

Les Cahiers de droit



La Cour Suprême du Canada et les droits sous-marins

Jules Brière

Volume 9, numéro 3, septembre 1968

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004518ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004518ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Brière, J. (1968). La Cour Suprême du Canada et les droits sous-marins. *Les Cahiers de droit*, 9(3), 735–776. <https://doi.org/10.7202/1004518ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1968

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

La Cour Suprême du Canada et les droits sous-marins

JULES BRIÈRE,
Professeur de Droit constitutionnel
à la faculté de Droit
de l'université Laval

La Cour Suprême du Canada et les droits sous-marins

Renvoi relatif à la propriété et à la compétence législative à l'égard des droits miniers de la mer territoriale et du plateau continental au large de la Colombie-Britannique ¹.

Le problème du contrôle, par les États côtiers, des ressources minérales du lit et du sous-sol de la mer territoriale ² et du plateau continental a connu, en droit international, une amorce importante de solution en 1958. En effet la question de la nature et de l'étendue des droits que peuvent invoquer les États dans ces aires adjacentes à la portion terrestre de leur territoire peut être considérée comme résolue étant donné le nombre des signataires ou adhérents aux conventions de Genève de 1958. La *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë* ³, en vigueur depuis le 10 septembre 1966, bien que muette sur l'étendue ⁴ de la mer territoriale la définit néanmoins, à l'article premier, comme partie intégrante du territoire de l'État côtier où s'exerce sa souveraineté *i.e.* la plénitude de ses compétences étatiques. En conséquence le contrôle des ressources que renferme le lit de la mer territoriale appartient à l'État côtier au même titre que le contrôle des ressources situées dans la portion terrestre de son territoire.

¹ Renvoi fait en vertu de l'article 55 de la *Loi de la Cour Suprême*, par le gouvernement canadien le 26 avril 1965. (Arrêté en conseil n° 1965-750). La Cour a donné son opinion le 7 novembre 1967 et le texte est publié à [1967] R.C.S. 792.

² La mer territoriale est un espace maritime intermédiaire entre la haute mer et d'autre part la ligne de basse lorsque la côte offre un aspect rectiligne ou, pour les régions où la ligne côtière présente de profondes échancrures ou indentations, la ligne de base droite reliant les points « appropriés ». Voir : *Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë*, note 3.

³ Voir Doc. N.U. St/Leg. 3 Rev. I-XXI-3. Cette convention a été signée le 29 avril 1959 par le gouvernement canadien qui ne l'a pas encore ratifiée.

⁴ Les prétentions des États sur cette étendue varient de trois milles à des distances qui dépassent l'entendement. Voir : D. P. O'CONNELL, *International Law*, vol.1, pp. 531-2 ; S. ODA, *International control of sea resources*, Leyden, Syhoff, 1933, pp. 16-17. La réclamation du Canada est de 3 milles marins : *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche* du 16 juillet 1964 in 1964-65 S.C., chap. 22, art. 3.

D'autre part la *Convention sur le plateau continental*, en vigueur depuis le 10 juin 1964⁵, reconnaît aux États côtiers des droits souverains pour les fins de l'exploration et de l'exploitation des ressources naturelles du plateau continental⁶ sous réserve de respecter le statut juridique de haute mer des eaux surjacentes (art. 3) et d'assurer, autour des aires d'exploitation, la sécurité de la navigation et la protection des ressources vivantes de la mer (art. 5). Ces droits souverains sur les ressources du plateau continental constituent en quelque sorte un minimum généralement accepté. L'examen des réserves faites par divers États lors de la signature de la convention révèle des réclamations beaucoup plus importantes allant jusqu'à la propriété du plateau continental⁷. La question de la nature du droit des États côtiers sur l'ensemble de leur plateau continental ne nous retiendra pas. Seules les ressources qu'il renferme nous intéressent et là-dessus la convention de 1958 ne laisse subsister aucune équivoque. L'État côtier a un droit exclusif d'exploration et d'exploitation. Ce droit peut être assimilé à un droit de propriété dont il est, chacun le sait, l'attribut essentiel⁸. On peut également assimiler, sur le plan juridique, l'espace sous-marin, au territoire de l'État côtier. En effet si le territoire d'un État peut être défini, en droit, comme le cadre spatial de validité d'un ordre juridique⁹ tout espace constituant le critère d'applicabilité de normes juridiques établies par les organes d'un État fait partie de son territoire national¹⁰. Mais pour la majorité des auteurs le territoire d'un État se limite à l'espace où ses organes peuvent exercer l'ensemble des compétences étatiques^{10a}. Dès lors il faut distinguer nettement le statut juridique du plateau continental de celui de la mer territoriale. Alors que celle-ci

⁵ Voir Doc. N.U. St/Leg. 3 Rev. 1-XXI-22. Signée mais non ratifiée par le Canada.

⁶ Le plateau continental, physiquement, est le socle sur lequel paraissent reposer les continents. Juridiquement l'expression désigne le lit et le sous-sol des régions sous-marines adjacentes à la côte mais situées au-delà de la mer territoriale depuis cette ligne jusqu'à une autre, imaginaire, tracée soit au lieu où la profondeur de la mer atteint 200 mètres, soit au-delà, jusqu'à la ligne où la profondeur permet l'exploitation des ressources naturelles. *Convention de Genève sur le plateau continental*, 1958 ; art. 1, note 4.

⁷ Voir : S. ODA, *op. cit.*, *supra* note 4, pp. 148 à 150.

⁸ J. BROSSARD, « Les droits et pouvoirs du Canada et du Québec à l'égard des eaux territoriales, des zones contiguës, du plateau continental et de leurs richesses », dans J. BROSSARD, A. PATRY et E. WEISER, *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, P.U.M. 1967, pp. 295 à 433, à la page 321.

⁹ Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Dalloz 1953, p. 85.

¹⁰ Cette opinion est primée par J. BROSSARD, *loc. cit. supra*, note 8, p. 321.

^{10a} RADNITZKY, HENRICH, KELSEN, VERDROSS, BASDEVANT, SCHELLE, BOURQUIN mentionnés par Charles ROUSSEAU dans *La Compétence territoriale*, Cours de droit international public (Doctorat) Paris, Les Cours de Droit 1963-64, pp. 30 et 31.

fait partie intégrante du territoire d'un État ¹¹, celui-là appartenant à la haute mer, ne peut faire l'objet que de certaines réglementations prises pour des fins spécifiques et, selon la doctrine dominante, ne fait pas partie du territoire de l'État côtier.

L'histoire du droit international ne permet pas de déterminer d'une manière précise le moment de l'institution juridique de ces deux espaces marins. Les conventions de 1958 n'en constituent pas en effet la source unique. Plusieurs de leurs dispositions ne sont que déclaratoires ¹² de l'état du droit international au moment où elles ont été signées. Il est néanmoins généralement admis que la théorie du plateau continental soit une création assez récente. Un constat célèbre de Lord Asquit dans l'affaire Abu D'habi ¹³ semble établir qu'elle n'existait pas en 1939. Bien sûr les faits qui lui ont donné naissance ont commencé à se produire bien avant : l'Angleterre dont l'activité en ce domaine nous intéresse au plus haut point pour les fins de la discussion, a légiféré aussi tôt qu'en 1858 pour déclarer que tous les minéraux, au-delà de la ligne de basse mer (sans égard à la limite de trois milles) appartenaient à la Couronne ¹⁴. Un statut de 1868 ¹⁵ vise à permettre de réglementer les pêcheries d'huîtres (espèces sédentaires considérées par l'art. 2, par. 4 de la convention de 1958 comme des ressources du plateau continental) au-delà des eaux territoriales. Jessup rapporte que Vattel, dans son ouvrage (1834), considérait comme objets de propriété les ressources du lit de la mer au-delà de la mer territoriale :

« Who can doubt », said Vattel, « that the pearl fisheries of Barhein and Ceylon may be lawfull objects of ownership ? » « Apparently, poursuit Jessup, the British government does not doubt it for they have asserted dominion over the Ceylon pearl banks far beyond the three mile limit which they so stoutly up hold. A colonial Act of 1811 authorizes the seizure and condemnation of any boat found within the limits of the pearl banks or hovering near them, and the anchoring the vessels in the vicinity so regulated » ¹⁶.

On pourrait énumérer plusieurs exemples de l'exercice par des États, de compétences à l'égard des ressources du lit de la mer au-delà de leur

¹¹ Voir : GIDEL, *Le Droit international public de la mer*, tome III, Paris 1934, pp. 181 et s.

¹² Voir : S. ODA, *op. cit. supra*, note 4.

¹³ (1952) 1 *Int. and Comp. L. Q.* 247.

¹⁴ *The Cornwall Submarine Act*, (1858) 21-22 Vict., chap. 9.

¹⁵ JESSUP, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction*, N. Y. 1927 ; VATTEL, *Le Droit des gens*, vol. I, chap. 23.

¹⁶ Cité par G. V. LAFOREST, *Quebec's Property rights in its waters*. Institut de recherche en droit public de Montréal, 1964, p. 31 (miméographié). A paraître en français in BROSSARD, IMMARIGEON et LAFOREST, *Le territoire du Québec*, aux P.U.M.

limite territoriale¹⁷. Les Britanniques ont d'ailleurs déjà considéré que le lit de la mer appartenait intégralement à la Couronne¹⁸. Mais le concept du plateau continental n'a été élaboré et consacré par le droit international que par suite de l'intensification plus récente des fouilles dans le lit de la mer grâce aux développements technologiques modernes¹⁹.

L'annexion par la Grande-Bretagne au nom de Trinidad du Golfe de Paria en 1942 est généralement considérée comme l'amorce de cette élaboration commencée surtout par les proclamations Truman de 1945 réclamant spécifiquement la juridiction et le contrôle du plateau continental américain²⁰. Mais il faut néanmoins noter que l'article 2 (3) de la convention sur le plateau continental reconnaît expressément aux États côtiers le contrôle de « ressources » indépendamment de toute « occupation effective ou fictive aussi bien que de toute proclamation expresse ». Ces régions sont considérées *ipso jure* comme partie intégrante de l'aire territoriale de compétence des États côtiers.

D'autre part la mer territoriale apparaît nettement comme une institution traditionnelle dont la création remonte à plus d'un siècle. Le poids de la doctrine, de la pratique internationale et de la jurisprudence de plusieurs États, au siècle dernier, ne permet aucune autre conclusion²¹. Les auteurs les plus prestigieux du XIX^e siècle²² ont reconnu l'extension de la souveraineté des États côtiers sur une zone maritime adjacente d'une étendue égale à la portée du canon²³. La

¹⁷ C. HURST, « Whose is the Bed of the Sea ? » (1923-24) 4 *B.Y. Int. L.* 34, p. 37.

¹⁸ Voir : *Hall's Essay on the Rights of the Crown*, 3^e éd., 1875, dans MOORE, *History of the foreshore and sea shore*, Londres 1884, pp. 667-881 ; Plusieurs autorités rapportées dans l'arrêt *R. v. Keyn*, (1876-77) 2 Ex. D. 63.

¹⁹ M. W. MOUTON, *The Continental Shelf*, La Haye, 1952 ; YOUNG, « The Legal Status of the Submarine Areas beneath the High Seas » (1951) 45 *Am. Jo. Int. L.* 225.

²⁰ Voir : BROSSARD, *loc. cit. supra*, note 8, p. 325 ; LAFOREST, *op. cit. supra*, note 16, p. 18.

²¹ J. P. O'CONNELL, « Sedentary Fisheries and the Australian Continental Shelf », (1955) 49 *Am. Jo. Int. L.* 185, pp. 198 et s.

²² HALE, *De Jure Maris* ; MARTENS, *Précis du droit des gens*, Corbett 1802 ; AZUNI, *Droit Maritime de l'Europe*, vol. I, Johnson, 1806 ; WHEATON, *Elements of International Law* (1836) ; HAUTEFEUILLE, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime* (1848) ; PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, vol. I (1854) ; VATTTEL, *op. cit., supra* note 15 ; SCHMALTZ et MOSER cités par le Lord CHANCELLOR le 14 février 1878 lors de la première lecture du *Territorial Waters Jurisdiction Act*, *Hansard* (237) 1609.

²³ A. L. SHALOWITZ, *Shore and Sea Boundaries*, vol. I, Washington, Department of Commerce, 1962, p. 25 : On attribue généralement la paternité du concept à Corneline BYNHERSHOCK, juriste hollandais qui l'a exprimé dans son *De Domino Maris* (1702) en ces termes : « the territorial sovereignty ends where the power of arms ends ». Mais il faut reculer jusqu'au XIV^e siècle

pratique internationale par ailleurs corrobore pleinement les exposés doctrinaux : que l'on songe notamment aux traités de pêche de 1818 entre la Grande-Bretagne et les États-Unis, au traité franco-britannique de 1839 sur les droits de pêche, de même qu'à certains actes unilatéraux tels une loi française de 1866 visant à réglementer la pêche dans la mer territoriale²⁴, au statut britannique de 1848 sur les douanes sous l'autorité duquel les *Lords of the Treasury* émirent le 3 mars de la même année une ordonnance non équivoque sur l'étendue de la mer territoriale²⁵, et un autre de 1858 déclarant que les minéraux du sous-sol marin, au-delà de la ligne de basse marée appartenaient à la Couronne²⁶. Les déclarations de neutralité dans la guerre franco-prussienne de 1870 étendaient généralement la juridiction maritime à trois milles du rivage. La même limite a de plus été reconnue dans une convention multilatérale signée, en 1882, par la France, la Belgique, la Grande-Bretagne, le Danemark et les Pays-Bas²⁷. Enfin la proclamation Jefferson de 1793 réclamant la mer territoriale comme partie intégrante du territoire américain est sans équivoque^{27a}.

La jurisprudence interne de plusieurs États a, en outre, reconnu la parité juridique du territoire maritime²⁸. Notamment une jurisprudence britannique assez abondante reconnaissant à la Couronne un droit de propriété de la mer territoriale²⁹.

Le gouvernement britannique dont l'activité en ces matières au cours du siècle dernier intéresse au plus haut point notre propos, a

pour retrouver l'amorce de cette conceptualisation. Les glossateurs canonistes reconnaissaient en principe que le territoire d'une ville maritime comprenait une certaine étendue de mer. Dominicus de SANCTO GEMINIANO et Balans de UBALDIS furent les premiers à tenter de définir la nature de la compétence ainsi exercée et ils ont conclu à la parité juridique des territoires terrestre et maritime. Voir : RAESTAD, *La mer territoriale*, Paris Pedone 1913 ; KENT, « The Historical origins of the three-mile Limit » (1954) 48 *Am. Jo. Int. Law* 537.

²⁴ Sur ces points, voir : S. KORFF, « Introduction à l'histoire du droit international », *Recueil des Cours*, La Haye 1923, pp. 127 à 145, à la p. 138.

²⁵ « And we, the said Commissioners of Her Majesty's Treasury, do further declare that the limits seaward of the said ports shall extend to a distance of three miles from low-water mark out to sea... » cité par le Lord CHANCELLOR, *Hansard* du 14 février 1878 (237) p. 1605.

²⁶ *Le Cornwall Submarine Mines Act*, 21-22 Vict., chap. 109.

²⁷ KORFF, *loc. cit. supra*, note 24, 139.

^{27a} *In : U.S.A. v. California*, (1947) 332 U.S. 19.

²⁸ Voir pour les jurisprudences française et italienne : P. FEDDOZI, « La condition juridique des navires de commerce » in : *Recueil des Cours*, *op. cit.*, vol. 5 (1925), pp. 1-122.

²⁹ *A.-G. v. Chambers* (1854) 43 E.R. 486 ; *Free Fishers of Whitstable v. Gaun* (1865) 11 H.L.C. 192 ; *Gaumell v. Lord Advocate*, (notes des Lords WEUSLEYDALE et CRANWORTH), (1859) 3 Macq. 419. Voir le *Hansard*, *supra* note 25 ; LAFOREST, *op. cit. supra*, note 16, pp. 24-26 et la note 192.

sans cesse considéré la mer territoriale comme partie intégrante du territoire de l'empire. Le préambule de la loi de 1878 qu'il fit adopter par les chambres à la suite de la décision célèbre de la Haute Cour dans l'affaire *The Queen v. Keyn* dont nous reparlerons, exprime en termes non équivoques la prétention gouvernementale :

« Where as the right full jurisdiction of Her Majesty, her liens and successors extends and has always extended over the open seas adjacent to the coast of the United Kingdom and of all other parts of Her Majesty's dominions to such a distance as is necessary for the defence and security of such dominions. »³⁰

Les avis légaux donnés au gouvernement par les officiers en loi de la Couronne au sujet des prétentions de certaines colonies britanniques en matière de contrôle des richesses minérales du lit de la mer sont également très significatives. S'ils s'opposaient au nom du principe d'extra-territorialité aux réclamations de certaines colonies dans le lit de la haute mer, les avis donnés à propos de la pêche à la baleine au large des îles Falklands en 1854³¹, des pêcheries de Terre-Neuve en 1863, 1866, 1888 et 1890³² des pêcheries perlières de l'Australie occidentale en 1886³³ admettent tous la compétence des colonies à l'égard de la mer territoriale sinon à l'égard de ce qui devait devenir plus tard le plateau continental.

L'exercice par plusieurs colonies, de leurs compétences étatiques — limitées par leur statut colonial il est vrai — dans la mer territoriale, tend à corroborer cette dernière idée. Outre l'exemple de Terre-Neuve³⁴, de la Nouvelle-Écosse³⁵, du Nouveau-Brunswick³⁶ et de l'Île-du-Prince-Edouard³⁷ on trouvera des exemples nombreux fournis par l'expérience coloniale indienne dans un excellent article de M. T. S. Rama Rao intitulé : « Some problems of International Law in India »³⁸. En outre, une loi impériale de 1885 autorisant le Conseil fédéral d'Australasie à légiférer sur les « fisheries in Australasian waters

³⁰ *Territorial Waters Jurisdiction Act*, 1878, 41-42 Vict., chap. 73.

³¹ KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, (2^e éd.), Londres, 1912, vol. I, p. 373.

³² *Law Officers' Opinions*, C.O. vol. I, n° 154, vol. II, n° 400, vol. IV, n°s 134, 163, 164, 166, 168a et 177. Voir aussi : FORSYTH, *Cases and Opinions on Constitutional Law*, p. 217, cité par O'CONNELL, *op. cit.*, *supra* note 4.

³³ *Law Officers' Opinions*, C.O. vol. IV, n°s 73 et 77.

³⁴ (1893) 56 Vict., chap. 6 ; (1905) 3 Edw. VII, chap. 4.

³⁵ (1836) 6 Wm IV, chap. 8.

³⁶ (1853) 16 Vict., chap. 69.

³⁷ (1843) 6 Vict., chap. 14.

³⁸ (1957) 6 *Indian Year book of International Law*, 13.

beyond territorial limits »³⁹ prenait pour acquis la compétence de la colonie sur la mer territoriale.

Il semble bien que la Grande-Bretagne ait considéré lors de l'époque préconfédérative, la mer territoriale comme partie intégrante de son territoire et ce qui est capital pour nous, partie du territoire de ses colonies. L'État du droit international autorisait sa première prétention. Quant à la seconde, elle est du ressort du droit interne de l'Empire britannique. À cette époque, en effet, le droit international, pas plus qu'il ne le fait de nos jours, ne déterminait pas quels organes, à l'intérieur d'un État (seule personne juridique habilitée par l'ordre international), étaient compétents pour exercer les compétences étatiques dans la mer territoriale. De même qu'il n'est d'aucun secours pour déterminer si, avant l'accession d'une colonie à la souveraineté, ces compétences étaient décentralisées à l'intérieur de l'Empire britannique ou monopolisées par le Parlement de Londres, de même est-il impuissant à déterminer aujourd'hui l'aménagement de ces compétences au sein des fédérations qui ont surgi de cet Empire⁴⁰. Si le droit international délimite les territoires des États, sa validité s'arrête pour ainsi dire à leurs frontières. À moins qu'une règle de droit interne n'autorise son intégration automatique à l'ordre juridique national. Dans tous les États d'ascendance britannique, il est généralement admis que les coutumes universellement reçues en droit international fassent partie de la *common law*⁴¹ mais que les ententes ou les traités internationaux doivent, pour valoir en droit interne, y être incorporés par l'organe compétent. En conséquence si la mer territoriale et le plateau continental peuvent être assimilés au territoire étatique en *common law* par suite de l'acceptation universelle du principe, la désignation des titulaires des droits de propriété et de souveraineté à l'intérieur de l'État ne peut émaner d'une reconnaissance d'États tiers dans un traité ou par un acte unilatéral quelconque. La reconnaissance est une règle de droit international à laquelle le droit canadien est imperméable. Un acte juridique valide dans l'ordre international ne peut, à moins d'avoir été accepté par

³⁹ 48-49 Vict., chap. 60, art. 15 (c). Fort de cette habilitation, le conseil fédéral a adopté deux lois pourvoyant à un système de permis de pêche dans les eaux adjacentes au Queensland et à l'Australie occidentale. Voir : O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 4, p. 186, notes 7 et 8.

⁴⁰ Le droit international ne contient pas de règle permettant de désigner les organes compétents pour lier les États. Voir : CH. ROUSSEAU, *Droit International public*, (1953) p. 33 ; Voir aussi : Doc. N.U. A/CN. 4/SR. 86 par. 16 et A/CN. 4/L28, art. 2 ; J. Y. GRENON, « De la conclusion des traités », (1962) 40 *R. du B. Can.* 151, p. 152 ; BROSSARD, *loc. cit. supra*, note 8, p. 181.

⁴¹ LAUTERPACHT, *International Law*, vol. I, Londres, Longmans 1955, p. 39 ; BLACKSTONE, *Commentaries*, IV ch. 5 ; WEST LAKE, *Collected Papers*, pp. 498-518 ; *Central Gold Mining v. The King*, (1902) 2 K.B. 391.

l'organe habilité par la constitution interne, valider un acte juridique ressortissant de ce droit interne.

Cette dualité des ordres juridiques prend une importance particulière au Canada où les compétences étatiques et les droits de propriété publique sont l'objet d'un partage. Admettre qu'un acte de droit international puisse fonder une règle interne du partage des compétences risque fort de rompre l'équilibre constitutionnel qui fonde le fédéralisme canadien. C'est s'exposer à une course aux reconnaissances dans l'ordre international entre les représentants de l'État central et des États-membres, épreuve courue d'avance dans laquelle ces derniers n'auraient aucune chance contre « l'équipement diplomatique » du premier. En définitive on s'exposerait au danger contre lequel Lord Atkin nous a mis en garde dans l'arrêt célèbre de 1937 sur les conventions internationales de travail :

« No one can doubt that this distribution is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in the inter-provincial compact to which the British North America Act gives effect . . . » ⁴².

« . . . It would be remarkable that while the Dominion could not initiate legislation, however desirable, which affected civil rights in the Provinces, yet its Government not responsible to the Provinces nor controlled by Provincial Parliaments need only agree with a foreign country to enact such legislation, and its Parliament would be forthwith clothed with authority to affect Provincial rights to the full extent of such agreement. Such a result who would appear to underline the constitutional safeguards of Provincial constitutional autonomy » ⁴³.

Les circonstances du renvoi

Le problème de l'attribution des droits de propriété et de la compétence législative à l'égard des ressources du lit de la mer territoriale et du plateau continental s'il a été posé au Canada depuis peu a déjà reçu aux États-Unis une solution définitive par voie législative il y a plus de quinze ans ⁴⁴. La controverse entre le gouvernement central et celui de quelques États-membres avait commencé vers 1920 alors que la Californie se prétendit titulaire du droit de propriété des ressources

⁴² *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326 ; III Olmsted 180, p. 203.

⁴³ *Ibidem*, p. 204.

⁴⁴ *Submerged Lands Act*, 67 Stat. 2a (1953); *Outer Continental Shelf Lands Act*, 67 Stat. 462 (1953). La première de ces lois a été déclarée constitutionnelle par la Cour Suprême par l'arrêt rendu sur des motions de l'Alabama et du Rhode Island. *V. Alabama v. Texas, Rhode Island v. Louisiana*, 347 U.S. 272-273 (1954).

pétrolifères au large de ses côtes et en conséquence commença à émettre des baux d'exploration dans le canal Santa Barbara. L'attitude du gouvernement central fut très changeante à l'égard de ces développements pétrolifères. Tantôt il refusait les demandes de permis qui lui étaient faites par les compagnies en les renvoyant aux États-membres, tantôt il s'autorisait du *Mineral Leasing Act*⁴⁵ pour émettre des permis en se prétendant propriétaire⁴⁶. En 1945 il décida finalement de soumettre la question à la Cour Suprême en intentant une poursuite contre l'État de Californie. Deux ans plus tard la décision de la Cour donnait raison à l'État central. Le principal motif : ces territoires n'existaient pas juridiquement lors de l'Union, dès lors l'État de Californie n'y pouvait prétendre à aucun droit. Ces droits ont été obtenus grâce à l'activité politique du gouvernement fédéral, en conséquence lui seul en est titulaire⁴⁷. Trois années plus tard deux autres décisions furent rendues à l'issue de poursuites contre les États de Louisiane et du Texas. Dans le premier cas⁴⁸ la Cour appliqua les principes dégagés dans l'affaire de la Californie. Dans le second elle reconnut que l'État du Texas, avant son admission dans l'Union, était titulaire de droits de propriété mais la Cour décida en faveur du gouvernement central en interprétant d'une manière nouvelle la théorie de l'« equal footing » et en confondant expressément les notions de domaine public et de souveraineté⁴⁹.

A la suite de ces décisions à forte coloration politique, des négociations se sont engagées entre les États intéressés et le gouvernement central qui ont abouti à l'adoption des deux lois de 1953. Aux termes de la première⁵⁰ les titres de propriété des ressources minérales dans le lit de la mer territoriale de même que la compétence législative à leur égard sont attribués aux États-membres sous réserve de la compétence fédérale en matière de navigation, de commerce, de défense et de relations

⁴⁵ 41 Stat. 437.

⁴⁶ SHALOWITZ, *op. cit. supra*, note 23, p. 3. Pour un exposé chronologique et factuel de la controverse américaine durant la période de 1921 à 1953, voir : « Memorandum », 14 février 1953, du conseiller Technique de la Commission Sénatoriale sur les affaires intérieures et insulaires, au sénateur Guy Gordon, rapporté dans : *Hearings before Committee on Interior and Insular Affairs on S.J. Res. 13 and other Bills*, 83 Cong. 1^{re} session 1231 (1953).

⁴⁷ *U.S.A. v. State of California*, (1947) 332 US 19, décision majoritaire 6-2.

⁴⁸ *U.S.A. v. State of Louisiana*, (1950) 339 US 699.

⁴⁹ *U.S.A. v. State of Texas*, (1950) 339 US 707-724. Les droits de propriétés dont l'État du Texas était titulaire avant son admission dans l'Union sont inséparables de l'*imperium* qu'il exerçait au large des côtes. Or en étant admis dans l'union sur le même pied que les autres, il a abandonné sa souveraineté, donc ses droits de propriété.

⁵⁰ *Submerged Lands Act*, 67 Stat. 29 (1953).

internationales. La seconde de ces lois ⁵¹ reconnaît par ailleurs à l'État fédéral des droits exclusifs à l'égard des richesses du plateau continental ⁵².

Un processus analogue semble s'être engagé au Canada. Il a été amorcé semble-t-il sur la côte ouest il y a plus de trente ans alors que le ministre des mines de la Colombie-Britannique a émis des permis d'exploration au large des côtes de cet État ⁵³. Le gouvernement fédéral qui semble n'émettre ses permis au large de la côte des États-membres que depuis 1960 ^{53a} ne s'est opposé à l'action de ces derniers que depuis 1962 ⁵⁴. En 1963 il émit des permis de recherches pétrolières et gazières à la Shell Oil Company, sur une étendue de 20 millions d'acres de sous-sol marin en bordure de la Nouvelle-Écosse. Il fit de même par la suite dans le golfe Saint-Laurent au profit de la Pan American Petroleum Corporation, en bordure des côtes de Terre-Neuve, au profit des trois compagnies pétrolières sur une étendue de 33,682,531 acres. Il étendit en outre l'aire de ses permis au large de la Nouvelle-Écosse et de la Colombie-Britannique. Le 1^{er} juillet 1965 l'étendue des permis fédéraux s'établissait sur la côte ouest à 17,461,047 d'acres de sous-sol marin et sur la côte est, à près de 100 millions d'acres ⁵⁵. Mais les gouvernements provinciaux ne sont pas demeurés passifs devant pareille activité et à l'instar de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse qui possédaient déjà un système de permis, ceux du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve ⁵⁶ et de Québec ⁵⁷ en firent autant.

En certains cas non seulement les aires de validité des permis fédéraux et provinciaux coïncidaient-elles, mais les bénéficiaires en étaient les mêmes ^{57a}. Les entreprises d'exploration, on le comprend aisément,

⁵¹ *Outer Continental Shelf Lands Act*, 67 Stat. 462 (1953).

⁵² On aura une bonne idée de la solution que ce problème a reçu dans plusieurs autres fédérations en consultant BROSSARD, *loc. cit.*, *supra* note 8, 322-333.

⁵³ *Débats de la Chambre des communes*, 1962 vol. 11, p. 1711.

^{53a} Le 29 juin 1960 il émettait un permis à la Richfield Oil Corporation sur une étendue de 1.1 million d'acres au large de la Colombie-Britannique. La même année il autorisait la Socony Mobil Oil of Canada à explorer une étendue d'un million d'acres au large de la Nouvelle-Écosse dans la région de l'Île au Sable.

⁵⁴ MINISTÈRE DE L'ÉNERGIE, DES MINES ET DES RESSOURCES, *Documents relatifs au problème des ressources du sous-sol marin*, Ottawa, 1965 (miméographie). Le document portant le n° 2-6459/65-7, page 2. On y parle de « différend » qu'à partir de 1962.

⁵⁵ MINISTÈRE DE L'ÉNERGIE, *op. cit. supra*, note 54, doc. 2-6599/65-7.

⁵⁶ BROSSARD, *loc. cit. supra*, note 8, p. 365.

⁵⁷ Le Québec a émis des permis d'exploration dans le Golfe Saint-Laurent à l'Hydro-Québec le 19 décembre 1963 pour le territoire entourant l'Île d'Anticosti, le 10 juin 1964, autour des Îles-de-la-Madeleine et en juin 1965 au nouveau permis valide pour toute l'étendue du Golfe. Déclaration ministérielle du 22 juin 1965. *Journal des Débats*, 1965, vol. 2, pp. 3793-94.

^{57a} Socony Mobil Oil avait également obtenu pour la même étendue un permis de la Nouvelle-Écosse en 1960. Voir : CASTEL, *International Law*, 1965, p. 364. Il en fut de même pour Shell Oil au large de la Nouvelle-Écosse en 1963.

ont préféré soustraire leur investissement aux aléas de l'argumentation juridique en sollicitant la plupart du temps des permis de l'État côtier et de l'État fédéral. Aucune d'entre elles n'a voulu s'engager dans les longs et coûteux démêlés qui eussent clarifié la situation : aucun litige n'a donc été soumis aux tribunaux⁵⁸. En 1962 le ministre des Mines de la Colombie avait évoqué la possibilité de renvoyer la question à la Cour d'Appel de cet État mais rien ne fut entrepris dans ce sens. En novembre 1963 le ministre des Mines de la Nouvelle-Écosse a bien donné à entendre qu'il intenterait des poursuites contre toute compagnie qui entreprendrait des fouilles en bordure de la côte de cet État en vertu des permis que le gouvernement fédéral venait d'émettre à cette fin. Mais la compagnie bénéficiaire sollicita et obtint du ministre provincial un permis d'exploration pour la même étendue^{58a}.

Débatue lors des conférences fédérales-provinciales de mars 1963 et d'octobre 1964 cette question, qui intéresse directement huit des dix États-membres de la fédération canadienne, importante sur les plans économique et juridique, a pris une envergure politique considérable. Alors que plusieurs voyaient dans la perception des « royalties » un nouveau facteur d'autonomie qui permettrait aux États bénéficiaires de faire contrepoids au pouvoir illimité de dépenser du gouvernement central, d'autres estimaient que ces richesses appartenaient au Canada et que tous les Canadiens devaient en bénéficier. C'est le caractère politique du problème qui incita le gouvernement du Québec à s'opposer au renvoi de la question à la Cour Suprême du Canada⁵⁹ suggéré par le gouvernement central lors de la conférence fédérale-provinciale d'octobre 1964.

L'opportunité du renvoi

L'on peut à bon droit s'interroger à propos de cette pratique traditionnelle de la référence à la Cour Suprême dès que l'on se heurte au domaine du « constitutional unforesseen ». Le Comité Judiciaire du Conseil privé et la Cour Suprême du Canada se sont maintes fois prêtés à ce jeu qui consiste à triturer les dispositions de la loi de 1867 pour les appliquer à des réalités nouvelles, imprévues au moment de son adop-

⁵⁸ Dans le Golfe Saint-Laurent un véritable conflit susceptible de devenir litigieux existe néanmoins entre l'Hydro-Québec et la Pan American Petroleum Corporation. Voir : *supra* note 57.

^{58a} Voir : *supra* note 57a.

⁵⁹ Tous les États membres ne partageaient pas ce point de vue. Ainsi en juin 1964 les ministres du Nord canadien et des Mines de la Colombie-Britannique publiaient-ils un communiqué conjoint selon lequel ils convenaient du renvoi à la Cour Suprême. MINISTÈRE DE L'ÉNERGIE, *op. cit. supra*, note 54, doc. 2-6459/65-7 et communiqué n° 201-5609.

tion⁶⁰. Les renvois au sujet de l'aéronautique et de la radio⁶¹ en sont deux exemples frappants. Et dans ces cas la pratique a notamment conduit les tribunaux à des raisonnements spéciaux à propos de la compétence résiduelle qui n'incitent pas au respect du calibre intellectuel de ceux qui les ont tenus. Chacun sait, en effet, que la « clause résiduelle » en technique juridique est une règle visant à disposer de ce qui n'est pas spécifiquement prévu. Dans un testament, par exemple, la disposition résiduelle aura l'effet d'attribuer à son bénéficiaire tout ce qui ne fait pas l'objet d'un legs particulier. Ainsi l'alinéa introductif de l'article 91 du B.N.A. Act vise-t-il à attribuer au Parlement tout titre de compétence non énuméré dans l'article 92. Mais logiquement, rien ne peut être inclus dans la « clause résiduelle » qui n'est pas susceptible d'attribution spécifique. Or l'imprévu n'est évidemment pas susceptible d'attribution spécifique car l'existence fait défaut. Donc la clause résiduelle d'une disposition législative ne saurait, en saine logique, être étendue à des situations imprévues ou imprévisibles au moment de son adoption. Tout le poids des règles d'interprétation statutaire qui consistent à rechercher l'intention du législateur consacre cette interprétation logique. En présence d'une réalité nouvelle à qualifier constitutionnellement, l'attitude conforme à ce qui précède, consiste à se poser la question suivante : si les constituants de 1867 avaient songé à ce type de problème, à qui auraient-ils attribué la compétence législative à son égard ? Mais les raisonnements des tribunaux en la matière suppriment du syllogisme cette proposition. Comme le souligne un auteur^{61a} le Conseil privé a généralement raisonné de la manière suivante :

« Here is a field of human activity that did not exist at the time of confederation either actually or in contemplation ; the constitution makers did not therefore specifically provide for it in the constitution ; ergo, the power of controlling it is vested in the Dominion. »

Et il porte ensuite, sur le syllogisme le jugement que voici, à notre avis, impeccable :

« It is that last jump that we cannot emulate or even pretend to follow ; it seems to us a perfect *non sequitur*. While we can compliment de Privy Council on their agility, we can only depreciate their logic. The whole syllogism looks very much like an Aristotelianenthymeme which is a device in logic where you suppress one proposition because you think it unsound or perhaps presumptuous

⁶⁰ Même si la mer territoriale existait en 1867, il est évident que les possibilités d'exploitation de ses ressources minérales sont nées plus tard avec les développements technologiques permettant l'exploration en eau profonde.

⁶¹ *Re : Aeronautics*, [1932] A.C. 54 ; *Re : Radio*, [1932] A.C. 304.

^{61a} W. P. MACKAY, « The Philosophy of the Constitutionally Unforeseen » (1951) 1 *Chitty's Law Journal*, 145, p. 146.

or may be just unwise to disclose. One wonders if the suppressed clause is just this — 'If the constitution makers had thought of this type of contingency, they would have committed the relevant power to the Dominion'. One can understand why such a clause would be suppressed: it points straight to the heresy of 'judge-made law', a Court decision taking the place of a constitutional amendment. Not cricket, my Lords! »

Le cas de la compétence résiduelle n'est pas choisi au hasard. Il est typique de l'activisme politique où l'absence de procédure d'amendement constitutionnel et la pratique des renvois ont permis à nos tribunaux supérieurs de s'engager. On le verra plus loin, le raisonnement de la Cour Suprême dans le renvoi qui nous intéresse traite dans cette perspective de la compétence résiduelle. D'autre part l'opinion de la Cour n'a rien pour faire taire les très sérieuses questions d'opportunité de ce genre de renvois. Au contraire, elle accrédite en quelque sorte, par la gymnastique douteuse qu'elle a été amenée à faire, les réserves du gouvernement québécois à cet égard. Il est intéressant de noter d'ailleurs qu'en temps utile, une motion avait été présentée et débattue sans succès à la Chambre des Communes qui visait à recommander au gouvernement fédéral de dessaisir la Cour Suprême de la question ⁶².

Dans la mesure enfin où il est inévitable dans un État fédéral, qu'un organe juridictionnel non représentatif élabore des règles de droit, ce renvoi pose le problème de la réforme de la Cour Suprême. Si l'activisme politique d'un tribunal constitutionnel est inévitable, à défaut d'être représentatif, encore est-il essentiel qu'il soit perçu par les justiciables comme un organe impartial et indépendant, ce qui n'est pas le cas présentement, chacun le sait ⁶³.

Ainsi l'attitude du Québec bien que certainement indéfendable en droit strict, peut aisément se justifier au plan politique. Et, après tout, le droit constitutionnel est-il si distinct de la réalité politique ?

Le renvoi

Les réponses des premiers ministres provinciaux à la demande fédérale ⁶⁴ de collaboration dans l'établissement des termes du renvoi détermi-

⁶² *Débats de la Chambre des communes*, 21 février 1966, II, p. 1540. Motion de M. BOWER qui n'a pas été mise aux voix devenue caduque à l'expiration de l'heure accordée à son étude. Voir aussi : *Le Devoir* du 25 février 1966, éditorial de Paul SAURIOL : « Les gisements sous-marins et notre fédéralisme ».

⁶³ Voir : J. Y. MORIN, « A Constitutional Court for Canada » (1965) 43 *R. du B. Can.* 545 ; A. ABEL, « The Role of the Supreme Court in Private Law Cases » (1965) 4 *Alta. L. Rev.* 39 ; D. GIBSON, « Commentaire, re : Federalizing the Judiciary », (1966) 44 *R. du B. Can.* 764 ; Yves OUELLETTE, « Les frères ennemis : la théorie de la qualification face à la législation déguisée », (1967) 2 *R.J.T.* 53.

⁶⁴ Lettres du premier ministre canadien à ses collègues provinciaux en décembre 1964. CASTEL, *op. cit. supra*, note 57a, p. 365.

nèrent finalement ce dernier à scinder les problèmes des côtes ouest et est. Il adopta le 26 avril 1965 un arrêté en conseil ⁶⁵ contenant les termes du renvoi relatif aux richesses du lit de la mer territoriale et du plateau continental en bordure de la Colombie-Britannique ⁶⁶. La question y est posée en résumé, de la manière suivante :

Sur la côte ouest du Canada, qui de la Colombie-Britannique ou du Canada est titulaire :

1. A l'égard de la mer territoriale,
 - a) du droit de propriété du lit,
 - b) des droits d'exploration et d'exploitation,
 - c) de la compétence législative,
2. A l'égard du plateau continental,
 - a) des droits d'exploration et d'exploitation,
 - b) de la compétence législative ?

Alors que la formulation de la deuxième partie de la question apparaît conforme à l'état actuel du droit international — on n'y traite que des droits d'exploration et d'exploitation et non pas de la propriété du plateau continental — on peut se demander si c'est le cas de la première partie pour autant qu'elle postule la propriété du lit de la mer territoriale. Cette conception domaniale paraît réfractaire au droit international de la mer qui consacre plutôt l'idée de souveraineté que celle de propriété publique ⁶⁷ du lit. Au surplus la domanialité sur l'ensemble du lit présente peu d'intérêt ; seule la propriété de ses ressources a une importance du point de vue de leur exploration et de leur exploitation. Or cette propriété est généralement reconnue comme l'accessoire de la souveraineté à l'égard de la mer territoriale ⁶⁸ d'où l'inutilité de s'interroger sur la propriété du lit.

⁶⁵ Arrêté en conseil n° CP 1965-70 déposé en Chambre le 29 avril 1965 (Sess. Paper 196). Lors du dépôt le premier ministre a signalé les différences sur le plan juridique, entre les problèmes posés par la côte ouest et ceux posés à l'égard d'autres côtes et d'autres provinces. Il a évoqué la possibilité de faire d'autres renvois à la Cour Suprême « nécessaires à l'égard d'autres côtes et d'autres provinces, mais les considérations juridiques à l'égard des provinces diffèrent et les références pourront différer également pour tenir compte des considérations juridiques différentes, et, même, de certaines considérations historiques ». *Chambre des communes*, J.D., Session 1965, vol. 1, p. 728.

⁶⁶ A la conférence fédérale-provinciale du 19 juillet 1965, le premier ministre Pearson dans sa déclaration inaugurale a exprimé le vif désir de « collaborer avec les provinces en vue de soumettre à la Cour Suprême, le plus tôt possible, les cas concernant les autres régions ». MINISTÈRE DE L'ÉNERGIE, *op. cit.*, *supra* note 54, doc. n° 2-65102/65-7.

⁶⁷ Voir : ROUSSEAU, *op. cit. supra*, note 10a, pp. 40 et s.

⁶⁸ O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 21, p. 198 et note 77.

La règle d'or selon laquelle le bénéfice⁶⁹ de la propriété publique a été partagé entre l'État fédéral et les États-membres du Canada est d'une simplicité bien connue. Par l'effet des articles 117 et 109 du *B.N.A. Act*, toutes les dépendances du domaine public canadien non expressément attribuées au gouvernement central⁷⁰ ont continué, après 1867, de bénéficier aux gouvernements des États-membres dans le territoire desquels elles sont situées⁷¹.

L'objet de cette propriété publique s'étend à toutes les portions du territoire canadien non expressément concédées à des particuliers avant 1867⁷². Il n'est en aucune façon limité aux dépendances sur lesquelles un droit de propriété avait été *effectivement* exercé avant la confédération par les colonies. Comme l'a souligné le juge Duff dans l'arrêt *A.G. for B.C. v. The King* :

« Mr. Newcombe also argued that the qualifying words, 'the property of the province', attached to the enumeration in sec. 109 have the effect of confining the operation of that section to subjects in respect of which at Confederation the province not only possessed the power of appropriation but had also exercised that power [...] the title to the property disposed of by this provision (art. 109) was, and after Confederation, remained, in the Queen as Sovereign Head of the province ; it was the property of the province in the sense only that the legislature and government of the province had been invested with the power of appropriation over it »⁷³.

⁶⁹ L'on parle du bénéfice de la propriété et non pas de la propriété publique elle-même pour rendre compte de la théorie de l'indivisibilité de la Couronne. V. : *Ste. Catherine's Milling and Lumber Co. v. R.* (1889) 14 A.C. 46 ; *In re : Silver Brothers*, [1932] A.C. 514.

⁷⁰ L'article 108 contient l'attribution expresse de certaines propriétés publiques énumérées à l'annexe 3^e de la loi.

⁷¹ C'est ainsi que la Cour Suprême et le Conseil privé ont toujours interprété l'effet de ces articles. *Ste. Catherine's Milling and Lumber v. R.* (1889) 14 A.C. 51 ; *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 ; *Ontario Mining v. Seybold*, [1903] A.C. 73 ; *A.G. of Canada v. Higgie*, [1945] R.C.S. 385, p. 409, notes du juge RINFRET.

⁷² Les titres de propriété de la Couronne sur les territoires des États membres ont été établis de manières diverses. Par exemple au Québec et en Ontario, la Couronne britannique est devenue propriétaire par suite de la cession opérée par le traité de 1763 de tous les titres de propriété du roi de France au Canada. Ce dernier avait acquis ces titres par l'effet de la découverte et de l'occupation conformément au droit international de l'époque. Voir les notes du juge TASCHEREAU dans *Ste. Catherine's Milling and Lumber v. R.*, (1887) R.C.S. 577, pp. 643-45. L'administration de ces terres fut transférée à la colonie par l'effet de l'article 54 de l'Acte d'Union. La Colombie-Britannique, occupée beaucoup plus tard, est passée à la Couronne britannique par l'effet du « settlement », mais une proclamation du gouverneur DOUGLAS le 14 février 1859 est venue confirmer le titre en ces termes : « All the lands in British Columbia and all the Mines and Minerals therein, belong to the Crown in fee » (*Vancouver Island and British Columbia Statutes*, 1858-1871). Lord WATSON dans *A.G. for B.C. v. A.G. for Canada* (1889) 14 A.C. 295, p. 301 a reconnu le transfert de l'administration de la propriété publique au profit de la colonie avant son admission dans la Confédération.

⁷³ (1922) 63 R.C.S. 622, p. 633.

Ces règles ont été rendues applicables à la Colombie-Britannique lors de son admission dans la Confédération en 1871. Le paragraphe 10 de l'annexe au décret-loi impérial pris en vertu de l'article 146 du B.N.A. Act de 1867 a, en effet, étendu à la Colombie-Britannique l'application de toutes les dispositions de la loi constitutionnelle de 1867 « in the same way and to the like extent as they apply to the other Province of the Dominion, and as if the Colony of British Columbia had been one of the Provinces originally united by the said act »⁷⁴. De plus il a été reconnu que cet État-membre était bénéficiaire, avant son admission dans la fédération de la propriété publique située sur son territoire « together with all royal and territorial revenues arising therefrom »⁷⁵.

La loi constitutionnelle de 1867 ne contient bien sûr aucune disposition expresse permettant d'attribuer le bénéfice des ressources du lit de la mer territoriale et du plateau continental au gouvernement fédéral. D'autre part la règle générale attribuant le résidu du bénéfice de la propriété publique aux États-membres n'est applicable, estime-t-on généralement, qu'à l'égard des objets de propriété situés sur le territoire au moment de leur admission dans la fédération⁷⁶. Dès lors la Cour a estimé que pour réussir dans la présente cause, le gouvernement de la Colombie-Britannique devait établir que les richesses convoitées étaient incluses dans le territoire de cette colonie en 1871 au moment de son admission dans la fédération canadienne. C'est ce qu'il a tenté d'établir en s'appuyant sur une somme impressionnante d'autorités jurisprudentielles et doctrinales visant à établir que les ressources minérales du lit de la mer étaient « vested in the Crown » en 1871. C'est le sens également de l'argumentation des procureurs des autres États-membres qui ont présenté des mémoires dans cette affaire⁷⁷. Par ailleurs

⁷⁴ Voir S.R.C., 1952, vol. 6, p. 139 ; M. OLLIVIER, *Actes de l'Amérique du Nord Britannique et Statuts connexes, 1867-1962*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1963, p. 179.

⁷⁵ Voir : *supra* note 72.

⁷⁶ Cette opinion traduit une conception très restrictive de la dévolution effectuée par les articles 109 et 117, de même que de la notion de frontière. C'est le point de vue exprimé par la Cour dans le renvoi qui nous occupe. La Cour estime que la seule façon de modifier les frontières des États membres telles qu'établies au moment de leur admission dans l'Union réside dans la procédure établie à l'article 3 de la loi impériale de 1871 (*British North America Act 1871*, 34-35 Vict., chap. 28) i.e. par l'effet du consentement du Parlement central et des parlements des États membres intéressés. Cette disposition statutaire a-t-elle eu l'effet d'empêcher toute extension territoriale pouvant être reconnue par la *common law* à laquelle, comme on l'a vu, les principes généraux universellement reconnus en droit international sont intégrés automatiquement ?

⁷⁷ Tous, sauf le Québec, la Saskatchewan et le Manitoba ont fait valoir leur point de vue. Les arguments des États membres sont élaborés, à propos du cas du Québec, dans les deux ouvrages précités de BROSSARD et de LAFOREST.

le gouvernement canadien a soutenu qu'à cette époque « land below the low-water mark was regarded at common law as being outside the realm ; that it was not part of the Colony of British Columbia in 1871, and that at, or following Union, it did not become part of the Province of British Columbia ». La première allégation est appuyée surtout par la décision *R. v. Keyn*, de 1876, la seconde par un constat de carence d'acte législatif modifiant les frontières de la Colombie-Britannique. Ainsi la propriété de ces ressources devrait-elle lui être reconnue car c'est lui qui l'aurait acquise depuis par l'effet de son accession à la « souveraineté politique » consacrée par le Statut de Westminster, lui seul reconnu, en droit international, par les autres États comme possédant des droits dans ces régions sous-marines.

Quant à la question de la compétence législative, les États-membres estiment en être titulaires en vertu du titre de compétence énuméré au paragraphe quatrième de l'article 92 qui leur attribue le pouvoir de légiférer à l'égard de « l'administration et de la vente des terres publiques appartenant à la province ». Le gouvernement central a invoqué, d'autre part, son titre de compétence résiduelle, la « dimention nationale » de la matière dont il s'agit, la reconnaissance des États étrangers et, enfin, sa compétence exclusive en matière d'extra-territorialité.

La solution du problème de l'attribution de la compétence législative à l'égard des régions sous-marines est largement conditionnée par la réponse apportée à la question relative à la propriété des ressources. En effet si l'on établissait à leur endroit le droit de propriété de la Colombie-Britannique, le seul titre de compétence législative que pourrait invoquer le gouvernement central résiderait dans l'alinéa introductif de l'article 91, non pas au titre de compétence résiduelle mais au titre des dimensions nationales du problème de l'exploitation de ces ressources. Les parlements des États-membres sont indiscutablement compétents pour légiférer à l'égard de « leur » domaine public. S'il faut soigneusement distinguer des problèmes de l'attribution des droits de propriété d'une part et de la compétence législative d'autre part, c'est qu'un titre de compétence législative ne comporte pas l'attribution du bénéfice de la propriété à l'égard de laquelle il peut s'exercer. Comme Lord Hershell l'a exprimé dans l'arrêt *A.G. for Canada v. A.G. for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia* :

« It must also be borne in mind that there is a broad distinction between proprietary rights and legislative jurisdiction. The fact that such jurisdiction in respect of a particular subject-matter is conferred on the Dominion Legislature for example, afford no evidence that any proprietary rights with respect to it were transferred to the Dominion. There is no presumption that because

legislative jurisdiction was vested in the Dominion Parliament
proprietary rights were transferred to it »⁷⁸.

La distinction présente un intérêt certain : le résidu dans un cas profite à l'État central et dans l'autre aux États-membres. Elle a toujours été faite dans la jurisprudence canadienne et dans l'affaire présente ce fait suffit à enlever toute autorité morale aux décisions de la Cour Suprême des États-Unis dans des espèces analogues⁷⁹. Mais le célèbre *dictum* de Lord Hershell n'est pas réversible *i.e.* l'attribution du bénéfice de la propriété publique emporte, par l'effet du paragraphe 5 de l'article 92, au profit des États-membres et par l'effet du paragraphe 1 de l'article 91 au profit de l'État fédéral, une compétence législative relativement aux conditions d'exercice de la propriété. Seul le titre de compétence reconnu au Parlement par une jurisprudence de la Cour Suprême⁸⁰ relative à la théorie des dimensions nationales pourrait permettre de faire *directement*⁸¹ exception à cette règle du partage de la compétence législative.

Sous cette réserve, la preuve de la propriété emporte, dès lors, la preuve de la compétence législative au profit de la Colombie-Britannique ou du Canada. Encore faut-il, de part et d'autre, établir positivement un titre. Il ne peut suffire pour le gouvernement canadien, de montrer que l'État-membre n'avait pas droit au bénéfice des ressources de la mer territoriale et du plateau continental en 1871 car aux termes des règles du partage, il n'est pas bénéficiaire automatiquement du résidu. Il lui fallait établir son titre de propriété.

L'avis de la cour

A l'unanimité la Cour Suprême du Canada⁸² a exprimé l'avis que l'État fédéral détient à la fois des droits de propriété et la compétence

⁷⁸ [1898] A.C. 700, p. 709. Cité comme autorité par DUFF dans : *In re : Employment of Aliens*, (1922) 63 R.C.S. 293, p. 318 ; *Ontario Mining v. Seybold*, [1902] A.C. 73, p. 82, Lord DAVEY.

⁷⁹ La Cour Suprême dans l'affaire du Texas a en effet expressément confondu les deux notions de souveraineté et de propriété. Il faut ajouter à cela que la fédération américaine a été constituée près de 100 ans plus tôt que la fédération canadienne.

⁸⁰ Pour une application récente de cette théorie, voir : J. CARTWRIGHT au nom de la cour dans *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663, p. 671.

⁸¹ Il faut noter d'ailleurs que certains titres de compétence prioritaires du Parlement permettent à ce dernier d'influer sensiblement d'une manière indirecte sur les conditions d'exercice du droit de propriété des provinces, *v.g.* en matière de navigation ou d'affaires indiennes.

⁸² Le tribunal était composé des juges CARTWRIGHT, FAUTEUX, ABBOTT, MAETLAND, JUDSON, RITCHIE et SPENCE.

législative à l'égard des ressources minérales de la mer territoriale et du plateau continental sur la côte ouest du pays.

Cet avis est important à plusieurs égards. Sur le plan politique, bien sûr il assure au gouvernement fédéral une position de force dans toute négociation ultérieure avec les États-membres en vue d'un règlement définitif du problème⁸³. Tout transfert de bénéfice au profit de ces derniers, est-il besoin de l'ajouter, prendra saveur de concession faite d'une bonne grâce compensatoire de... qui sait combien de points d'impôt sur le revenu ? Mais laissons aux politologues l'analyse de la situation politique. Sur le plan juridique l'avis n'a de portée qu'à l'égard des ressources de la côte ouest. Néanmoins plusieurs motifs énoncés par la Cour débordent la considération de l'espèce soumise et sont applicables sur la côte est. Enfin l'avis contient certaines indications révélatrices de l'opinion de la Cour sur l'épineuse question de la compétence en matière de relations internationales.

Les motifs de l'avis ne sont pas toujours aisément repérables dans ce texte de 30 pages où le fil du raisonnement juridique semble tantôt embarrassé de casuistique et tantôt si mince qu'on a peine à le suivre. Abondantes sur la mer territoriale, les notes sont sommaires sur le plateau continental. Espérons rendre justice à leur auteur en les résumant à la manière que voici :

I — La mer territoriale⁸⁴

- | | |
|-------------------------|--|
| <i>Postulat de base</i> | 1. Pour réussir dans ce renvoi la Colombie-Britannique doit établir que la mer territoriale faisait partie de son territoire en 1871 lors de son admission dans la fédération canadienne. En effet aux termes du <i>B.N.A. Act</i> de 1871 (34-35 Vict., chap. 28, art. 2) les frontières d'un État-membre de la fédération ne peuvent être modifiées que par une loi fédérale adoptée |
|-------------------------|--|

⁸³ Ces négociations devront fatalement avoir lieu de l'aveu même du premier ministre du Canada : « Advenant que la Cour Suprême décide que les droits miniers en bordure des côtes appartiennent au gouvernement fédéral, des arrangements équitables pouvant alors être négociés avec les provinces côtières [...]. Le gouvernement du Canada est disposé à étudier toute proposition qui serait raisonnable dans les circonstances [...] toute incertitude juridique doit disparaître afin d'établir une base solide à des ententes satisfaisantes. » Déclaration ministérielle inaugurale de la conférence fédérale-provinciale du 19 juillet 1965, MINISTÈRE DE L'ÉNERGIE, *op. cit. supra*, note 54, doc. 2-65102/65-7, pp. 1 et 2.

⁸⁴ Il ne semble pas possible de présenter l'opinion de la cour selon les subdivisions suggérées par les termes de renvoi au-delà de la division bipartite (mer territoriale — plateau continental).

avec le consentement de l'État intéressé. Or aucune mesure législative à cet effet n'a été adoptée depuis.

L'absence de titre de propriété de la Colombie-Britannique

2. En 1871 la mer territoriale ne faisait pas partie du territoire de la colonie de Colombie-Britannique et cette dernière n'y détenait aucun droit de propriété car :

- a) selon la *common law*, le territoire britannique dans ses parties baignées par la mer, s'arrêtait, à cette époque, à la ligne de basse mer (*R. v. Keyn*, 1876, 2 Ex. D. 63 confirmée par *Harris v. Franconia*, 1877, 2 C.P.D. 173 et *Blackpool Pier Co. v. Fylde Pnion*, 1877, 36 L.T. 251). Les droits de propriété reconnus en droit international dans la zone de 3 milles et qui peuvent être établis par traité ou usage prolongé n'étendent en aucune façon le royaume d'Angleterre « so as to make the conceded portion liable to the common law, or to vest the soil of the bed in the Crown. This must be done by the Act of the Legislature ». (Coulson and Forbes, *On Waters*, 6^e éd., 1952, p. 12 : cité par la Cour comme autorité).
- b) La prétention de la Colombie-Britannique est en outre incompatible avec la portée du *Territorial Waters Jurisdiction Act 1878*, loi anglaise adoptée à la suite de l'arrêt *R. v. Keyn*. Également incompatibles : deux lois fédérales, l'une de 1867 portant sur les douanes et l'autre de 1868 sur la pêche⁸⁵ qui qualifient les eaux de la mer territoriale de « British Waters ».
- c) Le concept de la mer territoriale n'a rien de commun avec celui du « narrow seas limit » élaboré par Selden et Hale (*A.G. for B.C. v. A.G. for Canada* [1914] A.C. 153) et le point de départ en droit international réside maintenant dans la Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë signée par le Canada.

⁸⁵ *Customs Act* (1867) 31 Vict., chap. 6, art. 83 ; *An Act respecting Fishing by Foreign Vessels*, (1868) 31 Vict., chap. 61, art. 1.

- d) L'histoire coloniale de la Colombie ne révèle aucune délégation au profit de son gouverneur ou de son parlement des droits qui ont été revendiqués par la Couronne britannique dans la mer territoriale adjacente à ses possessions et territoires.

*Dévolution
du titre de
propriété de
la Couronne
britannique à
la Fédération
canadienne*

3. Les droits dans la mer territoriale revendiqués par la Couronne britannique au nom de la colonie de Colombie-Britannique le furent, après 1871, par la Couronne britannique au nom du Dominion.
 - a) La loi anglaise de 1878 constitue une revendication très claire de juridiction au nom du Dominion du Canada qui ne possédait, avant 1919, qu'une compétence limitée à l'égard de la mer territoriale : à preuve les deux lois fédérales de 1867 et 1868 ; la qualification « territorial waters of Canada » ne peut être trouvée qu'en 1928 dans les statuts fédéraux.
 - b) Maintenant le Canada est indiscutablement un État souverain (*i.e.* dégagé de l'Empire britannique) possédant la pleine capacité constitutionnelle d'acquérir les nouveaux territoires et les nouvelles compétences autorisées par le droit international. La mer territoriale actuellement revendiquée par le Canada (et non plus par la Couronne britannique) a été définie dans la Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche⁸⁶. L'effet de cette loi combinée avec la Convention de Genève de 1958 est le suivant : le Canada est reconnu en droit international « as having sovereignty over a territorial sea three nautical miles wide. It is part of the Territory of Canada » (p. 816).
4. Et la cour poursuit immédiatement, à la suite de ce constat : « The sovereign state which has the property in the bed of the territorial sea adjacent to British Columbia is Canada. At no time has British Columbia, either as a colony or a province had property in these lands. It is the sovereign State of Canada that

⁸⁶ (1964) 13 *Eliz. II*, chap. 22, art. 3.

has the right, as between Canada and British Columbia to explore and exploit these lands, (p. 816)

*La compétence
législative
de l'État
central*

5. and Canada has exclusive jurisdiction⁸⁷ in respect of them either under s. 91 (1) (a) of the *British North America Act* or under the residual power in s. 91. British Columbia has no legislative jurisdiction since the lands in question are outside its boundaries. The lands under the territorial sea do not fall within any of the enumerated heads of s. 92 since they are not within the province.

Legislative jurisdiction with respect to such lands must, therefore, belong exclusively to Canada, for the subject matter is one not coming within the classes of subjects assigned exclusively to the legislatures of the provinces within the meaning of the initial words of s. 91 and may, therefore, properly be regarded as a matter affecting Canada generally and covered by the expression « the peace, order and good government of Canada ».

The mineral resources of the lands underlying the territorial sea are of concern to Canada as a whole and go beyond local or provincial concern or interests.

Moreover, the rights in the territorial sea arise by international law and depend upon recognition by other sovereign states. Legislative jurisdiction in relation to the lands in question belongs to Canada which is a sovereign state recognized by international law and thus able to enter into arrangements with other states respecting the rights in the territorial sea.

Canada is a signatory to the Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone and may become a party to other international treaties and conventions affecting rights in the territorial sea.

We answer Questions 1(a), 1(b) and 1(c) in favour of Canada. » (pp. 816-817).

⁸⁷ La division est introduite par nous car il s'agit d'un problème différent bien que la cour ait estimé devoir les lier dans une même phrase. La citation est textuellement reproduite.

II – Le plateau continental

Après avoir souligné la date récente de l'élaboration de la notion de plateau continental, référé à la proclamation Truman de 1945, cité des extraits de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, référé aux lois américaine et anglaise sur le sujet, la cour exprime son opinion, avec une brièveté qui rend inutile toute tentative de résumé :

« As with the territorial sea, so with the continental shelf. There are two reasons why British Columbia lacks the right to explore and exploit and lacks legislative jurisdiction :

(1) The continental shelf is outside the boundaries of British Columbia, and

(2) Canada is the sovereign state which will be recognized by international law as having the rights stated in the Convention of 1958, and it is Canada, not the Province of British Columbia, that will have to answer the claims of other members of the international community for breach of the obligations and responsibilities imposed by the Convention.

There is no historical, legal or constitutional basis upon which the Province of British Columbia could claim the right of explore and exploit or claim legislative jurisdiction over the resources of the continental shelf.

We answer Questions 2 (a) and 2 (b) in favour of Canada. » (p. 821).

Le postulat de base

La première proposition à propos de la mer territoriale témoigne d'une conception étroite de la notion de frontière.

« The British North America Act 1871 [...] by s. 3 [...] provides for the alteration of the limits of the provinces [...] There has never been any alteration of the limits of the Province of British Columbia pursuant to this section and there is no provision for extending the limits in any other way [...] Therefore, to succeed on this Reference, British Columbia must show that the territorial sea was, in 1871, part of the territory of British Columbia » (p. 801). Ainsi confine-t-on la Colombie-Britannique à faire la preuve historique de ses droits. Au surplus, dans l'analyse de cette preuve la cour exigera,

pour donner raison à la Colombie-Britannique, la preuve d'une délégation explicite de pouvoir « We are not disputing the proposition that while British Columbia was a Crown Colony the British Crown might have conferred upon the Governor or Legislature of the colony rights to which the British Crown was entitled under international law but the historical record of the colony does not disclone any such action » (p. 808).

Ce postulat apparaît très contestable à plusieurs égards.

1. Il est réfractaire aux notions de contiguïté naturelle et « d'appartenance » au territoire terrestre qui ont permis d'élaborer, en droit international, les concepts de mer territoriale et de plateau continental⁸⁸.

2. Il conduit surtout la cour à forcer des textes pour les appliquer à des réalités que le législateur n'a manifestement pas eu l'intention de régir en l'édicant. En effet le *B.N.A. Act* de 1871 visait essentiellement à confirmer la compétence du Parlement canadien⁸⁹ pour l'établissement de nouvelles provinces à même les territoires inorganisés et la représentation parlementaire de ces territoires⁹⁰. Après l'article 2 précisément confirmatif de ces compétences et avant les articles 4, 5 et 6 également confirmatifs de la compétence du Parlement pour l'administration, la paix, l'ordre et le bon gouvernement des territoires non organisés (art. 4) et plus spécifiquement de la validité de certaines lois fédérales (art. 5) notamment celle relative à la province du Manitoba qui ne pourra être modifiée, selon l'article 6, que du consentement de cette province, la loi contient un article 3 libellé comme suit :

« The Parliament of Canada may from time to time, with the consent of the Legislature of any Province of the said Dominion, increase,

⁸⁸ Voir : R. YOUNG, « The Legal Status of Submarine areas beneath the High Seas », (1951) 45 *Am. Journal of Int. L.* 225-239, D. P. O'CONNELL, *op. cit. supra*, note 19.

⁸⁹ 34-35 Vict., chap. 28, préambule :

« Whereas doubts have been entertained respecting the powers of the Parliament of Canada to establish Province in Territories admitted, or which may hereafter be admitted, into the Dominion of Canada, and to provide for the representation of such Provinces in the said Parliament, and it is expedient to remove such doubts and to vest such powers in the said Parliament : Be it enacted . . . » Une règle élémentaire d'interprétation statutaire d'ailleurs reproduite dans nos lois d'interprétation, dispose que le préambule d'une loi sert à l'expliquer . . . Voir aussi la déclaration du sous-secrétaire d'État devant le Comité spécial d'enquête sur l'A.A.N.B. en 1915 : « Cette loi avait pour objet de résoudre une question douteuse : celle de la compétence du Parlement canadien pour créer de nouvelles provinces à même les territoires de l'Ouest et pour leur donner des constitutions et une représentation dans le Parlement fédéral » (p. 32) cité par OLLIVIER, *op. cit. supra*, note 74, p. 111, note 1.

⁹⁰ Sur le sens de cette loi, voir également : le renvoi au sujet de l'article 17 de la loi de l'Alberta, [1927] R.C.S. 364, p. 367, J. NEWCOMBE au nom de la cour, confirmé par *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*, [1951] R.C.S. 190.

diminish, or otherwise alter the limits of such Province, upon such terms and conditions as may be agreed to by the said Legislature, and way, with the like consent make provision respecting the effect and operation of any such increase or diminution or alteration of territory in relation to any Province affected thereby.»

Lue dans son contexte cette disposition ne peut manifestement pas s'appliquer à une extension de territoire dans la mer territoriale. Elle prévoit une procédure destinée à assurer la protection des intérêts des États-membres en regard de l'exercice par le Parlement de son pouvoir de constituer de nouvelles provinces. Il apparaît très difficile de lui donner une portée générale au point d'y voir la *seule procédure* selon laquelle des modifications de frontière peuvent être opérées au Canada.

3. Ce postulat reposant sur une interprétation non conforme à l'intention exprimée du législateur est en outre contraire aux conclusions mêmes de la cour. En effet la procédure du *B.N.A. Act* de 1871 ne peut s'appliquer qu'aux modifications frontalières faites sur le territoire canadien. Or la cour a estimé que la mer territoriale ne faisait pas partie du territoire de la fédération en 1871 et qu'elle n'y fut intégrée que par l'effet combiné de la signature de la convention de 1958 et de la loi de 1964. Comment alors déduire qu'une procédure, inapplicable en l'espèce, eût été la seule façon pour la Colombie-Britannique, d'acquérir, après 1871, des droits dans la mer territoriale ? D'ailleurs l'interprétation donnée par la cour de l'article 3 de la loi impériale de 1871 ne correspond pas toujours à la pratique suivie dans les conflits frontaliers⁹¹ au Canada depuis 1867.

4. Il est permis de voir une certaine filiation avec l'opinion du juge MacDonald de la Cour Suprême de la Nouvelle-Écosse dans les renvois relatifs à la *Dominion Coal Co. Ltd. and County of Cape Breton* et la *Nova Scotia Steel and Coal Co. Ltd. and County of Cape Breton*⁹². En effet, l'opinion du juge MacDonald repose sur les prémisses suivantes : « that a territorial boundary can only be extended by statutory authority ; and that international law cannot operate to extend in territorial waters as a matter of domestic law »⁹³. Mais dans la mesure où l'extension de territoire est faite en vertu d'un principe universellement reconnu dans l'ordre international, ce postulat reçoit une exception importante : le principe est intégré *ipso jure* à la *common law* et le territoire ainsi ajouté, au territoire de l'État. L'autorité de

⁹¹ Voir : A. F. N. POOLE, « The Boundaries of Canada », (1964) 42 *R. du B. Can.* 100.

⁹² (1963) 40 D.L.R. (2^d) 593, p. 631.

⁹³ *Ibidem*. Cette affirmation est appuyée sur des *dicta* dans l'arrêt *R. v. Keyn*, *supra*, note 18, pp. 75, 194, 200-3, sur *COULSON and FORBES*, *supra*, page 27, aux pp. 6-8 et sur la décision *Gavin v. The Queen*, (1965) 3 D.L.R. (2^d) 547.

Coulson et Forbes sur ce point doit être pesée en regard de celle d'auteurs tout aussi prestigieux ⁹⁴. Quant à la décision de la majorité dans l'arrêt *R. v. Keyn* que la cour invoque également dans le présent renvoi en citant les notes du juge Lush ⁹⁵, son autorité sur cette question ne peut être acceptée. En effet si l'on peut discuter comme on le verra plus loin, sur la portée générale de la décision *R. v. Keyn* et notamment sur la rectitude de sa déclaration de l'état de la *common law* en 1876, il faut admettre, en bonne technique juridique, qu'elle ne peut recevoir d'application au Canada pour ce qui est de l'intégration de la mer territoriale. Nos tribunaux ont en effet reconnu l'existence d'une mer territoriale canadienne bien avant qu'une loi ne vienne la définir. La reconnaissance est implicite dans plusieurs décisions de la Cour Suprême et de la Cour de l'Échiquier prises entre 1880 et 1917, entre autres dans : *Mowat v. McFee* ⁹⁶, *The Grace* ⁹⁷, *The Ship Frederick Gerring Jr. v. The Queen* ⁹⁸, *Carlson v. The King* ⁹⁹ et *The Schooner John J. Fallon v. The King* ¹⁰⁰. On pourrait arguer à l'encontre de certaines d'entre elles qu'elles ont été prises à l'issue de litiges nés dans le cadre de l'interprétation d'un traité. Mais cet argument ne tient pas à l'encontre d'une prise de position ultérieure (1931) de la Cour Suprême dans l'affaire *The Ship May v. The King* ¹⁰¹ où l'on trouve une reconnaissance claire et explicite de la mer territoriale. Le juge Lamont, au nom de la cour a ainsi motivé l'interprétation restrictive qu'il fallait donner à l'exception

⁹⁴ WEST LAKE, *op. cit. supra*, note 41, p. 498, BLACKSTONE, *Comm.* IV ch. 5. LAUTERPACHT, *International Law*, (1955) pp. 35-37, p. 39 : « the rules of customary international Law as are either universally recognized or have at any rate received the assent of this country are *per se* part of the law of the land [...] A part from isolated *obiter dicta*, it has never been denied by judges ». Voir aussi *Central Gold Mining v. The King*, (1902) 2 K.B. 391.

⁹⁵ « International law... cannot enlarge the area of our municipal law, nor could treaties with all the nations of the world have that effect. That can only be done by Act of Parliament », [1876] 2 Ex. D. 63, à la p. 239.

⁹⁶ (1880-81) 5 R.C.S. 66.

⁹⁷ (1893-95) 4 R.C. de l'E. 283.

⁹⁸ (1897) 27 R.C.S. 271.

⁹⁹ (1914) 49 R.C.S. 180.

¹⁰⁰ (1917) 55 R.C.S. 348.

¹⁰¹ [1931] R.C.S. 374. La cour était composée, outre du juge LAMONT, des juges NEWCOMBE, RINFRET, CANNON et MACLEAN. Un navire de pêche étranger avait pénétré dans les eaux territoriales canadiennes et pour justifier l'exemption de l'application de nos lois douanières son capitaine a invoqué la nécessité causée par le mauvais temps (*stress of weather*) de même que le traité de 1818 entre la Grande-Bretagne et les États-Unis. La cour a estimé que ce traité ne s'appliquait pas, en matière de pêche, à la mer territoriale du côté du Pacifique. Elle a en outre décidé qu'en l'espèce le capitaine n'avait pas réussi à établir la « nécessité atmosphérique » qui eût pu l'exempter de l'application de la loi. La cour a estimé que cette exception à l'application de la loi devait s'interpréter restrictivement parce qu'elle constituait un accroc à la souveraineté de l'État sur son territoire, accroc qui n'est possible que par traité ou statut.

de nécessité « atmosphérique » qui permettait à un navire étranger d'entrer dans les eaux territoriales canadiennes sans se voir appliquer nos lois douanières :

« It is a well recognized principle, both in this country and in the United States, that the jurisdiction of a nation is exclusive and absolute within its own territory, of which its territorial waters within three marine miles from shore are as clearly a part as the land. All exceptions therefore to the full and complete power of a nation within its own territory must be traced to the consent of the nation itself given as a general rule by treaty, convention or statute. From this it follows that each nation has the absolute right to prescribe the conditions upon which the vessels of another nation will be permitted to enter its territorial waters » ¹⁰².

On aura noté que l'approche du juge Lamont est à l'opposé de celle du juge Lush dans l'arrêt *R. v. Keyn*. L'intégration de la mer territoriale au territoire de l'État est acquise et seuls un traité ou un statut peuvent venir y limiter l'exercice par l'État côtier de sa souveraineté.

Le principe de l'intégration a également été explicitement reconnu, quatre ans plus tard, par le juge Angers de la Cour d'Échiquier dans l'arrêt *Lawrence Cashin and Lewis v. The King* dans les termes suivants :

« The national territory of a state consists of land and water. The maritime territory includes inter alia, harbours, ports, mouths of rivers and estuaries, bays and parts of the sea enclosed by head lands. It is the general, although not the universal, usage of nations to recognize to a littoral state an exclusive territorial jurisdiction over the sea for a distance of one marine league, subject however to the right of innocent passage » ¹⁰³.

Le Comité judiciaire du Conseil privé avait exprimé l'opinion en 1914 ¹⁰⁴ et en 1921 ¹⁰⁵ que le problème de la parité juridique du territoire de la Couronne et de la mer territoriale n'était pas réglé. Ces *dicta* rapportés dans le présent renvoi ne font que confirmer le peu d'autorité de

¹⁰² *Ibidem*, p. 380.

¹⁰³ [1935] R.C. de l'E. 103, p. 113. Il faut noter que le « although not the universal » de la citation ne peut que référer à l'étendue de la mer territoriale et non pas à son existence. A cette époque un consensus universel existait sur ce qui apparaît décrit ici un minimum. Les États qui n'étaient pas d'accord avec cette définition réclamaient tous davantage soit en étendue ou, qualitativement, sur la nature du droit réclamé.

¹⁰⁴ *A.G. for B.C. v. A.G. for Canada*, [1914] A.C. 153, p. 174 : « Until then the conflict of judicial opinion which arose in *R. v. Keyn* is not likely to be satisfactorily settled, nor is a conclusion likely to be reached on the question whether the shore below low-water mark to within three miles of the coast forms part of the territory of the Crown or is merely subject to special powers necessary for protective and police purposes. The obscurity of the whole topic is made plain in the judgment of C. J. COCKBURN in that case. But apart from these difficulties, there is the decisive consideration that the question is not one which belongs to the domain of municipal law alone. »

¹⁰⁵ *A.G. for Canada v. A.G. for Quebec*, (1921) 1 A.C. 413, p. 431.

la décision *R. v. Keyn* sur ce point et devraient interdire de l'invoquer à l'appui de toute prétention sur les rapports entre la *common law* et le droit international, surtout dans le domaine qui nous intéresse. Comme par ailleurs ils sont antérieurs à la décision *The Ship May* ils ne portent pas préjudice à son autorité.

Ce postulat de base fort contestable porte des conséquences capitales. En plus de confiner la Colombie à une preuve historique, il produira une inégalité des chances entre les parties intéressées au présent renvoi au profit du gouvernement canadien. Le fardeau de la preuve, en effet, repose sur la Colombie-Britannique, placée dans la situation du demandeur, ce qui implique au départ que, dans l'hypothèse où la preuve est jugée insuffisante, les droits et pouvoirs seront dévolus au gouvernement canadien. La preuve de ce dernier pourra n'être que négative, la dévolution lui profitera à titre de légataire universel de tout ce qui n'est pas établi hors de tout doute comme attribué à l'État-membre. La trame de ce raisonnement n'apparaît pas explicitement dans l'opinion de la cour. Néanmoins elle y est sous-jacente et conditionne l'analyse étonnamment faible qui conduit le juge à reconnaître des droits de propriété au gouvernement fédéral. Là se trouve, de plus, la seule explication du succès non moins étonnant, de l'argumentation sommaire et pauvre du gouvernement fédéral au soutien de ses droits¹⁰⁶. Elle a conduit, enfin, la cour à utiliser deux poids et deux mesures dans l'appréciation de la preuve : elle a estimé d'une part que la Colombie devait, pour réussir, faire la preuve d'une attribution expresse par la Couronne de droits dans la mer territoriale et elle a jugé, d'autre part, que ces droits ont été dévolus au gouvernement canadien sans exiger la preuve d'un acte d'attribution expresse¹⁰⁷.

Confiner la Colombie-Britannique à la preuve de l'état du droit en 1871 équivalait, notons-le enfin, à décider à l'avance de l'issue de la cause pour ce qui est des droits d'exploration et d'exploitation du plateau continental. On l'a vu, ces droits n'étaient pas reconnus aux États côtiers par le droit international en 1871 et, dès lors, dès le départ, inaccessibles à la Colombie.

¹⁰⁶ La faiblesse du mémoire du gouvernement canadien dans cette affaire a été soulignée ailleurs. V.: BROSSARD, *loc. cit. supra*, note 8, pp. 356, 357, note marquée d'un astérisque.

¹⁰⁷ On aurait pu, au moins, considérer l'arrêté en conseil impérial de 1880 visant à annexer au Dominion « Tous les territoires et possessions britanniques dans l'Amérique du Nord ne formant pas partie déjà du Dominion du Canada » arrêté en conseil de Sa Majesté annexant au Dominion du Canada les territoires et possessions britanniques de l'Amérique du Nord ne faisant pas déjà partie du Canada, 1880, *in* OLLIVIER, *op. cit. supra*, note 74, p. 184 ; S.R.C. 1952, vol. VI, p. 6655.

Le postulat de départ, pour le moins très contestable, a donc conditionné d'une manière déterminante les raisonnements de la cour tant pour la négation des droits de la Colombie que pour l'affirmation de ceux de l'État central.

La négation des droits de la Colombie-Britannique

Les frontières de la Colombie-Britannique ont été décrites dans deux lois impériales de 1863 et 1866¹⁰⁸. La frontière ouest y est définie par les termes « the Pacific ocean ». La définition n'a donc rien de limitatif. On l'aurait déterminée par l'expression « along the shores of the Pacific ocean » que le problème ne se poserait pas de savoir si la mer territoriale faisait partie du territoire colombien en 1871. C'est, par exemple, le cas de la frontière septentrionale du Québec établie, en 1912, « along the shores » de la Baie du détroit d'Hudson et de la Baie d'Ungava¹⁰⁹ ce qui semble exclure¹¹⁰ toute prétention québécoise dans les eaux territoriales adjacentes. Il en serait de même si la frontière avait été tracée par la « coast line » que le Comité judiciaire du Conseil privé a définie dans l'arrêt *Esquimalt and Nanaimo Railway v. Treat*¹¹¹ comme signifiant généralement la ligne des hautes eaux. Contrairement à ces deux expressions, les termes définissant la frontière ouest de la Colombie apparaissent très larges et n'excluent, *a priori*, aucune prétention à des droits dans une portion de territoire considérée comme un prolongement de la côte. On pourrait même en tirer, par voie comparative, un argument exégétique au soutien de la réclamation colombienne. Mais il ne paraît pas avoir été évoqué devant la cour qui ne l'a pas considéré.

La *common law*, selon son opinion unanime, définissait la frontière du « Royaume » en 1871 par la ligne de marée basse. Sur ce point elle considère l'arrêt *R. v. Keyn* (1876) comme une autorité.

Par une majorité de 7 contre 6, la Chambre des Lords avait décidé, dans cette affaire que la juridiction de la Central Criminal Court (à

¹⁰⁸ *Lois du 28 juillet 1863 et du 6 août 1866* dans R.S.B.C. 1911, vol. IV, p. 266 et p. 273. Aucun changement n'a été fait en 1871 au moment de l'admission de la colonie dans la fédération canadienne.

¹⁰⁹ La frontière septentrionale du Québec a été reculée vers le nord à deux reprises depuis 1867 : d'abord en 1898 par l'effet de la *loi fédérale* 61 Vict., chap. 3 à laquelle le Parlement québécois a acquiescé par la loi 61 Vict., chap. 6 (1898 S.Q., chap. 6) et en 1912 par l'effet combiné des lois fédérale 2 Geo. V, chap. 45 (1912 S.C., chap. 45) et provinciale, 2 Geo. V, chap. 7 (1912 S.Q., chap. 7).

¹¹⁰ Voir : LAFOREST, *op. cit. supra*, note 16, p. 22.

¹¹¹ (1919) 3 W.W.R. 356.

laquelle avait été attribuée la compétence de l'ancienne Cour d'Amirauté) ne s'étendait pas à un acte criminel commis à bord d'un navire étranger à moins de trois milles des côtes par un ressortissant étranger. A propos de cette décision qui n'a pas manqué d'étonner les juristes de cette époque ¹¹² deux ordres de considérations doivent être distingués : d'une part la recherche de sa *ratio decidendi* et, d'autre part l'évaluation de son autorité.

Sur la première question on pourrait discuter longuement. L'incohérence des motifs des juges de la majorité ¹¹³ autorise toutes les interprétations et celle de la cour vaut toutes les autres. Les deux décisions de 1877 qu'elle invoque paraissent lui donner raison. Admettons donc au départ que la *ratio* de la décision *Keyn* réside dans l'application d'un principe de *common law* selon lequel la frontière du « Royaume », à cette époque est définie par la ligne de marée basse.

Mais toute la question de savoir si une telle décision doit ou ne doit pas être suivie dans l'espèce présente est fonction de l'autorité que l'on accorde à la *ratio decidendi* laquelle, selon la technique anglo-saxonne, ne prend valeur normative qu'à certaines conditions. L'attitude catégorique de la cour à propos de l'autorité de la *ratio decidendi* de la décision *Keyn* présente un contraste frappant avec celle du Conseil privé qui a manifesté à deux reprises ¹¹⁴ de fortes réserves sur sa portée définitive. Aucun élément nouveau ne paraît pourtant justifier une modification de cette ligne de prudence. Au contraire, la fragilité de l'autorité de cette décision semble apparaître de plus en plus nettement à la lumière des recherches historiques publiées depuis.

Au départ la décision, au mérite, est manifestement mal fondée. Une ordonnance des commissaires du port de Douvres au large duquel le litige est né, avait étendu en 1848 les limites du port à une distance de 3 milles de la ligne de marée basse ¹¹⁵. Comme l'a souligné Lord Cairns lors du débat relatif au *Territorial Waters Jurisdiction Act 1878*, la cour a ignoré, dans la décision *Keyn*, ce texte fondamental et la lecture des notes du juge Lush (reproduites dans le présent renvoi comme résu-

¹¹² Voir : KORFF, *op. cit. supra*, note 24, p. 140.

¹¹³ L'un d'entre eux a même expressément admis l'intégration de la mer territoriale au territoire britannique.

¹¹⁴ Voir : *supra*, notes 104 et 105.

¹¹⁵ Prise en vertu d'une Loi de 1848 sur les douanes, « authorizing the Lords of the Treasury to establish ports in many places where ports were required and to define their limits ». *Hansard* précité à la note 25 ; elle a été publiée dans le *London Gazette* du 3 mars 1848.

mé de l'opinion de la majorité) suffisent à convaincre que l'eût-elle considéré, sa décision aurait été différente ¹¹⁶.

Par ailleurs le motif admis comme déterminant dans cet arrêt est nettement contraire à un poids considérable d'autorités contemporaines ou antérieures dût-on exclure Selden et Hale dont les concepts en la matière, admettons-le, n'ont aucune mesure avec la mer territoriale telle que définie aujourd'hui. La doctrine, la jurisprudence, l'opinion du gouvernement et du Parlement britanniques ¹¹⁷ et la pratique internationale ¹¹⁸ contredisent carrément le raisonnement de la Chambre des Lords dans cette affaire. Chacun admettra d'emblée que la fragile autorité d'une telle décision, si elle peut justifier un motif surabondant ne peut certes pas fonder à elle seule un jugement ultérieur. Or l'examen des motifs de la cour dans le présent renvoi révèle que l'autorité de la décision *Keyn* constitue l'unique fondement juridique de la négation des droits de la Colombie-Britannique.

En effet, tous les autres arguments invoqués par la cour ne résistent pas à l'analyse critique. L'incompatibilité de la thèse colombienne avec la portée du *Territorial Waters Jurisdiction Act 1878* est une affirmation reposant sur un raisonnement spécieux. Si un acte criminel avait été commis, en 1879, à moins de trois milles de la côte de la Colombie, bien sûr le droit criminel anglais eût été applicable comme l'estime la cour. Les termes de la loi anglaise de 1878 le rendait applicable à la mer territoriale de tous les *dominions*. De là, la cour conclut : « The legislation is inconsistent with any theory that in 1878 the Province of British Columbia possessed as part of its territory the solum of the territorial sea » (p. 805). Admettre ce raisonnement c'est admettre l'inexistence du territoire canadien en 1879. En effet si l'applicabilité d'une loi criminelle anglaise sur une portion de territoire est incompatible avec sa qualité de territoire colombien, il en va de même de tout le territoire canadien où les lois criminelles anglaises étaient applicables en 1879 pour autant qu'elles n'avaient pas été abrogées par les législatures locales ¹¹⁹.

¹¹⁶ « If Sir Robert Lush had found that, in the particular place Parliament had stepped in and said that that portion of the water was part of the United Kingdom, he would have been of opinion that the Crown had territorial jurisdiction over it, and that the conviction ought not to be quashed. It was fortunate for the prisoner [...] that Mr. Justice Lush was under the impression that had not been done which really had been done. » *Hansard* précité, p. 1604.

¹¹⁷ Voir : *supra*, notes 22, 25, 26, 29 à 33.

¹¹⁸ Voir : *supra*, notes 22, 35 à 37.

¹¹⁹ Voir sur ce point l'avis du juge DUFF dans le renvoi *In re : Charles Dean*, (1910-13) 48 R.C.S. 235, p. 237.

Quant à l'argument tiré des deux lois fédérales de 1867 et de 1868 ¹²⁰ où la mer territoriale est qualifiée de *British Waters*, il est assez étonnant. Il s'agit là de deux actes unilatéraux émanant de l'une des « parties » à la contestation. Ils ne prouvent rien. A partir du moment où on les a admis en preuve, il aurait fallu également considérer les actes unilatéraux de la Colombie-Britannique assumant l'*imperium* sur la mer territoriale. La cour ne l'a pas fait car là se trouvait précisément la question en litige et ces actes unilatéraux tels que les arrêtés en conseil émettant des permis d'exploration n'ont aucune force probante. Pourquoi attribuer à deux actes fédéraux cette vertu ? Poser la question, c'est y répondre.

L'argument postulant que le « logical starting point », du droit de la mer territoriale se situe en 1958 au moment de la Convention de Genève n'a même pas d'apparente plausibilité. On a omis de considérer la décision de 1931 dans l'affaire du *May*.

Enfin, le constat de carence d'un acte de délégation au profit de la Colombie ne mène nulle part car, on l'a vu, il est la conséquence d'un postulat de base pour le moins contestable.

Le fondement légal de la négation des droits de la Colombie-Britannique qui réside essentiellement dans l'autorité de la décision *Keyn* apparaît donc, pour le moins, fragile.

L'affirmation des droits de l'État fédéral

Le fondement juridique des droits miniers dans la mer territoriale doit être distingué du fondement de la compétence législative à l'égard de cette portion de territoire. On l'a vu, en droit constitutionnel canadien, les règles du partage de la propriété publique diffèrent essentiellement de celles de la compétence législative. La cour a tenu compte de la distinction à l'égard de la mer territoriale mais l'a ignoré dans le cas du plateau continental. Sans doute a-t-elle considéré avec la majorité des auteurs ¹²¹ qu'il a un caractère extraterritorial, l'État n'y exerçant que des compétences limitées et, dès lors devait-on s'interdire de parler du partage de la propriété publique, limité, lui, au territoire canadien.

a) Les droits d'exploration et d'exploitation

L'affirmation des droits de l'État fédéral résulte d'une analyse historique douteuse et d'une allégation sans fondement juridique. Selon

¹²⁰ Voir : *supra*, note 85.

¹²¹ Voir : *supra*, note 109.

la cour la mer territoriale serait demeurée un territoire britannique jusqu'à l'achèvement du statut souverain du Canada. Ensuite, elle aurait été intégrée au territoire canadien par suite de l'activité des organes de l'État fédéral, et, partant, tous les droits d'exploration et d'exploitation des gisements miniers qu'elle renferme doivent être attribués au gouvernement central.

L'analyse historique est absolument incompatible avec l'arrêté en conseil impérial de 1880 « annexant au Dominion du Canada les territoires et possessions britanniques de l'Amérique du Nord ne faisant pas déjà partie du Canada »¹²². Également incompatibles avec cette théorie : les lois fédérales¹²³ applicables dans la mer territoriale avant l'adoption du Statut de Westminster. Le territoire du Canada se définit en effet comme l'aire de validité des lois et règlements de l'État central. Le juge Sedgewick le définissait déjà clairement en 1905 dans l'affaire *C.P.R. v. James Bay Co.*¹²⁴ :

« The territory of the Dominion, I take it, is all those lands and lands covered with water which form part of or are under The Parliamentary control of the Dominion ».

De plus, sur le territoire de la fédération canadienne, sauf pour la partie non organisée en province, les frontières des États-membres et celles de l'État central coïncident. Comme le souligne un auteur : « C'est conformément à ce principe que la Cour Suprême du Canada (en 1880) et la Cour Suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (en 1956) ont, par exemple, reconnu que la Baie des Chaleurs faisait partie des territoires du Québec et du Nouveau-Brunswick et *par conséquent* du territoire canadien »¹²⁵. L'idée d'un partage de la compétence entre l'État central et la métropole britannique, acceptée par la cour, est clairement incompatible avec cette définition du territoire canadien.

Est-il besoin de rappeler ici la décision dans l'affaire du navire *May* prise par la Cour Suprême en 1931, avant l'adoption du Statut de Westminster évidemment incompatible avec la théorie historique de la cour ?

Quant au reste, l'argument repose sur une double confusion entre les notions d'État et d'organe étatique, d'une part et, entre droit international et droit interne d'autre part.

¹²² Voir : *supra*, note 107.

¹²³ En matière de douanes et de pêche, surtout. Voir : J.-Y. MORIN, « La zone de pêche exclusive du Canada », 1964 *A.C.D.I.* 77.

¹²⁴ (1905) 36 R.C.S. 42, p. 70. Le juge GIBOUARD à la p. 77 s'exprime pour sa part ainsi : « I became convinced that the word territory in section 14 must be taken in its ordinary sense, that is jurisdiction. »

¹²⁵ J. BROSSARD, *loc. cit. supra*, note 3, p. 341 ; *Mowat v. McPhee*, (1880) 5 R.C.S. 66, p. 79 ; *Gavin v. The Queen*, (1956) 3 D.L.R. 547, p. 554.

Lorsque la cour affirme la souveraineté de l'État canadien reconnue dans l'ordre international, elle identifie appareil étatique fédéral et fédération canadienne. L'identification n'est qu'implicite car la formulation de ce passage de l'opinion ne révèle pas de lien de cause à effet entre l'attribution des droits au gouvernement canadien et l'affirmation de sa souveraineté. La cour se contente d'affirmer, après le constat d'intégration de la mer territoriale au territoire canadien, que les droits doivent être dévolus à l'État fédéral plutôt qu'à la Colombie-Britannique. On ne peut que présumer le lien avec ce qui précède. Mais comme l'argumentation fédérale devant la cour comportait ce lien et comme on peut difficilement imaginer un autre fondement juridique à invoquer au soutien de sa conclusion, on nous autorisera sans peine cette présomption.

Or la confusion entre les deux entités juridiques distinctes que sont la fédération canadienne et l'État fédéral est inacceptable sur le plan juridique. C'est la fédération canadienne et non pas l'État fédéral seul qui a émergé de l'Empire britannique dans l'ordre international. L'effet du Statut de Westminster a porté sur l'ensemble de la fédération composée d'États-membres et d'un État central qui se sont partagé la souveraineté nouvellement acquise. On ne peut soutenir le contraire à la lumière des décisions fort connues du Conseil privé qui ont défini la nature des rapports entre les États-membres et la métropole comme identiques à ceux qu'entretenait avec celle-ci l'État central et confirmé le statut d'égalité des onze appareils étatiques canadiens au sein de la fédération¹²⁶. Rien n'autorise la cour à conclure que l'État central bénéficie seul des droits ou pouvoirs rendus accessibles à la fédération par l'ordre international. Même en admettant que la mer territoriale ait été intégrée au territoire de la fédération par l'effet de l'activité législative et exécutive des organes de l'État central en 1958 et 1964 (ce qui n'est pas conforme à la vérité comme on l'a vu), il n'en résulte aucune appropriation de droits au profit du gouvernement fédéral. À l'égard du droit international et de ses sujets, l'État central n'a pu agir qu'au nom de la fédération car, on l'a vu, le droit international ne détermine pas quels sont, à l'intérieur des États, les organes compétents à poser des actes juridiques. Voir dans la Convention de Genève de 1958 une reconnaissance des droits de l'État central, c'est admettre une immixtion inacceptable du droit international et du droit consti-

¹²⁶ *Hodge v. The Queen*, (1884) 9 A.C. 117. *Maritime Bank v. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437. *In re : Initiative and referendum Act*, [1919] A.C. 935. Dans l'affaire des Conventions du travail, Lord ATKIN a de plus affirmé que la fédération canadienne détenait l'ensemble des pouvoirs législatifs, [1937] A.C. 326 ; voir aussi : *The King v. Carroll*, [1948] R.C.S. 126.

tutionnel canadien pour laquelle aucun fondement juridique ne peut être invoqué. Au contraire le *Labor Convention Case* a clairement posé la distinction des ordres juridiques et interdit la confusion sous peine de saper les bases du fédéralisme canadien ¹²⁷. La cour l'ignore totalement lorsqu'elle conclut que le Canada est reconnu en droit international comme État souverain possédant des droits dans la mer territoriale et que, *ergo* « it is the sovereign State of Canada that has the right as between Canada and British Columbia to explore and exploit these lands » (p. 816).

Une autre issue plus plausible s'offrait pourtant au tribunal une fois niés les droits de la Colombie au moment de son admission dans l'Union : celle du raisonnement par analogie fréquemment utilisé en jurisprudence lorsqu'on est en présence d'une lacune législative. Aucun fondement juridique ne permettant d'attribuer les droits miniers au gouvernement fédéral, il nous semble qu'il eût été plus logique d'appliquer, par analogie, les règles du partage de la propriété publique prévues aux articles 109 et 117 du *B.N.A. Act*. Même en admettant les prémisses de la cour sur l'extraterritorialité des droits sous-marins en 1871, rien n'empêche, selon la logique traditionnelle des tribunaux, de leur appliquer les règles de la loi constitutionnelle de 1867. Celles-ci visent à attribuer, on le sait, le résidu de la propriété publique aux États-membres d'une part, et le résidu des compétences étatiques à l'État fédéral, d'autre part. Or chacun sait que ce dernier n'a pas été limité aux « matières » existant en 1867 mais inclut traditionnellement l'« unforeseen ». Pourquoi ne pas appliquer, dès lors, au premier la même mesure et inclure les territoires nouvellement acquis ?

b) La compétence législative

L'attribution de la compétence législative est faite au profit du Parlement, principalement au titre de sa compétence résiduelle. Ici le raisonnement apparaît impeccable à la lumière d'une jurisprudence classique. On l'a déjà souligné, un poids considérable de décisions du Comité judiciaire de Conseil privé et de la Cour Suprême attribue au Parlement, une compétence de principe en vertu de l'alinéa introductif de l'article 91 du *B.N.A. Act*, sur tous les domaines inexistant ou imprévisibles en 1867. Quelque critiquable qu'elle soit ¹²⁸ cette jurisprudence visant à confiner les États-membres au passé et à attribuer l'avenir à l'État central ¹²⁹ lie incontestablement la cour une fois niée l'existence

¹²⁷ Voir : *supra*, note 43.

¹²⁸ Voir : *supra*, notes 61 et 61a.

¹²⁹ Voir : Philippe FERLAND, « Il faut refaire la Confédération », *L'Action Nationale*, sept. 1954, p. 31.

d'une mer territoriale colombienne en 1871. Comme dans la majorité des précédents importants le titre de compétence résiduelle est d'ailleurs assorti de la considération de l'intérêt national du problème posé¹³⁰. Cette relation avec la théorie dite des « dimensions nationales »¹³¹ a pour effet juridique d'accuser le caractère exclusif de la compétence fédérale à l'égard de la mer territoriale que son caractère national rend aux parlements provinciaux aussi inaccessible que les titres énumérés de compétence de l'article 91¹³². Le raisonnement vaut aussi pour les richesses du plateau continental méconnues par le droit en 1871.

Le motif surabondant de la reconnaissance par les autres États de la compétence de « l'État souverain du Canada » est une récidive regrettable de l'erreur confusionniste soulignée plus haut. La Cour Suprême dévie ici dans une espèce identique sur le plan juridique, de la décision du Conseil privé dans le *Labor Conventions Case*. Déjà annoncée dans l'arrêt *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*¹³³, l'affranchissement de la ligne tracée par Lord Atkin est dorénavant complet. La porte est ouverte à toutes les visées impérialistes du gouvernement fédéral en matière de relations internationales. Il serait intéressant de connaître l'avis de la cour si certains États-membres réussissaient à se faire largement reconnaître certaines compétences par des États étrangers... Cette prime à la reconnaissance incitera sûrement l'un d'entre eux déjà engagé sur la voie, à accroître son activité en ce sens.

L'évocation du motif de la reconnaissance est ici d'autant plus

¹³⁰ *Russell v. The Queen*, (1882) 7 A.C. 829 ; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 ; *Re : Radio Case et Re : Aeronautics*, *supra* note 61 ; *Munro v. N.C.C.*, [1966] R.C.S. 663.

¹³¹ Théorie attribuant au Parlement une compétence exclusive de légiférer en n'importe quel domaine (y inclus les domaines législatifs attribués exclusivement aux Parlements provinciaux à l'article 92) pourvu que la loi proposée « ait une dimension nationale, comporte un aspect général ou soit d'intérêt national ». *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, Québec, 1956, vol. II, 197 ; amorcée dans l'arrêt *Russell v. The Queen*, abandonnée par la suite par le Comité judiciaire du Conseil privé qui ne paraît l'avoir retenue qu'une fois (*A.G. Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193) cette théorie paraît connaître un regain de vie à la Cour Suprême. Voir : *Johannesson v. West St. Paul*, [1952] R.C.S. 292 et l'affaire *Munro* précitée, *supra* note 80. Sur ce point lire André TREMBLAY, *Les compétences législatives au Canada*, éditions de l'université d'Ottawa, 1967, p. 294.

¹³² La compétence résiduelle, considérée isolément n'aurait pas cet effet d'exclusivité, i.e. les lois provinciales sur les richesses du sous-sol marin n'auraient été invalides qu'en cas de « conflit » avec une loi fédérale au même objet. Assortie de la théorie des dimensions nationales, la compétence résiduelle attribuée au Parlement a pour effet d'invalidiser toute loi provinciale sur le sujet sans égard à l'occupation du champ.

¹³³ [1952] R.C.S. 292.

regrettable que futile. La théorie de la compétence résiduelle suffisait à fonder l'attribution de la compétence exclusive au Parlement. Il en va autrement pour le plateau continental où il apparaît déterminant.

Le problème du plateau continental

L'assimilation du régime du plateau continental avec celui de la mer territoriale est assez étonnante compte tenu des différences notées plus haut.

L'argument de la reconnaissance, d'autre part, laisse le lecteur perplexe : la cour le pousse à un degré caricatural et il lui semble déterminant.

« Canada is the sovereign state which *will* be recognized by international law as having the rights stated in the Convention of 1958. » (p. 821)

Le Canada, on le sait, n'a pas ratifié la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental. Dès lors la cour ne pouvait invoquer cet acte international pour fonder l'attribution de la compétence, en droit interne, à l'État central comme elle l'avait fait pour les droits d'exploration et d'exploitation dans la mer territoriale. Ajoutant la caricature à l'erreur, elle fonde son attribution sur une expectative de droit : le Canada *sera* reconnu par le droit international, donc l'État fédéral est exclusivement compétent. Le tout laconiquement, à la manière du législateur, sans souci d'étayer son raisonnement.

Au vrai, il lui eût été difficile d'invoquer des autorités à l'appui de ses conclusions. Nous sommes en présence d'un exemple typique de la forme la plus pure d'activisme politique, de ce mode de gouvernement non représentatif appelé « judge-made law ». A la sagesse de la nation se voit ainsi substituée celle de quelques hommes que leur fonction, si honorable soit-elle, ne prépare pas particulièrement à ce genre de décisions.

La compétence résiduelle constitue, bien sûr, un titre suffisant pour justifier l'attribution au Parlement du pouvoir de légiférer à l'égard des ressources du plateau continental. Mais pour ce qui est des droits de propriété, si l'on admet qu'ils existent au profit des États côtiers en droit international, aucun fondement juridique ne permet de les attribuer au gouvernement fédéral.

Portée du renvoi

Au total il nous semble que les motifs invoqués par la cour ne lui permettaient de répondre qu'à une partie des questions posées.

Bien que reposant sur un argument fort fragile, la négation des droits de la Colombie-Britannique se défend sur le plan juridique. L'attribution de la *compétence législative* au Parlement est une suite « logique » de l'extra-territorialité des deux espaces marins en 1871. Mais l'état de la preuve aurait dû, au minimum, inciter la cour à refuser de statuer sur l'attribution des droits d'exploration et d'exploitation : aucun argument juridiquement correct n'autorisait leur dévolution au gouvernement fédéral. La seule issue vraisemblable sur le plan du droit constitutionnel allait plutôt dans la direction opposée de celle prise par la cour, tout au moins pour la mer territoriale. On peut déplorer à bon droit que la prudence manifestée par le Conseil privé en 1914 et en 1921 ¹³⁴ ne l'ait pas davantage inspirée sous ce rapport. La dévolution à la Couronne fédérale des droits d'exploration et d'exploitation témoigne certes d'une préoccupation politique tendant à justifier le Québec de ne pas leur avoir reconnu la compétence pour exprimer une opinion. Celle-ci ne présente dans plusieurs de ses raisonnements juridiques aucune mesure avec le prestige des juristes qui l'ont donnée.

L'application de cet avis, enfin, pose sur les plans matériel et juridique des problèmes de taille.

Au plan matériel une difficulté saute tout de suite aux yeux : celle de la délimitation concrète des espaces en cause. La ligne de basse-mer marque généralement la frontière des eaux territoriales. Mais dans le cas d'indentations accusées de la côte, en droit international, on admet généralement depuis l'affaire des Pêcheries norvégiennes le tracé de lignes de base « from headland to headland ». Appliquera-t-on la même technique pour partager les eaux intérieures à l'égard desquelles les États-membres sont titulaires du droit de propriété et de la compétence législative, de la mer territoriale ci-devant attribuée à l'État central ? Et dans le cas de gisements sous-marins ignorant ces subtilités juridiques et se prolongeant d'un espace à l'autre ? Le gouvernement fédéral pourra toujours invoquer une compétence implicite au plan de la réglementation ; à l'égard du droit de propriété le problème demeure toutefois entier.

Une question plus importante encore vient à l'esprit à la suite de la lecture de cet avis : celle de l'applicabilité de ses motifs déterminants aux différends opposant le gouvernement central aux États de l'Atlantique et au Québec. Les gisements sous-marins au large de la côte extérieure de la Nouvelle-Écosse et de Terre-Neuve de même que ceux du Golfe Saint-Laurent seraient-ils dévolus au gouvernement central si

¹³⁴ Voir : *supra*, notes 104 et 105.

l'on appliquait à ces régions les normes dégagées à l'occasion du différend de la côte ouest ?

Pour ce qui est du Golfe Saint-Laurent l'on serait tenté de croire, au premier abord, que sa qualité d'eaux intérieures l'exclut de l'application des raisonnements de la cour. Le gouvernement fédéral lui-même reconnaît cette qualité depuis 1949¹³⁵ en revendiquant son intégration au territoire canadien. Comment dès lors pourrait-il y revendiquer tous les droits alors que tous les espaces marins *intra fauces terrae* ont été clairement attribués aux États-membres de la fédération en 1867 ? Le lit du golfe devrait, selon ce principe, être partagé entre les États du Québec, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de Terre-Neuve selon les règles ordinaires du partage des eaux, i.e. selon les lignes de prolongation des limites des provinces *ad medius filum aquae*¹³⁶.

Rien n'est moins certain si on y regarde de plus près. La conception étriquée des frontières adoptée par la cour dans le présent avis ne peut que conduire l'exclusion d'une grande partie du golfe des territoires des États-membres. En outre le test de l'existence du golfe en tant qu'eaux intérieures en 1867 pourrait permettre à la cour une conclusion analogue. Enfin le motif de la reconnaissance internationale qui profite, selon la cour, exclusivement à l'État souverain du Canada (État gouvernement) ne peut que faire attribuer ces eaux intérieures nouvellement acquises au gouvernement canadien. La qualification *intra fauces terrae* ne fait aucunement obstacle à l'application de ces trois motifs.

Ainsi pour avoir quelque chance de réussite les États-membres de l'Est devront, conformément au postulat de base de l'avis, établir positivement des titres de propriété et de compétence dans le golfe et dans les espaces marins au large de leurs côtes. Or ces titres ne peuvent être établis que par la preuve de l'intégration de la mer territoriale et du plateau continental à leurs territoires respectifs avant leur admission dans l'Union. La notion de territoire qui se dégage de l'avis manque de clarté. Si l'on admet la conception exprimée par le juge Sedgewick dans l'affaire *C.P.R. v. James Bay Co.*¹³⁷, à l'effet que le territoire constitue l'aire d'application d'un pouvoir de réglementation, il apparaît

¹³⁵ Déclaration du premier ministre du Canada. *Débats de la Chambre des communes* du 8 février 1949, p. 368. Voir aussi des déclarations ministérielles du 14 novembre 1957 (*Ibid.* 1957-58, vol. 2, p. 1229) et du 3 mars 1960 (*Rapport du Comité des affaires étrangères*, 1960).

¹³⁶ Ainsi a-t-on établi la frontière entre le Québec et l'Ontario au milieu de la rivière Outaouais. *V. Hurdman v. Thompson* (1896) 4 B.R. 409.

¹³⁷ *V. supra*, note 124.

certain que la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, l'Île-du-Prince-Edouard et Terre-Neuve qui possédaient des titres de compétence dans leurs eaux territoriales pourraient prétendre à l'intégration et, partout, au bénéfice de la propriété et de la compétence législative à l'égard des ressources de la mer territoriale adjacente à leurs côtes¹³⁸. Cette intégration semble d'ailleurs avoir été reconnue par la Cour Suprême de Terre-Neuve à deux reprises¹³⁹. Toutes ces provinces avaient en outre légiféré sur la pêche et les douanes en vertu de ce titre de compétence¹⁴⁰. La cour déciderait-elle que cette compétence et ses manifestations préconfédératives suffisent pour conclure à l'intégration de la mer territoriale aux territoires de ces États-membres avant leur admission dans l'Union ? Si la cour maintenait son analyse historique du concept de mer territoriale, on voit mal comment elle pourrait reconnaître des droits à d'autres qu'à Terre-Neuve. Si la mer territoriale n'existait pas en 1871 sur la Côte du Pacifique, on voit mal comment la cour, sans reviser ses notions historiques, en reconnaîtrait l'existence sur la côte est en 1867 (à l'égard du Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick) ou en 1873 (année de l'admission de l'Île-du-Prince-Edouard). Nous n'avons pas trouvé dans les recueils de lois de la Province du Canada, d'exercice de compétence législative dans les eaux territoriales qui permettrait d'établir, en faveur du Québec, une présomption de compétence à l'égard de sa mer territoriale, ni de titre positif de compétence dans les commissions des gouverneurs ou autres actes attributifs de pouvoirs législatifs ou exécutif. Dès lors si notre recherche s'avère exhaustive, nous voyons mal comment le Québec pourrait se soustraire à l'application pure et simple des motifs du présent avis. Toutefois, si l'on reconnaissait quelque compétence aux autres États-membres riverains du Golfe Saint-Laurent, on pourrait peut-être considérer le Québec sur le même pied. Mais à défaut de trouver dans son dossier historique une habilitation expresse, il faudrait pour cela lui reconnaître une compétence préconfédérative-implicite, ce qu'a précisément refusé la cour à la Colombie.

Enfin on peut affirmer que l'argumentation étonnante relative au plateau continental s'applique indiscutablement à la côte est. En effet, si le fondement des droits de la Couronne réside dans une expectative de droit dans l'ordre international, et que cette reconnaissance bénéficie automatiquement au « sovereign State of Canada » on ne peut voir

¹³⁸ Voir : G. LAFOREST, « Canadian International Waters of the Atlantic Provinces and the Bay of Fundy incident », 1963 *C.Y.I.L.* 149, p. 152.

¹³⁹ G. LAFOREST, *op. cit. supra*, note 16, p. 24. *Direct United States Cable v. Anglo American Telegraph*, *eod. loco.*, p. 33 ; *The Queen v. Delephine*, (1889) 7 Nfld. L.R. 378, p. 385.

¹⁴⁰ G. LAFOREST, *loc. cit. supra*, note 138.

comment la cour pourrait, sans reconnaître son erreur, décider autrement du cas des ressources du plateau oriental.

Ainsi le gouvernement central possède-t-il présentement un atout fort précieux en vue des négociations éventuelles avec les États-membres. L'avis ne met pas en cause les permis d'exploration émis par ces derniers dans le Golfe Saint-Laurent et au large de la côte Atlantique mais rend leur validité précaire. Pour les entreprises d'exploration, l'Hydro-Québec mise à part bien sûr, la sagesse commandera sans doute de requérir, pour ces régions sous-marines, un permis du gouvernement central jusqu'au règlement définitif du différend. Il n'est aux États-membres que d'attendre ce jour en espérant que le modèle américain inspire le gouvernement central.