

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont « liés » par le droit international

Stéphane BEAULAC*

*« On affaiblit toujours tout
ce qu'on exagère ».*

Jean-François de la Harpe

Résumé

Depuis l'arrêt Baker en 1999, la question de l'application du droit international en droit interne suscite beaucoup d'intérêt. Au cœur du débat – savoir si la position traditionnelle selon laquelle les juges canadiens ne sont pas liés par la norme internationale, notamment celle issue de traité, tient toujours. Quelques récentes décisions de la Cour suprême et de tribunaux d'appel, ainsi qu'un courant en doctrine, semblent en effet mettre ce principe en doute. L'auteur soutient que le droit international ne peut être, stricto sensu, contraignant puisque notre modèle « westphalien » de relations internationales, régi par la structure juridique « vattelienne », postule l'existence d'un

Abstract

Since Baker in 1999, much attention has been given to the national application of international law. Central to the issue – whether or not the traditional position according to which Canadian judges are not bound by international norms, including treaty norms, still stands. A few recent decisions at the Supreme Court and at the appellate level, as well as some legal commentators, seem indeed to question this principle. The author submits that international law cannot, strictly speaking, be binding upon national courts because the “Westphalian” model of international relations, regulated by the “Vattelien” legal structure, postulates the existence of an international plane which is

* Ph.D. (Cantab.) Faculté de droit, Université de Montréal. Ce texte a été présenté lors d'une table ronde en droit public sur le thème du recours au droit international en droit interne au Canada, tenue à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le 31 octobre 2003.

domaine international qui est distinct et séparé des sphères nationales; il n'y a rien d'inhérent qui fasse le pont entre les deux. Cela explique la nécessité de mettre en œuvre par voie législative les conventions internationales (selon l'Affaire des conventions du travail), orthodoxie justifiée en outre par les arguments de la séparation des pouvoirs, du fédéralisme et de la démocratie. Nos tribunaux interprètent et appliquent le droit canadien et, dans la mesure où le droit international issu de traité fait partie du droit interne, il peut les influencer, mais sans les lier jamais.

distinct and separate from the internal spheres; there is nothing inherent bridging the two. It explains the requirement that international conventions be implemented through the adoption of domestic legislation (from the Labour Conventions case), an orthodoxy justified also by the separation of powers, federal, and democratic arguments. Canadian courts interpret and apply Canadian law and, to the extent that international treaty law is part of domestic law, it may have an influence on them, but without ever binding them.

Table des matières

Introduction	363
I. Contraignant « pour », contraignant « dans »	368
II. Prémisses de base du système de droit international	370
III. Principes fondamentaux du système de droit international	373
IV. Justifications de la nécessité de mise en œuvre	378
V. Cours nationales et droit international	382
Conclusion : le droit international n'est pas contraignant, mais il est persuasif	385

Au cours des dernières années, la question de l'application du droit international en droit interne a fait couler beaucoup d'encre au Canada. Signe des temps peut-être, nombreux autres pays de tradition juridique anglo-saxonne s'interrogent à ce sujet¹. On a sans doute raison d'associer cet enthousiasme récent à la décision de la Cour suprême du Canada, en 1999, dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*², où le jugement de la majorité a été interprété comme ouvrant la voie à l'utilisation des traités internationaux qui n'ont pas été mis en œuvre en droit interne³. Il est probablement plus exact toutefois d'en parler, non pas comme une nouvelle question, mais plutôt comme une question « sexy » dans la littérature juridique contemporaine, en cette ère de mondialisation.

¹ Voir, notamment : Francis G. JACOBS et Shelley ROBERTS (dir.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987; Rosalyn HIGGINS, « The Relationship Between International and Regional Human Rights Norms and Domestic Law », (1992) 18 *Commonwealth L. Bulletin* 1268; Stefan A. RIESENFELD et Frederick M. ABBOTT (dir.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties — A Comparative Study*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994; Stephen DONAGHUE, « Balancing Sovereignty and International Law: The Domestic Impact of International Law in Australia », (1995) 17 *Adelaide L. Rev.* 213; Anthony MASON, « The Influence of International and Transnational Law on Australian Municipal Law », (1996) 7 *Public L. Rev.* 20; Benedetto CONFORTI et Francesco FRANCONI (dir.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997; Murray HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart, 1997; Geoffrey PALMER, « Human Rights and the New Zealand Government's Treaty Obligations », (1999) *Victoria U. Wellington L. Rev.* 57; Mark GOBBI, « Drafting Techniques for Implementing Treaties in New Zealand », (2000) 21 *Statute L. Rev.* 71; Brian R. OPESKIN, « Constitutional Modelling: The Domestic Effect of International Law in Commonwealth Countries – Part I », (2000) *Public L.* 607; Brian R. OPESKIN, « Constitutional Modelling: The Domestic Effect of International Law in Commonwealth Countries – Part II », (2001) *Public L.* 97. Concernant la situation en Europe continentale, voir : Benedetto CONFORTI, « Notes on the Relationship between International Law and National Law », (2001) 3 *Int'l L. Forum* 18.

² [1999] 2 R.C.S. 817 (ci-après cité « *Baker* »).

³ Voir, notamment : Hugh M. KINDRED, « Canadians as Citizens of the International Community: Asserting Unimplemented Treaty Rights in the Courts », dans Stephen G. COUGHLAN et Dawn RUSSELL (dir.), *Citoyenneté et participation à l'administration de la justice/Citizenship and Citizen Participation in the Administration of Justice*, coll. « Institut canadien d'administration de la justice », Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 263, à la page 284; Stéphane BEAULAC, « Recent Developments on the Role of International Law in Canadian Statutory Interpretation », (2004) 25 *Statute L. Rev.* 19.

Karen Knop, par exemple, s'est livrée à une analyse détaillée de l'arrêt *Baker*, à l'issue de laquelle elle conclut que la Cour suprême du Canada semble abandonner le modèle traditionnel du droit international⁴. S'appuyant sur l'idée de « trans-gouvernement » élaborée par Anne-Marie Slaughter⁵ et sur la méthodologie comparative de Patrick Glenn⁶, elle se dit en faveur d'une nouvelle approche fondée sur le caractère persuasif du droit international. Pour sa part, Stephen Toope rejette la proposition voulant que le droit international se limite à exercer une simple influence en droit interne et soutient plutôt que l'époque est au changement de métaphores. On s'éloignerait de la souveraineté nationale pour se rapprocher d'un trans-nationalisme – « *in this in-between time, international law is both "foreign" and "part of us"* »⁷. Toope a poussé sa réflexion plus loin, prétendant que le droit international est à la fois extérieur et intérieur⁸. En fait, son argument se résume à ceci : « *international law is partly our law [which means that the] process of relating international law to domestic law is not a translation of norms from outside* »⁹.

Il semble que cette polémique au sein de la communauté des internationalistes canadiens tourne en grande partie autour de la

⁴ K. KNOP, « Here and There: International Law in Domestic Courts », 32 *New York U. J. Int'l L. & Pol.* 501 (2000).

⁵ Anne-Marie SLAUGHTER, « Governing the Global Economy Through Government Networks », dans Michael BYERS (dir.), *The Role of Law in International Politics – Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 177; Anne-Marie SLAUGHTER, « A Typology of Transjudicial Communication », 29 *U. Richmond L. Rev.* 99 (1994).

⁶ H. Patrick GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *R.D. McGill* 261.

⁷ Stephen J. TOOPE, « The Uses of Metaphor: International Law and the Supreme Court of Canada », (2001) 80 *R. du B. can.* 534, 540. Plus loin, à la page 541, il écrit : « *The Supreme Court's telling of the story of international law in Canada will depend upon old and new metaphors, the old metaphor of binding law and the new metaphor of persuasive authority. Both metaphors must be employed, but not usually at the same time or in the same way* ».

⁸ Stephen J. TOOPE, « Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law », (2001) 50 *U. New Brunswick L.J.* 11, qui écrit à la page 11 : « *My argument is that international law is both outside and in* ». Voir également : Jutta BRUNNÉE et Stephen J. TOOPE, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts », dans NATIONAL JUDICIAL INSTITUTE, *Séminaire de formation de la Cour fédérale : Incidence au Canada des instruments internationaux*, Ottawa, conférence donnée le 31 janvier 2003.

⁹ S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 8, 18. (Les non-italiques sont en italiques dans l'original).

question de savoir si le « droit international » – ce qu'on appelait autrefois le « droit des gens »¹⁰ – est *contraignant*¹¹. La position traditionnelle selon laquelle le droit international n'est pas contraignant a été réaffirmée on ne peut plus clairement par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Succession Ordon c. Grail*¹², qui mettait en jeu une disposition législative établissant un délai de prescription. Appliquant la présomption de conformité au droit international, les juges Iacobucci et Major ont écrit ceci, au nom de la Cour : « Bien que le droit international *ne lie pas* le Parlement ni les législatures provinciales, le tribunal doit présumer que la législation est conçue de manière qu'elle respecte les obligations qui

¹⁰ C'est l'auteur britannique Jeremy BENTHAM qui aurait introduit l'expression « droit international » dans son fameux ouvrage *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, Pickering, 1823. Voir également : M.W. JANIS, « Jeremy Bentham and the Fashioning of "International Law" », 78 *American J. Int'l L.* 405 (1984); Mark S. JANIS, « Sovereignty and International Law: Hobbes and Grotius », dans Ronald St. John MACDONALD (dir.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 391, à la page 395, note 9, où l'auteur écrit que Bentham a inventé l'expression *international law* « *in a fit of new legal definitions* ».

¹¹ Voir, par exemple : Gibran VAN ERT, *Using International Law in Canadian Courts*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 4, où l'auteur a exprimé l'opinion suivante, somme toute quelque peu cavalière :

To declare, as Canadian and English Courts have occasionally done, that they are not bound by international law is simply wrong as a matter of international law and exaggerated as a matter of Anglo-Canadian reception law. There is an undoubted sovereignty in Canadian legislature to violate international law. Yet to conclude from the acknowledgement of this raw political power that international law does not bind our legislatures, nor the courts which interpret their Acts, is as absurd as declaring that a thief is not bound by the Criminal Code. The brute force with which a person breaks law is not proof of its non-bindingness; to the contrary, that we describe the law as broken in such instances is confirmation of its existence and its application to the case at hand. The bindingness of international law on the legislative and judicial branches of the state is given effect in the reception system by the incorporation of customary international law by the common law and the judicial interpretation of statutes consistently with international requirements. The reason our courts give effect to international law in these ways is the same reason they give effect to other laws : because they (and we) are bound by it.

L'analogie du voleur semble, par ailleurs, erronée puisqu'elle suggère un parallèle entre, d'une part, le fait d'enfreindre une loi (le *Code criminel*) et, d'autre part, la décision souveraine de donner effet ou non à un ensemble de règles qui se situent en dehors de la réalité juridique immédiate des législatures et des tribunaux.

¹² [1998] 3 R.C.S. 437.

incombent au Canada en vertu des instruments internationaux et en sa qualité de membre de la communauté internationale »¹³. Dans un article rédigé en collaboration avec Gloria Chao, le juge Louis LeBel nous rappelait ceci : « *international law is generally non-binding or without effective control mechanisms* »¹⁴.

Cela dit, cette position a récemment été remise en question, probablement dans la foulée de la décision *Baker* et, semble-t-il, en réaction à la suggestion de Karen Knop selon laquelle le droit international n'ayant pas d'effet contraignant, la méthodologie comparative devrait être utile pour conceptualiser l'application du droit international en droit interne¹⁵. Par exemple, en 2002, dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁶, la Cour suprême du Canada semble suggérer que le droit international est contraignant s'il est mis en œuvre : « À proprement parler, le Canada *n'est lié* par des normes internationales consignées dans un traité *que si* celui-ci a été incorporé au droit canadien par une loi »¹⁷. De même, le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario écrivait : « *international conventions are not binding in Canada unless they have been specifically incorporated into Canadian law* »¹⁸.

¹³ *Id.*, 526. (Nos italiques).

¹⁴ Louis LEBEL et Gloria CHAO, « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law », (2002) 16 *Supreme Court L. Rev. (2nd)* 23, 62.

¹⁵ Cette suggestion a provoqué une réaction vive, voire exagérée, de certains auteurs. Par exemple, voir : G. VAN ERT, *op. cit.*, note 11, p. 35 : « *In my view, Knop's equation of international law with foreign law is simply unsupported by the weight of Anglo-Canadian authority. The rule of judicial notice described above – and much else in this work besides – directly refutes this approach. Knop's mistake is to assume that international law is not binding, and to derive from that assumption the further view that the relevance of international law in Canada is not based on its bindingness. But international law is binding* ».

¹⁶ [2002] 1 R.C.S. 3 (ci-après citée « *Suresh* »). Voir également : Stéphane BEAULAC, « The Suresh Case and Unimplemented Treaty Norms », (2002) 15 *R.Q.D.I.* 221.

¹⁷ *Id.*, par. 38. (Nos italiques).

¹⁸ *Ahani c. Attorney General for Canada*, (2002) 58 O.R. (3d) 107, par. 73. (Nos non-italiques). L'affaire *Anahi* fut considérée en même temps que l'affaire *Suresh* à la Cour suprême du Canada; les décisions ont été rendues le 11 janvier 2002. Contrairement à *Suresh*, le requérant *Anahi* n'a pas eu droit à une nouvelle audition d'expulsion. Comme il avait épuisé tous les recours internes, il s'est adressé au Comité des droits de l'homme des Nations Unies en vertu du *Protocole facultatif* au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Cet organisme international a demandé au Canada de surseoir à l'expulsion jusqu'à ce que la

De son côté, Karen Knop exprimait l'opinion suivante au sujet de la pertinence du droit international : « *This relevance is not based on bindingness [which means that] the status of international and foreign law becomes similar, both being external sources of law* »¹⁹. En fait, Knop conteste la distinction entre le caractère contraignant et non contraignant du droit international – ce qu'elle appelle le « *on/off switches for the domestic application of international law* »²⁰ – et elle propose une approche différente, inspirée dit-elle de l'arrêt *Baker*, selon laquelle l'autorité du droit international se fonde sur sa nature persuasive, et non sur son caractère contraignant²¹.

Cette proposition a fortement « agacé » (en anglais « *rub* »²²) certains internationalistes, dont Stephen Toope. Celui-ci favorise un rôle plus important du droit international et, dans cette foulée, il soutient ce qui suit : « *the dichotomy that Knop sets up between a traditional focus on international law as “binding” on domestic courts, and international law as “persuasive authority” is, I think, a false dichotomy* »²³. Au lieu de cela, il suggère que le droit international peut être à la fois persuasif et contraignant²⁴, et ce, parce qu'il est à la fois étranger et partie de nous²⁵. Dans un autre texte, Toope exprime l'opinion suivante : « *international law is not merely a story of “persuasive” foreign law. International law also speaks directly to Canadian law and requires it to be shaped in certain directions. International law is more than “comparative law,” because international law is partly our law* »²⁶. Enfin, dans cet extrait d'une allocution présentée avec Jutta Brunnée, il soutenait :

cause d'Anahi soit entendue sur le fond, ce qui fut refusé par le gouvernement fédéral. La seconde procédure judiciaire canadienne, qui s'est rendue à la Cour d'appel de l'Ontario (la permission d'appel à la Cour suprême du Canada a été refusée), visait l'obtention d'une injonction pour suspendre l'ordonnance d'expulsion, qui fut refusée.

19 K. KNOP, *loc. cit.*, note 4, 520. (Nos non-italiques).

20 *Id.*, 515.

21 *Id.*, 535 : « *where the authority of international law is persuasive rather than binding* ».

22 Le mot « *rub* » est en fait celui que Toope lui-même a utilisé afin de décrire l'effet que le texte de Knop a eu sur lui – voir : S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 7, 535.

23 *Id.*, 536.

24 *Id.*

25 *Id.*, 540 : « *international law is both “foreign” and “part of us”* ».

26 S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 8, 18. (Nos non-italiques).

*Our worry is that the majority decision [in Baker] places the Supreme Court on a path towards treating all international law as persuasive authority, which the Court may use to "inform" its interpretation of domestic law. In other words, by treating both binding and non-binding international norms in this manner, courts move away from their duty to strive for an interpretation that is consistent with Canada's international obligations. Thus, as appealing as [Knop's] comparative law metaphor may seem at first glance, it too bears risks.*²⁷

Au terme de leur analyse, Brunnée et Toope ont conclu avec vigueur : « *many international legal rules bind Canada: some are part of Canadian law. They should be treated accordingly* »²⁸.

Que l'on soit ou non en accord avec la stratégie comparative de Knop pour ce qui a trait à l'ensemble des normes internationales, il est bien fondé d'affirmer que le droit international, de fait, ne lie pas le Canada (ou n'importe quel autre État souverain). La raison fondamentale qui explique cette absence de force juridique obligatoire nationale réside dans ce qu'il est convenu d'appeler le modèle « westphalien » de relations internationales, qui demeure au cœur de notre système d'organisation internationale des États souverains et, partant, de notre système de droit international.

I. Contraignant « pour », contraignant « dans »

Avant d'examiner l'argument principal, il est nécessaire de distinguer entre, d'une part, le droit international en tant qu'ensemble de règles régissant les rapports entre les États et, d'autre part, le droit international comme un ensemble de règles susceptibles de produire un effet dans le droit interne qui régit les peuples. Le premier serait ce qu'on pourrait désigner comme du « droit international *international* », tandis que le second serait du « droit international *interne* ». Le juge Louis LeBel et Gloria Chao ont référé au premier comme à des « *principles of public international law qua binding law* »²⁹, par opposition à leur application dans le système juridique interne.

²⁷ J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 8, 46. (Les non-italiques sont en italiques dans l'original).

²⁸ *Id.*, 66. (Nos non-italiques, notes omises).

²⁹ L. LEBEL et G. CHAO, *loc. cit.*, note 14, 62.

Dans son sens propre, nous dit Claude Emanuelli, « [l]e droit international peut se définir comme l'ensemble des normes juridiques qui régissent les rapports entre les membres (États, organisations intergouvernementales) de la communauté internationale »³⁰. Traitant des sources du droit international, Ian Brownlie a employé une analogie avec les actes législatifs en tant que source de droit interne :

*In the context of international relations the use of the term "formal source" is awkward and misleading since the reader is put in mind of the constitutional machinery of law-making which exists within states. No such machinery exists for the creation of rules of international law. Decisions of the International Court, unanimously supported resolutions of the General Assembly of the United Nations concerning matters of law, and important multilateral treaties concerned to codify or develop rules of international law, are all lacking the quality to bind states generally in the same way that Acts of Parliament bind the people of the United Kingdom. In a sense "formal sources" do not exist in international law.*³¹

Ce qui intéresse Brownlie ici, c'est le caractère contraignant (ou plutôt son absence) du droit international en tant qu'ensemble de règles qui régissent les relations entre les États. Ce constat est différent de (quoique nul doute lié en partie à) l'observation que le droit international, par définition, ne peut pas être contraignant à l'intérieur des systèmes juridiques internes des États souverains et que, en conséquence, il ne saurait être déterminant – et encore moins obligatoire – devant les tribunaux nationaux de ces États souverains³².

En fait, la formulation qui semble la plus appropriée de ces deux différentes situations juridiques serait la suivante. Tout d'abord, comme le signale Brownlie, le droit international n'est pas,

³⁰ Claude EMANUELLI, *Droit international public*, t. 1, « Les fondements, les sources, les États », Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 1.

³¹ Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 1 et 2. (Nos non-italiques).

³² La fragilité de l'argument contraire se voit dans le passage suivant du texte de J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 8, 4 : « *Especially following the Supreme Court's decision in Baker, there appears to be a trend towards treating all of international law, whether custom or treaty, binding on Canada or not, implemented or unimplemented, in the same manner – as relevant and perhaps persuasive, but not as determinative, dare we say obligatory* ». (Nos non-italiques).

stricto sensu, contraignant pour le Canada (ni pour aucun autre État souverain) car, au niveau international, il n'existe pas de mécanisme formel d'énonciation ou d'exécution de la norme juridique, comme ceux qui existent au plan interne. Par ailleurs, la position traditionnelle veut que le droit international ne peut, dans le vrai sens du terme, être « contraignant » au Canada (ou, comme Brunnée et Toope l'indiquent, il ne peut être contraignant dans (en anglais « *within* ») le système juridique canadien³³).

Il s'agit maintenant de faire la démonstration de cette dernière proposition, en examinant de façon générale le système d'organisation des États et le système de droit international. On sera alors en mesure d'apprécier que le droit international fait partie d'une réalité distincte et séparée de celle à l'intérieur de laquelle les tribunaux nationaux s'acquittent de leurs fonctions.

II. Prémisses de base du système de droit international

Bien que certains internationalistes aient déclaré que la « souveraineté nationale » était une métaphore qui se mourait (« *a dying metaphor* »³⁴) – à l'instar de la prétention mondialiste de la fin de l'État-nation (« *end of the nation state* »³⁵), ou même de la prétention

³³ *Id.*, 15.

³⁴ S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 7, 540 : « *To construct the "foreign", one must accept the continuing influence of the dying metaphor of national sovereignty* ». (Nos non-italiques).

³⁵ Ken'ichi OHMAE, *The End of the Nation State – The Rise of Regional Economies*, New York et Londres, Free Press, 1996; et Jean-Marie GUÉHENNO, *The End of the Nation-State*, Minneapolis et Londres, University of Minnesota Press, 1995, p. 108 : « *Having lost the authority conferred on them by their role as depositories of a public interest, overtaken by the globalization of the new circuits of wealth, in competition with the wealth of new actors, manipulated by interests more often more powerful than themselves, the nation-states, exhausted and sickly, will increasingly be suspected of condemning corruption only to protect what power is left to them* ». Voir également *contra* : Robert J. HOLTON, *Globalization and the Nation-State*, New York, St. Martin's Press (1998). Pour un survol historique du phénomène de la mondialisation, voir : Kevin H. O'ROURKE et Jeffrey G. WILLIAMSON, *Globalization and History – The Evolution of a Nineteenth-Century Atlantic Economy*, Cambridge, É.-U., MIT Press (1999).

trionphaliste de la fin de l'histoire (« *end of history* »³⁶) – la matrice à l'intérieur de laquelle se font les affaires internationales et fonctionne le droit international est fondée sur le modèle « westphalien » de relations internationales, modèle qui est intrinsèquement lié à l'idée-force³⁷ de souveraineté³⁸. Comme l'explique Robert Redslob : « Avec le traité de Westphalie commence une nouvelle époque dans l'histoire du droit des gens »³⁹. De même, Mark Janis écrit : « *Sovereignty, as a concept, formed the cornerstone of the edifice of international relations that 1648 raised up. Sovereignty was the crucial element in the peace treaties of Westphalia* »⁴⁰.

La réalité internationale consiste en une communauté d'États souverains – qu'on appelle souvent la société des nations – qui sont indépendants les uns par rapport aux autres et qui possèdent leur

³⁶ Voir : Francis FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press (1992). La thèse du « *end of history* » veut que la fin de la guerre froide est la preuve irréfutable de l'émergence d'un consensus mondial en faveur du capitalisme et de la démocratie libérale. Pour un parallèle entre la thèse de Fukuyama et certains travaux en droit international, voir : Susan MARKS, « The End of History? – Reflections on Some International Legal Theses », (1997) 8 *European J. Int'l L.* 449.

³⁷ Voir : Alfred FOUILLÉE, *L'évolutionnisme des idées-forces*, Paris, Félix Alcan, 1890, p. XI : « Si nous avons adopté cette expression très générale d'*idée-force*, c'est précisément pour y envelopper tous les modes d'influence possible que l'idée peut avoir, en tant que *facteur, cause, condition de changement pour d'autres phénomènes*, etc., en un mot toutes les formes d'efficacité quelconque, par opposition aux idées-reflets, aux idées-ombres qui n'entrent pour rien dans le résultat final et n'en sont que des *symboles* ou des *aspects* ». (Nos italiques). Voir également : Alfred FOUILLÉE, *Morale des idées-forces*, Paris, Félix Alcan, 1908.

³⁸ Voir, en général : Stéphane BEAULAC, « The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality? », (2000) 2 *J. History Int'l L.* 148.

³⁹ Robert REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens – Depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre*, Paris, Rousseau, 1923, p. 213 [notes omises]. Voir également : Richard A. FALK, *Law in an Emerging Global Village : A Post-Westphalian Perspective*, Ardsley, É.-U., Transnational Publishers, p. 4 (1998) : « [It was] *by way of the Peace of Westphalia that ended the Thirty Years' War, that the modern system of states was formally established as the dominant world order framework* ». (Nos non-italiques).

⁴⁰ M.S. JANIS, *loc. cit.*, note 10, 393. À ce sujet, voir également : Thomas M. FRANCK, *The Empowered Self – Law and Society in the Age of Individualism*, Oxford et New York, Oxford University Press, 1999, p. 5 : « *Since the Reformation, the Peace of Westphalia, and the writings of Hugo Grotius, there has been an explicit assumption that the international system is an association of sovereign states* ».

propre volonté et finalité en tant que représentants (de type corporatif) des peuples qui habitent leur territoire. Emer de Vattel, auteur du 18^e siècle, a proposé un cadre juridique international pour régir les rapports entre les États souverains dans son célèbre ouvrage *Le Droit des gens; ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*⁴¹. Son apport principal tient dans la structuration d'un régime au sein duquel les États souverains sont les uniques acteurs sur le plan international et donc les seuls sujets du droit international; ce régime est également fondé sur l'égalité formelle entre les États et sur la notion d'indépendance nationale qui suppose la non-ingérence dans les affaires internes des autres États⁴². À la base, il s'agit toujours de la théorie fondamentale qui sous-tend le droit international contemporain⁴³.

Par conséquent, le modèle « westphalien » de relations internationales, qui est régi par la structure juridique « vattélienne », postule l'existence d'un domaine international qui est distinct et séparé

⁴¹ Emer de VATTEL, *Le Droit des gens; ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, vol. 1 et 2, Londres, n.b., 1758.

⁴² Voir : A. MALLARMÉ, « Emer de Vattel », dans Antoine PILLET (dir.), *Les fondateurs du droit international*, Paris, Giard & Brière, 1904, p. 481; Coleman PHILLIPSON, « Emerich de Vattel », dans J. MacDONELL et E. MANSON (dir.), *Great Jurists of the World*, vol. 2, Boston, Little, Brown, p. 477 (1914); Albert de LAPRADELLE, « Emer de Vattel », dans James Brown SCOTT (dir.), *The Classics of International Law – Vattel*, vol. 1, Washington, Carnegie, p. i (1916); Ed. BÉGUELIN, « En souvenir de Vattel », dans *Recueil de travaux*, Neuchâtel, Suisse, Attinger, 1929, p. 1; Paul GUGGENHEIM, *Emer de Vattel et l'étude des relations internationales en Suisse*, Genève, Librairie de l'Université, 1956; Peter Pavel REMEC, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1960; Francis Stephen RUDDY, *International Law in the Enlightenment – The Background of Emerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry, É.-U., Oceana (1975); Horatia MUIR WATT, « Droit naturel et souveraineté de l'État dans la doctrine de Vattel », (1987) 32 *Archives philo. dr.* 71; Emmanuelle JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Éditions Pedone, 1998. Voir également : Stéphane BEAULAC, « Emer de Vattel and the Externalization of Sovereignty », (2003) 5 *J. History Int'l L.* 237.

⁴³ Voir, toutefois : Philip ALLOTT, « The Emerging Universal Legal System », (2001) 3 *Int'l L. Forum* 12, 17 : « International social reality has overtaken international social philosophy. The Vattelian mind-world is withering away under the impact of the new international social reality. The reconstruction of the metaphysical basis of international law is now well advanced. The deconstruction of the false consciousness of politicians, public officials, and international lawyers is only just beginning ».

du domaine interne⁴⁴. John Currie propose l'explication suivante : « *Public international law is not so much an area or topic of the law as it is an entire legal system, quite distinct from the national legal systems that regulate daily life within states* »⁴⁵. Pour ce qui est du rapport entre le droit international et le droit interne, il n'y a pas de lien direct entre eux puisque les deux systèmes sont distincts et séparés⁴⁶ – « *public international law exists outside and independent of national legal systems* »⁴⁷. En ce qui concerne la question de l'application nationale du droit international, les domaines distincts et séparés que régissent le droit international et le droit interne ont sans doute inspiré ces propos au juge Louis LeBel et à Gloria Chao : « *At the heart of the debate is the tension between the democratic principle underlying the internal legal order and the search for conformity or consistency with a developing and uncertain external legal order* »⁴⁸. À cet égard, l'image proposée par Karen Knop est fort juste : « *domestic law is "here" and international law is "there"* »⁴⁹.

III. Principes fondamentaux du système de droit international

Cette réalité distincte et séparée du système moderne de relations internationales entre les États permet d'expliquer deux principes fondamentaux du droit international. Le premier veut que, sur le plan international, un État ne peut pas invoquer son droit

⁴⁴ Même les plus grands défenseurs d'un rôle accru du droit international au Canada reconnaissent ceci : « *public international law is not a subset of the internal laws of states, but a separate legal system in its own rights* ». Voir : G. VAN ERT, *op. cit.*, note 11, p. 15. (Nos non-italiques).

⁴⁵ John H. CURRIE, *Public International Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 1. (Nos non-italiques).

⁴⁶ Il s'ensuit que l'affirmation voulant que le pouvoir législatif d'un État souverain comme le Canada ait la faculté de « violer » (en anglais, « *violate* ») le droit international n'a pas de sens. Elle est fondée sur une fausse question qui suppose l'existence d'une sorte de lien inhérent entre le domaine international et les sphères nationales. Voir : G. VAN ERT, *op. cit.*, note 11, p. 55 et suiv.

⁴⁷ J.H. CURRIE, *op. cit.*, note 45, p. 1.

⁴⁸ L. LEBEL et G. CHAO, *loc. cit.*, note 14, 24. (Nos non-italiques).

⁴⁹ K. KNOP, *loc. cit.*, note 4, 504.

interne – y compris sa structure constitutionnelle⁵⁰ – pour justifier un manquement à ses obligations internationales⁵¹. Ian Brownlie explique le principe ainsi :

*The law in this respect is well settled. A state cannot plead provisions of its own law or deficiencies in that law in answer to a claim against it for an alleged breach of its obligations under international law. The acts of the legislature and other sources of internal rules and decision-making are not to be regarded as acts of some third party, for which the state is not responsible, and any other principle would facilitate evasion of obligations.*⁵²

La Cour suprême du Canada a entériné ce principe fondamental de droit international dans *Zingre c. R.*⁵³, où le juge Dickson a souscrit à la déclaration suivante du ministère des Affaires extérieures du Canada : « C'est un principe reconnu de droit coutumier international qu'un État ne peut pas invoquer les dispositions de ses lois pour justifier l'inexécution de ses obligations internationales »⁵⁴. Essentiellement, un État ne peut pas se rabattre sur ses lois pour justifier le fait qu'il n'a pas respecté ses obligations envers la communauté internationale, car ces normes font partie d'un système juridique distinct et séparé.

Le second principe fondamental qui découle de cette dichotomie international/national a trait à la nécessité de régir le rapport entre les deux systèmes. John Currie appelle cet aspect l'interface internationale-nationale⁵⁵; il écrit ceci au sujet de la relation entre les

⁵⁰ Voir : Robert JENNINGS et Arthur WATTS, *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. 1, Londres, Longman, 1992, p. 254 : « Nevertheless, in principle a state which has incurred international obligations cannot rely on its internal constitutional arrangements as a justification for any failure to comply with those obligations. In respect of treaties this can lead to federal states being unable to become parties » (notes omises).

⁵¹ L'autorité à la base de ce principe vient de la décision arbitrale dans l'affaire *Alabama* (États-Unis/Royaume-Uni), R.A.I., vol. 2, 780 (1872). On a codifié celui-ci à l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, signée le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, 8 I.L.M. 679 (1969), R.T. Can. 1980 n° 37 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980). Voir également : Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Nguyen Quoc Dinh – Droit international public*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 272.

⁵² I. BROWNIE, *op. cit.*, note 31, p. 35 (notes omises).

⁵³ [1981] 2 R.C.S. 392.

⁵⁴ *Id.*, 410.

⁵⁵ J.H. CURRIE, *op. cit.*, note 45, p. 193.

deux : « [It] will depend on legal rules that determine, as a matter of law, how one legal system treats another »⁵⁶. Comme dans plusieurs autres pays du Commonwealth⁵⁷, au Canada, les règles de réception qui prévoient dans quelle mesure le droit international s'applique en droit interne relèvent du droit constitutionnel. Francis Jacobs explique la situation en ces termes :

*First, the effect of international law generally, and of treaties in particular, within the legal order of a State will always depend on a rule of domestic law. The fundamental principle is that the application of treaties is governed by domestic constitutional law. It is true that domestic law may, under certain conditions, require or permit the application of treaties which are binding [sic] on the State, even if they have not been specifically incorporated into domestic law. But this application of treaties "as such" is prescribed by a rule of domestic constitutional law. It is not a situation reached by the application of a rule of international law, since such a rule, to have effect, itself depends upon recognition by domestic law. Indeed international law is generally uninformative in this area since it simply requires the application of treaties in all circumstances. It does not modify the fundamental principle that the application of treaties by domestic courts is governed by domestic law.*⁵⁸

Au Canada, ces règles constitutionnelles sont non écrites⁵⁹ – elles constituent probablement des conventions constitution-

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Voir, par exemple, la situation qui prévaut en Australie avec le *Commonwealth of Australia Constitutional Act*, 63 & 64 Vict., R.-U., c. 12, et la décision de la Haute Cour de l'Australie dans *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh*, (1995) 183 C.L.R. 273, 286 et 287, où l'on peut lire :

It is well established that the provisions of an international treaty to which Australia is a party do not form part of Australian law unless those provisions have been validly incorporated into our municipal law by statute. This principle has its foundation in the proposition that in our constitutional system the making and ratification of treaties fall within the province of the Executive in the exercise of the prerogative power whereas the making and alteration of the law fall within the province of Parliament, not the Executive. So, a treaty which has not been incorporated into our municipal law cannot operate as a direct source of individual rights and obligations under that law.

⁵⁸ Francis G. JACOBS, « Introduction », dans F.G. JACOBS et S. ROBERTS (dir.), *op. cit.*, note 1, p. xxiii, à la page xxiv. (Nos non-italiques).

⁵⁹ Comme l'a confirmé le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, 68, « le principe général [veut] que la Constitution comprend des règles non écrites – et écrites ».

nelles⁶⁰ – et elles nous viennent de la tradition britannique par le biais du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶¹, qui énonce que le Canada aura « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Comme l'explique Peter Hogg : « *Canada's constitutional law, derived in this respect from the United Kingdom, does not recognize a treaty as part of the internal (or "municipal") law of Canada* »⁶².

Érigé en orthodoxie⁶³, le principe veut donc qu'un traité international⁶⁴ ne fasse pas partie du droit canadien à moins qu'il ait été

⁶⁰ La Cour suprême du Canada a examiné les conventions constitutionnelles dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753. Voir également : Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit Constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 43 et suiv.; Andrew HEARD, *Canadian Constitution Conventions: The Marriage of Law and Politics*, Toronto, Oxford University Press, 1991.

⁶¹ 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, annexe II, n^o 5.

⁶² Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd. (étudiante), Scarborough, Carswell, 1992, p. 285.

⁶³ Stephen Toope a déclaré que ce principe était « *trite law* » : S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 8, 12 : « *It is trite law that international treaties are not "self-executing" in Canada. Our dualist constitutional framework requires the transformation of treaties by legislative action within the structure of the division of powers in ss. 91 and 92 of the Constitution Act, 1867* ». (Nos non-italiques, notes omises).

⁶⁴ Le présent texte n'examine pas la situation en ce qui a trait à la coutume internationale, dont les auteurs considèrent de plus en plus que sa transformation n'est pas requise pour qu'elle ait un effet juridique dans le système juridique canadien – voir, par exemple : J.H. CURRIE, *op. cit.*, note 45, p. 204. Contrairement au Royaume-Uni, avec la décision de la Chambre des Lords dans *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 All E.R. 881 (*per Lord Denning*), au Canada, il n'y a pas eu de jugement de principe sur la situation du droit international coutumier par rapport au système juridique national. Il existe de bonnes raisons toutefois pour que les cours nationales décident d'exiger la transformation tant de la coutume que des traités. Une de celles-ci est liée au fait que le droit international, à la fois conventionnel et coutumier, ne régit plus une catégorie limitée d'affaires ayant trait aux relations entre les États (par exemple, la paix, la défense, les relations diplomatiques); il concerne maintenant toutes les sphères d'activités ayant trait à la fois aux affaires entre les États et aux affaires au sein des États (par exemple, les droits de la personne, la responsabilité criminelle, la citoyenneté, l'environnement, la santé, l'alimentation, l'éducation, le transport, les communications) – voir : H.M. KIN-DRED, *loc. cit.*, note 3, 267. Surtout dans ce contexte contemporain, d'autres raisons justifient l'approche dualiste à l'égard de la coutume, qui sont en fait exactement les mêmes que celles invoquées pour les traités, à savoir les arguments relatifs à la séparation des pouvoirs, au fédéralisme et à la démocratie (à ce sujet, voir *infra*, notes 73-85 et le texte les accompagnant).

incorporé au moyen de l'adoption d'une loi qui apporte les modifications législatives nécessaires⁶⁵. L'autorité première à la base de ce principe demeure la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'*Affaire des conventions du travail*⁶⁶, d'où nous vient ce célèbre passage du discours de Lord Atkin :

*Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action. Unlike some other countries, the stipulations of a treaty duly ratified do not within the Empire, by virtue of the treaty alone, have the force of law. If the national executive, the government of the day, decides to incur the obligations of a treaty which involves alteration of law they have to run the risk of obtaining the assent of Parliament to the necessary statute or statutes.*⁶⁷

L'exigence relative à la mise en œuvre des traités a été réitérée et appliquée par la Cour suprême du Canada⁶⁸, ainsi que par la Cour fédérale du Canada⁶⁹ et d'autres tribunaux⁷⁰. Le juge L'Heureux-

⁶⁵ P.W. HOGG, *op. cit.*, note 62, p. 285. La suggestion récente voulant que les normes des traités internationaux puissent être mises en œuvre par des moyens non législatifs comme des politiques gouvernementales, même si elle a (peut-être) du mérite, n'est aucunement appuyée par la jurisprudence – voir : E. BRANDON, « Does International Law Mean Anything in Canadian Courts? », (2001) 11 *J. Environmental L. & Prac.* 399, 407 : « Thus a treaty that has been brought into Canadian law through other measures – such as policy – should be of equal status to treaties implemented by specific legislation ».

⁶⁶ *Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (généralement désignée « l'*Affaire des conventions du travail* »).

⁶⁷ *Id.*, 347. Voir également les observations du juge Lamont de la Cour suprême du Canada dans *Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co.*, [1932] R.C.S. 495, 510, indiquant que « the Crown cannot alter the existing law by entering into a contract with a foreign power ».

⁶⁸ Voir, par exemple : *Francis c. La Reine*, [1956] R.C.S. 618, 621; *Capital Cities Communications Inc. c. Canada (C.R.T.C.)*, [1978] 2 R.C.S. 141, 172 et 173; *Opération Dismantle Inc. c. The Queen*, [1985] 1 R.C.S. 441, 484.

⁶⁹ Voir, par exemple : *Bitter c. Secretary of State of Canada*, [1944] Ex. C.R. 61, 76 et 77; *Mastini c. Bell Telephone of Canada*, (1971) 18 D.L.R. (3d) 215, 217 (C. de l'É.); *National Corn Growers Association c. Canada (Tribunal des importations)*, (1989) 58 D.L.R. (4th) 642, 649 et 650 (C.A.F.); *Rahaman c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (2002) 211 D.L.R. (4th) 455, 469 (C.A.F.).

⁷⁰ Voir, par exemple : *R. c. Vincent*, (1993) 12 O.R. (3d) 427, 437 et 438 (C.A. Ont.); *Entreprises de rebuts Sanipan c. Procureur général du Québec*, [1995] R.J.Q. 821, 844 (C.S.); *R. c. Rebmann*, (1995) 122 Nfld. & P.E.I.R. 111, 121-126 (S.C.T.D. Terre-Neuve).

Dubé a réaffirmé la règle en 1999 dans l'arrêt *Baker* : « Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi »⁷¹. La terminologie employée pour décrire le processus de réception des traités dépend du point de vue où l'on se place – dans la sphère internationale, on parle du modèle « dualiste » de réception (par opposition au « moniste »), tandis qu'au plan national, on parle de modèle de réception par « transformation » (par opposition à « l'adoption »)⁷².

IV. Justifications de la nécessité de mise en œuvre

On s'entend généralement pour dire qu'il y a trois raisons d'être à la règle fondamentale au Canada voulant que les traités internationaux doivent être mis en œuvre pour avoir effet au niveau interne. La première a trait à la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire à l'idée exposée par Montesquieu⁷³ selon laquelle, dans la tradition parlementaire britannique, la branche exécutive du gouvernement est en théorie séparée de la branche législative⁷⁴. Cette considération a joué un rôle prépondérant dans l'*Affaire des conventions du travail*⁷⁵. La minorité dans *Baker*, sous la plume du juge Iacobucci, a récemment invoqué cet aspect : « À mon avis, il faut aborder avec prudence des décisions de ce genre, sous peine de rompre l'équilibre établi par notre tradition parlementaire ou de conférer par inadvertance à l'exécutif le pouvoir de lier les administrés sans la

⁷¹ *Baker*, précité, note 2, 861.

⁷² Voir : J.H. CURRIE, *op. cit.*, note 45, p. 195 et suiv; Hugh M. KINDRED et autres (dir.), *International Law – Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 6^e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2000, p. 165 et 166. Deux exemples de pays qui ont une approche « moniste » ou « d'adoption » des traités sont la France (voir l'article 55 de la Constitution française) et l'Allemagne (voir l'article 25 de la Loi fondamentale allemande). Voir : Anthony AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 145-160. Voir également, en général : Giuseppe SPERDUTI, « Dualism and Monism : A Confrontation to be Overcome? », (1977) 3 *Italian Y.B. Int'l L.* 31.

⁷³ Voir son œuvre : Charles de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Londres, n.b., 1757, originalement publiée en 1748.

⁷⁴ Voir : S. DONAGHUE, *loc. cit.*, note 1, 224-226; F.G. JACOBS, *loc. cit.*, note 58, xxv. Voir également, en général : Jeffrey Denys GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament – History and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

⁷⁵ Voir l'*Affaire des conventions du travail*, précitée, note 66, 347.

participation du pouvoir législatif »⁷⁶. Au Canada, c'est l'exécutif du gouvernement fédéral qui a le pouvoir de négocier, de conclure et de ratifier des traités internationaux et le fait d'exiger la mise en œuvre de ces ententes par l'adoption d'une loi constitue en effet un ingrédient essentiel pour préserver la pertinence du Parlement et des législatures relativement à la création de normes juridiques dans notre système parlementaire⁷⁷.

La seconde justification de l'exigence de mise en œuvre des traités internationaux a trait au caractère fédéral de la constitution canadienne⁷⁸. À la base, dans une fédération où les deux ordres de gouvernement sont suprêmes dans leurs champs de compétences

⁷⁶ *Baker*, précité, note 2, 866 et 867. Voir également, dans le même sens : *Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co.*, précité, note 67, 510; *Capital Cities Communications Inc. c. Canada (C.R.T.C.)*, précité, note 68, 173. Il est intéressant de noter que l'argument de la séparation des pouvoirs fut au centre de la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, *per* Richardson J., dans *Ashby v. Minister of Immigration*, [1981] 1 N.Z.L.R. 222, 229.

⁷⁷ En vertu du droit constitutionnel et impérial britannique, l'autorité pour conclure et ratifier des traités était une prérogative royale : voir Lord TEMPLEMAN, « Treaty-Making and the British Parliament », dans Stefan A. RIESENFELD et Frederick M. ABBOTT (dir.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties – A Comparative Study*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 153; Allan E. GOTLIEB, *Canadian Treaty-Making*, Toronto, Butterworths, 1968, p. 4 et 5; Philip NOËL-BAKER, « Les Dominions sont-ils vraiment des personnes du droit des gens? », (1927) 19 *Rec. c. acad. dr. int'l* 247. Tout comme en Grande-Bretagne, l'évolution vers une monarchie constitutionnelle au Canada s'est traduite par la mise en place d'une pratique en vertu de laquelle les prérogatives royales étaient exercées à la demande du gouvernement du Canada et sous son avis, ce qui n'exigeait toutefois pas la participation du Parlement. Voir : Jean-Yves GRENON, « De la conclusion des traités et de leur mise en œuvre au Canada », (1962) 40 *R. du B. can.* 151, 152 et 153 : « En vertu de notre droit constitutionnel coutumier, l'autorité nécessaire à la conclusion des traités relève de la prérogative royale laquelle, d'ordinaire, est exercée au nom du Canada par le gouverneur général en conseil agissant habituellement, dans ce domaine, sur la recommandation du secrétaire d'État aux Affaires extérieures. En d'autres termes, c'est l'organe exécutif central qui, chez nous, est habilité à autoriser la conclusion d'accords valides selon le droit international public ». Les *Lettres patentes constituant la charge du gouverneur général du Canada*, L.R.C. (1985), App. II, n° 31, confirment que le pouvoir exécutif du gouvernement fédéral exerce aujourd'hui les prérogatives royales pour le Canada, ce qui comprend l'autorité de négocier, de conclure et de ratifier des traités. Voir également, de façon générale : Mushir Hosain KIDWAI, « International Personality and the British Dominions: Evolution and Accomplishment », (1976) 9 *U. Queensland L.J.* 76.

⁷⁸ Voir : S. DONAGHUE, *loc. cit.*, note 1, 226-228.

respectives, les normes conventionnelles doivent être incorporées au moyen d'une loi dans le cadre de cette division législative car, s'il en était autrement, le gouvernement qui a le pouvoir de conclure des traités (au Canada, Ottawa) pourrait en effet indirectement assumer des pouvoirs *ultra vires* lorsque la matière sur laquelle porte le traité en question relève de la compétence de l'autre ordre de gouvernement (au Canada, les provinces). Cette dimension a été au cœur de la décision du Conseil privé dans l'*Affaire des conventions du travail*, où Lord Atkin écrivait : « *In other words, the Dominion cannot, merely by making promises to foreign countries, clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth* »⁷⁹. Plus loin, il a eu recours à la métaphore maintenant bien connue des compartiments d'un bateau : « *While the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters she still retains the watertight compartments which are an essential part of her original structure* »⁸⁰.

⁷⁹ *Affaire des conventions du travail*, précitée, note 66, 352. Voir, au sujet de cet aspect de l'affaire : Norman A.M. MacKENZIE, « Canada: The Treaty-Making Power », (1937) 18 *British Y.B. Int'l L.* 172; Norman A.M. MacKENZIE, « Canada and the Treaty-Making Power », (1937) 15 *R. du B. can.* 436; Francis Reginald SCOTT, « The Consequences of the Privy Council Decisions », (1937) 15 *R. du B. can.* 485; Alexander B. ELKIN, « De la compétence du Canada pour conclure les traités internationaux – Étude sur le statut juridique des Dominions britanniques », (1938) 45 *R.G.D.I.P.* 658; Francis Reginald SCOTT, « Labour Conventions Case: Lord Wright's Undisclosed Dissent », (1956) 34 *R. du B. can.* 114; George J. SZABLOWSKI, « Creation and Implementation of Treaties in Canada », (1956) 34 *R. du B. can.* 28; Edward McWHINNEY, « Federal Constitutional Law and the Treaty-Making Power », (1957) 35 *R. du B. can.* 842; Edward McWHINNEY, « The Constitutional Competence within Federal Systems as to International Agreements », (1964-68) 1 *Can. Leg. St.* 145; Gerald L. MORRIS, « The Treaty-Making Power: A Canadian Dilemma », (1967) 45 *R. du B. can.* 478.

⁸⁰ *Affaire des conventions du travail*, précitée, note 66, 354. Il convient de mentionner que le « tribunal Laskin » a laissé entendre qu'il aurait lieu de se pencher à nouveau sur cet aspect de l'affaire; il n'y a toutefois pas eu de suite à cette invitation. Voir : *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, 169, où le juge en chef Laskin écrivait qu'on peut « justifier un nouvel examen de l'affaire des *Conventions du travail* » et ainsi venir à reconnaître au Parlement fédéral le pouvoir de « légiférer pour exécuter une obligation internationale contractée par le Canada en vertu d'un accord ou d'un traité (dans un domaine qui autrement ne relèverait pas de sa compétence) ». Voir également les commentaires du juge Dickson (plus tard juge en chef) dans *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, 134.

La troisième raison d'être, nul doute la plus convaincante dans le contexte contemporain, repose sur l'argument démocratique⁸¹. Essentiellement, la transformation des normes issues de traité par l'adoption d'une loi assure la participation de la principale institution démocratique du système parlementaire de notre gouvernement. Le juge Iacobucci, en minorité dans l'arrêt *Baker*, a établi un lien entre la justification démocratique et la séparation des pouvoirs. Il écrit que l'approche de la majorité dans cette affaire a pour conséquence de « donner effet dans le système juridique interne à des obligations internationales assumées par le pouvoir exécutif seul et *qui n'ont pas encore été soumises à la volonté démocratique du Parlement* »⁸². Jutta Brunnée et Stephen Toope ont examiné cet aspect de la question et ils ont souscrit au point de vue de David Dyzenhaus⁸³, en droit administratif, que l'équation « démocratie = action législative de la majorité » est souvent liée à une conception réduite de la démocratie⁸⁴. Cela dit, même s'il est exact que la légitimité démocratique est un concept qui va au-delà de l'action parlementaire, la présente justification demeure solide puisque cette participation des assemblées élues de nos gouvernements constitue toujours en bonne partie – voire la principale partie – de ce que la légitimité démocratique représente, et peut représenter, en ce qui concerne les normes juridiques régissant les citoyens du Canada⁸⁵.

⁸¹ Voir : B.R. OPESKIN, « Constitutional Modelling: The Domestic Effect of International Law in Commonwealth Countries – Part I », *loc. cit.*, note 1, 617; F.G. JACOBS, *loc. cit.*, note 58, xxv. De même, voir l'extrait suivant dans L. LEBEL et G. CHAO, *loc. cit.*, note 14, 24 : « *At the heart of the debate is the tension between the democratic principle underlying the internal legal order and the search for conformity or consistency with a developing and uncertain external legal order* ». (Nos non-italiques).

⁸² *Baker*, précité, note 2, 866. (Nos italiques). Voir également : David DYZENHAUS et Even FOX-DECENT, « Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada* », (2001) 51 *U.T.L.J.* 193.

⁸³ Voir : David DYZENHAUS, « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law », (2002) 27 *Queen's L.J.* 445.

⁸⁴ J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 8, 38, qui se lit comme suit : « [Such] *arguments are often rooted in impoverished conceptions of democratic governance* ». L'adhésion de Brunnée et Toope à cette opinion de Dyzenhaus se trouve à la note 163.

⁸⁵ Dans un autre article toutefois, David Dyzenhaus (avec Murray Hunt et Michael Taggart) semble en fait appuyer la justification démocratique qui sous-tend l'exigence de mise en œuvre des traités internationaux : David DYZENHAUS, Murray HUNT et Michael TAGGART, « The Principle of Legality in Administrative

V. Cours nationales et droit international

Si l'on revient aux deux domaines distincts et séparés que sont le droit international et le droit interne, il va de soi que chaque système a ses propres organes judiciaires. Sur le plan international, la *Charte des Nations Unies*⁸⁶, à son article 92, prévoit que « la Cour internationale de Justice constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies ». La Cour a été créée par l'adoption du *Statut de la Cour internationale de Justice*⁸⁷. Au niveau national, si l'on prend le Canada comme exemple, il existe toute une structure de tribunaux

Law: Internationalisation as Constitutionalisation », (2001) 1 *Oxford Univ. Commonwealth L.J.* 5, à la page 5 : « Courts throughout the common law world have, for some time, given effect to international legal obligations (especially human rights norms) by way of administrative law doctrines and techniques. When the source of the international obligations constraining executive discretion is a convention ratified by the executive, but not incorporated by parliament into legislation, traditional alarm bells ring. Such "backdoor" incorporation seems to amount to executive usurpation of the legislative's monopoly of law-making authority, or to judicial usurpation of the same, or to a combination of both ». (Nos non-italiques).

⁸⁶ Adoptée le 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur le 24 octobre 1945); instrument non publié dans le R.T.N.U.

⁸⁷ Adopté le 26 juin 1945, R.T.N.U. 961, R.T. Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur le 24 octobre 1945). Son ancêtre fut la Cour permanente de justice internationale de la Société des Nations, créée aux termes de l'article 415 du *Traité de Versailles*, conclu le 28 juin 1919. Il y a eu prolifération de tribunaux dans la sphère internationale, surtout depuis une quinzaine d'années, pendant lesquelles une douzaine d'organes judiciaires ou quasi-judiciaires ont vu le jour. Voir : Benedict KINGSBURY, « Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Problem? », 31 *New York U. J. Int'l L. & Pol.* 679, 680 (1999); voir également : Thomas BUERGENTHAL, « Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad? », (2001) 14 *Leiden J. Int'l L.* 267; Jonathan I. CHARNEY, « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », 31 *New York U. J. Int'l L. & Pol.* 697 (1999); Philippe SANDS, Ruth MACKENZIE et Yuval SHANY (dir.), *Manual on International Courts and Tribunals*, Londres, Butterworths, 1999. Ces tribunaux comprennent l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, le système de règlement des différends créé aux termes de l'Accord de Libre-échange nord-américain, le Tribunal international du droit de la mer, les tribunaux pénaux internationaux pour l'ancienne Yougoslavie et le Rwanda, la Commission d'indemnisation des Nations Unies, le Comité d'inspection de la Banque mondiale et, bien entendu, la Cour pénale internationale, qui est entrée en fonction le 1^{er} juillet 2002. Voir : Chester BROWN, « The Proliferation of International Courts and Tribunals: Finding Your Way Through the Maze », (2002) 3 *Melbourne J. Int'l L.* 453, 455 et 456.

nationaux, fédéraux et provinciaux, qui a été mise en place⁸⁸, au sommet de laquelle se trouve la Cour suprême du Canada qui, en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁹, a été créée en 1875 (en même temps que l'ancêtre de la Cour fédérale) par l'adoption du *Supreme and Exchequer Courts Act, 1875*⁹⁰.

Maintenant, le point sur lequel il faut insister ici, c'est que les deux systèmes de tribunaux disposent de leur propre ensemble de normes juridiques – la Cour internationale de Justice et les autres tribunaux internationaux appliquent le droit international, tandis que la Cour suprême du Canada et les tribunaux canadiens (ou les tribunaux nationaux de tout État souverain) appliquent le droit interne⁹¹. Cela peut sembler l'évidence même, mais dans le débat actuel au sujet du recours au droit international en droit interne, il serait peut être nécessaire de rappeler à certains quelques-uns de ces truismes⁹². Bien entendu, cela ne veut pas dire que les instances judiciaires internationales ne peuvent considérer le droit

⁸⁸ Au sujet du système judiciaire canadien en général, voir : Gerald L. GALL, *The Canadian Legal System*, 4^e éd., Scarborough, Carswell, 1995, p. 181 et suiv.; Patrick FITZGERALD et Barry WRIGHT, *Looking at Law: Canada's Legal System*, Toronto, Butterworths, 2000, p. 95 et suiv.

⁸⁹ Précitée, note 61. L'article 101 se lit comme suit : « Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ».

⁹⁰ S.C. 1875, c. 11. Maintenant, c'est la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26, qui régit le plus haut tribunal du pays.

⁹¹ Pour être plus précis, il convient d'ajouter que, bien entendu, le droit international privé canadien peut dicter que le droit interne étranger s'applique à une situation donnée. Cependant, cela ne change pas le présent postulat fondamental puisque les tribunaux canadiens ont, à la base, toujours recours au droit canadien, et ce, même dans ces affaires de droit international privée. Pour une analyse stimulante et rigoureuse au sujet de ces règles de droit international privé, voir : Robert WAI, « In the Name of the International: The Supreme Court of Canada and the Internationalist Transformation of Canadian Private International Law », (2001) 39 *A.C.D.I.* 117.

⁹² Voir, par exemple, l'opinion doctrinale suivante, allant à l'encontre des prémisses générales de droit international : G. VAN ERT, *op. cit.*, note 11, p. 5 : « *The tendency to look to explicitly international forums, such as the International Court of Justice, for the exclusive enforcement of international law is a mistake. International jurisdiction is not confined to internationally constituted courts in the way that jurisdiction over Japan is reserved to Japanese courts. Rather, international and domestic courts share jurisdiction. Indeed, to distinguish between international and domestic courts is a false dichotomy.* » (Nos non-italiques).

interne, qui est en fait une source explicite de droit international selon l'article 38 (1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*⁹³, ou que la jurisprudence nationale, en tant que source secondaire de droit international, n'influence pas leurs décisions⁹⁴ ou encore que cette jurisprudence ne peut pas servir à démontrer l'existence de coutumes internationales⁹⁵.

Qui plus est, Bill Schabas faisait remarquer avec raison que, à l'inverse, les instances judiciaires canadiennes peuvent avoir recours au droit international – « *to the extent that it is also part of the "Laws of Canada"* »⁹⁶. Cependant, cette influence réciproque ne modifie en rien la situation fondamentale suivant laquelle les tribunaux internationaux appliquent les normes juridiques de leur domaine et les tribunaux nationaux appliquent les normes juridiques de leur domaine. C'est ce qui mène à l'inévitable conclusion que le droit international ne peut être contraignant; en ce qui concerne les tribunaux nationaux, le droit international ne peut agir qu'à titre persuasif.

⁹³ Précité, note 87. Le sous-paragraphe « b » de l'article 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice* énonce que « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » constituent une source de droit international. Sur la question des principes généraux de droit, voir : R. JENNINGS et A. WATTS, *op. cit.*, note 50, p. 36 et suiv.; Malcolm N. SHAW, *International Law*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 77 et suiv.; David John HARRIS, *Cases and Materials on International Law*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 47 et suiv.

⁹⁴ Le sous-paragraphe « c » de l'article 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice* indique que les décisions judiciaires, y compris celles rendues par des tribunaux nationaux, constituent une source auxiliaire de droit international.

⁹⁵ Voir : J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 8, 7, où les auteurs écrivent ceci : « *Especially in the context of customary international law, domestic courts participate in the continuous weaving of the fabric of international law* ». Voir également : Anthea Elizabeth E. ROBERTS, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : A Reconciliation », 95 *American J. Int'l L.* 757 (2001).

⁹⁶ William A. SCHABAS, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada », (2000) 79 *R. du B. can.* 174, 176.

Conclusion : le droit international n'est pas contraignant, mais il est persuasif

La réalité internationale est distincte et séparée de la réalité nationale. Il s'en suit que l'actualisation du droit international par l'intermédiaire de décisions judiciaires est aussi distincte et séparée de l'actualisation du droit interne résultant des décisions des tribunaux nationaux. Bien que la jurisprudence ne se penche pas généralement sur cette question, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion d'examiner son rôle par rapport au système de droit international dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁹⁷. L'*amicus curiae*, Yves Le Boutillier, a soutenu que la Cour n'était pas compétente pour répondre à des questions de « droit international pur »⁹⁸. On a offert la réponse suivante, qui est significative pour la présente étude : « En donnant un avis consultatif dans un renvoi, la Cour ne prétend pas "agir en tant que" tribunal international ni se substituer à un tel tribunal »⁹⁹. Ainsi, pour reprendre l'observation du juge Louis LeBel et de Gloria Chao : « *the key limits to the [Supreme] Court's use [of these norms] is that it has never seen itself as a final arbiter of international law* »¹⁰⁰.

Le fait de reconnaître que la réalité juridique internationale est distincte et séparée de la réalité juridique nationale, notamment en ce qui concerne leurs instances judiciaires, ne signifie pas que la première n'aura aucun effet sur la seconde¹⁰¹. Dans le *Renvoi sur la*

⁹⁷ [1998] 2 R.C.S. 217.

⁹⁸ *Id.*, 234.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ L. LEBEL et G. CHAO, *loc. cit.*, note 14, 59.

¹⁰¹ La position défendue ici est donc conciliable avec les propos du juge Gérard LA FOREST, « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues », (1996) 34 A.C.D.I. 89, 100 et 101, selon lesquels : « *in the field of human rights, and of other laws impinging on the individual, our courts are assisting in developing general and coherent principles that apply in very significant portions of the globe. These principles are applied consistently, with an international vision and on the basis of international experience. Thus our courts – and many other national courts – are truly becoming international courts in many areas involving the rule of law. They will become all the more so as they continue to rely on and benefit from one another's experience. Consequently, it is important that, in dealing with interstate issues, national courts fully perceive their role in the international order and national judges adopt an international perspective* ». (Nos non-italiques).

*sécession du Québec*¹⁰², on a également mis en doute la compétence de la Cour à se pencher sur « le droit international »¹⁰³ pour trancher les questions dont elle était saisie. La Cour a répondu : « Ce doute est sans fondement. Dans le passé, la Cour a dû faire appel plusieurs fois au droit international pour déterminer les droits et les obligations d'un acteur donné au sein du système juridique canadien »¹⁰⁴. Ainsi, les normes conventionnelles appartenant au système juridique international, qui est distinct et séparé, peuvent avoir un effet dans le système juridique canadien¹⁰⁵. Il convient cependant d'insister que cet effet ne sera aucunement automatique, et encore moins contraignant. Compte tenu du fait que les deux systèmes de droit coexistent de manière indépendante, l'effet que l'un pourra avoir sur l'autre sera plutôt décidé par ce dernier, c'est-à-dire par les règles de réception des traités internationaux dont nous avons parlé précédemment¹⁰⁶.

En d'autres termes, les tribunaux nationaux (par exemple, les tribunaux canadiens) interprètent et appliquent le droit interne (par exemple, le droit canadien) et c'est dans la mesure où les règles constitutionnelles et autres règles internes permettent au droit international d'entrer en droit interne – et que le droit international est effectivement transformé en droit interne – que les normes issues de traité peuvent avoir un effet juridique sur l'interprétation et l'application des lois nationales par les tribunaux du pays. En ce sens, le droit international ne peut jamais « lier » un État souverain comme le Canada ou, plus précisément, le droit international ne peut jamais être contraignant au Canada, c'est-à-dire dans le système juridique canadien, puisque les tribunaux du pays sont compétents à l'égard du droit canadien, mais ne le sont pas à l'égard du droit international. Ce que le droit international peut, et devrait faire dans la mesure du possible, c'est « influencer » l'interprétation et l'application du droit interne, mais cela dépendra de la mesure

¹⁰² Précité, note 97.

¹⁰³ *Id.*, 235.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ La Cour suprême du Canada a fait référence aux affaires *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 R.C.S. 86.

¹⁰⁶ Voir *supra*, notes 55-72 et le texte les accompagnant.

dans laquelle le droit international, comme l'indique Schabas, « is also part of the "Laws of Canada" »¹⁰⁷.

« L'influence » du droit international sur l'interprétation et l'application des lois canadiennes peut également être décrite comme la détermination de « l'effet persuasif » du droit international ou du « poids » accordé à l'argument relatif au droit international. Cette approche relative à l'utilisation du droit international en droit interne ne doit pas être confondue avec la doctrine de Karen Knop, fondée sur le modèle trans-gouvernemental et sur la méthodologie comparative¹⁰⁸. Notre propos partage toutefois avec elle le constat indubitable que, par définition, le droit international ne peut « lier » les tribunaux d'un État souverain comme le Canada. Par souci de justesse et pour éviter de créer un nouveau mythe¹⁰⁹, s'il vous plaît, arrêtons de dire le contraire.

¹⁰⁷ W.A. SCHABAS, *loc. cit.*, note 96, 176.

¹⁰⁸ Voir : K. KNOP, *loc. cit.*, note 4.

¹⁰⁹ Au sujet de la création et de la transformation de la réalité humaine au moyen du langage et du mythe, dans le contexte de droit international, voir : Stéphane BEAULAC, *The Power of Language in the Making of International Law – The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden and Boston, Martinus Nijhoff, 2004. Voir aussi : Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1961; Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, Oxford, Basil Blackwell, 1958; Charles K. OGDEN et Ivor A. RICHARDS, *The Meaning of Meaning – A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*, 2^e éd., Londres, Kegan Paul, 1927.

