

## **La négociation et la mise en oeuvre des conventions de droit international privé : perspectives canadiennes et québécoises**

Marie Paré

Volume 6, Number 2, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1101225ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1101225ar>

[See table of contents](#)

### Publisher(s)

Société québécoise de droit international

### ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

### Cite this document

Paré, M. (1989). La négociation et la mise en oeuvre des conventions de droit international privé : perspectives canadiennes et québécoises. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 6(2), 158–176.  
<https://doi.org/10.7202/1101225ar>

## Notes

# La négociation et la mise en oeuvre des conventions de droit international privé : perspectives canadiennes et québécoises

MARIE PARÉ

- I.- La négociation, la conclusion et la mise en oeuvre des traités au Canada**
- A- La Loi constitutionnelle de 1867 et la compétence en matière d'affaires extérieures
- B- Les effets pratiques, politiques et juridiques de la décision du Conseil privé
- II.- La participation canadienne et québécoise à l'élaboration des conventions de droit international privé**
- A- La présence de la fédération canadienne au sein des organisations internationales

- B- La participation du Québec à l'élaboration des conventions de droit international privé
- III.- La ratification et la mise en oeuvre des conventions de droit international privé dans le contexte constitutionnel canadien**
- A- Les effets de l'inclusion de la clause fédérale dans les conventions de droit international privé
- B- Les pratiques législatives distinctes en matière de mise en oeuvre

Le droit international privé est un droit qui régit spécifiquement les litiges dans lesquels intervient un élément d'extranéité, c'est-à-dire un élément qui relève normalement d'un ordre juridique autre que celui du juge saisi. Il a pour objet de solutionner les problèmes soulevés par la détermination du tribunal compétent à entendre une cause et le choix des règles de droit applicables en l'espèce.

Le droit international privé était à l'origine composé de règles législatives et jurisprudentielles à caractère essentiellement local. Variant parfois beaucoup d'un pays à l'autre, ces règles pouvaient donner lieu, pour un même litige, à des décisions diamétralement opposées selon la nationalité du juge saisi. L'accroissement des relations internationales entre individus a amené les États à réaliser qu'une certaine harmonisation des règles de droit international privé était nécessaire. C'est ainsi que des organisations internationales impliquées dans le développement de règles unifiées ont vu le jour.

Le but des conventions de droit international privé est de créer des normes supranationales qui permettent aux relations internationales privées d'être régies de façon uniforme. Les sujets sur lesquels elles portent, de par leur rattachement au droit privé, sont presque tous du domaine de compétence législative provinciale. L'incorporation des règles qu'elles édictent nécessite donc une intervention directe de la part des provinces, et l'éternel débat concernant les pouvoirs de ratification et de mise en oeuvre refait ici surface : le gouvernement fédéral prétend occuper seul la scène internationale tandis que les provinces, et en particulier le Québec, réclament une distribution des rôles plus conforme à

l'esprit du scénario original de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>1</sup>.

L'impasse juridique et politique dans laquelle se trouve le Canada en matière d'affaires extérieures est particulièrement bien illustrée par l'attitude qu'il affiche au chapitre de la négociation et de la conclusion des conventions de droit international privé; ceci explique en outre le caractère récent de sa participation aux organisations internationales qui en préconisent l'élaboration.

Dans l'attente d'une solution définitive à ce conflit entre les deux ordres de gouvernement, les protagonistes en sont arrivés, sinon à un *modus vivendi*, du moins à un compromis : certains mécanismes ont été mis sur pied afin de favoriser la consultation fédérale-provinciale et de permettre au Canada de participer au développement du droit international privé dans sa dimension internationale.

Pour bien analyser ce compromis et les mécanismes de consultation qui en découlent, il sera utile d'étudier la polémique entourant l'attribution des pouvoirs de négociation, de conclusion et de mise en oeuvre des traités dans le contexte du fédéralisme canadien. Un bref rappel de l'état du droit à cet égard ainsi qu'un exposé sur les positions respectives du gouvernement fédéral et du gouvernement québécois nous semblent s'imposer puisqu'ils constituent les fondements de la démarche adoptée en matière de conventions de droit international privé, et feront donc l'objet d'une partie préliminaire.

Dans une deuxième partie, nous nous pencherons sur la participation canadienne et québécoise à l'élaboration de ces conventions au niveau international et sur le processus menant à l'adoption de positions communes à l'ensemble de la fédération canadienne.

<sup>1</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, Vict., R.-U., c.3.

En troisième partie, nous étudierons la ratification et la mise en oeuvre des conventions et l'incidence de l'insertion de la clause fédérale, en regard du droit constitutionnel canadien, sur ces étapes nécessaires à l'incorporation des normes internationales au droit interne.

Dans notre conclusion, nous tenterons de cerner la nature des mécanismes de consultation utilisés dans ce domaine.

## I.- La négociation, la conclusion et la mise en oeuvre des traités au Canada

Avant d'étudier la situation particulière du Canada en matière de conclusion et de mise en oeuvre des traités, il convient de rappeler le postulat suivant : en vertu du droit international, c'est le droit interne des fédérations qui détermine les autorités étatiques investies du pouvoir de conclusion des traités<sup>2</sup>. En principe, ce sont donc les dispositions de la Constitution canadienne qui devraient nous éclairer sur la capacité du gouvernement fédéral et des provinces d'engager leur responsabilité au plan international. Malheureusement, comme nous le verrons dans cette partie préliminaire, la *Loi constitutionnelle de 1867* est sur le sujet pour le moins sibylline.

### A- La Loi constitutionnelle de 1867 et la compétence en matière d'affaires extérieures

#### 1- Les lacunes des Lois constitutionnelles

Le Canada a hérité du système britannique un régime politique de caractère parlementaire et monarchique<sup>3</sup>. Dans un régime parlementaire, l'exécutif se voit attribuer le pouvoir de ratifier les traités, tandis que l'organe législatif doit intervenir pour incorporer les normes internationales au droit interne. On se trouve ainsi à dissocier les phases nécessaires pour que le traité crée des effets en droit interne<sup>4</sup> et se voit conférer une valeur juridique qui le rende applicable aux particuliers : l'exécutif peut lier l'État, mais seul le législatif peut obliger les individus<sup>5</sup>.

La fédération canadienne a, contrairement au Royaume-Uni, une constitution écrite. Cette dernière est cependant complétée par des règles non écrites, conventions et précédents, dont on doit tenir compte. Elle ne contient aucune disposition pertinente relative au pouvoir de conclusion et de mise en oeuvre des traités, exception faite de l'article 132 devenu désuet<sup>6</sup> après l'accession du Canada à l'indépendance<sup>7</sup>. À défaut de règle écrite, l'on doit faire appel à la tradition britannique, du moins en ce qui concerne le pouvoir de conclusion des traités, qui prévoit que celui-ci est

une prérogative de la Couronne. Dans le contexte canadien, l'application de cette règle soulève une question délicate, à savoir quelle Couronne, provinciale ou fédérale, doit bénéficier de cette prérogative<sup>8</sup>.

Le divorce opéré par le système britannique entre la conclusion, réservée à la Couronne, et la mise en oeuvre, a été transposé dans le schéma constitutionnel canadien. Dans la *Loi constitutionnelle de 1867* les compétences législatives, nécessaires en principe à l'incorporation d'un traité au droit interne, sont clairement divisées entre les deux ordres de gouvernement<sup>9</sup>. L'article 132 permettait de passer outre cette répartition en autorisant le Parlement fédéral à légiférer pour mettre en oeuvre un traité impérial et ce, dans tous les domaines. Le Conseil privé ayant reconnu l'inapplicabilité de la disposition aux traités conclus par un Canada souverain<sup>10</sup>, le bénéficiaire du pouvoir de mise en oeuvre devait-il dès lors être déterminé par la catégorie de sujet faisant l'objet du traité?

#### 2- L'affaire des conventions sur le travail

C'est aux tribunaux qu'est revenue la lourde tâche de décider quel organe de la fédération était habilité à exercer les pouvoirs en matière de relations extérieures, en tentant de «faire parler les silences» de la Constitution.

Dans un arrêt de 1932<sup>11</sup>, le Conseil privé laissa entendre, par la voix de Lord Dunedin, que le Parlement fédéral pouvait empiéter sur les compétences des législatures provinciales pour mettre en oeuvre les traités canadiens, en vertu de la clause résiduaire de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>12</sup>. Cette solution présentait l'inconvénient de permettre au gouvernement central de s'appropriier indirectement des champs de compétence expressément attribués aux provinces par la Constitution et risquait de compromettre l'équilibre de la fédération.

En 1937 on assista à un revirement de jurisprudence provoqué par l'*Affaire des conventions sur le travail*<sup>13</sup> dans laquelle le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, tribunal de dernière instance pour le Canada, démontra son souci de préserver la structure fédérale du Canada. L'*obiter* de Lord Dunedin fut alors écarté par Lord Atkin, qui se fonda dans ses motifs sur «la distinction fondamentale en droit britannique, entre la conclusion et la mise en oeuvre des traités»<sup>14</sup>.

Il s'agissait en l'espèce de se prononcer sur la validité constitutionnelle de lois adoptées par le Parlement fédéral en vue de mettre en oeuvre trois conventions internationales conclues par son exécutif et qui portaient sur des sujets

6 Dans l'arrêt *In Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (J.C.P.C.), le Conseil privé choisit d'interpréter littéralement l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et jugea qu'il ne pouvait s'appliquer qu'aux traités impériaux.

7 *Statut de Westminster*, (1931) 22 Geo. V, R.-U., c.4.

8 A.-M. JACOMY-MILLETTE, «L'État fédéré dans les relations internationales», (1976) 14 *A.C.D.I.* 53.

9 *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 1, articles 91 et 92.

10 Voir *In Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, *supra*, note 6.

11 *Ibid.*

12 Article 91, paragraphe introductif.

13 *Attorney-General of Canada c. Attorney-General of Ontario*, [1937] A.C. 326 (J.C.P.C.).

14 J.-Y. MORIN, «La personnalité internationale du Québec», (1984) 1 *R.Q.D.I.* 209.

2 NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET *et al.*, *Droit international public*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 80.

3 N. DIAKITE, *Conventions, usages et coutumes en matière de mise en oeuvre des traités au Canada*, mémoire de maîtrise, Ottawa, Faculté des études supérieures, Université d'Ottawa, 1983, p. 1 (résumé).

4 Selon la théorie dualiste, un traité, même dûment ratifié, ne crée pas d'effet en droit interne. Cette règle britannique a été reconnue applicable au Canada dans *Arrow River & Tributaries Slides & Boom Company Ltd. c. Pigeon Timber Company Ltd.*, [1932] R.C.S. 495 et dans *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618.

5 J. Y. GRENON, «De la conclusion des traités et de leur mise en oeuvre au Canada», (1962) 40 *R. du B. can.* 162.

relevant des compétences provinciales<sup>15</sup>. Les juges de la Cour suprême du Canada, saisis de l'affaire, ne purent s'entendre et la cause fut soumise au Conseil privé.

Au nom de la Cour, Lord Atkin déclara invalides les lois donnant effets aux conventions. Après avoir insisté sur la structure de la fédération canadienne, «... où l'autorité législative (...) est partagée entre différentes législatures selon les catégories de sujets...»<sup>16</sup>, il souligna le fait que, l'article 132 étant écarté, «... la validité de la législation ne (pouvait) plus reposer que sur les articles 91 et 92 (...)»<sup>17</sup>.

Ainsi le Conseil privé se prononça, on ne peut plus clairement, sur l'impossibilité pour le fédéral d'empêcher, sous prétexte des obligations internationales contractées par son exécutif, sur les compétences législatives des provinces. Le pouvoir de mise en oeuvre des traités devait suivre les règles générales prescrites par le texte constitutionnel. Quant à la deuxième question soulevée, à savoir si la prérogative de conclusion des traités était dévolue au seul gouverneur en conseil, la Cour fit preuve de retenue judiciaire et manifesta explicitement son intention de ne pas en juger<sup>18</sup>. Cette décision, inutile de le dire, déplut fortement au gouvernement central. Elle suscita un débat qui dure depuis plus de cinquante ans et eut pour effet, entre autres, d'inciter le gouvernement fédéral à entreprendre des démarches pour l'abolition des appels à Londres<sup>19</sup>.

## B- Les effets pratiques, politiques et juridiques de la décision du Conseil privé

### 1- Les différentes conceptions du fédéralisme canadien

Suite à la décision du Conseil privé, le Canada se retrouve dans une position que le fédéral trouve des plus inconfortables, doté d'une personnalité internationale ambiguë. Quoiqu'il assume *de facto* la compétence exclusive en matière de conclusion des traités<sup>20</sup>, il ne peut obliger les provinces à modifier leur droit interne en accord avec les nouvelles obligations internationales et ne peut par conséquent en assurer le respect vis-à-vis des autres États.

Cet effet pratique de l'*Affaire des conventions sur le travail* dévoile la vraie nature du problème, issu de «deux conceptions traditionnellement antagonistes du fédéralisme»<sup>21</sup>, défendues l'une par l'État fédéral et l'autre par le Québec.

C'est en 1965 que la position du Québec est énoncée par Paul Gérin-Lajoie<sup>22</sup>, qui revendique pour la province la compétence de conclure des accords dans les domaines de sa compétence législative. Son argumentation se fonde sur le fait que le pouvoir de conclusion des traités n'est que le corollaire de celui de mise en oeuvre attribué aux provinces de façon non équivoque par l'arrêt de 1937. Ce raisonnement s'appuie

sur les arrêts *Bonanza Creek Gold Mining Company Ltd. v. The King*<sup>23</sup> et *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New-Brunswick*<sup>24</sup>, dans lesquels le Conseil privé a reconnu que la répartition des pouvoirs exécutifs va de pair avec celle des pouvoirs législatifs et qu'il n'existe pas de lien de subordination entre les législatures provinciales et le gouvernement central<sup>25</sup>.

En 1968 le gouvernement fédéral répond aux velléités d'autonomie du Québec en publiant deux Livres blancs<sup>26</sup> qui viennent expliciter sa position. L'argument juridique sur lequel celle-ci repose veut que la prérogative royale de conclusion des traités appartienne au gouverneur-général et non aux lieutenants-gouverneurs<sup>27</sup>. Pour appuyer cet argument, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures fait appel aux propos du juge Duff dans l'*Affaire des conventions sur le travail*, qui a exprimé l'opinion que seul le Parlement du Canada «peut constitutionnellement régler la conduite des affaires extérieures»<sup>28</sup>. Il est intéressant de noter que le secrétaire d'État évite de mentionner que cette affaire a été portée à l'attention du Conseil privé, qui refusa quant à lui de se prononcer sur la question.

Un autre argument, plus pragmatique celui-là, affirme que la politique étrangère du Canada ne peut souffrir d'être fragmentée et que le maintien de l'unité canadienne exige que seul le fédéral puisse représenter le pays sur la scène internationale.

On peut donc constater que ces deux thèses, appliquées de façon stricte, mènent à une impasse. Comme le souligne le Pr Jacques-Yvan Morin, dans l'attente d'une solution à ce conflit : «le débat s'est transplanté sur le terrain, chaque partie posant des actes conformes à sa propre interprétation du droit»<sup>29</sup>. Pour sa part le Québec a multiplié ses activités internationales<sup>30</sup> et a confirmé «législativement (qu'il) détient le pouvoir de ratifier les conventions internationales dans les domaines ressortissant à sa compétence constitutionnelle»<sup>31</sup>.

Sur le plan judiciaire, l'avis du juge Duff dans l'*Affaire des conventions sur le travail* est sous-jacent à l'attitude qu'affirme la Cour suprême du Canada depuis 1949<sup>32</sup>. Dans l'*Affaire McDonald Vapor*<sup>33</sup>, le juge Laskin met

23 *Bonanza Creek Gold Mining Company Ltd. c. The King*, (1916) 1 A.C. 566 (J.C.P.C.).

24 *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437 (J.C.P.C.).

25 Cf. MORIN, *loc. cit. supra*, note 14, p. 200.

26 Voir M. SHARP, «Fédéralisme et conférences internationales sur l'éducation, Ministère des Affaires extérieures», Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, et P. MARTIN, «Fédéralisme et relations internationales», Ministère des Affaires extérieures, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

27 Cf., MORIN, *loc. cit. supra*, note 14, pp. 206-207.

28 *Re The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, The Minimum Wages Act and The Limitations of Hours of Work Act*, [1936] R.C.S. 461, 501.

29 Cf. MORIN, *loc. cit. supra*, note 14, p. 169.

30 *Id.*, pp. 241 et ss. pour un historique des ententes internationales du Québec.

31 M. PAQUETTE, «La négociation, la ratification et la mise en oeuvre par le Québec des conventions de droit international privé», 3 novembre 1989, (non publié), p. 4.

32 Notamment dans les arrêts *Johanneson c. The Rural Municipality of West St-Paul*, (1952) 1 R.C.S. 292; *Francis c. The Queen*, *supra*, note 4; *MacDonald c. Vapor Canada*, (1977) 2 R.C.S. 134; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, (1984) 1 R.C.S. 86; *Schneider c. R.*, [1982] R.C.S. 112.

33 voir *MacDonald c. Vapor Canada*, *supra*, note 32.

15 J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public : notes et documents*, Montréal, Éditions Thémis, 1988, tome 2, p. 577.

16 voir *Attorney-General of Canada c. Attorney-General of Ontario*, *supra*, note 13, 348.

17 *Id.*, p. 350.

18 *Id.*, p. 349.

19 F. RIGALDIES et J. WOEHLING, «Le juge interne canadien et le droit international», (1980) 21 *C. de D.* 323.

20 R. FOREST, «Quelques aspects de la mise en oeuvre au Canada des Pactes de l'O.N.U. relatifs aux droits de l'Homme», (1981) 12 *R.G.D.* 389.

21 Cf. MORIN, *loc. cit. supra*, note 14, p. 168.

22 *Id.*, p. 165.

en doute le bien-fondé de la décision de 1937. Sous forme d'*obiter dictum*, il émet l'opinion que le Parlement fédéral a le pouvoir de légiférer sur des matières de compétence provinciale dans la mesure où il est clairement fait mention dans la loi qu'elle vise à mettre en vigueur un traité et qu'elle n'exécute pas ce but<sup>34</sup>. Le juge Laskin a ainsi «créé jurisprudentiellement une exigence procédurale particulière»<sup>35</sup> ayant pour résultat de légitimer l'incursion du fédéral dans la chasse gardée des provinces.

L'*obiter* du juge Laskin semble avoir été promu au rang de «règle» par la jurisprudence subséquente. Le Pr Armand de Mestral en fait la remarque dans un commentaire<sup>36</sup> portant sur l'arrêt *Schneider c. R.*<sup>37</sup>. Deux arrêts plus récents viennent confirmer les craintes de l'auteur de voir le pouvoir judiciaire intervenir dans ce débat de nature politique. Dans l'*Affaire des gisements miniers sous-marins*<sup>38</sup>, la Cour suprême écarte implicitement la décision du Conseil privé et affirme qu'il faut établir un lien entre le pouvoir de conclusion des traités et la compétence législative de mise en oeuvre. Tout dernièrement, c'est la Cour d'appel de Colombie-Britannique qui a déclaré inconstitutionnelle une loi fédérale touchant aux compétences provinciales, au motif que ladite loi ne répondait pas aux critères établis par le juge Laskin dans *MacDonald Vapor*<sup>39</sup>. Cependant, la Cour suprême, appelée à se prononcer, n'a pas eu à juger de l'aspect international de cette affaire.

Si l'on tente de dresser un bilan de cette saga judiciaire on constate que, malgré l'évident désir de nos tribunaux de s'en défaire, les principes établis par l'*Affaire des conventions sur le travail* font encore autorité, la Cour suprême n'ayant encore pu les répudier de façon non équivoque.

Le problème de la conclusion et la mise en oeuvre des traités reste donc essentiellement un problème de nature politique. Pour que le Canada, en tant qu'entité fédérale, puisse exercer ses activités sur la scène internationale sans provoquer de levée de boucliers au niveau interne, il n'y a pour le moment qu'une seule solution possible : la coopération entre les deux ordres de gouvernements.

## 2- À la recherche d'une solution fonctionnelle : le concept de «fédéralisme coopératif»

... si, dans l'exercice des attributions découlant de son nouveau statut international, le Dominion contracte des obligations, ces dernières doivent, quand il s'agit de lois concernant les catégories de sujets relevant des provinces, être remplies par l'ensemble des pouvoirs, c'est-à-dire au moyen d'une coopération entre le Dominion et les provinces.

Lord Atkin<sup>40</sup>

Conscient des inconvénients pratiques qu'allait causer sa décision dans l'*Affaire des conventions sur le travail*, Lord Atkin a cru bon de suggérer la voie à suivre pour régler le dilemme de la mise en oeuvre des traités. Cette idée de coopération, d'abord boudée par le gouvernement central, s'est finalement retrouvée exposée dans l'un des livres blancs de 1968<sup>41</sup>.

Sous le titre «L'harmonie par la coopération», le secrétaire d'État aux Affaires extérieures énonce différents moyens propres à assurer la présence des provinces dans le processus d'élaboration et d'application des traités. Son discours se fonde sur la constatation suivante : accorder l'autonomie extérieure aux provinces à l'égard des domaines relevant de leur compétence entraînerait la dissolution du système fédéral canadien. La seule alternative possible consiste donc à donner plein pouvoir au fédéral, qui se fera un devoir de consulter les provinces avant (ou pendant) la négociation et la conclusion des traités<sup>42</sup>.

Le Québec, déjà actif sur la scène internationale, réserva un accueil mitigé à ces propositions tout en reconnaissant, cependant, que ses activités internationales devaient rester compatibles avec la politique étrangère canadienne<sup>43</sup>.

Le concept de «fédéralisme coopératif» n'a pas été traduit, au niveau politique, dans une entente formelle entre les deux ordres de gouvernement. La consultation, existante parce qu'inévitable lorsque le Canada désire s'engager à l'égard de sujets de compétence provinciale, garde un statut imprécis et se fait en général par le biais d'un échange de lettres entre le ministère des Affaires extérieures et les ministères provinciaux concernés<sup>44</sup>. Pourtant, l'exemple du processus de consultation mis sur pied dans le domaine des Pactes relatifs aux droits de l'Homme démontre bien qu'il est possible d'aménager des mécanismes qui respectent les prétentions des deux parties.

C'est en décembre 1975, dans le cadre de la première conférence fédérale-provinciale des droits de la personne, qu'une entente prévoyant l'association des provinces au processus de conclusion et de mise en oeuvre des *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme* est adoptée<sup>45</sup>. Fort de l'engagement des provinces de prendre les mesures nécessaires pour en assurer le respect, le Canada peut procéder à la ratification des Pactes, jusque là rendue impossible en raison de la problématique constitutionnelle canadienne.

Comme le souligne Vilaysoun Loungnarath, l'adoption des *Modalités et mécanismes pour la mise en oeuvre des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme*<sup>46</sup> constitue un précédent intéressant. Appliquée d'une manière plus large aux activités internationales du Canada, cette démarche pourrait apporter une solution fonctionnelle à la question controversée des pouvoirs extérieurs du Québec et d'Ottawa, en permettant de ménager la susceptibilité de l'un et de l'autre.

34 voir *MacDonald c. Vapor Canada*, *supra*, p. 171.

35 F. RIGALDIES et J. WOEHRLING, *loc. cit. supra*, note 19, p. 327.

36 A.L.C. DE MESTRAL, «Notes of Cases, Jurisprudence : Treaty-Power, and More in Rules and Obiter Dicta», (1983) 61 *R. du B. can.* 864.

37 *Schneider c. R.*, *supra*, note 32.

38 *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, *supra*, note 32.

39 *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, (1984) 7 D.L.R. (4th) 3449 (B.C.C.A.) porté en appel devant la Cour suprême, (1988) 1 R.C.S. 401.

40 Voir *A.G. for Canada c. A.G. for Ontario*, *supra*, note 13, p. 354. Traduction F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel : notes et documents*, Montréal, PUM, 1979, p. 1190.

41 Voir *Livres blancs*, *supra*, note 26.

42 *Ibid.*

43 Cf. MORIN, *loc. cit. supra*, note 14, p. 168.

44 Cf. GRENON, *loc. cit. supra*, note 5, p. 164.

45 Cf. FOREST, *loc. cit. supra*, note 20, p. 392.

46 voir LOUNGNARATH, «La participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis», (1987) 4 *R.Q.D.I.* 47.

L'absence, dans la Constitution du Canada, de dispositions concernant l'attribution des pouvoirs en matière d'affaires extérieures a été jusqu'à ce jour la source de conflits entre le Québec et le gouvernement fédéral. Les nombreux auteurs qui se sont penchés sur la question en ont principalement traité dans la perspective du droit international public. Pour notre part, nous nous proposons d'étudier l'impact de cette problématique sur l'élaboration, la conclusion et la mise en oeuvre des conventions de droit international privé, afin de découvrir dans quelle mesure le Québec est appelé à y participer.

## II.- La participation canadienne et québécoise à l'élaboration des conventions de droit international privé

La participation du Canada à l'élaboration des conventions de droit international privé est toute récente puisque ses activités dans ce domaine remontent à la fin des années soixante. Sa réticence à devenir membre des organisations internationales spécialisées en droit international privé s'explique par la situation constitutionnelle particulière dans laquelle il se trouve; la quasi totalité des sujets étudiés au sein de ces organisations relèvent strictement des compétences législatives provinciales. La ratification par le Canada des conventions qui y sont adoptées nécessite donc l'engagement des provinces d'assurer leur mise en oeuvre, engagement qui présuppose une collaboration étroite entre les différents paliers de gouvernement.

Avant d'étudier les mécanismes utilisés afin de permettre cette collaboration, il nous paraît utile de décrire les organisations internationales dont le Canada est membre et les travaux auxquels il a été amené à s'associer. Cette description se limitera aux trois plus importantes organisations, soit l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et la Conférence de La Haye de droit international privé, sur laquelle nous insisterons davantage.

### A- La présence de la fédération canadienne au sein des organisations internationales

#### 1- La participation à UNIDROIT et à la CNUDCI

##### a) UNIDROIT

Le Canada est membre d'UNIDROIT depuis 1968<sup>47</sup>. Cette organisation a été créée en 1926 par le gouvernement italien et a acquis un statut indépendant en 1938, après avoir d'abord été supportée par la Société des Nations. Elle est composée de cinquante-deux membres et a son siège à Rome. Elle s'acquiesce de son mandat, qui consiste à harmoniser et coordonner le droit privé, en rédigeant des projets de convention et de loi uniforme afin de faciliter les relations internationales de droit privé<sup>48</sup>. Au fil des années, plusieurs pays de *common law* se sont joints aux pays de droit civil qui formaient initialement l'organisation.

La structure d'UNIDROIT est divisée en six organes: le Conseil général, la Présidence, le Comité permanent, le Tribunal administratif, le Secrétariat et le Conseil de direction. Ces deux derniers sont les plus importants. Le Conseil de direction a pour tâche de déterminer les méthodes les plus appropriées à la réalisation des objectifs de l'organisme, ainsi que les sujets qui doivent faire l'objet de ses travaux. Pour sa part, le Secrétariat, composé de cinq membres, doit veiller à promouvoir les activités d'UNIDROIT.

Il faut souligner que le but premier d'UNIDROIT, contrairement à celui de la Conférence de La Haye dont nous traiterons plus loin, n'est pas l'adoption pure et simple des projets qu'il propose : en rédigeant ces textes, il cherche plutôt à encourager ses membres à s'en inspirer pour modifier leur droit interne. Cette attitude a souvent eu pour effet de donner un caractère d'intangibilité et d'incertitude aux réalisations de l'organisation, et a été critiquée à maintes reprises. On lui a de plus reproché de se pencher sur un trop large éventail de sujets.

Les travaux d'UNIDROIT, initiés par le Conseil de direction, se font par le biais d'un groupe de travail qui réunit des experts délégués par les États membres, auxquels un rapport sur le sujet à l'étude a préalablement été distribué. Plusieurs rencontres sont nécessaires avant d'en arriver à la matérialisation d'un projet de convention ou de loi uniforme, puisqu'aucun délai fixe n'est prévu et que cette période de préparation peut durer des années. Une fois la tâche du groupe d'experts accomplie, le texte produit est soumis à l'Assemblée générale d'UNIDROIT ou proposé à d'autres organisations internationales. Cette dernière alternative a été choisie dans le cas de la *Loi-type sur l'arbitrage commercial international*<sup>49</sup>, adoptée en 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), de même que pour la *Convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux*<sup>50</sup>, adoptée par la CNUDCI et par l'Assemblée générale des Nations Unies. On peut en conclure que malgré ses lacunes, les études effectuées par UNIDROIT ont contribué, dans une mesure non négligeable, au développement du droit international privé.

Le Canada participe activement aux travaux de cette organisation et, en novembre 1988, Me Anne-Marie Trahan, du ministère de la Justice du Canada était élue à son Conseil de direction<sup>51</sup>. Il y a lieu de noter qu'UNIDROIT a à son actif la première convention de droit international privé d'importance à laquelle le Canada ait signifié son adhésion<sup>52</sup>, la *Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international*<sup>53</sup>. Le gouvernement canadien étudie

49 *Loi-type sur l'arbitrage commercial international*, Doc. off. CNUDCI, 40e session, annexe no 1, p. 409, Doc. N.U. AJ/40/17 (1985).

50 *Convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux*, Doc. off. A.G., 43e session, supp. no 49, p. 293, Doc. off. N.U. AJ/43/49 (1988).

51 Ministère de la Justice, *Aperçu des activités récentes du gouvernement canadien en droit international privé*, Ottawa, 19 octobre 1989, p. 6.

52 *Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international*, ratifiée par le Canada en 1978.

53 *Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international*, reproduite dans la *Revue de droit interne*, no 1, Rome, Éditions UNIDROIT, 1974, p. 64.

47 Le Canada a adhéré à la Charte d'UNIDROIT le 6 mars 1968. Voir M.-J. BOWMAN et D.J. HARRIS, *Multilateral Treaties Index and Current Status*, London, Butterworths, 1984, p. 108.

48 «Charte de l'Institut international pour l'unification du droit privé», (1965) 54 U.K.T.S., Cmd 2690.

présentement l'opportunité d'adhérer à d'autres conventions adoptées par UNIDROIT<sup>54</sup>.

### b) La CNUDCI

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a été créée en 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Son mandat est le même qu'UNIDROIT, c'est-à-dire la promotion de l'uniformisation du droit privé au niveau international, mais vise plus particulièrement le domaine du droit commercial, pour lequel elle constitue le «principal organe juridique des Nations Unies»<sup>55</sup>.

La CNUDCI, dont fait partie le Canada, compte trente-six membres<sup>56</sup>. Elle a une vocation universelle, en ce sens que ses membres sont élus par l'Assemblée générale de l'ONU pour une période de six ans et qu'ils doivent être «représentatifs des diverses régions géographiques et des principaux systèmes économiques et juridiques du monde»<sup>57</sup>. Elle concentre ses efforts sur l'élargissement de la participation des États à l'élaboration de règles internationales. De plus, elle encourage l'adoption de conventions ou lois uniformes préparées par elle-même ou par d'autres organismes et cherche à promouvoir une certaine cohérence dans l'interprétation et l'application, par les tribunaux nationaux, des conventions déjà existantes.

Les États ou organismes gouvernementaux et non gouvernementaux internationaux sont conviés, à titre d'observateurs, à participer aux travaux de la CNUDCI. Des groupes de travail sont mis sur pied par la Commission et sont chargés de produire des rapports analysant des sujets précis, des projets de convention ou de loi-type, qui seront soumis à tous les États membres de l'ONU, invités à faire part de leurs commentaires à la Commission.

Lorsque le texte produit par un groupe de travail se présente sous la forme d'un projet de convention, une conférence diplomatique peut être convoquée par la Commission afin d'en proposer l'adoption. Les lois uniformes sont en général présentées à l'Assemblée générale pour approbation et sont adoptées par résolution. Elles peuvent alors servir de modèle aux États désireux de modifier leur droit interne afin d'éliminer «les obstacles juridiques qui entravent le commerce international»<sup>58</sup>.

Depuis une décennie, le Canada s'est impliqué dans les activités de cet organe, d'abord à titre d'observateur et, récemment, comme membre<sup>59</sup>. Il a adhéré à la *Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*<sup>60</sup> en 1986 et cette convention a été, grâce à la participation des provinces, mise en oeuvre sur l'ensemble du territoire canadien. De même, la *Loi-type sur l'arbitrage commercial international*<sup>61</sup> a été adoptée par toutes les

provinces et est en vigueur depuis 1986. D'autres conventions sont à l'étude et font présentement l'objet de consultations avec les provinces.

### 2- La Conférence de La Haye de droit international privé

La Conférence de La Haye de droit international privé a été instituée en 1883 sur l'initiative du gouvernement hollandais<sup>62</sup>. À l'origine, cette organisation, ayant pour but d'unification progressive des règles de droit international privé<sup>63</sup>, regroupait essentiellement des pays européens. Ce n'est qu'en 1955 qu'elle acquit le statut d'organisation internationale permanente<sup>64</sup>.

D'abord formée de pays de droit civil, la Conférence compte aujourd'hui parmi ses membres plusieurs pays de *common law*<sup>65</sup>. Son implication dans des domaines où le besoin d'uniformisation se faisait particulièrement sentir a relégué au deuxième plan le problème posé par les différences fondamentales entre les deux systèmes et incité les pays de droit non codifié à s'intéresser à ses efforts.

Dans un article publié en 1967<sup>66</sup>, le Pr Castel enjoignait le Canada de participer à cette organisation. La décision des États-Unis, quelques années auparavant, de s'y associer démontrait selon lui que les problèmes constitutionnels n'étaient pas un obstacle insurmontable à l'adoption des conventions de La Haye par le Canada. Ce dernier devenait, un an plus tard, membre à son tour<sup>67</sup>.

À ce jour, trente-six États participent à la Conférence de La Haye sur le droit international privé. Son importance et la crédibilité dont elle jouit se justifient par les méthodes de travail qu'elle utilise et les succès indéniables qui en ont résulté.

Les sessions plénières de la Conférence se tiennent, sauf exception<sup>68</sup>, tous les quatre ans. Elles réunissent les délégations des États membres<sup>69</sup> généralement formées d'experts reconnus en droit international privé. Si c'est dans ce cadre que se fait l'adoption des textes finaux des conventions, la session plénière n'est cependant que l'aboutissement d'un long processus dans lequel le Bureau permanent de la Conférence joue un rôle de premier plan. Le Bureau a son siège à La Haye et, comme son nom l'indique, assure le caractère de permanence dont l'organisation s'est dotée en 1955. Il se compose d'un secrétaire général, d'un premier secrétaire et de deux avocats. L'une de ses tâches premières est d'étudier l'opportunité de préparer des conventions sur différents sujets soumis par les États membres. Chacun des sujets fait l'objet d'un rapport dans lequel on fait une revue des règles existantes et l'on évalue sommairement l'intérêt que

54 Voir le «Tableau d'étapes des activités canadiennes en droit international privé», daté du 15 août 1989, reproduit en annexe avec la permission du Ministère de la Justice du Canada.

55 Cf. Ministère de la Justice, *op. cit. supra*, note 51, p. 11.

56 *Ibid.* Le Canada a été élu membre pour un mandat de six ans commençant le 16 mai 1989.

57 *Ibid.*

58 Ministère de la Justice du Canada, *Sixième colloque de droit commercial international : procès-verbal*, 1989, p. 13.

59 *Ibid.*

60 (1958) 30 R.T.N.U. 3.

61 *Supra*, note 49, p. 17.

62 J.-G. CASTEL, «Canada and the Hague Conference on Private International Law : 1893-1967», (1967) 45 R. du B. can. 2.

63 *Statut de la Conférence de La Haye de droit international privé*, (1951) Recueil des Conventions 1951-1980, 1, art. 1.

64 Cf. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 62, p. 3.

65 *Id.*, p. 6.

66 *Ibid.*

67 Le Canada a adhéré au *Statut de la Conférence de La Haye de droit international privé* le 7 octobre 1968. Voir M.J. BOWMAN et D.J. HARRIS, *op. cit. supra*, note 47, p. 173.

68 *Statut de la Conférence de La Haye de droit international privé*, *supra*, note 63, art. 20.

69 À plusieurs occasions des États non-membres ont été invités à y participer. Cf. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 62, pp. 5-6.

pourrait représenter leur uniformisation. Les rapports en question sont alors envoyés aux membres qui doivent faire connaître les sujets qu'ils estiment les plus importants. C'est au moment de la session plénière que les délégations se prononcent, après discussion, sur le sujet de la prochaine convention. Ainsi, c'est à la clôture de la session que se met en branle le processus d'élaboration des conventions.

La première étape de préparation est effectuée par le Bureau et consiste à faire parvenir aux membres un questionnaire auquel ils sont invités à répondre. Ce questionnaire comporte des questions précises sur les règles en vigueur et se veut un compte rendu exhaustif, une fois complété, de l'état du droit interne de chaque répondant. La compilation de toutes ces données permet au Bureau d'évaluer les possibilités de trouver un terrain d'entente acceptable pour toutes les parties, auxquelles il fait rapport des conclusions.

Parallèlement à ces travaux préparatoires, chacun des pays membres choisit l'expert national qui le représentera à la Commission spéciale. Nous reviendrons plus tard sur le mandat donné à l'expert canadien quand nous traiterons de la participation du Québec à cette démarche. La Commission est appelée à se réunir à quelques reprises, afin d'élaborer le projet de convention qui sera soumis à l'approbation de la session plénière de la Conférence. Pour illustrer notre propos, nous nous attacherons à l'étude d'une convention précise, la *Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort*<sup>70</sup>.

La Commission spéciale, dans le cas de cette convention, a tenu trois sessions<sup>71</sup>. La première, qui a eu lieu du 17 au 21 novembre 1986, avait surtout pour but de permettre aux experts présents de s'exprimer sur l'intérêt que pouvait présenter une convention sur le sujet proposé et de déterminer l'orientation à donner à leurs travaux. Les conclusions de cette première rencontre furent établies par le Bureau permanent et envoyées aux États participants.

Au moment de la deuxième réunion, du 30 mars au 10 avril 1987, un Comité de rédaction a été mis sur pied et chargé de donner forme aux résultats des discussions, suggestions et propositions faites par les différents experts. Un autre comité fut constitué, avec le mandat de travailler sur les règles particulières aux systèmes de droit non unifiés. Un expert canadien, Me Jeffrey Talpis<sup>72</sup>, y participait. Chacun des experts fit ensuite part à son gouvernement de l'état d'avancement des travaux de cette deuxième session et de ses commentaires sur l'ébauche de l'avant-projet de convention telle que rédigée par les comités de rédaction.

La dernière session se termina le 8 octobre 1987 par l'adoption de l'*Avant-projet de la Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort*. Une analyse détaillée de ce texte fut soumise aux États par les experts nationaux ainsi que le rapport du rapporteur général de la Commission, Me Donovan Waters<sup>73</sup>.

Les efforts de la Commission spéciale trouvent en général leur couronnement à la session plénière de la Conférence. L'étude de l'avant-projet est inscrite à son ordre du jour. Les délégations des États participants sont invitées à adopter le texte auquel des modifications sont susceptibles d'avoir été apportées par l'Assemblée. C'est ainsi que l'Acte final de la seizième Session de la Conférence de La Haye, où figure le *Projet de Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, a été adopté le 20 octobre 1988.

Après deux ans de travail sur un sujet précis, la Conférence est donc en mesure de soumettre un projet de convention à la ratification des États. Chaque gouvernement doit décider, à l'aide du rapport final du rapporteur général et de celui de son expert, s'il désire être partie à cette convention. Par conséquent, son éventuelle entrée en vigueur dépend dorénavant de la politique interne des États. (Rappelons que la ratification et la mise en oeuvre des conventions par le Québec et le Canada seront abordées dans la deuxième partie de cette étude.)

Deux conventions élaborées sous l'égide de la Conférence de La Haye ont été ratifiées par le Canada. La *Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des documents judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale*<sup>74</sup> est en vigueur au Canada depuis 1989 et a nécessité des amendements aux règles de pratique des cours dans la plupart des provinces. La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*<sup>75</sup> est aussi en vigueur dans tout le Canada depuis 1988, grâce à l'intervention législative des gouvernements provinciaux. Le Canada procède actuellement à l'examen de six autres conventions de La Haye, et il a déjà signé deux d'entre elles<sup>76</sup>.

Nous avons décrit le processus d'élaboration des conventions de droit international privé au sein des trois plus importantes organisations internationales auxquelles participe le Canada. En ayant à l'esprit les différentes étapes de cette démarche, examinons maintenant la question dans la perspective du droit interne canadien, en regard de la participation du Québec.

## B- La participation du Québec à l'élaboration des conventions de droit international privé

### 1- L'adoption de positions communes à l'ensemble de la fédération canadienne

Il existe au Canada treize systèmes différents de droit international privé : les dix provinces et les deux territoires constituent des unités territoriales et juridiques distinctes, auxquelles s'ajoute le Canada dans son ensemble pour les matières de compétence fédérale<sup>77</sup>.

<sup>70</sup> *Projet de Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, Actes et Documents de la XVI<sup>e</sup> Session de la Conférence de La Haye, publié par le Bureau permanent, 1989.

<sup>71</sup> *Rapport explicatif de la Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort* XVI<sup>e</sup> Session de la Conférence de La Haye, publié par le Bureau permanent, 1988.

<sup>72</sup> Me Jeffrey Talpis est professeur agrégé à l'Université de Montréal.

<sup>73</sup> Me Donovan Waters est professeur à l'Université de Victoria.

<sup>74</sup> *Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des documents judiciaires et extra-judiciaires en matière civile et commerciale*, (1965), Recueil des Conventions de la Conférence de La Haye, 1951-1980, 76.

<sup>75</sup> *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, (1980), Recueil des Conventions de la Conférence de La Haye, 1951-1980, 264.

<sup>76</sup> Voir le «Tableau d'étapes des activités canadiennes en droit international privé» en annexe.

<sup>77</sup> J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 26.



Douze de ces unités sont régies par la *common law*, tandis que le Québec est de tradition civiliste. La coexistence de ces systèmes explique l'importance que revêtent pour le Canada les questions d'uniformisation des règles de droit international privé<sup>78</sup>. Notons que la disparité des règles que l'on trouve sur le territoire canadien ne se limite pas à l'opposition *common law*/droit civil : la *common law* a, en raison du fait qu'elle est basée sur des précédents, donné naissance à des règles qui diffèrent d'une province à l'autre. Par conséquent, malgré les tentatives répétées de la Cour suprême et du Conseil privé d'unifier ces règles (allant même parfois jusqu'à insérer des règles d'origine anglaise dans une construction juridique civiliste)<sup>79</sup>, il nous faut constater que le droit positif varie dans chacune des entités juridiques. L'adoption d'une position commune à toute la fédération exige donc un effort de concertation soutenu de la part de tous les gouvernements.

Afin de permettre la collaboration des provinces au processus d'élaboration des conventions et la participation du Canada aux organismes internationaux, le ministère fédéral de la Justice a institué, en août 1973, un groupe consultatif fédéral-provincial sur le droit international privé<sup>80</sup>. La formule qui a été retenue est la suivante : le Comité consultatif est composé de cinq membres (représentant le Québec, l'Ontario, les provinces de l'Ouest, les provinces maritimes et le gouvernement fédéral) désignés par le ministre de la Justice avec l'assentiment des provinces concernées. Normalement en poste pour quatre ans, les membres doivent être des juristes compétents et bien informés de l'état du droit international privé au Canada, particulièrement des règles de la province qu'ils représentent. Leur tâche est avant tout d'ordre juridique : elle consiste à commenter et analyser les travaux effectués par les organismes internationaux et chacun des membres doit évaluer l'opportunité pour sa province d'adapter son droit aux normes internationales proposées<sup>81</sup>, en tenant compte des modifications nécessaires à leur mise en oeuvre.

Le Comité consultatif assure la participation juridique des provinces à l'élaboration des conventions de droit international privé. Son avis est aussi sollicité lors de la formation de la délégation canadienne chargée de représenter le Canada aux conférences diplomatiques<sup>82</sup>. Pour mieux mesurer l'importance de son rôle, reprenons l'exemple de la *Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort*<sup>83</sup> adoptée par la Conférence de La Haye le 20 octobre 1988.

Dès le début des négociations faites dans le cadre des trois sessions du Comité spécial composé d'experts nationaux, le Comité consultatif a été tenu au courant de l'avancement des travaux. Les rapports faits au ministère de la Justice fédéral par le Pr Talpis lui ont été transmis, de même que le rapport final du rapporteur général de la Conférence. L'expert canadien a alors été invité à donner au Comité son opinion sur le projet préliminaire, en analysant chacune des dispositions du texte afin d'en soupeser les avantages et les désavantages et en soulignant, le cas échéant, leur incompatibilité avec le droit positif d'une ou plusieurs provinces. Suite à cet exercice, en

prenant en considération les suggestions de l'expert et après avoir atteint un consensus, le Comité a rédigé un résumé à l'intention du ministère de la Justice. Ce résumé contenait des recommandations sur la position qu'il serait souhaitable de défendre pour le Canada à la seizième session de la Conférence de La Haye.

On constate que c'est par le biais du Comité consultatif que le Québec fait valoir son point de vue sur les travaux des organisations internationales et qu'une position commune est adoptée par toutes les provinces. On peut s'étonner du caractère essentiellement juridique de cette consultation fédérale-provinciale. Ceci s'explique cependant par la nature technique des sujets qui font l'objet des conventions de droit international privé<sup>84</sup>. Les objectifs des organisations comme la Conférence de La Haye, la CNUDCI ou UNIDROIT ne s'inscrivent pas dans un débat politique<sup>85</sup>. C'est aussi la raison pour laquelle les experts mandatés pour représenter les États dans les groupes de travail internationaux sont choisis pour leurs connaissances approfondies dans un domaine précis. Ils ont un statut indépendant et les idées qu'ils défendent doivent leur être dictées par des considérations purement juridiques<sup>86</sup>.

Les propositions de l'expert canadien et les recommandations du Comité consultatif n'engagent ni le fédéral ni les provinces. La décision d'adopter le texte d'une convention est le résultat d'un autre processus de consultation fédérale-provinciale de type plus traditionnel auquel le Comité consultatif n'est qu'indirectement lié. C'est d'ailleurs cette dernière forme de consultation qui illustre le mieux le concept de «fédéralisme coopératif»<sup>87</sup>, puisqu'elle constitue l'aspect politique de la participation du Québec et des autres provinces à l'élaboration des conventions.

Parallèlement aux activités du Comité consultatif au niveau interne et à celles de l'expert au niveau international, le ministre de la Justice (ou son sous-ministre) procède à un échange de lettres constant avec ses homologues provinciaux. Au Québec le destinataire est en général le ministre des Affaires internationales. Le but de cette correspondance est d'obtenir des commentaires sur les textes internationaux et sur l'intérêt qu'ils peuvent présenter pour la province. Dans le cas des conventions élaborées sous l'égide de la Conférence de La Haye, tous les documents transmis aux États par le Secrétariat sont amenés à l'attention des provinces. Il en est ainsi du questionnaire préliminaire préparé à La Haye<sup>88</sup> auquel elles sont invitées à répondre. Ce n'est qu'après avoir fait la synthèse des réponses, qu'Ottawa, en soulignant au besoin les distinctions entre les règles en vigueur chez les répondants, fait parvenir le compte-rendu au Secrétariat. Les rapports de l'expert canadien sont aussi soumis aux provinces à chaque étape.

Ce processus prend du temps mais c'est lui qui légitimise la position commune adoptée par le Comité consultatif. Une fois que les provinces ont démontré l'intérêt qu'elles portent au projet, on peut passer à l'étape suivante, soit la participation de la délégation canadienne aux délibérations de la conférence diplomatique chargée de l'étudier.

78 Cf., Ministère de la Justice, *op. cit. supra*, note 58, p. 9.

79 E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 3e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur/Sorej et Yvon Blais, 1984, p. 9.

80 Cf. PAQUETTE, *loc. cit. supra*, note 31, p. 1.

81 *Id.*, p. 2.

82 *Ibid.*

83 *Supra*, pp. 362 et ss.

84 Cf. PAQUETTE, *loc. cit. supra*, note 31, p. 2.

85 Cf. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 62, p. 8.

86 *Id.*, p. 9.

87 *Supra*, p. 352.

88 *Supra*, p. 362.

## 2- La défense de la position commune au niveau international

En ce qui concerne la composition de la délégation canadienne, la Conférence de La Haye est l'organisation qui présente le plus d'intérêt, parmi celles dont nous traitons dans cette étude, en raison de la méthode de travail qu'elle utilise. Ses sessions plénières se tiennent à intervalles réguliers<sup>89</sup> et le Canada a été appelé à y participer à plusieurs reprises.

La délégation canadienne à La Haye est officiellement formée d'un représentant des provinces de *common law* et de l'expert ayant siégé sur le Comité spécial. Les représentants des provinces sont sélectionnés par leur gouvernement respectif. Rappelons que les conventions de droit international privé se veulent un compromis viable entre la *common law* et le droit civil. Il est par conséquent important que les deux systèmes juridiques de base existant au Canada soient représentés à la Conférence.

Les membres de la délégation doivent être bien au fait de tout le processus d'élaboration du projet de convention qui leur est présenté pour adoption : les rapports de l'expert canadien, les documents issus du Secrétariat de La Haye, les commentaires des provinces et les recommandations du Comité consultatif préalablement donnés. Ils sont ainsi à même d'intervenir directement dans les débats de l'Assemblée ou de faire des suggestions à l'expert.

Nous avons déjà mentionné que les conférences diplomatiques traitant de droit international privé ne sont pas des forums politiques, en raison du caractère technique des sujets qui y sont abordés. De plus, il ne faut pas perdre de vue que l'adoption du texte définitif d'une convention est le résultat d'un travail de longue haleine, auquel les provinces ont été invitées à collaborer. Toutes ces raisons expliquent que les membres des délégations canadiennes semblent n'éprouver, jusqu'à ce jour, aucune difficulté à défendre une position commune et ce malgré leur droit à la dissidence. Ils travaillent de concert dans l'optique d'adopter un texte susceptible d'être ratifié par le plus grand nombre d'États possible.

## III.- La ratification et la mise en oeuvre des conventions de droit international privé dans le contexte constitutionnel canadien

La ratification et la mise en oeuvre des conventions constituent le noeud du problème constitutionnel canadien en matière de relations internationales. Si la participation des provinces au processus d'élaboration rend leur ratification par le Canada moins problématique, il n'en reste pas moins que celle-ci demeure conditionnelle à l'engagement ferme des gouvernements provinciaux d'incorporer les nouvelles normes à leur droit interne.

Ce problème se pose autant au niveau du droit international privé qu'au niveau du droit international public. L'insertion d'une clause fédérale dans certains traités a, par le passé, permis au Canada de les ratifier malgré le fait qu'ils portent en tout ou en partie sur des sujets de compétence provinciale. Cette clause «(amputait) des obligations

internationales de l'État fédératif toutes les dispositions du traité qui (tombaient) dans le champ des prérogatives provinciales»<sup>90</sup>. Elle avait comme «effet pervers» d'empêcher les autres parties à l'acte de mesurer exactement les obligations souscrites par le Canada, et la réticence des États unitaires à l'accepter a rendu son utilisation relativement rare<sup>91</sup>.

Depuis quelques années, plusieurs conventions de droit international privé contiennent une nouvelle forme de clause fédérale, qui n'est pas sans rappeler la précédente et son utilisation a facilité la ratification de ces conventions par le Canada.

## A- Les effets de l'inclusion de la clause fédérale dans les conventions de droit international privé

### 1- La clause fédérale et la ratification des conventions

La pratique de l'insertion d'une clause fédérale dans les conventions de droit international privé est maintenant chose courante. Les conventions adoptées depuis 1973 et qui ont fait l'objet d'une ratification ou d'une adhésion par le Canada, ou encore qui sont présentement sous étude, contiennent une telle disposition<sup>92</sup>.

C'est suite à la proposition du ministère fédéral de la Justice, désireux de participer aux efforts d'harmonisation des règles de droit international privé, que cette pratique s'est développée. Elle apporte une solution au problème de la participation du Canada aux organisations internationales, tout en respectant les prescriptions des conventions.

La clause utilisée est de type «territorial» et permet à l'État fédéral de ratifier une convention en ne garantissant son application que dans les seuls États fédérés qui se sont engagés législativement à la respecter. Elle se lit en général comme suit :

1. Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.
2. Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
3. Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.<sup>93</sup>

Devenue usuelle dans les dispositions finales des conventions adoptées dans le cadre de la Conférence de La

90 J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 114.

91 Cf. NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, *op. cit. supra*, note 2, p. 205.

92 Voir «Tableau d'étapes des activités canadiennes en droit international privé» en annexe.

93 *Projet de Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, Actes et Document de la XVI<sup>e</sup> Session de la Conférence de La Haye, publié par le Bureau permanent, art. 27.

Haye<sup>94</sup>, cette formulation a l'avantage de permettre aux États cocontractants de savoir quelles provinces sont liées par l'accord. Alors que l'inclusion de la clause fédérale de type traditionnel<sup>95</sup> étalait en quelque sorte le problème constitutionnel canadien sur la place publique, la clause fédérale «nouvelle version» ramène le débat au niveau interne. Les provinces restent libres d'adopter une législation de mise en oeuvre et leur engagement est déterminant quant à la ratification d'une convention par le gouvernement central. En effet, on imagine mal celui-ci procéder unilatéralement à la ratification, puisque l'utilisation de la clause fédérale suppose que l'État, qui s'en prévaut, l'accompagne de déclarations désignant les unités territoriales auxquelles la convention s'appliquera. Soulignons que, théoriquement, le Canada pourrait la ratifier même si une seule province exprimait le désir d'y être partie<sup>96</sup>. En pratique, cependant, le fédéral attend qu'un nombre suffisant de provinces légifèrent en accord avec les nouvelles formes. C'est ce que démontre son attitude en ce qui concerne, notamment, la *Convention relative à la loi applicable aux trusts et à sa reconnaissance*<sup>97</sup>.

L'une des raisons pour lesquelles le fédéral utilise cette clause avec circonspection, c'est qu'elle constitue en fait une concession de la part des États unitaires. Pour plusieurs de ces derniers, notre système constitutionnel est incompréhensible. On ne peut les blâmer de ne pas être enthousiasmés par l'exigence du Canada de voir inclure une clause fédérale dans les conventions de droit international privé, mais ils ont dû accepter cet ajustement indispensable à la participation de la fédération canadienne, du reste la seule à s'en prévaloir.

Les questions de ratification et de mise en oeuvre de ces conventions sont étroitement liées. Si l'utilité de la clause fédérale n'intervient en principe qu'au moment de la mise en oeuvre par les provinces, on constate qu'en pratique la ratification canadienne est vide de sens sans l'accord de celles-ci. Cet accord doit être notifié au dépositaire de la convention par le gouvernement fédéral puisque la teneur de la clause n'autorise pas les provinces à faire d'elles-mêmes leur déclaration au niveau international<sup>98</sup>. Véritable ratification faite par l'intermédiaire du fédéral ou simple engagement législatif des gouvernements provinciaux, la qualification de ces déclarations peut facilement alimenter le débat initié par le Québec sur la capacité internationale des provinces.

Lorsque le Québec se déclare lié par une convention internationale, il le fait en vertu de l'article 17 de la *Loi sur le ministère des Affaires internationales*<sup>99</sup>, qui se lit comme suit :

«17. Le ministre recommande au gouvernement la ratification des traités et accords internationaux dans les domaines ressortissant à la compétence constitutionnelle du Québec.

Il assure et coordonne la mise en oeuvre au Québec des traités et accords internationaux impliquant le gouvernement.»

Ces décrets rappellent qu'aux yeux du Québec une déclaration comme celle exigée par la clause fédérale constitue une ratification et signifie «que le Gouvernement fédéral ne fait que transmettre à l'organisation internationale intéressée la décision du Québec»<sup>100</sup>.

Enfin, quelle que soit la qualification que l'on privilégie, on doit admettre que la relative célérité avec laquelle le Canada a pu accéder à plusieurs conventions de droit international privé est largement imputable à la présence d'une clause fédérale dans celles-ci. Le cas de la *Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des documents judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*<sup>101</sup>, qui ne comporte pas cette disposition, illustre bien son importance puisque le Canada y a adhéré en 1988, après presque dix ans de consultation avec les provinces<sup>102</sup>.

## 2- La clause fédérale et la mise en oeuvre des conventions

L'intervention des législatures provinciales est presque toujours nécessaire<sup>103</sup> pour mettre en oeuvre les conventions de droit international privé. Chacune des provinces est libre de se déclarer liée par une convention et choisit de l'incorporer à son droit interne de la façon qui lui semble la plus appropriée. Les techniques de mise en oeuvre utilisées seront étudiées plus loin : mentionnons seulement qu'elles peuvent varier beaucoup d'une province à l'autre.

Les ministres de la Justice provinciaux avisent leur homologue fédéral lorsqu'une législation de mise en oeuvre a été adoptée et qu'une déclaration de ratification peut être transmise au dépositaire d'une convention. En raison de la diversité des formes sous lesquelles ladite législation peut se présenter, le fédéral en vérifie la teneur afin de s'assurer que les règles internationales y sont bien observées.

Pour favoriser l'adoption par les provinces de lois de mise en oeuvre qui respectent l'esprit de la convention, un organisme pan-canadien a été mis à contribution : il s'agit de la Conférence sur l'uniformisation des lois. La Conférence est l'équivalent interne des organisations internationales oeuvrant à l'harmonisation des règles de droit international privé. Elle a été instituée, il y a plus de soixante ans, sur la recommandation de l'Association du Barreau canadien, dans le but de promouvoir une plus grande cohésion entre les lois régissant les relations internationales privées en vigueur sur tout le territoire canadien<sup>104</sup>. Sa tâche consiste surtout à rédiger des lois modèles qui constituent un compromis acceptable autant pour les provinces de *common law* que pour le Québec.

Depuis que le Canada participe activement aux organismes internationaux de droit privé, la Conférence sur l'uniformisation des lois a étendu son champ d'activités et a été amenée à collaborer étroitement avec le Comité consultatif<sup>105</sup> sur le droit international privé. En effet, une fois que le Canada considère devenir partie à une convention, le ministère fédéral de la Justice prie la Conférence d'élaborer

94 Cf. PAQUETTE, *loc. cit. supra*, note 31, p. 6.

95 *Supra*, p. 372.

96 Cf. PAQUETTE, *loc. cit. supra*, note 31, p. 7.

97 Voir «Tableau d'étapes des activités canadiennes en droit international privé» en annexe.

98 Cf. PAQUETTE, *loc. cit. supra*, note 31, p. 7.

99 *Loi sur le Ministère des Affaires internationales*, L.Q. 1988, c.41. À titre d'exemple, voir le *Décret concernant la Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale*, (1988) 120 G.O. II, 2306.

100 Cf. MORIN, *loc. cit. supra*, note 14, p. 253.

101 *Supra*, note 74.

102 Cf. Canada, Ministère de la Justice, *op. cit. supra*, note 58, p. 6.

103 À l'exception des conventions portant sur des sujets de compétence fédérale, comme la *Convention sur les lettres de changes internationales et les billets à ordre internationaux*, *supra*, note 50.

104 Cf. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 62, p. 2.

105 *Supra*, p. 366.

une loi uniforme qui puisse servir de modèle aux provinces ou qui soit tout simplement adoptée par celles-ci<sup>106</sup>. Soulignons que le Comité consultatif et la Conférence d'uniformisation ont parfois des membres communs. Tous les rapports et documents préparés tant par l'expert canadien, les membres de la délégation aux conférences diplomatiques, les organisations internationales et le Comité consultatif sont étudiés afin de produire une loi-type qui, tout en respectant le texte international, peut convenir à toutes les provinces.

Le Québec est représenté au sein de la Conférence sur l'uniformisation des lois, mais contrairement aux autres provinces<sup>107</sup>, il n'a encore jamais adopté une loi uniforme suggérée par celle-ci. Comme nous l'avons mentionné, il a toute latitude pour incorporer les normes internationales comme bon lui semble et le contrôle fédéral ne peut s'exercer qu'en dernier lieu, soit avant que la déclaration du gouvernement québécois ne soit officialisée au niveau international. L'insistance du fédéral à voir inclure une clause fédérale dans les conventions semble d'ailleurs démontrer sa volonté de respecter cet état de choses.

## B- Les pratiques législatives distinctes en matière de mise en oeuvre

### 1- Les pratiques des provinces de common law et du fédéral

Le principe constitutionnel de la souveraineté parlementaire implique que les conventions ratifiées par le Canada doivent être introduites en droit interne par l'organe législatif compétent<sup>108</sup>. La norme internationale doit faire l'objet d'une transformation par le biais du processus législatif ordinaire<sup>109</sup> et le juge canadien doit appliquer la loi de transformation plutôt que les règles conventionnelles.

Malgré les efforts de nos tribunaux visant à concilier le texte de la loi de mise en oeuvre avec celui de la convention dont il s'inspire, il peut exister une disparité entre les deux<sup>110</sup>. Ceci ne laisse d'autre choix au juge que de faire prévaloir des règles internes qui ne respectent que partiellement les obligations internationales souscrites par le Canada.

L'écart entre le texte législatif et le texte du traité varie selon les techniques de mise en oeuvre utilisées : certaines d'entre elles permettent d'éviter que ne se pose un tel dilemme. Elles sont généralement utilisées par le fédéral et les provinces de common law et ont pour effet de simplifier la tâche des juges canadiens. De plus, dans le contexte précis des conventions de droit international privé, ces techniques facilitent la vérification, par le fédéral, de la teneur des lois de mise en oeuvre, avant que ne soit transmise la déclaration de ratification d'une province au depositaire de la convention, tel que prescrit par la clause fédérale.

La loi de mise en oeuvre peut se présenter sous forme d'une législation donnant tout simplement «force de loi» au traité sans qu'aucune interprétation législative des termes de ce dernier ne l'accompagne<sup>111</sup>. Mais ce procédé est

relativement exceptionnel. Fréquemment, une courte loi d'introduction prévoit la mise en vigueur d'un traité qui est porté en annexe<sup>112</sup>. Cette loi contient à l'occasion des dispositions qui diffèrent sensiblement de celles de l'accord<sup>113</sup>, qui les interprètent ou qui font écho aux réserves apportées par le Canada au moment de la ratification. Une autre technique consiste à rédiger une loi en s'inspirant directement du texte de l'accord, en reprenant explicitement les clauses de celui-ci ou en y faisant expressément référence<sup>114</sup>.

Les différentes techniques exposées ici ont l'avantage de ne pas créer de confusion et de permettre une interprétation judiciaire conforme aux normes internationales. La Conférence sur l'uniformisation des lois, lorsque priée par le fédéral de rédiger une loi-type de mise en oeuvre d'une convention de droit international privé, s'y réfère afin de donner aux provinces intéressées la possibilité d'incorporer la convention à leur droit interne en évitant les incertitudes. Comme nous l'avons souligné, les provinces de common law ont l'habitude d'adopter des lois de mise en oeuvre qui font appel à ces techniques<sup>115</sup>. La démarche du Québec à ce niveau se distingue, encore une fois, de celles des autres provinces.

### 2- Les pratiques québécoises

La mise en oeuvre par le Québec des conventions de droit international privé se fait en général par le biais d'une adaptation des textes de ces dernières par le législateur québécois. Celui-ci peut référer explicitement à un texte international : c'est le cas de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*<sup>116</sup>, qui prévoit que le placement d'un enfant étranger, effectué en vertu de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*<sup>117</sup>, doit se faire selon la procédure définie dans l'accord plutôt que selon celle du code<sup>118</sup>.

Pour la mise en oeuvre de la *Loi-type sur l'arbitrage commercial international*<sup>119</sup> et la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*<sup>120</sup>, le Québec a adopté la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*<sup>121</sup>. Cette loi utilise la technique du renvoi et se réfère aux textes internationaux<sup>122</sup>.

La *Convention de La Haye de 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale*<sup>123</sup> a, pour sa part, été mise en oeuvre par la *Loi modifiant diverses*

112 *Ibid.*

113 *Ibid.* Le Pr Emanuelli cite en exemple l'article 2(1) de la *Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires*, S.C. 1976-77, c. 31, qui prévoit que certaines des dispositions des deux conventions, qui y sont annexées, s'appliquent même aux États qui n'y sont pas partie.

114 *Ibid.*

115 Cf. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 62, p. 25.

116 *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q., c. A-23.01.

117 *Supra*, note 75.

118 Cf. MORIN, *loc. cit. supra*, note 14, p. 255.

119 *Supra*, note 49.

120 *Supra*, note 60.

121 *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, c. 73.

122 Article 940.6 et 948 du Code de procédure civile du Québec. Cf. PAQUETTE, *loc. cit. supra*, note 31, pp. 8-9.

123 *Supra*, note 74.

106 Voir «Tableau d'étapes des activités canadiennes en droit international privé» en annexe.

107 *Ibid.*

108 Cf. RIGALDIES et WOEHLING, *loc. cit. supra*, note 19, p. 316.

109 C. EMANUELLI, «L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge canadien», (1978) 13 *R.J.T.* 73.

110 *Ibid.*

111 *Ibid.*

dispositions législatives concernant l'administration de la Justice<sup>124</sup>. Cette convention n'exigeait que des amendements aux règles de pratique des cours. Le législateur québécois a modifié le Code de procédure civile sans mentionner qu'il s'agissait d'une mise en oeuvre de la Convention. On imagine sans mal les difficultés d'interprétation que ce procédé pourrait soulever et l'incertitude causée chez les autres parties à l'accord<sup>125</sup>.

Le fait que le Québec ait un système de droit codifié n'est évidemment pas étranger aux choix des techniques utilisées. S'il veut incorporer les règles internationales au Code civil ou au Code de procédure civile existants, le législateur se doit d'adapter leur texte, afin de respecter non seulement l'esprit, mais aussi la forme et le style de ceux-ci. Cette adaptation a trop souvent, cependant, pour résultat de donner une règle qui diffère de la norme internationale et qui risque d'y déroger.

L'Avant-projet de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*<sup>126</sup> illustre bien les lacunes de ce genre d'adaptation. Cet Avant-projet, dans lequel le législateur tient compte des tendances modernes<sup>127</sup>, s'inspire de nombreuses conventions internationales auxquelles le Canada n'est pas partie<sup>128</sup>, mais ne reprend pas textuellement leurs dispositions et n'y réfère pas non plus. L'article 3439 de l'Avant-projet prévoit toutefois que les nouvelles dispositions s'appliquent sous réserve des traités internationaux mis en oeuvre par le Québec. Reste à savoir si dans l'éventualité où le Canada ratifierait une nouvelle convention on considérerait que le Québec a déjà procédé à sa mise en oeuvre en adoptant des dispositions qui s'en inspirent.

Il n'y a aucun doute que la technique de mise en oeuvre la plus simple est celle qui consiste à annexer le texte de la convention à une courte loi d'introduction. Pour l'instant, le législateur québécois semble peu désireux de l'utiliser, peut-être tout simplement pour garder le «caractère distinct» du système juridique québécois.

\*\*\*

Le silence de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur l'attribution des pouvoirs en matière d'affaires extérieures a suscité un long débat dans lequel s'affrontent deux visions différentes du Canada. Ce que le Pr Morin qualifie de «malentendu fondamental» sur la nature du fédéralisme canadien<sup>129</sup> est à l'origine des problèmes causés par la conclusion et la mise en oeuvre des traités.

Les conventions de droit international privé ne contiennent pas de grandes déclarations sur les relations internationales ou sur le sort du monde. Elles visent tout simplement à permettre la coopération entre États au niveau des autorités judiciaires et administratives. Leur aspect essentiellement technique explique que dans ce domaine particulier du droit international le Québec et le Canada

semblent avoir, en pratique, mis fin à leur querelle. Les mécanismes mis en place pour assurer la participation des provinces à l'élaboration et à la conclusion des conventions de droit international privé fonctionnent et donnent des résultats concrets.

On ne peut cependant ignorer que, malgré l'apparente satisfaction de tous les intéressés, chacun reste sur ses positions. Le fédéral est celui qui agit au plan international, tandis que le Québec continue d'affirmer, par les décrets qu'il adopte en vertu de l'article 17 de la *Loi sur le ministère des Affaires internationales*<sup>130</sup>, sa capacité de ratifier les conventions.

Grâce au processus de consultation, on en est arrivé à un certain équilibre des aspirations et intérêts des deux ordres de gouvernement. Cette relative «harmonie par la coopération» est toutefois fragile, puisqu'elle repose sur des règles pragmatiques sujettes à changement selon l'humeur ou la couleur du gouvernement central, sauf si on leur reconnaît la valeur d'une «convention constitutionnelle» ayant pour effet de combler les carences de la Constitution écrite du Canada. Pour être ainsi qualifiée, une règle doit satisfaire trois conditions :

- 1° elle doit avoir une raison d'être;
- 2° il doit y avoir des précédents;
- 3° elle doit être acceptée par les acteurs politiques<sup>131</sup>.

Les deux premiers critères sont, pour toutes les raisons exposées dans cette étude, incontestablement rencontrés, malgré le fait que la Cour suprême ait tendu la perche au fédéral à plusieurs reprises afin de permettre une remise en question des principes établis dans l'*Affaire des conventions sur le travail*<sup>132</sup>. Le troisième critère, ce que l'on appellerait en droit international l'«*opinio juris*», c'est-à-dire la conscience juridique que l'on est lié par la règle, pose plus de problèmes surtout en ce qui concerne le fédéral. La question doit être examinée sous deux angles différents. Tout d'abord, il nous semble que l'attitude du fédéral démontre qu'il est conscient de la nécessité de consulter les provinces : l'échange de lettres entre le ministère de la Justice et les gouvernements provinciaux en fait foi et ne constitue pas une simple courtoisie de sa part. Sous cet angle, donc, le critère serait rencontré. Il est plus difficile de déterminer dans quelle mesure le fédéral se sent obligé de procéder à cette consultation. La mise sur pied du Comité consultatif sur le droit international privé révèle, sans conteste, son désir de s'assurer que les provinces prennent part à l'élaboration des conventions, mais il faut bien se rendre compte que le Comité n'est qu'un des aménagements possibles de la consultation. Par conséquent son existence peut être mise en cause à tout moment. De même, la correspondance qui associe les provinces au développement des travaux des organisations internationales pourrait, théoriquement, laisser la place à un simple échange de lettres au moment de la ratification.

Nous croyons qu'il existe une convention constitutionnelle obligeant le fédéral à consulter les provinces avant de conclure un accord international relevant des compétences législatives provinciales. Par contre, nous ne croyons pas que la forme de consultation utilisée dans le domaine du droit

124 *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant l'administration de la Justice*, L.Q. 1985, c.29.

125 Cf. PAQUETTE, *loc. cit. supra*, note 31, p. 10.

126 *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, Avant-projet de loi, 2e session, 33e législature, Éditeur officiel du Québec, 1988.

127 J.A. TALPIS et G. GOLDSTEIN, «Analyse de l'Avant-projet de loi du Québec en droit international privé», (1989) 91 *R. du N.* 301.

128 *Id.*, p. 302.

129 Cf. MORIN, *loc. cit. supra*, note 14, p. 204.

130 *Supra*, note 99.

131 Ces critères d'existence d'une convention constitutionnelle ont été reconnus par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à une résolution pour modifier la Constitution*, (1981) 1 R.C.S. 753.

132 Voir *A.G. for Canada c. A.G. for Ontario*, *supra*, notes 13, 16, 17, 18, et 40.

international privé ait acquis ce statut. Même s'il est présentement dans l'intérêt du fédéral de continuer dans cette voie, les provinces canadiennes, et en particulier le Québec, ne peuvent être assurées que leur avis sera toujours sollicité quant à la teneur des obligations souscrites par le Canada. Évidemment il leur sera possible, le cas échéant, de refuser de mettre en oeuvre la convention, mais une telle pratique aurait à long terme pour effet de les isoler, à une époque où la multiplication des relations internationales entre les personnes rend nécessaire une certaine harmonisation des règles qui les régissent.

Si l'on prend pour acquis que la consultation fédérale-provinciale en matière de conclusion des traités a donné naissance à une convention constitutionnelle, il nous faut reconnaître que sans l'institution de mécanismes précis et permanents celle-ci n'a que peu de signification. Comme le soutiennent de nombreux auteurs<sup>133</sup>, seul un amendement constitutionnel pourrait mettre fin au débat sur ce sujet. Mais le sort qui semble réservé à l'Accord du Lac Meech nous rend plus que sceptique sur la possibilité d'en arriver à une entente qui soit propre à satisfaire les aspirations du Québec.

À moins que le fédéral ne prenne le parti de suivre la voie tracée par la Cour suprême et ne s'arroge unilatéralement le pouvoir de mise en oeuvre, le problème reste entier. On peut douter qu'Ottawa agisse ainsi, puisque cela reviendrait à laisser les tribunaux réécrire le pacte initial et le priver de son sens, si l'on tient compte du fait qu'il n'existe aujourd'hui plus de sujets qui ne puissent faire l'objet d'un accord international<sup>134</sup>. La Constitution canadienne ayant un caractère contractuel, le Québec pourrait peut-être alors plaider l'erreur sur une considération principale du contrat qui, en 1867, institua la fédération canadienne...

133 Voir à ce sujet A.-M. JACOMY-MILLETTE, «L'État fédéré dans les relations internationales», (1976) 14 *A.C.D.I.* 56; RIGALDIES et WOEHLING, *loc. cit. supra*, note 19, p. 328; MORIN, *loc. cit. supra*, note 14, p. 237; LOUNGNARATH, *loc. cit. supra*, note 46, pp. 41, 49, 50; DE MESTRAL, *loc. cit. supra*, note 36, p. 865; GRENON, *loc. cit. supra*, note 5, p. 164; R.E. SULLIVAN, «Jurisdiction to Negotiate and Implement Free Trade Agreements in Canada : Calling the Provincial Bluff», (1987) 24 *U.W.O.L. Rev.* 69.

134 Cf. SULLIVAN, *loc. cit. supra*, note 133, p. 69.

## ANNEXE I

Tableau d'étapes des activités canadiennes en droit international privé

ORGANISATION	ACTIVITÉS	ÉTAPE	CLAUSES PARTICULIÈRES	LÉGISLATION REQUISE	CONFÉRENCE D'UNIFORMISATION DES LOIS	LEGISLATION ADOPTÉE	MESURES À PRENDRE
CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	Convention supprimant l'exigence de légalisation des actes publics étrangers (1961)	À l'étude	Aucune clause fédérale Aucune réserve	Mise en oeuvre dans les provinces et les territoires	---	---	Poursuite de la consultation avec le Groupe consultatif sur le droit international privé, les praticiens et les provinces et territoires quant à la possibilité d'adhérer.
	Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des documents judiciaires et extra-judiciaires en matière civile ou commerciale (1965)	Adhésion 26.09.88 En vigueur 1.5.89	Aucune clause fédérale Déclaration contre certaines formes de signification et concernant traduction et délais	Amendements aux règles de cour	Discuté : Rapport 1979	Amendements aux règles de pratique dans la plupart des provinces	Amendements aux règles de pratique où nécessaire avant 1.5.89
	Convention sur l'obtention de la preuve à l'étranger en matière civile ou commerciale (1970)	Consultation avec provinces et territoires selon recommandation du Groupe consultatif sur le droit international privé Lettre : 17.2.89	Aucune clause fédérale Réserves concernant traduction, délais et «pre-trial discovery»	Lois provinciales et territoriales de mise en oeuvre	Recommandation : consultation avec provinces et territoires	---	Réponse à lettre du 17.2.89 concernant la mise en oeuvre en vue de l'adhésion

ORGANISATION	ACTIVITÉS	ÉTAPE	CLAUSES PARTICULIÈRES	LÉGISLATION REQUISE	CONFÉRENCE D'UNIFORMISATION DES LOIS	LÉGISLATION ADOPTÉE	MESURES À PRENDRE
	Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires (1973)	À l'étude	Clause fédérale Réserve concernant les demandes admissibles aux termes de la Convention	Lois provinciales et territoriales de mise en oeuvre	---	---	Examen par le Groupe consultatif sur le droit international privé concernant l'adhésion du Canada
	Convention concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relative aux obligations alimentaires (1973)	À l'étude	Réserve concernant les demandes admissibles aux termes de la Convention	Lois provinciales et territoriales de mise en oeuvre	---	---	Examen par le Groupe consultatif sur le droit international privé concernant l'adhésion du Canada
	Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (1980)	En vigueur dans tout le Canada 1.4.88	Clause fédérale Réserve concernant l'aide juridique	Lois de mise en oeuvre dans toutes les provinces et territoires	Loi uniforme (1982)	Toutes les provinces et territoires avec réserve; aucune réserve Man. (1983-1988)	Compilation de statistiques dans toutes provinces et territoires pour évaluation du fonctionnement de la Convention
	Convention relative à la loi applicable aux trusts et à sa reconnaissance (1984)	Signée 11.10.88	Clause fédérale Déclaration pour inclure trusts créés par décision en justice Réserves : permettant lois impératives excluant trusts regis par loi d'un État non-contractant excluant effet rétroactif	Lois de mise en oeuvre dans provinces et territoires	Loi uniforme (1988)	I.P.-E. avec déclaration (1988) N.-B. avec déclaration et réserve partielle excluant effet rétroactif (1988) C.B. avec déclaration (1989)	Lois de mise en oeuvre N.-E., T.-N., Qc., Ont., Man., Sask., Alta, T.Y. et T.N.-O.



ORGANISATION	ACTIVITÉS	ÉTAPE	CLAUSES PARTICULIÈRES	LÉGISLATION REQUISE	CONFÉRENCE D'UNIFORMISATION DES LOIS	LÉGISLATION ADOPTÉE	MESURES À PRENDRE
	Projet de Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort (1988)	À l'étude	Clause fédérale Réserves concernant les pactes successoriaux. La loi applicable d'un État non contractant, choix de loi	Lois de mise en oeuvre dans provinces et territoires	---	---	Considération par le Groupe consultatif sur le droit international privé Consultation avec provinces et territoires concernant signature possible
ORGANISATION DE L'AVIATION CIVILE INTERNATIONALE	Convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef (1948)	Appui de provinces et territoires sauf Qc, T.-N. Avant-projets de loi fédérale, provinciale et territoriale finalisés	Aucune clause fédérale	Lois de mise en oeuvre par tous gouvernements	---	N.-E. (1988) I.P.-E. (1988)	Indication d'appui de Qc., T.-N.
INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE (UNIDROIT)	Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international (1973)	Adhésion 1978 pour Man., T.-N. Étendue à Ont., Alta (1978) et Sask. (1982)	Clause fédérale	Lois de mise en oeuvre dans provinces et territoires	---	Alta (1976) Man. (1975) T.-N. (1975-76) Ont. (1977) Sask. (1980-87)	Consultation avec autres provinces et territoires concernant extension de la Convention

ORGANISATION	ACTIVITÉS	ÉTAPE	CLAUSES PARTICULIÈRES	LÉGISLATION REQUISE	CONFÉRENCE D'UNIFORMISATION DES LOIS	LÉGISLATION ADOPTÉE	MESURES À PRENDRE
	Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (1983)	Pas en vigueur Canada n'a pas signé ni adhéré	Clause fédérale Déclarations : concernant États ayant règles similaires, procurations, loi applicable, portée de la Convention et organisations non-considérées intermédiaires	Lois de mise en oeuvre par tous gouvernements	---	---	Consultation avec Groupe consultatif sur droit international privé, provinces, territoires et milieux d'affaires quant à opportunité de devenir partie après adhésion à Convention de Vienne sur la vente
	Convention sur l'affacturage international (1988)	Pas en vigueur Canada n'a pas signé ou adhéré	Clause fédérale Déclaration : non-application de la Convention entre États ayant règles similaires, irrecevabilité de certaines cessions de créances à l'encontre du débiteur	Lois de mise en oeuvre par tous gouvernements	Prière de formuler loi uniforme	---	Consultation avec provinces, territoires et milieux d'affaires quant à opportunité de devenir partie
	Convention sur le crédit-bail international (1988)	Pas en vigueur Canada n'a pas signé ou adhéré	Clause fédérale Déclaration : non-application de la Convention entre États ayant règles similaires, substitution du droit interne dans certains cas	Lois de mise en oeuvre par tous gouvernements	Prière de formuler loi uniforme	---	Consultation avec provinces, territoires et milieux d'affaires quant à l'opportunité de devenir partie

ORGANISATION	ACTIVITÉS	ÉTAPE	CLAUSES PARTICULIÈRES	LÉGISLATION REQUISE	CONFÉRENCE D'UNIFORMISATION DES LOIS	LÉGISLATION ADOPTÉE	MESURES À PRENDRE
COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI)	Convention des Nations unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958)	En vigueur dans tout le Canada 10.8.86	Aucune clause fédérale	Lois de mise en oeuvre par tous gouvernements	Loi uniforme (1986)	Tous gouvernements (1986)	---
	Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne de 1980)	Appui de tous les gouvernements et du Groupe consultatif sur le droit international privé	Clause fédérale Réserves : excluant Partie II et III, excluant application entre Etats ayant règles similaires, excluant 1.1 b) et autorisant seuls contrats écrits	Loi de mise en oeuvre par tous gouvernements	Loi uniforme (1986)	N.-E. (1988) I.P.-E. (1988) Ont. (1988) T.N.-O. (1988) N.-B. (1989)	Lois de mise en oeuvre, T.-N., Qc., Man., Sask., Alta, C.-B., T.Y. Loi de mise en oeuvre fédérale
	Convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux	Adoptée par le CNUDCI Adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies et ouverte à signature jusqu'au 30 juin 1990	Clause fédérale	Loi fédérale de mise en oeuvre	---		Signature par le Canada et adoption d'une loi de mise en oeuvre
	Loi-type sur l'arbitrage commercial international (1985)	Adoptée par UNCITRAL	---	Lois de mise en oeuvre par tous gouvernements	Loi uniforme (1986)	Tous gouvernements (1986-1988)	---

ORGANISATION	ACTIVITÉS	ÉTAPE	CLAUSES PARTICULIÈRES	LÉGISLATION REQUISE	CONFÉRENCE D'UNIFORMISATION DES LOIS	LÉGISLATION ADOPTÉE	MESURES À PRENDRE
	Projet de Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport en commerce international	Clause adoptée à session printemps 1989 de CNUDCI; référé à l'Assemblée générale; Conférence diplomatique recommandée pour 1991	Clause fédérale souhaitable	Lois de mise en oeuvre par tous gouvernements	---	---	Poursuite des consultations avec provinces, milieux d'affaires et Groupe consultatif sur le droit international privé pour développement de position canadienne
ORGANISATION DES NATIONS UNIES	Convention sur le recouvrement à l'étranger des obligations alimentaires	A l'étude	Pas de clause fédérale adéquate	Lois de mise en oeuvre dans provinces et territoires	---	---	Groupe consultatif sur le droit international privé
CONVENTIONS BILATERALES	Convention Canada/Royaume-Uni sur le reconnaissance et l'exécution réciproque des jugements en matière civile et commerciale	En vigueur au N.-B., N.-E., I.P.-E., Ont., Man., Sask., C.-B., T.Y.	Clause fédérale	Lois de mise en oeuvre par tous gouvernements	Loi uniforme (1983)	C.-B. (1984) Man. (1984) N.-E. (1984) N.-B. (1984) Ont. (1984) T.Y. (1984) I.P.-E. (1987) T.N.-O. (1988) Sask. (1988) T.-N. (1986-89) Can. (1984)	Lois de mise en oeuvre Qc, Alta. Extension à T.N.-O. et T.-N.