirer la future constitution du Canada. L'État du Québec pourrait avoir à sa tête un président, qui serait l'autorité suprême dans le domaine de la juridiction provinciale, alors que le souverain continuerait d'être l'autorité suprême du Québec dans la sphère fédérale. Un tel arrangement supposerait évidemment que les compétences de l'État fédéral et celles de l'État fédéré ont été parfaitement délimitées et qu'elles ne se chevauchent en rien. Au point de vue des relations du Québec avec les États étrangers, le régime présidentiel symboliserait mieux que le régime monarchique le caractère particulier de l'État québécois à l'intérieur de la fédération canadienne.

II. RÉGIME CONFÉDÉRATIF

Reste la possibilité d'une alliance confédérale. Le Québec pourrait en effet quitter la fédération canadienne et conclure avec les provinces de langue anglaise ou certaines d'entre elles un pacte de nature confédérale. Le Québec serait alors un État souverain, qui déléguerait à un organe diplomatique l'exercice d'une partie de ses compétences extérieures.

Quel que soit le régime adopté, le Québec devra exiger un élargissement de son autonomie et la jouissance d'une certaine capacité internationale. Il ne peut plus échapper à son rôle international ni s'abstenir plus longtemps de le remplir lui-même directement.

février 1964

revision: novembre 1965

OUVRAGES CONSULTÉS

- BOWIE, R.R., et C.J. FRIEDRICH, *Études sur le fédéralisme*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2 vol., 1960 et 1962.
Canadian Annual Review, 1923.
- CREIGHTON, D.G., *l'Amérique du Nord à l'époque de la Confédération*, étude préparée pour la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1939.
- DAGGET, Athern P., 16 *Canadian Bar Review* 1938.
Debates of the House of Commons, 1909.
Débats sur la Confédération, Québec, 1865.
- DICEY, A.V., *Law of the Constitution*, 10^e éd., New York, St Martin Press, 1962.
Documents de la session, 1869.
Informations israéliennes, 1961.
- KEITH, A.B., *Responsible Government in the Dominions*, Oxford, Oxford University Press, 1912.
- LANGSAM, Walter Consuelo, *Historic Documents of World War II*, Toronto, Van Norstrand, 1958.
- LEFUR, L. et CHKLAVER, *Recueil de textes de droit international public*, 1928.
- MACKENZIE, N.A.M., « Canada and the Treaty Making Power », 15 *Canadian Bar Review* 1937.
- MANGONE, Gerard J., *The Elements of International Law*, 1963.
- MATAS, R.L., « Treaty Making in Canada », 25 *Canadian Bar Review* 1947.
- MAUNZ, T., et G. DURIG, *Grundgesetz, Kommentar*, Munich/Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2^e éd.
- MCHENDRY, *Memorandum on the Office of Lieutenant-Governor of a Province*, Ottawa, 1955.
- MCWHINNEY, Edward, *Comparative Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 1962.
Ministère des Affaires extérieures (bulletin).
- MOORE, Harrison, *Commonwealth of Australia*, 2^e éd., 1910.
- MORIN, J.-Y., *l'État fédéral en droit international*, fascicule publié par l'Institut des Hautes Études Internationales, Paris, 1962.
- MOUSKHELY, M., et Z. JEDRYKA, *le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961.
- OPPENHEIM, L., et H. LAUTERPACHT, *International Law*, 8^e éd., Londres, Longmans Green & Co., 1955.

Parliamentary Papers, 1923.

PERGLER, Charles, *Judicial Interpretation of International Law in the United States*, 1928.

RAPPARD, W.-E., *la Constitution fédérale de la Suisse*, Neuchâtel, 1948.

REUTER, P., *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958.

Institutions internationales, Paris, Presses Universitaires de France, 1955.

Senate Report (U.S.A.).

SNYDER, Louis L., *Fifty Major Documents of the Nineteenth Century*, Toronto, Van Norstrand, 1955.

United Nations Legislative Series, *Laws and Practices concerning the Conclusion of Treaties*, ST/LEG/SER. B/3 — décembre 1952.

WHEARE, K.C., *Federal Government*, Toronto, Oxford University Press, 1953.

WRIGHT, Quincy, « Treaties and the Constitutional Separation of Powers in the United States », *American Journal of International Law*, vol. 12, n° 1, janvier 1918.