

"Texture ouverte", droit international et interprétation de la Charte canadienne

*Stéphane Beaulac**

The Supreme Court Law Review

I. Interpretation and Application / Interprétation et application

(2013), 61 S.C.L.R. (2d) 191 - 240

2013

(C) LexisNexis Canada Inc.

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

I. Introduction

1 Dans l'édition précédente du présent ouvrage,¹ le chapitre que j'ai rédigé débutait en relatant qu'il était coutume - tant en interprétation du langage en général² qu'en interprétation juridique plus spécifiquement³ - d'évoquer ce fameux épisode de l'histoire d'Alice au pays des merveilles⁴, de l'écrivain britannique Charles Lutwidge Dodgson (pseudonyme Lewis Carroll). Lors d'un échange avec cet étrange personnage qu'est Humpty Dumpty, celui-ci déclare d'un ton quelque peu dédaigneux : "Quand moi j'emploie un mot, il signifie exactement ce que je veux qu'il signifie - ni plus, ni moins"⁵. Madame le juge L'Heureux-Dubé, en minorité dans 2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)⁶, faisait référence à cet épisode pour souligner l'importance de bien établir les principes méthodologiques en interprétation législative, afin d'éviter un exercice "à la Humpty Dumpty"⁷.

2 Étoffant ensuite mon point avec quelques ouvrages classiques et contemporaines en philosophie du langage - Ferdinand de Saussure⁸, Claude Lévi-Strauss⁹, Philip Allott¹⁰ - j'ai tenté de mettre en évidence l'importance de définir adéquatement la méthodologie d'interprétation juridique¹¹. L'on peut ajouter, évidemment, qu'il s'agit d'un élément crucial pour aider à rejoindre plusieurs des

idéaux associés au principe de la primauté du droit ("rule of law")¹², dont ceux de prévisibilité et de sécurité juridique¹³. Les conventions méthodologiques d'interprétation juridique contribuent grandement, en effet, à la structuration par le droit de l'activité humaine, non pas pour donner par magie une formule mathématique menant à un certain résultat, mais plutôt, en balisant l'exercice discrétionnaire par lequel l'interprète (membre du judiciaire, par exemple) peut en arriver à ladite conclusion¹⁴. En outre, avec une certaine candeur, il semble accepté de nos jours que les règles et principes d'interprétation agissent, eu égard à l'activité judiciaire, à la fois comme guides et comme arguments pour arriver à identifier le sens d'une norme. C'est ce qu'on appelle en doctrine la "double fonction", heuristique et rhétorique, de la méthodologie d'interprétation en droit¹⁵.

3 En 2005, dans la version originale du présent chapitre, j'abordais séparément la question de l'interprétation téléologique de la Charte canadienne des droits et libertés et celle de l'utilisation du droit international en interprétation. Cette fois-ci, les deux volets seront intégrés dans la même discussion sur le recours à la normativité internationale dans l'interprétation téléologique de la Charte canadienne. L'hypothèse au cours de la démonstration est que le type de langage juridique choisi par le pouvoir constituant (le législateur, par exemple) a un impact direct sur le choix et la pondération des éléments méthodologiques d'interprétation¹⁶. Après avoir développé cette idée dans la prochaine partie (section II), où l'on associe la notion hartienne de "texture ouverte" au libellé de la Charte canadienne, la partie suivante (section III) examine comment l'opérationnalisation du droit international s'accomplit via la méthodologie d'interprétation, suivant le type de langage juridique choisi par le constituant.

II. La "texture ouverte" de la Charte canadienne¹⁷

4 Il est certes intéressant de débiter cette partie en rappelant que, même si le droit public relève de la tradition juridique anglo-saxonne, le Canada est un pays bilingue et bijuridique. S'agissant de la méthodologie d'interprétation, nous savons que cette dualité linguistique et juridique a des répercussions certaines pour le ou la juge canadienne¹⁸, y compris en matière de Charte canadienne. En effet, celle-ci doit être considérée eu égard aux versions française et anglaise et, par ailleurs, elle doit être interprétée de manière à ce qu'elle s'adresse aux justiciables à la fois de common law et de droit civil. Or, en ce qui concerne la rédaction des lois - du droit écrit en général, pourrait-on dire - les systèmes juridiques au Canada diffèrent considérablement¹⁹. En termes de "mentalité", l'un des principaux traits distinctifs de la common law, surtout en comparaison avec le droit civil, est l'attitude des tribunaux à l'égard de la législation (c.-à-d. du droit écrit)²⁰.

5 Dans ce cadre, on aime rappeler les célèbres déclarations qui sont passées à l'histoire juridique anglo-saxonne, dont celle de Harland Stone voulant que le système de common law étant fondé sur le droit jurisprudentiel ("judge-made-law"), la législation ("statute law") était essentiellement, "an alien intruder in the house of the common law"²¹. On se souviendra par ailleurs que Frederick Pollock avait exprimé l'avis selon lequel, avec son droit écrit, "Parliament generally changes the law for the worse"²². Frederick Lawson, pour sa part, estimait que : "In England [comme ailleurs, en common law], it is unwritten law that is regarded as normal and written law as exceptional"²³.

Roderick Munday, mon ancien professeur à l'Université de Cambridge, résumait la situation comme suit : "In short, whilst the English lawyer is forced to acknowledge the necessity of legislation, for him the common law - that cautious, organic, accretion of slow-won judicial wisdom - remains the true bedrock of English law"²⁴.

6 Pendant longtemps au Canada, avec notre droit public de tradition anglo-saxonne, on disait sans nuance que la méthodologie d'interprétation législative prédominante était celle de common law : stricte et restrictive²⁵. Cette attitude généralement hostile au droit statutaire explique en bonne partie l'approche en matière de rédaction législative dans ce système juridique. On s'accorde en effet sur l'idée que la méthodologie d'interprétation a un lien direct avec la façon de rédiger les lois - "forms of draftsmanship are often the consequences of the methods and rules of judicial interpretation"²⁶ - un lien qui est aussi évident en droit civil, incidemment²⁷. Dans la plus récente édition de l'un des ouvrages de référence en interprétation législative au Canada, les auteurs écrivaient : "En somme, le style de composition législative influera sur le dosage entre les diverses techniques heuristiques"²⁸.

7 Traditionnellement, donc, cette approche attentatoire du judiciaire en common law à l'égard des efforts du législateur - qui est tout le contraire d'une attitude de collaboration entre les pouvoirs publics de l'État - se traduisait par une rédaction législative détaillée et lourde. Tout devait être dit en droit statutaire de common law; aucune place n'était laissée au non-dit, comme cela serait de pratique dans une disposition civiliste de droit commun²⁹. Voici comment l'auteur britannique Roderick Munday expliquait ce lien relationnel :

One result of the literal approach English courts adopt to the interpretation of statutes has been that the Parliamentary draftsmen, well aware of the way in which their handiwork is likely to be construed, deliberately draw up the most detailed, long-winded and complex enactments, which seek to provide against every contingency and to make absolutely plain the legislation's intent.³⁰

A la fin du 19e siècle, le juge Steven, du Queen's Bench au Royaume-Uni faisait ressortir le caractère ardu de la tâche du légiste anglo-saxon lorsqu'il suggérait que, non seulement le texte de loi doit être intelligible pour le lecteur le considérant de bonne foi, "but it is necessary to attain, if possible, a degree of precision which a person reading in bad faith cannot misunderstand"³¹.

8 Sous les rubriques qui suivent, et afin de préparer la discussion sur l'interlégalité (section III), la notion de "texture ouverte" sera tout d'abord abordée (II.1), pour ensuite voir comment la pratique de rédaction et d'interprétation législative a évolué au Canada (II.2). A l'opposé du droit statutaire, qui appelle à une approche stricte et restrictive de common law, la Charte canadienne sera donnée en exemple pour illustrer le lien entre le style de langage juridique et l'interprétation téléologique, évolutive et généreuse (II.3).

1. La notion de "texture ouverte"

9 Bien qu'elle nous vienne de l'auteur allemand Fredrich Waismann³², l'expression "texture

ouverte" (en anglais, "open texture"³³) est généralement associée au théoricien britannique Herbert Hart, qui lui donnera une place centrale dans sa philosophie du droit, articulée dans son opus magnum, *The Concept of Law*³⁴, publié en 1961³⁵. Le chapitre intitulé "Formalism and Rule-Scepticism" explique la position selon laquelle il y a une imprécision inhérente au langage exprimant la normativité, que celle-ci soit dans une loi adoptée par le parlement ou dans la ratio decidendi d'une décision judiciaire. Plusieurs cas d'application du langage juridique sont relativement clairs, ce que Hart a nommé le noyau de sens clair (en anglais, "core situations"); en revanche, d'autres cas d'application sont plus problématiques ou incertains, ce que l'auteur appelle la zone de pénombre (en anglais, "penumbra situations"). Voici comment il résume ces deux scénarios :

The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case. None the less, the life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determinate rules which, unlike the applications of variable standards, do not require from them a fresh judgment from case to case.³⁶

Exception faite des situations où la règle juridique se situe à l'intérieur de ce noyau de sens clair - auquel cas, très peu, voire aucune interprétation n'est requise - la normativité consiste habituellement en des standards juridiques variables, eux-mêmes en fait tributaires du niveau variable de détail et de précision dans le langage choisi pour les exprimer, le tout suivant un raisonnement de type progressif (en anglais, "sliding scale")³⁷. Les règles juridiques peuvent donc être considérées comme étant plus ou moins à "texture ouverte" et, partant, comme invitant l'interprète (par ex. le ou la juge) à une participation plus ou moins importante dans la réalisation et l'actualisation de la normativité applicable à des cas particuliers.

10 Il peut être intéressant de tracer un parallèle, mutatis mutandis, entre la "texture ouverte" suggérée par Hart et l'idée bien connue en théorie juridique de langue française de "notions à contenu variable" (qu'on a traduit par "notions of variable content" ou "notions of variable standard")³⁸. Il va sans dire que dans la tradition civiliste, il est on ne peut plus normal et de pratique fréquente que l'autorité constituante (législature ou autre) choisisse de formuler les normes législatives ou réglementaires dans des termes généraux, vagues, voire flous, ce qui explique que l'interprète (juge ou autre) doive s'investir davantage dans l'exercice d'interprétation. Ceci étant, l'idée de "notions à contenu variable" de droit civil s'apparente considérablement à celle de "texture ouverte" en common law, comme en font foi les propos suivants de Chaïm Perelman du Centre national belge de recherches de logique :

Tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut

délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce.³⁹

L'auteur explique ensuite le lien direct entre le style de langage juridique utilisé et le niveau de participation de l'interprète : "En effet, plus les notions juridiques applicables sont vagues et indéterminées, plus grand est le pouvoir d'appréciation laissé aux juges"⁴⁰.

2. La "texture ouverte" en droit écrit : état des lieux

11 Du fait principalement de la juridiction de la province de Québec, de tradition civiliste en ce qui concerne son droit privé, la réalité juridique canadienne se distingue depuis assez longtemps par son style hybride de rédaction législative et par une approche interprétative ne cadrant pas exactement avec l'orthodoxie anglo-saxonne de common law (formulation détaillée, interprétation stricte)⁴¹. L'observateur ne sera pas surpris d'un tel constat car, après tout, le droit civil est le système juridique de l'un des deux peuples fondateurs du Canada et, de nos jours, de l'une des principales provinces au pays. On a souvent fait cas de l'abâtardissement du droit civil québécois⁴², en raison de l'influence de la common law, mais le "cross-fertilisation" a toujours connu la réciprocité au Canada, tel que le suggère l'auteur Patrick Glenn en parlant de "la civilisation de la common law"⁴³. Les façons de faire civilistes en matière de rédaction législative, et par voie de conséquence en ce qui a trait à l'interprétation législative, ont donc eu une influence sur la réalité juridique pancanadienne. Cela est particulièrement vrai au niveau fédéral où, galvanisé en outre par les efforts d'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil québécois depuis dix ans, l'on voit un langage juridique ayant des traits clairement civilistes dans la législation adoptée à Ottawa⁴⁴.

12 On entend souvent dire que la juridiction civiliste de la province de Québec n'est pas une "puriste" et ce, d'une part, parce qu'elle se distingue des autres juridictions du pays uniquement du fait de son droit privé et, d'autre part, parce que même pour ces matières qui relèvent de l'article 92(13) de la Loi constitutionnelle de 1867 ("propriété et droit civil") - comme en témoigne le *summun* civiliste qu'est le Code civil du Québec⁴⁵ - l'influence de la common law est grandement présente. Ceci étant, il faut néanmoins faire la part des choses et comprendre que, clairement, le droit civil québécois se distingue du droit privé des autres provinces canadiennes en bonne partie à cause des dispositions normatives typiques de son droit écrit, comme celles que l'on trouve dans le Code civil du Québec, qui sont nettement à "texture ouverte" ou, pour le dire autrement, font appel à des "notions à contenu variable". La disposition préliminaire de celui-ci explique d'emblée pourquoi un tel langage vague y est généralement utilisé : on y énonce le "droit commun" applicable en matière de droit privé au Québec⁴⁶. La disposition préliminaire⁴⁷ se lit comme suit, au second paragraphe :

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le

fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

En prévoyant la normativité d'application générale - c'est-à-dire, le droit commun - dans la juridiction de la province de Québec, notre code civil emploie sciemment un langage assez vague et souvent volontairement indéterminé⁴⁸. A titre d'exemple, l'on peut penser à la notion de "bonne foi" prévue à l'article 6 et reprise notamment aux articles 932, 1375 et 2805 du Code civil du Québec⁴⁹. Il existe d'innombrables exemples évidents de libellé à "texture ouverte" dans ce principal instrument législatif de droit commun; on peut ainsi citer le standard de "consentement libre et éclairé", prévu entre autres à l'article 10, ou encore la notion à contenu variable à laquelle réfère l'article 1457, en parlant de "règles de conduite [...] suivant les circonstances, les usages ou la loi".

13 Il convient maintenant de voir de quelle façon le type de rédaction législative dans un texte de loi est tributaire de la nature des règles juridiques qu'on souhaite adopter⁵⁰. En d'autres termes, il y a un lien relationnel direct séquentiel entre, d'une part, la nature de la normativité de droit écrit et le style rédactionnel de la loi et, d'autre part, entre ce type de rédaction législative et l'exercice méthodologique d'interprétation et d'application des lois. Dans un premier temps, on doit distinguer le droit d'application générale, le droit commun dans une juridiction (dont on vient de parler, en discutant du Code civil du Québec) du droit d'application particulière ou droit dit d'exception, cette dernière catégorie étant constituée de règles qui, par définition, dérogent, ajoutent ou précisent les règles de droit commun d'application générale⁵¹. Au Québec, un exemple de législation d'exception est la Loi sur la protection du consommateur;⁵² dans les juridictions de common law, on peut donner le Statute of Frauds en exemple⁵³.

14 Sur la base de cette dichotomie entre le droit commun et le droit d'exception, il est donc suggéré que la nature des règles juridiques dans une loi explique, dans une large mesure, le style de rédaction législative adopté par l'autorité constituante (la législature) pour coucher par écrit lesdites normes. Une législation d'application générale va justifier un libellé vague et flou; en revanche, une législation d'application particulière va appeler à une rédaction détaillée et précise. Ce type de rédaction législative aura, pour sa part, un rapport de cause à effet sur la méthodologie d'interprétation législative. Un libellé vague et une terminologie floue, qu'on associe typiquement à la tradition civiliste, inviteront à une interprétation large et libérale; en revanche, une rédaction lourde et une formulation dans les détails, habituellement associées aux systèmes de common law, commanderont pour leur part une interprétation stricte et restrictive.

15 Mais soyons clairs, en débusquant par ailleurs un mythe tenace : ce n'est pas tant la tradition juridique (droit civil, common law) qui expliquerait un a priori quelconque, favorable ou défavorable à la portée d'une disposition législative, c'est plutôt le style de rédaction qui devrait être considéré comme responsable d'une tendance à interpréter un texte législatif soit généreusement, soit restrictivement. Les petites formules suivantes, qui ne se veulent évidemment pas exhaustives, pourront sans doute aider à visualiser les explications relativement aux liens, dans l'ordre, entre (i) la nature des règles, (ii) le style de rédaction, et (iii) l'approche interprétative :

- (A) tradition civiliste = le droit écrit est du droit commun d'application générale = rédaction de texture ouverte = interprétation téléologique, évolutive et généreuse
- (B) systèmes de common law = le droit écrit est du droit d'application particulière = rédaction lourde et détaillée = interprétation statique, stricte et restrictive

Le point crucial à voir ici concerne l'élément déterminant qui amène à un certain type d'interprétation et, surtout, qu'il n'y a pas de lien direct entre l'interprétation et la tradition juridique en question (droit civil, common law). En réalité, le lien causal se situerait plutôt entre l'approche interprétative (libérale, restrictive) et le style de rédaction législative (plus ou moins à texture ouverte). Ce n'est qu'en aval qu'il y a un lien relationnel avec, respectivement, la nature du droit se trouvant en forme législative et éventuellement le système juridique.

16 Ces distinctions et catégories suggérées dans le raisonnement en la matière ne sont pas purement rhétoriques ou théoriques, loin de là. Elles sont nécessaires à la compréhension de la situation contemporaine du droit écrit dans les différentes juridictions au pays. Pour alimenter la discussion, il est utile de se référer aux motifs de l'arrêt *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc.*⁵⁴, rendu en 2004 par la Cour suprême du Canada. Écrivant l'opinion unanime dans cette affaire, le juge LeBel relève ceci (à noter, l'utilisation du verbe être au passé) :

Traditionnellement, les méthodes d'interprétation du Code civil du Québec et du droit d'origine législative des provinces de common law étaient différentes, voire clairement opposées (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 34 et suiv.). Dans les provinces de common law, les textes législatifs ou "statutes" étaient considérés comme un droit d'exception dont la nature justifiait souvent une interprétation restrictive, parfois empreinte de formalisme. Au contraire, le Code civil du Québec, qui établit le droit commun de cette province de droit civil, devait être interprété largement. Dans l'arrêt *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, le juge Gonthier précisa à ce propos que "contrairement au droit d'origine législative des ressorts de common law, le Code civil n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet" (par. 15) [...].⁵⁵

17 De nos jours, il ne semble plus adéquat d'associer nécessairement l'interprétation stricte et restrictive avec la tradition anglo-saxonne de common law, pas plus que de dire que l'approche interprétative large et libérale est toujours celle qui prévaut en droit civil, comme au Québec par exemple. Pourquoi? Parce qu'il n'est plus vrai - en fait, il n'a jamais été bien fondé - de dire que le droit écrit au Québec est constitué uniquement de droit commun, d'application générale; outre la Loi sur la protection du consommateur, donnée en exemple plus tôt, il y a toujours eu des lois québécoises visant à déroger, préciser ou ajouter au droit commun (comme la disposition

préliminaire du Code civil du Québec le confirme). De l'autre côté, dans les juridictions de common law au Canada, bien qu'il ne soit pas erroné de penser que la plupart des textes législatifs demeurent du droit d'exception, leur droit commun étant jurisprudentiel ("judge-made-law"), il existe de plus en plus de "statutes" qui ont pour objet de "codifier", c'est-à-dire de compiler et synthétiser les règles juridiques dans un domaine, devenant ainsi une législation d'application générale; on peut citer dans ce sens, dans le secteur industriel en Ontario, l'exemple de la Loi de 1995 sur les relations de travail⁵⁶. Dans ces derniers cas, la formulation employée par les légistes s'apparente à celle de droit civil, c'est-à-dire que le langage législatif est à "texture ouverte". Nous verrons plus tard un autre exemple de ce genre de législation, avec l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁵⁷.

18 A ce stade-ci de la discussion, le constat d'une pluralité dans la nature des textes législatifs de droit écrit, tant en droit civil qu'en common law au pays, donne tout son sens et sa signification à la proposition ci-haut voulant que l'approche interprétative soit véritablement tributaire du style rédactionnel employé dans la loi (et non directement de la tradition juridique). C'est ainsi qu'on peut mieux comprendre qu'au Québec, en droit civil, il puisse y avoir des interprétations larges et libérales dans les cas (fréquents) où l'on est en présence de lois à "texture ouverte" prévoyant des règles juridiques de droit commun, mais qu'il puisse aussi y avoir des interprétations strictes et restrictives dans les cas (moins fréquents) où la législation est détaillée parce qu'elle énonce de la normativité faisant exception au droit commun. Selon la même logique, dans la tradition de common law, les interprétations pourront avoir un a priori strict et restrictif, dans les situations (plutôt usuelles) de règles statutaires couchant par écrit, de façon détaillée et précise, le droit d'application particulière, mais l'approche de l'interprète anglo-saxon pourra être aussi téléologique, évolutive et généreuse, lorsque les situations (moins usitées, mais possibles) mettent en présence un texte législatif libellé en termes vagues et indéterminés, faisant la synthèse du droit d'application générale dans le domaine.

19 Bref, le droit civil au Québec, avec son droit commun et son droit d'exception, offre des textes de loi à "texture ouverte" et de la législation d'exception, ce qui signifie qu'il existe à la fois des cas d'interprétation généreuse et des cas d'interprétation restrictive. La common law dans les autres provinces, avec son droit d'application particulière (le droit commun étant jurisprudentiel) et son droit d'application générale, propose du droit écrit de façon lourde et détaillée, mais également des textes statutaires à "texture ouverte", qui commanderont soit une interprétation stricte de la lettre de la loi, soit une interprétation large et libérale eu égard à l'objectif poursuivi. Voici comment le juge LeBel, dans un texte coécrit (avec Pierre-Louis Le Saunier) en dehors de ses fonctions judiciaires, explique ce qu'on serait tenté d'appeler la convergence des méthodologies d'interprétation :

La différence entre les méthodes d'interprétation du Code civil et du droit statutaire en common law s'est toutefois estompée avec l'évolution des méthodes d'interprétation des lois à un point tel que nous pouvons désormais affirmer que le droit statutaire ne s'interprète plus automatiquement d'une manière restrictive, bien qu'il conserve sa nature d'exception relativement à la common law ["judge-made-law"].⁵⁸

20 En somme, la question de l'interprétation juridique est en lien direct avec le style de rédaction du droit écrit (qui a lui-même été influencé par la nature de la normativité : droit commun, droit d'exception) : (i) s'il s'agit de langage juridique à texture ouverte, on favorisera une interprétation large et libérale; (ii) s'il s'agit d'un libellé précis et détaillé, on préférera une interprétation stricte et restrictive. Pour revenir à la théorie de Herbert Hart, le premier scénario, relatif à un langage vague et général qui rend la règle juridique applicable à une panoplie de situations dans la zone de pénombre, invitera l'interprète à participer pleinement à la réalisation et à l'actualisation du droit. En revanche, le second scénario, relatif à une formulation à texture non ouverte limitant la norme à son noyau de sens clair, enverra le signal au juge qu'il ou elle devrait se limiter à une simple application de la règle juridique, sans besoin de lui insuffler une portée ou un sens étendu. Ainsi, il serait possible - et souhaitable - de voir, s'agissant de la méthodologie d'interprétation, un genre de raisonnement d'échelle progressive ("sliding scale"), où la participation de l'interprète à la réalisation et l'actualisation du droit écrit sera tributaire, en très grande partie, du type de langage utilisé par le constituant.

3. L'ouverture à la texture ouverte avec la Charte canadienne

21 A vrai dire, il y a beaucoup moins de résistance qu'à une époque, surtout dans les juridictions de tradition anglo-saxonne de common law au Canada, à l'idée selon laquelle le droit écrit peut être exprimé à l'aide d'une terminologie vague, floue, voire indéterminée. Une preuve indéniable de cette évolution de mentalité nous vient d'une décision de la Cour suprême du Canada en 1992, *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁵⁹. Il s'agissait d'une affaire où était invoquée la théorie de l'imprécision (en anglais, "void for vagueness doctrine") pour contester la validité constitutionnelle de l'article 32(1) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions⁶⁰. Cette loi fédérale interdit à toute personne de comploter, de se concerter, etc., pour "empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication [etc.] d'un produit". On arguait que ce mot clé, soit l'adverbe "indûment", était vicié d'imprécision constitutionnelle et ce, eu égard à la Charte canadienne des droits et libertés, un argument qui fut rejeté par la Cour au final⁶¹.

22 Ce contexte a permis à notre plus haut tribunal, sous la plume du juge Gonthier, de s'exprimer (pour une rare fois) sur l'épistémologie dominante du positivisme juridique et, plus particulièrement en ce qui nous concerne, sur le rôle et les limites du support communicationnel de droit écrit dans nos juridictions. Avec une candeur à laquelle les tribunaux nous ont peu habitués⁶², on nous explique que le droit contient toujours un niveau d'approximation et que, ultimement, il revient à l'interprète d'identifier le contenu normatif en fonction du texte adopté par le constituant. Voici un extrait fort révélateur :

Les règles juridiques ne fournissent qu'un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n'existe que dans des cas donnés, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente. Entre temps, la conduite est guidée par l'approximation. Le processus d'approximation aboutit parfois à un ensemble assez restreint d'options, parfois à un ensemble plus large. Les dispositions

législatives délimitent donc une sphère de risque et ne peuvent pas espérer faire plus, sauf si elles visent des cas individuels.

En énonçant les limites de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas, ces normes donnent lieu à un débat judiciaire. Elles comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. Elles limitent donc le pouvoir discrétionnaire en introduisant des lignes de démarcation et elles délimitent suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis.⁶³

La théorie de l'imprécision entre en jeu dans ces rares situations où le législateur a utilisé un langage législatif exagérément vague et indéterminé - où le libellé à "texture ouverte" l'est à outrance - de telle sorte qu'il ne peut pas y avoir un débat judiciaire sur la base de la norme de droit écrit. La règle juridique prévue par la loi doit, minimalement, donner un guide intelligible pour que le ou la juge puisse identifier son contenu normatif.

23 Afin de se décharger de cette responsabilité institutionnelle - dont la source est la constitution elle-même - c'est-à-dire dans cet exercice par lequel le judiciaire identifie le sens des normes de droit écrit applicable dans un cas donné (afin de trancher un litige, par exemple), le ou la juge n'a pas un rôle passif. Il ou elle doit être vu comme un participant dans le processus d'interprétation et d'application du droit, y compris pour ce qui est de la législation⁶⁴. Il faut ainsi briser les tabous et dire, ouvertement, de façon transparente, que dans absolument toutes les situations d'application de la normativité, le judiciaire participe à l'actualisation des normes prévues - dans un texte législatif, par exemple - et qu'il contribue à la réalisation du droit. Ceci étant, l'étendue ou l'importance de ce rôle du ou de la juge variera en fonction de plusieurs facteurs, le principal étant bien entendu le type de langage utilisé dans l'instrument de droit écrit. Il s'agit d'un aspect que le juge Gonthier a bien souligné dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society* :

Ce rôle d'arbitre doit être exercé conformément à la loi, mais il atteint souvent un tel degré de complexité que le texte de loi correspondant sera couché dans des termes relativement généraux. A mon avis, la généralité de ces termes peut entraîner un rôle plus grand pour le pouvoir judiciaire, mais contrairement à certains auteurs (voir F. Neumann, *The Rule of Law* (1986), aux pp. 238 et 239), je ne vois pas de différence de nature entre les dispositions générales en vertu desquelles le pouvoir judiciaire exercerait en partie le rôle du pouvoir législatif et les dispositions "mécaniques" à l'égard desquelles le pouvoir judiciaire appliquerait simplement la loi. Le pouvoir judiciaire joue toujours un rôle de médiateur dans l'actualisation du droit, encore que l'étendue de ce rôle puisse varier.⁶⁵

Autrement dit, l'interprète devra toujours, dans absolument toutes les situations où il faut déterminer

le sens d'une norme de droit écrit, jouer un rôle réel dans la réalisation de la volonté du législateur, tel qu'exprimé dans le support communicationnel de la législation. D'un côté de l'échelle progressive de participation judiciaire, si le langage est à texture ouverte et crée une grande zone de pénombre, le ou la juge se trouvera considérablement engagé dans cet exercice d'interprétation; en revanche, de l'autre côté du spectre, si le libellé employé est précis et détaillé, limitant l'application de la norme au noyau de sens clair uniquement, l'appréciation judiciaire sera marginale (mais néanmoins existante) dans le processus.

24 Pour récapituler, le niveau de participation du judiciaire, dans l'exercice propre à l'interprétation et l'application du droit écrit (par ex. législation) est directement tributaire du style de langage employé par le constituant. Plus la formulation favorisée dans la loi est à texture ouverte, plus l'interprète est légitimement autorisé à avoir un apport dans le processus d'identification du contenu normatif - légitimement car le signal lui vient du constituant, démocratiquement élu - plus le texte de droit écrit est rédigé de façon précise et détaillée, plus celui ou celle appelé à l'interpréter devra limiter sa participation dans la réalisation de la normativité en raison d'une marge d'appréciation limitée, voire presque inexistante. Ce schème d'analyse correspond, dans une large mesure, à la conception des règles juridiques selon Herbert Hart, avec la zone de pénombre et le noyau de sens clair à chacune des deux extrémités de l'échelle progressive de participation judiciaire.

25 Cette discussion nous amène maintenant à examiner le langage employé dans la Charte canadienne des droits et libertés. Outre le fait qu'il s'agit d'un texte constitutionnel - ayant donc valeur supralégislative et ne pouvant pas être modifié facilement - la principale caractéristique de la Charte canadienne réside dans le caractère vague et général des termes employés dans ses dispositions⁶⁶, c'est-à-dire l'utilisation de langage à "texture ouverte". Très tôt après 1982, Henri Brun avait noté : "En tant que normes des normes, les droits fondamentaux ne peuvent s'exprimer qu'en termes très généraux". S'agissant de la nature de la normativité qui y est prévue, l'auteur ajoutait ceci : "Comme instrument des droits fondamentaux de la personne, une charte répugne aux menus détails et aux infinies précisions; elle se situe aux antipodes d'une législation fiscale"⁶⁷. En effet, la Charte s'exprime en des termes vagues et imprécis, c'est-à-dire à l'aide de standards⁶⁸, tels que "raisonnable" aux articles 1 et 11, "abusive" à l'article 8, "arbitraire" à l'article 9, "anormal" (en anglais, "unreasonable"), "impartial" et "équitable" à l'article 11, et "cruels et inusités" à l'article 12, sans oublier évidemment la fameuse expression "société libre et démocratique" à l'article premier de la Charte⁶⁹.

26 Ajoutons qu'il n'est aucunement surprenant, encore moins condamnable⁷⁰, que la terminologie des dispositions de la Charte canadienne soit ainsi exprimée par un langage à texture ouverte. Rappelons la célèbre déclaration de Ronald Dworkin voulant qu'un document constitutionnel (comme notre Charte) ait pour mission d'énoncer des concepts, non pas des conceptions⁷¹, ce qui signifie que la teneur de ses garanties variera afin de s'adapter aux besoins et aux circonstances⁷². Lors des débuts de cet instrument supralégislatif, voici comment Wayne MacKay résumait la réalité linguistique de la Charte canadienne :

The language of the Charter is broad and general and the ranges of interpretation are endless if not grounded in the factual realities of Canadian life. Reasonable limits in section 1 of the Charter must be defined in the context of the identified principles of a free and democratic Canadian society. Equality in section 15 of the Charter must be expounded in relation to the real problems of discrimination that confront certain segments of the Canadian population.⁷³

En droit constitutionnel américain, pour tracer un parallèle, Laurence Tribe écrivait : "the Constitution is an intentionally incomplete, often deliberately indeterminate structure for the participatory evolution of political ideals and governmental practice"⁷⁴. Sidney Peck, pour sa part, expliquait qu'un texte normatif vague et indéterminé comme la Charte canadienne laisse beaucoup de marge d'appréciation au judiciaire : "Judges do not discover meaning from words; they assign meaning to the words"⁷⁵. Cet engagement substantiel de l'interprète est tributaire, évidemment, du type de langage employé par le constituant. Ce besoin d'assigner un sens au texte, écrivait Peck, "is particularly true of a document such as the Charter, which contains very general language relating to abstract concepts used to articulate the nature of the social order and the relationship between the individual and the state"⁷⁶.

27 Ceci étant, il convient d'apporter une précision importante : c'est la nature de la normativité prévue dans la Charte canadienne qui explique le type de langage employé dans ses dispositions, c'est-à-dire à "texture ouverte", et par voie de conséquence qu'elle s'est toujours vue donner une interprétation téléologique, évolutive et généreuse. A l'instar de ce qui a été expliqué plus haut, relativement au Code civil du Québec, ce n'est pas tant l'instrument normatif - ici, le fait qu'il s'agisse d'un texte constitutionnel - qui justifie une certaine approche interprétative, mais plutôt le style de langage qui y est utilisé pour exprimer les règles juridiques. Le lien direct avec la méthodologie d'interprétation est avec le type de support communicationnel de la norme, ainsi que nous l'avons vu, selon que le texte est plus ou moins à texture ouverte. Autrement dit, c'est en raison du fait que la Charte canadienne emploie un langage vague et général, qui laisse beaucoup de place à l'apport de l'interprète⁷⁷, qu'a été utilisée l'approche interprétative que l'on connaît en la matière⁷⁸. Bref, le style de rédaction, et non la nature du texte (civiliste, constitutionnel), est en lien direct avec la méthodologie d'interprétation.

28 Voici comment Pierre Carignan expliquait le nexus langage-interprétation : "Ainsi donc, selon qu'elle est rédigée sous forme de principes généraux ou de critères concrets, une loi laisse planer plus ou moins d'incertitude et, partant, donne jeu, dans une mesure variable, à la créativité des juges"⁷⁹. Dans la dernière édition de l'ouvrage *Interprétation des lois*, les auteurs se prononcent sur la pondération des éléments interprétatifs dans le contexte d'instruments de protection des droits humains : "L'interprétation d'une charte des droits fait appel de façon plus importante au rôle créateur de l'interprète, et les contraintes fonctionnelles, liées aux finalités et aux valeurs, prennent le pas sur les contraintes linguistiques qui, sans être totalement absentes, sont reléguées au second plan"⁸⁰. Christian Brunelle insiste sur le fait que l'engagement substantiel de l'interprète via une interprétation large et libérale est tributaire du langage à texture ouverte utilisé dans ce texte

constitutionnel : "la Charte étant rédigée en termes très généraux, l'interprète doit nécessairement faire preuve de créativité pour donner un contenu réel aux droits et libertés qu'elle énonce"⁸¹.

III. Le recours au **droit international et l'interprétation de la Charte canadienne**

29 Suivant l'hypothèse identifiée ci-haut, voulant que le type de langage législatif ait un impact direct sur l'approche interprétative et, en réalité, sur le niveau de participation de l'interprète dans la réalisation du droit, il convient maintenant de poursuivre l'analyse, de façon empirique, pour voir comment ce raisonnement algorithmique peut se présenter et fonctionner en pratique. Au centre de notre étude, la Charte canadienne des droits et libertés qui, nous l'avons vu, utilise allègrement la texture ouverte dans ses dispositions. L'objet de vérification empirique est le droit international, ou plus précisément le rôle qu'il joue dans l'interprétation et l'application de cet instrument supralégislatif. L'argument défendu est que l'opérationnalisation de la normativité internationale se fait via la méthodologie d'interprétation et que, en matière de Charte canadienne en particulier, la jurisprudence récente de la Cour suprême montre un lien de cause à effet entre le style rédactionnel vague et le recours au droit international, ce dernier étant un moyen pour le ou la juge de participer à la réalisation du droit. Ceci étant, cette discussion nécessite tout d'abord un rappel des paramètres d'interaction normative.

1. Le paradigme de l'interlégalité : le droit international comme autorité persuasive

30 Pour mieux appréhender l'activité judiciaire au pays, s'agissant de ces questions d'interlégalité, il est important de comprendre l'interaction normative eu égard au modèle "westphalien" de relations internationales⁸², au centre duquel se trouve l'idée-structure de la souveraineté⁸³. Selon cette représentation de la réalité normative globale du monde, la sphère internationale est séparée et distincte des domaines internes réservés des États, ce que des auteurs ont récemment appelé "the divide"⁸⁴ entre le droit international et le droit interne. Dans le contexte canadien, Karen Knop a présenté la problématique par la formule accrocheuse suivante : "domestic law is "here" and international law is "there"⁸⁵. On a déjà suggéré de visualiser cette réalité séparée et distincte du droit international et du droit interne des États en empruntant au langage mathématique, pour parler d'ensembles non intersectants (en anglais, "non-intersecting sets"), c'est-à-dire des ensembles ou des cercles qui ne se chevauchent ni ne se croisent : "international law and municipal law have been seen as two separate circles that never intersect"⁸⁶.

31 S'agissant du pouvoir judiciaire, la conséquence du modèle westphalien et de sa dichotomie international-national est d'opérer une démarcation entre les juridictions des différents intervenants. Ainsi, les tribunaux des États sont compétents pour interpréter et appliquer le droit national, tandis que la Cour internationale de Justice et les autres instances adjudicatives internationales ont compétence en matière de droit international.⁸⁷ Pour le dire simplement, la branche judiciaire d'un État a le mandat constitutionnel pour interpréter et appliquer le droit national, et non pas le droit international. Ceci étant, les réalités juridiques et judiciaires séparées et distinctes ne se traduisent pas, toutefois, par une étanchéité absolue, loin de là. On sait, par exemple, que les tribunaux

internationaux peuvent se référer aux normes de droit national des États, qui est à vrai dire une source formelle de droit international en vertu de l'article 38(1)c) du Statut de la Cour internationale de Justice, relativement aux principes généraux de droit. De la même façon, mais à l'inverse, les cours de justice d'un État sont généralement autorisées, suivant le droit constitutionnel, à prendre en considération le droit international, ce qui est le cas au Canada comme la Cour suprême l'a rappelé dans le Renvoi sur la sécession du Québec⁸⁸.

32 Cette influence normative mutuelle, entre l'international et l'interne, ne modifie en rien l'idée de base du modèle westphalien, selon laquelle ces ordres juridiques sont séparés et distincts, sans aucun lien inhérent qui les unit. À l'instar des autres juridictions anglo-saxonnes de common law⁸⁹, le Canada considère donc que son droit national et les activités judiciaires y afférentes relèvent de sa "souveraineté interne"⁹⁰ et, par ailleurs, que sa "souveraineté externe"⁹¹ permet de consentir et de créer le droit international, ainsi que les tribunaux internationaux qui en sont responsables. Cette dichotomie est à la base de l'affirmation suivante : la branche judiciaire d'un État, c'est-à-dire les tribunaux nationaux, interprètent et appliquent le droit interne, tandis que les instances adjudicatives internationales interprètent et appliquent le droit international⁹². À vrai dire, ce n'est que dans la mesure où les règles de réception ouvrent la porte au droit international en droit interne que, le cas échéant, les tribunaux du pays peuvent légitimement avoir recours à la norme internationale dans leur activité judiciaire⁹³.

33 Bref, ce n'est que si, et seulement si, le droit international peut produire des effets en droit interne en vertu des règles de réception et si, de fait, il a été adopté ou transformé en droit interne au Canada, que les juges pourront y recourir afin d'interpréter et d'appliquer le droit canadien⁹⁴. Ainsi, pour être rigoureux dans l'analyse, le droit international qua droit international n'est pas, et en fait ne peut pas être considéré, comme contraignant en droit interne au Canada⁹⁵. Dit sans détour : la norme internationale comme telle ne peut pas lier le pouvoir judiciaire d'un État souverain comme le Canada⁹⁶.

34 Ce que la normativité de l'ordre juridique peut faire et, à vrai dire, devrait faire dans toutes les circonstances appropriées, c'est influencer l'interprétation et l'application du droit interne par les tribunaux nationaux⁹⁷. Le critère de référence, s'agissant de la norme internationale, doit donc être celui d'autorité persuasive, qu'un auteur définissait récemment comme étant des éléments, "regarded as relevant to the decision which has to be made by the judge, but [...] not binding on the judge under the hierarchical rules of the national system determining authoritative sources"⁹⁸. Cette façon d'avoir recours à la normativité internationale, en référence à des niveaux variables de force persuasive, va de pair avec l'hypothèse proposée plus haut, qui suggère un lien entre le style de rédaction, à texture plus ou moins ouverte, et la participation de l'interprète dans la réalisation et l'actualisation du droit écrit, qui pondérera ainsi les éléments d'interprétation, y compris les éléments d'autorité persuasive provenant de l'international.

35 Avant d'illustrer cet argument à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour suprême, il est certes utile d'effectuer un bref retour sur la méthodologie d'interprétation comme moyen

d'opérationnalisation du droit international en droit interne au pays.

2. La Cour suprême et le recours à la normativité internationale

36 Selon l'épistémologie dominante en la matière, la conception structurale du lien relationnel entre le droit international et le droit interne au Canada est essentiellement dualiste⁹⁹. En effet, il s'agit de "l'arrimage" de celui-là à celui-ci, étant entendu que les deux ordres juridiques ne sont pas considérés, d'aucune manière significative, comme parties d'un même ensemble intégré (assimilable au monisme)¹⁰⁰. Comme le soulignait encore récemment un internationaliste, l'appréhension de la réalité normative globale du monde, à tout le moins dans l'esprit des intervenants de la tradition anglo-saxonne de common law, veut que "different legal systems on the national and international levels interact with one another on the basis of standards internal to each legal system"¹⁰¹.

37 Il s'ensuit que la détermination du statut de la normativité internationale au sein du système juridique national d'un État souverain est une question de droit interne, souvent de droit constitutionnel interne¹⁰². Autrement dit, afin de savoir quelles sont les règles prévalant en matière d'interlégalité, on doit se tourner non pas vers le droit international, mais plutôt à l'interne, vers le droit public national. Aux États-Unis, par exemple, les conventions internationales qui n'ont pas fait l'objet de mise en œuvre ne produisent pas d'effets en droit interne, malgré la clause de suprématie ("supremacy clause")¹⁰³, en raison de la règle jurisprudentielle de l'absence d'effet direct des traités ("self-executing treaties")¹⁰⁴.

38 Au Canada, la jurisprudence récente permet plus de flexibilité quant au recours au droit international¹⁰⁵, bien que le principe de base pour ce qui est du droit conventionnel demeure inchangé : "Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi"¹⁰⁶. S'agissant en outre du droit coutumier, il est maintenant confirmé que la mise en œuvre par voie législative n'est pas nécessaire puisque ces normes sont d'application automatique¹⁰⁷. Dans cette dernière situation, ce sont évidemment les règles de réception en vertu du droit constitutionnel canadien (vu la structure dualiste du modèle westphalien) qui permettent l'application directe de ce type de normativité internationale. En effet, même si on parle souvent de monisme - ou du principe de l'adoption - en ce qui concerne la réception des coutumes au Canada, il faut comprendre que le méta-principe d'interlégalité, en vertu du paradigme westphalien, demeure essentiellement dualiste¹⁰⁸. Comme l'explique un auteur : "The very idea that the national constitution is decisive for generating the doctrines that structure the relationship between national and international law is dualist"¹⁰⁹. Ici, c'est une règle de réception de droit constitutionnel canadien (jurisprudentiel, non écrit) qui prévoit et dicte l'application directe des normes coutumières. Il s'agit en fait d'un raisonnement foncièrement dualiste puisqu'il se fonde sur les réalités séparées et distinctes des ordres juridiques international et interne canadien¹¹⁰.

39 Maintenant, s'agissant plus précisément du rôle de la normativité internationale en relation avec la Charte canadienne des droits et libertés¹¹¹, l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)¹¹², rendu en 1987, constitue

indubitablement le point de départ de toute discussion en la matière¹¹³ et ce, même si les propos du juge en chef Dickson ont été exprimés dans une dissidence. En fait, on s'entend généralement pour dire que "his opinion reflects the present state of the law"¹¹⁴. Tout d'abord, c'est la première fois qu'on a clairement rejeté la suggestion selon laquelle la Charte canadienne avait implicitement transformé en droit canadien les instruments internationaux des droits de la personne auxquels le Canada est partie. Selon le juge en chef Dickson, le droit international des droits humains fournit un "facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la Charte". Voici le passage clé sur ces questions :

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la Charte, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne.¹¹⁵

Notons que le juge en chef Dickson souligne bien que le droit international ne lie pas les juges au pays, c'est-à-dire qu'il n'est pas contraignant dans le cadre de l'interprétation et de l'application de la Charte canadienne. La normativité internationale fournit des éléments "pertinents et persuasifs" dans le cadre d'un tel exercice méthodologique¹¹⁶.

40 Depuis cet arrêt en 1987, donc certainement depuis les 25 dernières années, il est clair que le jugement le plus important concernant la problématique de l'interlégalité et la réception du droit international en droit interne canadien fut *Baker c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)¹¹⁷, rendu par la Cour suprême en 1999. Au cours du litige se trouvait une ordonnance d'expulsion contre une dame ayant des enfants à charge, nés au pays, décision dont on demandait la révision judiciaire. Le principal motif d'exemption, en vertu de l'article 114(2) de la Loi sur l'immigration¹¹⁸, concernait les raisons d'ordre humanitaire, car on prétendait que l'expulsion de madame Baker affecterait ses enfants à charge. La notion du meilleur intérêt de l'enfant est devenue le point central de l'analyse de la Cour suprême, en particulier la question de savoir si la Convention relative aux droits de l'enfant¹¹⁹ - ratifiée, mais non mise en œuvre - qui prévoit cette norme à son article 3 peut être utilisée pour interpréter et appliquer la loi fédérale.

41 Suivant la thèse dualiste, cette norme internationale conventionnelle ne peut pas produire d'effet juridique en droit interne canadien puisqu'elle n'a pas été transformée au moyen d'une loi de mise en œuvre. Pour la majorité de la Cour, le juge L'Heureux-Dubé ne s'en est pas tenue toutefois à l'orthodoxie, mais a plutôt fait montre d'audace et de leadership en raffinant l'approche applicable quant à la réception des normes issues de traités. Elle écrit ceci :

Je suis d'accord avec l'intimé et la Cour d'appel que la Convention n'a pas été mise en vigueur [c.-à-d. mise en œuvre] par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada.

Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire.¹²⁰

On enchaîne ensuite avec des références à la doctrine en interprétation des lois¹²¹, voulant que le droit international (traités, coutumes) fasse partie du contexte juridique aidant à la détermination de l'intention du législateur.

42 C'est ainsi que la majorité de la Cour suprême a tenu compte des valeurs et des principes sous-jacents à la norme de droit international du meilleur intérêt de l'enfant, prévue à la Convention relative aux droits de l'enfant¹²² et ce, même si celle-ci n'a pas été mise en œuvre en droit canadien. Cette norme de traité non transformé, de concert avec d'autres instruments de "soft law" (par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Déclaration des droits de l'enfant de 1959), a permis de donner une portée large aux raisons d'ordre humanitaire dans la Loi sur l'immigration.

43 Pourquoi la décision dans l'affaire Baker est-elle considérée si importante en ce qui a trait à la problématique de l'interlégalité et de la réception du droit international en droit interne? En termes de méthodologie d'interprétation, parce qu'on a ainsi ouvert la porte aux normes conventionnelles non transformées, en plus de celles évidemment qui ont été mises en œuvre par voie législative en droit canadien¹²³. Le résultat net, clairement, est d'encourager une plus grande utilisation du droit international, en tant qu'élément pertinent et persuasif, dans le processus d'interprétation et d'application du droit interne au pays¹²⁴. Nous verrons également, un peu plus loin, comment d'autres propos du juge L'Heureux-Dubé dans cette affaire encouragent le recours à la norme internationale par l'entremise d'un argument de contexte.

44 Est-il vrai, comme le souligne les juges minoritaires dans l'arrêt Baker, que le raisonnement de la majorité permet de "parvenir indirectement à ce qu'elle ne peut faire directement, c'est-à-dire 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"?¹²⁵ Non, aucunement. En effet, cette critique est grandement exagérée, voire inexacte, parce que le juge L'Heureux-Dubé s'assure, de façon explicite, de maintenir la logique dualiste propre au droit conventionnel¹²⁶. Ce qu'il est possible de faire, depuis Baker, n'est absolument pas la même chose que pour les normes issues de traités mis en œuvre. On permet plutôt de ne plus s'empêcher de considérer les normes conventionnelles non transformées, étant entendu toutefois que leur poids interprétatif, leur force persuasive sera considérablement diminuée du fait qu'elles n'ont pas été avalisées par le Parlement. Il s'agit, en fait, d'un raffinement de la thèse dualiste relative aux traités, qui autrefois obligeait à un raisonnement de type tout-ou-rien quant à l'influence de la norme de droit international. Or, avec Baker, on nuance, par l'entremise de l'argument contextuel : traité mis en œuvre, plus de poids; traité non transformé, moins de force persuasive¹²⁷.

45 Pour revenir à notre hypothèse, la décision de la majorité de la Cour dans Baker participe à une plus grande utilisation de la normativité internationale en droit interne au Canada, en tant qu'élément pertinent et persuasif, pour interpréter et appliquer tant la législation ordinaire que les textes constitutionnels comme la Charte canadienne. Il convient maintenant de faire la démonstration, à l'aide d'exemples récents, du lien entre le langage législatif (ou supralégislatif) et le recours à la normativité internationale, que ce soit une norme conventionnelle transformée, non transformée, ou encore une norme coutumière.

3. Le langage à texture ouverte : la voie vers davantage d'interlégalité

46 Le recours au droit international dans l'interprétation juridique au Canada date de bien avant l'arrêt Baker, il va sans dire, et la Cour suprême s'est prêtée à l'exercice dans une panoplie de domaines législatifs. Un premier exemple peut être tiré d'une affaire de 1943, *Re : Foreign Legations*¹²⁸, dans laquelle le droit international coutumier en matière d'immunité des États fut invoqué afin d'interpréter de la législation fiscale nationale. Le juge en chef Duff a tout d'abord pris soin de souligner que le droit international invoqué n'était pas contraignant, en ajoutant rapidement toutefois que la disposition législative en question pouvait être considérée conforme à celui-ci, compte tenu du langage employé : "general language of the enactments imposing the taxation in question must be construed as saving to the privileges of foreign states"¹²⁹. On remarque ainsi la référence au style de rédaction législative - "général" ou à texture ouverte, pourrait-on dire - dans le cadre du recours au droit international pour l'interprétation de la loi.

47 Plus récemment, en 2005, dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹³⁰, la Cour suprême devait interpréter les dispositions du Code criminel relatives aux crimes d'incitation au meurtre, au génocide et à la haine, et au crime contre l'humanité. Ce dernier était défini ainsi :

"crime contre l'humanité" Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait - acte ou omission - inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes - qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration - et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.¹³¹

Notons que cette disposition incorpore explicitement en droit interne canadien la norme internationale applicable. Il est donc logique, malgré une terminologie qui ne présente guère une "texture ouverte", de voir la Cour suprême exprimer l'avis que le droit international "est appelé à jouer un rôle décisif dans l'interprétation du droit interne"¹³². On a même fait référence à la jurisprudence des tribunaux internationaux ad hoc pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie, afin d'aider à interpréter et à appliquer cette disposition de droit pénal¹³³.

48 Un autre exemple tiré de la jurisprudence de la Cour suprême en droit pénal, où le langage législatif était clairement à texture ouverte, est l'arrêt de 2004 dans *Canadian Foundation for Children*¹³⁴, ou l'affaire dite de "la fessée". Il s'agissait de statuer sur la validité constitutionnelle de l'article du Code criminel qui permet de justifier l'emploi de la force par les parents ou les instituteurs afin de corriger un enfant ou un élève, ce qu'on appelle souvent un châtiment corporel. Plus précisément, l'article 43 fait mention d'une force "raisonnable dans les circonstances", une formule on ne peut plus à texture ouverte. Rédigeant l'opinion majoritaire de la Cour, la juge en chef McLachlin fut d'avis que cette disposition n'était pas invalide suivant la théorie de l'imprécision ("void for vagueness doctrine"), une conclusion notamment fondée sur un examen du droit international en la matière. Ces éléments pertinents et persuasifs de droit international comprenaient la Convention relative aux droits de l'enfant¹³⁵, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³⁶, la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁷, des documents du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

49 En conséquence, il est certain que la Cour suprême n'a jamais hésité à recourir au droit international dans le cadre de ses activités d'interprétation et d'application du droit interne, surtout lorsque la loi s'y prête, c'est-à-dire lorsque la formule législative emploie un langage à texture ouverte¹³⁸. Allons maintenant vérifier plus précisément l'hypothèse du lien direct entre le style législatif et l'utilisation du droit international en droit interne à l'aide de la Charte canadienne des droits et libertés.

a) Charte canadienne, texture ouverte et droit international

50 Assez tôt dans l'histoire jurisprudentielle de notre Charte canadienne, adoptée en 1982, une trilogie d'arrêts a été rendue par la Cour suprême concernant le recours au droit international qui, incidemment, illustre le lien d'une telle utilisation avec le style de rédaction législative. Il s'agit des décisions rendues dans les affaires *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*¹³⁹ (dont on a discuté), *Slaight Communications Inc. c. Davidson*¹⁴⁰ et *R. c. Keegstra*¹⁴¹. Dans ce dernier arrêt, le juge en chef Dickson, se référant d'ailleurs aux deux autres décisions, écrit ceci :

D'une manière générale, les obligations internationales assumées par le Canada en matière de droits de la personne reflètent les valeurs et principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et principes qui sous-tendent la Charte elle-même [...]. De plus, le droit international des droits de la personne et les engagements du Canada dans ce domaine prennent une pertinence particulière dans l'appréciation, en vertu de l'article premier, de l'importance de l'objectif visé par le législateur.¹⁴²

C'était en effet dans le cadre de l'interprétation de la clause limitative de l'article premier de la Charte canadienne que le juge en chef Dickson a eu recours à des instruments de droit international des droits humains : la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de

discrimination raciale¹⁴³, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴⁴ et la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁵. Bien que l'on soit certainement familier avec l'article 1 de la Charte, il demeure néanmoins très pertinent ici de reproduire la formulation de cette disposition :

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En termes de langage législatif à texture ouverte, il est difficile d'imaginer une situation plus évidente, avec des expressions comme "règle de droit", "limites [...] raisonnables", et "société libre et démocratique". Toute cette terminologie a fait l'objet d'une étude détaillée et minutieuse par la jurisprudence canadienne, y compris eu égard aux obligations internationales du pays¹⁴⁶, dans le cadre de l'interprétation et de l'application de l'article premier de la Charte canadienne.

51 A la lumière de cette brève revue de la jurisprudence de la Cour suprême ayant recours au droit international, y compris en matière de Charte canadienne, on peut constater qu'il existe plus d'un moyen d'opérationnaliser cette normativité internationale, qu'elle soit conventionnelle ou coutumière, eu égard à la méthodologie d'interprétation juridique. Essentiellement, les tribunaux du pays peuvent rendre effective l'interlégalité normative soit par l'entremise d'un argument d'interprétation contextuelle, soit en invoquant la présomption de conformité au droit international. Ces deux méthodes interprétatives seront examinées, à tour de rôle, pour mettre en évidence le lien entre le style de rédaction juridique et l'importance des éléments pertinents et persuasifs de droit international.

b) Texture ouverte et argument contextuel de droit international¹⁴⁷

52 S'agissant de l'interprétation des lois au Canada, il est bien connu que le "principe moderne"¹⁴⁸, de l'auteur Elmer Driedger, fait consensus auprès des tribunaux du pays¹⁴⁹. A la base de cette approche se trouve l'idée de "word-in-total context", c'est-à-dire les "mots en contexte global". Comme le faisait remarquer Driedger lui-même : "Words, when read by themselves in the abstract can hardly be said to have meaning"¹⁵⁰. Dans une édition plus récente de l'ouvrage de Driedger, Ruth Sullivan explique : "The meaning of a word depends on the context in which it is used. This basic principle of communication applies to all texts, including legislation."¹⁵¹ Pour ce qui concerne la normativité internationale, l'auteure est d'avis que ces éléments entrent dans le cadre de l'interprétation contextuelle :

Under Driedger's modern principle, the words to be interpreted must be looked at in their total context. This includes not only the Act as a whole and the statute book as a whole but also the legal context consisting of case law, common law and international law.¹⁵²

Hugh Kindred, un internationaliste modéré, abonde dans le même sens : "Where the context of the legislation includes a treaty or other international obligation, the statute should be interpreted in light of it"¹⁵³.

53 Dans la célèbre affaire Baker, la majorité de la Cour suprême a eu recours à la normativité internationale dans le cadre d'un exercice d'interprétation et d'application d'un texte législatif canadien et ce, par l'entremise de l'argument contextuel. Après avoir déclaré que, malgré son statut de traité non transformé, la Convention relative aux droits de l'enfant peut s'avérer utile quant aux valeurs sous-jacentes à ces normes, le juge L'Heureux-Dubé cite des extraits de l'auteure Ruth Sullivan, plus particulièrement sa doctrine sur le droit international comme élément de contexte :

Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), à la p. 330 :

[TRADUCTION] [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. [soulignements ajoutés par le juge L'Heureux-Dubé]

D'autres pays de common law ont aussi mis en relief le rôle important du droit international des droits de la personne dans l'interprétation du droit interne.¹⁵⁴

Ainsi, il est clair que le juge L'Heureux-Dubé, au nom de la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt Baker, entérine et avalise les propos de Ruth Sullivan quant au rôle du droit international en tant qu'élément du contexte d'adoption et d'application d'une loi en droit interne. De toute évidence, le langage juridique en litige dans Baker était de texture ouverte, puisque l'article 114(2) de la Loi sur l'immigration¹⁵⁵ parle de "raisons d'ordre humanitaire", ce qui ouvre clairement la porte à l'utilisation du droit international.

54 Une autre cause soumise à la Cour suprême quelques années plus tard, *Spraytech c. Hudson*¹⁵⁶ en 2001, renchérit sur l'argument contextuel comme vecteur d'opérationnalisation du droit international en droit interne. La législation en présence, l'article 410(1) de la Loi sur les cités et villes¹⁵⁷ de la province de Québec, est une disposition habilitante autorisant les municipalités à adopter en général des règlements, c'est-à-dire de la législation déléguée. Voici son libellé :

410. Le conseil peut faire des règlements :

1. Pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité, pourvu que ces règlements ne soient pas contraire aux lois du Canada ou du Québec, ni incompatibles avec quelque disposition spéciale de la présente loi ou de la charte; [...]

Sur la base de cet article à terminologie législative vague et imprécise, la ville intimée a adopté un règlement municipal interdisant l'utilisation de certains pesticides. L'appelant argua que cette réglementation était invalide puisqu'incompatible avec les lois du Canada ou du Québec.

55 Dans le processus d'interprétation du droit applicable, qui s'est conclu en faveur de la validité du règlement municipal, la Cour suprême a saisi l'occasion pour confirmer l'approche suggérée dans *Baker*. Agissant de nouveau au nom de la majorité, le juge L'Heureux-Dubé reprend dans *Spraytech*¹⁵⁸ le passage suivant de ses motifs de 1999 : "[l]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent [...] être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire"¹⁵⁹; elle cite encore une fois la doctrine de Ruth Sullivan favorisant l'utilisation du droit international par l'entremise de l'argument interprétatif contextuel. A vrai dire, la déclaration dans *Spraytech* semble élargir l'approche de *Baker* puisque le recours à la normativité internationale, en tant qu'élément pertinent et persuasif de type contextuel, est proposé comme le moyen, de façon générale, d'opérationnaliser l'interlégalité. De fait, contrairement à celle dans *Baker*, la norme internationale dans *Spraytech* n'était pas problématique en raison de son statut non transformé; il s'agissait d'une coutume - le "principe de précaution", en droit international de l'environnement - qui fut invoquée pour confirmer l'interprétation de la disposition habilitante de la loi en question. Il faut surtout comprendre que c'est certainement la texture ouverte de l'article 410(1) de la Loi sur les cités et villes qui explique une telle volonté de recourir au droit international.

56 Pour revenir à l'instrument de vérification de l'hypothèse énoncée, soit la Charte canadienne des droits et libertés, la prochaine cause à étudier est la décision de la Cour suprême, en 2002, dans l'affaire *Suresh c. Canada*¹⁶⁰. Il s'agissait de savoir si une décision ministérielle, ordonnant l'expulsion d'un demandeur d'asile, violait l'article 7 de la Charte canadienne. Au centre du litige, l'article 53(1)b) de la Loi sur l'immigration¹⁶¹ qui permet, dans des circonstances exceptionnelles, le refoulement d'un individu dans un pays malgré l'existence de risques sérieux qu'il y soit torturé. Cela dit, la véritable question d'interprétation juridique concernait la Charte canadienne, en l'occurrence la portée de l'article 7, pour savoir si la décision ministérielle fondée sur l'article 53(1)b) devait être déclarée inconstitutionnelle. Il est utile de reproduire l'article 7 de la Charte canadienne, afin de constater combien sa formule est à texture ouverte :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.¹⁶²

Plus spécifiquement, c'est l'expression "principes de justice fondamentale" qui appelle à une

interprétation réelle et participative de la Cour suprême et ce, eu égard notamment à ce qui est intitulé, dans une section distincte, le "contexte international".

57 Ainsi, pour évaluer l'étendue des principes de justice fondamentale en matière de torture, après avoir considéré l'article 12 de la Charte canadienne et sa jurisprudence relative aux traitements et peines cruels et inusités¹⁶³ (y compris l'arrêt Burns¹⁶⁴), la Cour puise dans la normativité internationale. Voici l'extrait pertinent :

Nous avons examiné l'argument voulant que, selon le droit canadien, l'expulsion d'un réfugié au sens de la Convention vers un pays où il risque la torture viole les principes de justice fondamentale. Toutefois, l'analyse ne s'arrête pas là. Les dispositions de la Loi sur l'immigration portant sur l'expulsion doivent être considérées au regard du contexte international : Pushpanathan [Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982, [1998] A.C.S. no 46]. De même, les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la Charte ainsi que les limites à ces droits qui peuvent être justifiées au regard de l'article premier de la Charte ne sauraient être examinés indépendamment des normes internationales qu'ils reflètent. Pour bien comprendre la Loi et la Charte, il faut examiner le contexte international.¹⁶⁵

Ce "contexte international" comprenait la prétention (non tranchée par la Cour) voulant que l'interdiction internationale de la torture constitue une norme de jus cogens, ainsi que la considération de trois traités internationaux : (i) le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁶⁶; (ii) la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁶⁷; et (iii) la Convention relative aux droits des réfugiés¹⁶⁸.

58 La Cour suprême a conclu cette partie du jugement en affirmant que le droit international interdit, de façon absolue, toute expulsion lorsqu'il y a un risque de torture, même s'il y a menace à la sécurité nationale. Dans son interprétation de l'article 7 de la Charte canadienne, eu égard à son contexte global, il s'agit là de la norme internationale qui, "éclaire le plus sur le contenu des principes de justice fondamentale"¹⁶⁹. D'autres passages de la décision illustrent que le droit international a été utilisé comme argument d'interprétation contextuelle :

- "Le fait que le Canada rejette le recours à la torture ressort des conventions internationales auxquelles il est partie. Les contextes canadien et international inspirent chacun nos normes constitutionnelles".¹⁷⁰
- "De fait, l'examen de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, tend à indiquer que la torture est une pratique si répugnante qu'elle supplantera dans pratiquement tous les cas les autres considérations qui sont mises en balance, même les considérations de sécurité".¹⁷¹

59 Un dernier aspect de l'arrêt Suresh met en évidence le fait que le droit international a été vu comme un élément d'interprétation contextuelle : la conclusion interprétative même à laquelle la Cour suprême arrive. Selon elle, il est possible que, "dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée, soit au terme du processus de pondération requis à l'art. 7 de la Charte, soit au regard de l'article premier de celle-ci"¹⁷². La Cour est donc d'avis que la norme juridique contre la torture au Canada est différente de celle qui existe dans la réalité juridique internationale; elle est moins généreuse, en fait. Cette conclusion illustre combien l'argument de droit international n'a pas du tout été considéré comme déterminant. Il a plutôt agi à titre d'élément "pertinent et persuasif" dans l'exercice d'interprétation contextuelle d'un article de la Charte canadienne, précisément l'expression "principes de justice fondamentale" à l'article 7, une formule clairement à texture ouverte, invitant l'interprète à y insuffler vie, notamment par voie d'interlégalité.

c) Texture ouverte et présomption de conformité au droit international¹⁷³

60 La présomption de conformité au droit international fait partie des arguments de type pragmatique¹⁷⁴. Il s'agit en fait de l'une, parmi plusieurs, des présomptions d'intention du législateur, développées en jurisprudence par les tribunaux de tradition anglo-saxonne de common law, dans l'arsenal méthodologique d'interprétation juridique. La fonction d'une présomption d'intention est d'attribuer une volonté implicite au législateur dans certaines circonstances données, processus qui peut toutefois être mis de côté par une intention explicite contraire. Dans *Re Estabrooks Pontiac Buick*, le juge La Forest de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (plus tard à la Cour suprême du Canada) a fait remarquer que ces présomptions d'intention avaient été développées, à l'origine, pour protéger les intérêts individuels et le droit à la propriété privée :

Évidemment, si la législation est claire, l'intention du législateur doit être respectée. Mais ce que ces présomptions garantissent, c'est qu'une loi qui semble transgresser nos conventions politiques fondamentales devrait être formulée clairement de manière à susciter les débats qui constituent l'âme de la démocratie parlementaire.¹⁷⁵

Dans un écrit non judiciaire, le juge La Forest a exprimé la même opinion, associant les présomptions d'intention législative aux protections constitutionnelles : "[They] help to promote second thought and public debate, a debate that all recognize as an essential safeguard in a parliamentary democracy"¹⁷⁶.

61 Existant depuis très longtemps en droit public britannique, la présomption de conformité invite les tribunaux à interpréter le droit interne, en particulier le droit écrit législatif, dans le même sens que les normes de droit international liant le pays. Pour référence, aux États-Unis, on appelle cet argument d'interprétation le *Charming Betsy Rule*¹⁷⁷, qui permet au juge de présumer que le droit interne est conforme aux obligations internationales¹⁷⁸. Le Canada a hérité de cet argument pragmatique de la Grande-Bretagne, où l'auteur Peter Maxwell écrivait : "[...] every statute is to be

so interpreted and applied, as far as its language admits, as not to be inconsistent with the comity of nations, or with the established rules of international law"¹⁷⁹. Plus récemment, dans l'affaire *Salomon c. Commissioners of Customs and Excise*, Lord Diplock s'exprimait comme suit :

I wish to add that, in my view, this is a case for the application of the rule of construction that Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty or in any manner inconsistent with the comity of nations and the established rules of international law. It is a rule that is not often applied, because if a statute is unambiguous, its provisions must be followed even if they are contrary to international law.¹⁸⁰

62 Dans une autre affaire britannique, *Corocraft c. Pan American Airways*, Lord Denning est même allé plus loin, en parlant d'un "devoir" d'interpréter le droit interne de façon conforme au droit international : "[...] duty of these courts to construe out legislation so as to be in conformity with international law and not in conflict with it"¹⁸¹.

63 En outre, le raisonnement de la présomption de conformité au droit international étant "solidement ancré en droit anglais [...] c'est tout naturellement qu'il a pu être appliqué aussi par les tribunaux canadiens"¹⁸². La Cour suprême a fait le point pour la première fois sur ce principe en 1932, dans l'arrêt *Arrow River*¹⁸³. Plus récemment, en 1998, dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, les juges Iacobucci et Major y ont également fait référence; après avoir souligné, à juste titre, que le droit international ne peut pas être considéré comme contraignant en droit interne, ils ont résumé ainsi la situation :

Bien que le droit international ne lie pas le Parlement ni les législatures provinciales, le tribunal doit présumer que la législation est conçue de manière qu'elle respecte les obligations qui incombent au Canada en vertu des instruments internationaux et en sa qualité de membre de la communauté internationale. En choisissant parmi les interprétations possibles celle qu'il doit donner à une loi, le tribunal doit éviter les interprétations qui entraîneraient la violation par le Canada de telles obligations.¹⁸⁴

64 Sans trop entrer dans les détails, il faut discuter d'une difficulté de taille liée à cette technique d'opérationnalisation du droit international. En effet, il continue d'exister une sorte de condition préalable d'ambiguïté à l'utilisation du droit international via cette présomption d'intention. On doit ainsi conclure, avant d'y recourir, que la disposition législative, ou autre norme de droit interne, est ambiguë ou souffre d'une autre difficulté d'interprétation, telle que l'imprécision ou la redondance¹⁸⁵. A défaut de remplir cette condition préalable, le tribunal n'est pas censé être en mesure d'invoquer la présomption de conformité au droit international, ce qui fait perdre aux parties l'occasion de plaider l'influence de la norme internationale sur l'interprétation du droit interne. Notons que cette condition préalable n'existe pas pour la technique d'opérationnalisation mettant en jeu l'argument contextuel.

65 Dans des motifs minoritaires (il était d'accord avec la majorité sur la conclusion), le juge Pigeon a exprimé dans *Daniels c. White*¹⁸⁶ une opinion qui a fait jurisprudence au pays, s'agissant de la présomption de conformité au droit international¹⁸⁷. Soulignons, surtout, qu'il met en évidence la condition préalable d'ambiguïté, lorsqu'il écrit ceci :

I wish to add that, in my view, this is a case for the application of the rule of construction that Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty or in any manner inconsistent with the comity of nations and the established rules of international law. It is a rule that is not often applied, because if a statute is unambiguous, its provisions must be followed even if they are contrary to international law.¹⁸⁸

Exprimé positivement, le juge Pigeon estime qu'une loi devra être ambiguë pour que le tribunal puisse utiliser le droit international via la présomption de conformité, dans un exercice d'interprétation et d'application du droit interne. Comme des auteurs dans le domaine de l'interprétation législative le soulignent, cet extrait suggère que le recours légitime à la norme internationale est possible si, et seulement si, il existe une réelle difficulté d'interprétation de la disposition législative¹⁸⁹.

66 Malgré la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *National Corn Growers*¹⁹⁰, où le juge Gonthier avait tenté d'écarter (avec un succès mitigé) la condition préalable d'ambiguïté, l'arrêt *Schreiber c. Canada* est venu, en 2002, valider l'opinion du juge Pigeon de 1968; cette affaire était en matière d'immunité de l'État. Dans un jugement unanime, le juge LeBel écrit que le fameux extrait tiré de *Daniels c. White*, en réalité, "précise quand il convient d'utiliser le droit international pour interpréter la législation nationale"¹⁹¹. On ajoute même des soulignements - comme nous l'avons fait ci-haut - à la dernière phrase dudit passage, voulant que la présomption de conformité (selon la traduction), "n'est pas souvent appliquée car si une loi est dénuée d'ambiguïté, ses dispositions doivent être observées même si elles s'opposent au droit international"¹⁹². En 2004, dans une autre affaire d'immunité, *Bouzari c. Iran*, le raisonnement du juge LeBel validant la condition d'ambiguïté préalable au recours à la présomption de conformité au droit international a été invoqué et entériné par la Cour d'appel de l'Ontario¹⁹³.

67 Dans deux affaires plus récentes devant la Cour suprême, soit *GreCon*¹⁹⁴ en 2005 et *Hape*¹⁹⁵ en 2007 (nous verrons cette dernière en détail, plus avant), le juge LeBel ne fait pas référence à la condition préalable d'ambiguïté, nommément, lorsqu'il aborde la présomption de conformité comme moyen de recourir au droit international. Il serait toutefois erroné d'y inférer une volonté dans la jurisprudence de mettre de côté ou de diminuer l'impact de ce raisonnement préliminaire. En effet, encore très récemment à la Cour suprême, en 2010, dans l'arrêt *Németh c. Canada (Justice)*¹⁹⁶, une affaire soulevant le principe de non-refoulement en contexte d'extradition, on invoquait la présomption de conformité au droit international en matière de réfugiés. Dans un jugement unanime, le juge Cromwell relativise l'impact de cette technique d'opérationnalisation de l'interlégalité en soulignant ceci : "La présomption que la loi met en ouvre les obligations

internationales du Canada est réfutable"¹⁹⁷. Avant d'invoquer à titre d'autorité l'opinion du juge LeBel dans Schreiber (elle-même fondée sur celle du juge Pigeon dans Daniels c. White), le juge Cromwell insiste sur le point suivant : "Lorsque les dispositions législatives ne sont pas ambiguës, il faut leur donner effet"¹⁹⁸. En ce qui concerne la norme internationale conventionnelle en l'espèce, au final : "l'art. 115 [Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés¹⁹⁹] ne vise pas le renvoi par extradition; il faut donc donner effet au sens clair de cette disposition"²⁰⁰.

68 Pour revenir à notre hypothèse et à l'interprétation de la Charte canadienne, où se trouve typiquement un langage à texture ouverte, il est intéressant d'examiner l'arrêt de la Cour suprême rendu en 2007, R. c. Hape²⁰¹. En plus de régler certaines questions relatives à l'interlégalité, comme nous le verrons²⁰², cet arrêt est fort significatif en ce qui a trait aux aspects d'opérationnalisation de la normativité internationale. En litige dans cette affaire, la preuve documentaire obtenue à la suite d'une enquête conduite à l'étranger, avec la participation de la GRC, contre laquelle on invoquait une violation de l'article 8 de la Charte canadienne (fouilles, perquisitions, saisies abusives). De façon générale, il s'agissait de déterminer les circonstances de portée extraterritoriale de cet instrument supralégislatif. En termes d'interprétation juridique, le débat s'est concentré sur la méta-disposition relative à l'application de la Charte canadienne, soit l'article 32 :

32.(1) La présente charte s'applique :

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Rédigeant les motifs de la majorité de la Cour suprême, le juge LeBel a tout d'abord porté son attention sur le vocabulaire employé dans cette disposition - qui n'était pas particulièrement à texture ouverte, vu les références précises à différents organes publics - ce qui l'a amené à faire le constat suivant : "L'article 32 ne limite pas expressément l'application territoriale de la Charte"²⁰³.

69 Le fait que cette méta-disposition ne dise rien explicitement à propos de la portée juridictionnelle de la Charte canadienne, c'est-à-dire son application dans l'espace - de concert avec la nature non exhaustive des aspects institutionnels qui y sont énumérés - est vu comme un signal pour laisser une large place au judiciaire dans la réalisation et l'actualisation du droit applicable, ce qui inclut le recours à la normativité internationale. Voici comment le juge LeBel explique la situation :

La souveraineté de l'État aurait permis aux rédacteurs de préciser la portée de l'application de la Charte. S'ils l'avaient fait, les tribunaux du pays auraient été

tenus de donner effet à cette volonté claire de définir la sphère d'application de la Charte. Or, le législateur n'a pas exprimé cette volonté. Par conséquent, les tribunaux doivent non seulement interpréter les dispositions substantielles de la Charte, mais déterminer aussi la portée de son application. Lorsque la question de l'application soulève celle de l'extraterritorialité, ce qui suppose nécessairement un rapport entre États, les obligations du Canada suivant le droit international et le principe de la courtoisie entre les nations figurent au nombre des instruments qui assistent les tribunaux dans la solution de ce type de problème.²⁰⁴

Il appert que la majorité de la Cour suprême s'est considérablement fondée sur les règles de droit international en matière de juridiction des États²⁰⁵, y compris les différents types de compétences extraterritoriales (normatives, d'exécution, juridictionnelles), et combien il est important d'obtenir le consentement de l'État en cause pour pouvoir faire appliquer ses lois à l'étranger²⁰⁶.

70 Afin de justifier un tel recours en substance à la normativité internationale, le juge LeBel a consacré une partie de ses motifs à expliquer les logiques d'interaction des sphères juridiques. Il a confirmé, notamment, l'application de la "théorie de l'adoption" pour ce qui est de la réception du droit international coutumier, c'est-à-dire qu'il y a "incorporation automatique" de ces normes.²⁰⁷ Aux fins de notre étude, les commentaires les plus intéressants du juge LeBel se trouvent sous la rubrique intitulée : "Le respect du droit international comme principe d'interprétation du droit interne"²⁰⁸. Dans le paragraphe de conclusion de cette partie, on peut lire le commentaire très révélateur suivant :

Lorsque le libellé exprès de la Charte le permet, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international.²⁰⁹

Dans la version originale anglaise du jugement :

In interpreting the scope of application of the Charter, the courts should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law where the express words are capable of supporting such a construction.²¹⁰

71 Il est donc clair que, dans le cadre de l'interprétation de la méta-disposition de l'article 32, pour savoir quelles sont les circonstances exceptionnelles où la Charte canadienne peut avoir une portée extraterritoriale, la majorité de la Cour suprême dans Hape s'est sentie autorisée à participer pleinement à la réalisation et à l'actualisation du droit applicable et ce, sur la base du langage à texture ouverte. Le style de rédaction que l'on y trouve est tributaire du choix de l'autorité constituante, qui a certes voulu laisser la question de l'application de la Charte aux bons soins de l'interprétation judiciaire diligente et responsable, au lieu d'établir ces aspects juridictionnels dans le menu détail. En l'espèce, un des moyens importants pour insuffler vie à l'article 32 a été le recours au droit international relatif à la compétence des États, dont les normes coutumières en matière de

souveraineté territoriale et le principe de non-intervention, de même que le concept dérivé de la courtoisie internationale²¹¹.

72 Il convient de souligner par ailleurs que cette opérationnalisation de l'interlégalité s'est effectuée, non pas via l'argument d'interprétation contextuel, mais par l'entremise de la présomption de conformité au droit international²¹². Dans l'extrait qui suit, la majorité de la Cour fait le lien entre ces éléments pertinents et persuasifs de droit international et la terminologie employée à l'article 32 de la Charte canadienne :

Qu'il soit de nature législative ou constitutionnelle, le droit canadien ne peut tout simplement pas être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État en cause. Cette conclusion découle non seulement des principes du droit international, mais aussi du texte même de la Charte [...].²¹³

L'allusion à la technique d'opérationnalisation du droit international ressort davantage de la version originale anglaise du jugement, qui parle de conclusion "consistant", c'est-à-dire "en conformité" avec le droit international :

Simply put, Canadian law, whether statutory or constitutional, cannot be enforced in another state's territory without the other state's consent. This conclusion, which is consistent with the principles of international law, is also dictated by the words of the Charter itself.²¹⁴

73 Clairement, nous voyons donc le juge LeBel tracer un lien direct entre, d'une part, l'utilisation du droit international coutumier, en matière de compétence des États, dans l'exercice d'interprétation et d'application du droit interne et, d'autre part, le langage que l'on trouve à l'article 32 de la Charte canadienne, qui laisse toute la question de la portée juridictionnelle à l'appréciation des tribunaux. Autrement dit, bien que les termes employés dans cette méta-disposition ne soient pas vraiment à texture ouverte, le "non-dit" quant à l'application territoriale et extraterritoriale de la Charte canadienne a été considéré de la même façon, c'est-à-dire comme la permission pour le pouvoir judiciaire de participer de façon réelle et significative à la réalisation et l'actualisation du droit national applicable, à l'aide notamment du droit international.

IV. Conclusion

74 Que ce soit par l'entremise de l'argument contextuel de droit international ou via la présomption de conformité avec le droit international, l'expérience canadienne depuis un assez grand nombre d'années est résolument en faveur d'une internationalisation de l'activité judiciaire. L'hypothèse formulée en début d'étude veut que le style de langage juridique employé dans le droit écrit - lui-même dicté par la nature du droit (général ou particulier) qui y est prévu - a un rapport de cause à effet sur l'étendue de la participation des tribunaux dans le processus de réalisation et d'actualisation des normes juridiques. A vrai dire, l'apport de l'interprète, suivant un genre de raisonnement d'échelle progressive ("sliding scale") pour pondérer les éléments de la méthodologie

d'interprétation, devrait être vu comme directement tributaire du niveau de texture ouverte favorisé dans le droit écrit. Aux fins de la discussion, la Charte canadienne a été utilisée pour vérifier cette hypothèse puisque, sans être le seul, il s'agit d'un excellent exemple d'un instrument qui couche par écrit des normes à l'aide de langage à texture ouverte. L'objet de vérification empirique fut le droit international, l'argument voulant que l'opérationnalisation en droit interne de la normativité internationale, selon la méthodologie d'interprétation et ses deux arguments de droit international (contextuel, présomption d'intention) démontre le lien direct entre le style rédactionnel à texture ouverte de la Charte canadienne et l'impact des éléments pertinents et persuasifs d'interprétation découlant du droit international.

1 Stéphane BEAULAC, "L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international", dans Gérald-A. BEAUDOIN et Errol MENDES (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Charte canadienne des droits et libertés*, 4e éd., Toronto, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 27.

2 En philosophie du langage, voir par exemple les auteurs suivants qui font référence à Humpty Dumpty : Donald DAVIDSON, "A Nice Derangement of Epitaphs", dans Ernest LEPORE (dir.), *Truth and Interpretation - Perspective on the Philosophy of Donald Davidson*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 433; Keith S. DONELLAN, "Putting Humpty Dumpty Together Again", (1968) 77 *Philosophical Review* 203.

3 Voir, par exemple : A. Wayne MACKAY, "Interpreting the Charter of Rights: Law, Politics and Poetry" [ci-après "MACKAY"], dans Gérald-A. BEAUDOIN (dir.), *Causes invoquant la Charte, 1986-87 - Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal en octobre 1986*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, p. 347; Luc B. TREMBLAY, "L'interprétation téléologique des droits constitutionnels", (1995) 29 *R.J.T.* 460.

4 Voir l'oeuvre originale, en langue anglaise : Lewis CARROLL (i.e. Charles Lutwidge DODGSON), *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There*, Londres, Macmillan, 1872.

5 Id., p. 124 [italiques dans l'original]. Traduction du passage suivant : ""When I use a word", Humpty Dumpty said, in a rather scornful tone, "it means just what I choose it to mean - neither more nor less"" [italiques dans l'original].

6 [1996] 3 *R.C.S.* 919, [1996] *A.C.S.* no 112 (*C.S.C.*).

7 Id., p. 995.

8 Ferdinand DE SAUSSURE (par Charles BALLY et Albert SECHEHAYE), *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1916.

9 Claude LÉVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1958.

10 Philip ALLOTT, *Eunomia - New Order for a New World*, Oxford et New York, Oxford University Press, 1990, p. 5, où l'auteur britannique écrit ceci :

And, among our many lives, we live a life which is made of words. It is a life which we live within our individual consciousness, where consciousness can present itself to itself in the form of words which are spoken to an audience of no one other than the speaker. It is a life which we live in the social consciousness which we share with others, in the sharing of words within personal relationships, within social groups, as members of the undifferentiated human race.

11 Voir, à cet égard : Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2001.

12 Voir, au sujet du "rule of law" en général et en relation avec le droit international : Stéphane BEAULAC, "The Rule of Law in International Law Today", dans Gianluigi PALOMBELLE et Neil WALKER (dir.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 197.

13 Voir les actes du 10^e congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, portant sur la "sécurité juridique", publiés dans le volume 110 de la *Revue du Notariat*.

14 Voir : Jerzy WROBLEWSKI, "L'interprétation en droit : théorie et idéologie", (1972) 17 *Archives de philosophie du droit* 51.

15 Voir : Stéphane BEAULAC et Pierre-André COTÉ, "Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization", (2006) 40 *R.J.T.* 131 [ci-après "BEAULAC et COTÉ"].

16 Cette thèse s'inspire notamment des travaux de Timothy Endicott. Voir à ce sujet : Timothy A.O. ENDICOTT, "Linguistic Indeterminacy", (1996) 16 *Oxford J. Legal Stud.* 667; Timothy A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

17 Cette section du présent chapitre s'inspire du texte Stéphane BEAULAC, "International Law Gateway to Domestic Law: Hart's "Open Texture", *Legal Language and the Canadian Charter*", (2012) 46 *R.J.T.* 443.

18 Concernant l'interprétation bilingue, voir : Ruth SULLIVAN, "Côté's Contribution to the Interpretation of Bilingual and Multilingual Legislation", dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat - Mélanges en l'honneur de Pierre-André*

Côté / Essays in Honour of Pierre-André Côté, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 173; Michel BASTARACHE et al., *Le droit de l'interprétation bilingue*, Toronto, LexisNexis Canada, 2009; Pierre-André COTÉ, "Bilingual Interpretation of Enactments in Canada: Principles v. Practice", (2003) 29 *Brook. L. Rev.* 1067. Concernant l'interprétation bijuridique, voir : Aline GRENON, "Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins? Réflexions sur l'incidence de l'article 8.1 de la Loi d'interprétation", (2011) 56 *R.D. McGill* 775; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme canadien - Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

19 Voir : Stéphane BEAULAC, "Le Code civil commande-t-il une interprétation distincte?", (1999) 22 *Dal. L.J.* 236.

20 Sur cette idée de "mentalité" associée aux traditions juridiques, voir : Pierre LEGRAND, "Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality", dans Robert JAGTENBERG et al. (dir.), *Transfrontier Mobility of Law*, La Haye et Boston, Kluwer Law International, 1995, p. 63; Pierre LEGRAND, "European Legal Systems are not Converging", (1996) 45 *I.C.L.Q.* 52.

21 Harland Fiske STONE, "The Common Law in the United States", (1936) 50 *Harv. L. Rev.* 4, p. 15.

22 Frederick POLLOCK, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, Londres, Macmillan, 1882, p. 85. Voir aussi : Lord Reid, "The Judge as Law Maker", (1972) 12 *Journal of the Society of Law Teachers of Law* (n.s.) 22, p. 27.

23 Frederick Henry LAWSON, *The Rational Strength of English Law*, Londres, Stevens & Sons, 1951, p. 17.

24 Roderick MUNDAY, "The Common Lawyer's Philosophy of Legislation", (1983) 14 *Rechtsstheorie* 191, p. 193 [ci-après "MUNDAY"]. L'auteur fait allusion au fait que le droit supranational des Communautés européennes [maintenant l'Union européenne] a eu une certaine influence de "convergence", y compris au niveau méthodologique, entre la tradition juridique anglo-saxonne de common law et la famille juridique continentale des systèmes de droit civil.

25 Geoffrey R. HALL, "Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada : The Triumph of a Common Law Methodology", (1998) 21 *Advocates' Q.* 38.

26 John David Bawden MITCHELL, "Reflections on Law and Orders", (1958) 3 *Judicial Reports* 19, p. 24.

27 Voir : Alain-François BISSON, "L'interaction des techniques de rédaction et des

techniques d'interprétation des lois", (1980) 21 C. de D. 551; Jean BEETZ, "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867", dans Paul-André CRÉPEAU et Crawford B. MACPHERSON (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965, p. 113, à la p. 116.

28 Pierre-André COTÉ, avec Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 36 [ci-après "COTÉ, BEAULAC et DEVINAT"].

29 J.A. Clarence SMITH, "Legislative Drafting: English and Continental", (1980) 1 Stat. L. Rev. 14.

30 MUNDAY, *supra* note 24, 198.

31 *In re Castioni*, [1891] 1 Q.B. 149, p. 167.

32 Friedrich WAISMANN, "Verifiability", (1945) 19 *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary 119, p. 121, republié dans Antony FLEW (dir.), *Logic and Language*, First Series, Oxford, Basil Blackwell, 1952, p. 117. Waismann, quant à lui, fut grandement influencé par l'œuvre de Ludwig Wittgenstein et sa philosophie du langage, surtout ses écrits posthumes, dont Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, New York, Macmillan, 1958, 80 et 142. Voir aussi : Gordon P. BAKER et Peter Michael Stephan HACKER, *Wittgenstein: Rules, Grammar & Necessity*, Oxford, Basil Blackwell, 1985, p. 229-32.

33 Ce que l'auteur Hart appelle aussi les "marges d'imprécision" (en anglais, "fringe of vagueness") dans les règles juridiques, à l'instar de Waismann qui utilisait l'expression "possibilités d'imprécision" (en anglais, "possibility of vagueness") dans le langage. Voir aussi : Brian BIX, "H.L.A. Hart and the "Open Texture" of Language", (1991) 10 *Law & Phil.* 51, p. 56.

34 Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 [ci-après "HART"].

35 Sur les théories de Hart, en particulier relativement au langage, on consultera : Timothy A.O. ENDICOTT, "Law and Language", dans Jules COLEMAN et Scott SHAPIRO (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 935.

36 HART, *supra* note 34, p. 132 [italiques dans l'original; nos soulignements].

37 Mon collègue Luc. B. Tremblay me faisait remarquer que cette image de progression entre deux pôles peut également être associée aux travaux de Dworkin. Ceci étant, je préfère

utiliser cet outil heuristique afin de suggérer que la "texture ouverte" de Hart n'est pas un tout-ou-rien, soit le noyau ou la pénombre. Il s'agirait plutôt d'un moyen pour aller de façon progressive d'une extrémité (le noyau) vers l'extérieur de l'autre extrémité (la pénombre). Ce raisonnement progressif permet de visualiser les niveaux variables de détail et de précision dans le langage juridique.

38 Sur cette association, voir : Neil MACCORMICK, "On Reasonableness", dans Caïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 131.

39 Caïm PERELMAN, "Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse", dans Caïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 363, à la p. 365 [italiques dans l'original].

40 Id.

41 Voir, à cet égard : Lionel A. LEVERT, "Bilingual and Bijural Legislative Drafting: To Be or Not to Be?", (2004) 25 Stat. L. Rev. 151.

42 Voir, notamment : Jean-Louis BAUDOIN, "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada", (1975) 53 R. du B. can. 715.

43 H. Patrick GLENN, "La civilisation de la common law", (1993) 45 R.I.D.C. 559.

44 Voir, sur ces questions de bijuridisme au fédéral : Michel BASTARACHE, "Le bijuridisme au Canada", dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, 2e publication, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, p. 1; Charles D. GONTHIER, "Quelques réflexions sur le bijuridisme - Convergence et valeurs", (2003) 33 R.G.D. 305; Ruth SULLIVAN, "The Challenges of Interpreting Multilingual, Multijural Legislation", (2004) 29 Brook. J. Int'l L. 985.

45 Sur l'interprétation du Code civil du Québec, qui a pris effet en 1994, voir : Pierre-André COTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil - Interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1992; Alain-François BISSON, "Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation - traditions et transitions", (1992) *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1. Par ailleurs, s'agissant de l'ancien Code civil du Bas Canada, on consultera le texte classique suivant : Pierre-Basile MIGNAULT, "Le Code civil de la province de Québec et son interprétation", (1935-1936) U.T.L.J. 104.

46 John E.C. BRIERLEY, "La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec", dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 103.

47 Au sujet du rôle de la disposition préliminaire du Code civil du Québec, on consultera : Alain-François BISSON, "La Disposition préliminaire du Code civil du Québec", (1999) 44 R.D. McGill 539.

48 Voir, à ce sujet : H. Patrick GLENN, "La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit", (2005) 46 C. de D. 339.

49 Sur la notion de bonne foi en droit civil québécois, on consultera les travaux de Marie Annik GRÉGOIRE, notamment, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010. Il est intéressant de constater, par ailleurs, une incursion nouvelle de cette notion à contenu variable dans le système de common law, comme en matière de dommages-intérêts exemplaires (ou punitifs) : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, [2002] A.C.S. no 19 (C.S.C.); voir également : Stéphane BEAULAC, "A Comparative Look at Punitive Damages in Canada", (2002) 17 S.C.L.R. (2d) 351.

50 Sur le style civiliste, on consultera : Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003.

51 Sur l'idée de "droit commun", voir : Adjutor RIVARD, "La notion du "droit commun"", (1924-1925) 3 R. du D. 257.

52 Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. c. P-40.1.

53 Statute of Frauds (1677), 29 Chas. 2, c. 3, est une législation d'exception adoptée en droit anglais pour imposer des conditions de forme à certains contrats (être par écrit). De la législation équivalente existe dans plusieurs juridictions de common law canadiennes, dont l'Ontario : Statute of Frauds, R.S.O. 1990, c. S.19.

54 *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division Éconogros c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257, [2004] A.C.S. no 55 (C.S.C.) [nos soulignements].

55 *Id.*, p. 267-68 [nos soulignements].

56 Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, c. 1.

57 [1992] 2 R.C.S. 606, [1992] A.C.S. no 67 (C.S.C.) [ci-après "Nova Scotia Pharmaceutical Society"].

58 Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, "L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada", (2006) 47 C. de D. 179, p. 230-31.

59 *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, supra note 57.

60 Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, c. C-23 [nos soulignements].

61 Sur la théorie de l'imprécision dans cette décision : voir Stéphane BEAULAC, "Les bases constitutionnelles de la théorie de l'imprécision : partie d'une précaire dynamique globale de la Charte", (1995) 55 R. du B. 257.

62 Sur la candeur en interprétation législative, voir : Nicholas S. ZEPPOS, "Judicial Candor and Statutory Interpretation", (1989-1990) 78 Geo. L.J. 353.

63 Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra note 57, 638-639.

64 Voir, sur le rôle des juges dans l'exercice d'interprétation : COTÉ, BEAULAC et DEVINAT, supra note 28, p. 22 et suiv.

65 Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra note 57, 641.

66 Voir : Dale GIBSON, "Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : Some General Considerations" [ci-après "GIBSON"], dans Walter S. TARNOPOLSKY et Gérald-A. BEAUDOIN (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Commentary*, Toronto, Carswell, 1982, p. 25, à la p. 26; Frederick Lee MORTON et Rainer KNOPFF, "Permanence and Change in a Written Constitution : The "Living Tree" Doctrine and the Charter of Rights", (1990) 1 S.C.L.R. (2d) 533; Barry L. STRAYER, "Constitutional Interpretation Based on Consent : Whose Consent and Measured When?", dans Anne F. BAYEFISKY (dir.), *Legal Theory Meets Legal Practice*, Edmonton, Academic Printing, 1988, p. 187, à la p. 190.

67 Henri BRUN, "La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social" [ci-après "BRUN"], dans Claire BECKTON et A. Wayne MACKAY (dir.), *Les tribunaux et la Charte*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 1, à la p. 4.

68 Voir : Danielle PINARD, "Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés", (1989) 30 C. de D. 137, p. 139 : "Le standard, en droit, est d'abord une notion floue, à contenu variable" [notes infrapaginales omises]. Voir également : Ejan MACKAAY, "Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision", (1979) 53 *Langages* 33.

69 S'agissant de ce type de langage ouvert, notamment à l'article premier de la Charte, voir le chapitre du professeur Errol Mendes dans le présent volume.

70 Voir : BRUN, supra note 67, p. 4 : "Certains reprochent E la Charte canadienne d'être rédigée en des termes trop généraux. Cette critique, à notre avis, est mal fondée". Parmi les auteurs qui critiquent ainsi le libellé de la Charte canadienne, voir notamment Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, éd. étudiante, Scarborough, Carswell, 2003, p. 705 :

"many of the Charter rights are expressed in exceedingly vague terms".

71 Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (É.-U.), Harvard University Press, 1977, p. 134.

72 Voir : GIBSON, supra note 66, p. 25 : "The Canadian Charter of Rights and Freedoms, like all constitutional documents, is expressed in highly generalized language".

73 MACKAY, supra note 3, p. 348.

74 Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola (É.-U.), Foundation Press, 1988, p. iii.

75 Sidney R. PECK, "An Analytical Framework for the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 12 [ci-après "PECK"].

76 Id. Voir aussi : Christian BRUNELLE, "L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes", (1990) 50 *R. du B.* 353 [ci-après "BRUNELLE"].

77 Sur le rôle participatif du judiciaire, surtout en droit public, voir : Rosalie S. ABELLA, "Public Policy and the Judicial Role", (1989) 34 *R.D. McGill* 1021. Voir aussi : Louis-Philippe PIGEON, "The Human Element in the Judicial Process", (1970) 8 *Alta. L. Rev.* 301.

78 PECK, supra note 75, p. 12 : "Underlying the purposive approach, there is a recognition that defining the rights and freedoms contained in the Charter is neither a simple nor a mechanical task. The meaning of the terms of a legislative provision does not inhere in the provision itself". Sur le lien entre le style législatif et la méthodologie d'interprétation législative, voir : Ruth SULLIVAN, "Some Implications of Plain Language Drafting", (2001) 22 *Stat. L. Rev.* 145. En général, sur l'expression de l'intention du législateur via le support communicationnel qu'est la législation, voir : Richard EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

79 Pierre CARIGNAN, "De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles", (1986) 20 *R.J.T.* 27, p. 40.

80 COTÉ, BEAULAC et DEVINAT, supra note 28, p. 26 [notes infrapaginales omises]. Ceci est en lien avec l'idée de la "libre recherche scientifique" dans l'interprétation juridique : François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., vol. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, p. 74-78. Voir aussi, au même effet : Gérard CORNU, *Droit civil*, Paris, Montchrestien, 1988, p. 131-34.

81 BRUNELLE, supra note 76, p. 365.

82 Au sujet de l'importance de Westphalie en droit international public, voir : Stéphane BEAULAC, "The Westphalian Model in Defining International Law : Challenging the Myth", (2004) 8 *Austl. J. Legal Hist.* 181; et Stéphane BEAULAC, "The Westphalian Legal Orthodoxy - Myth or Reality?", (2000) 2 *Journal of the History of International Law* 148.

83 Voir en général, sur ces questions : 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 et Boston, Martinus Nijhoff, 2004.

84. Janne NIJMAN et André NOLLKAEMPER, "Beyond the Divide", dans Janne NIJMAN et André NOLLKAEMPER (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford et New York, Oxford University Press, 2007, p. 341.

85 Karen KNOP, "Here and There: International Law in Domestic Courts", (2000) 32 *N.Y.U.J. Int'l L. and Pol.* 501, p. 504.

86 Geoffrey PALMER, "Human Rights and the New Zealand Government's Treaty Obligations", (1999) 29 *V.U.W.L.R.* 27, p. 59 [ci-après "PALMER"].

87 Voir : Stéphane BEAULAC, "On the Saying that International Law Binds Canadian Courts", (2003) 29(2) *Bulletin du Conseil canadien de droit international* 1.

88 Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 *R.C.S.* 217, 235, [1998] *A.C.S.* no 61 (C.S.C.).

89 Pour une étude comparée des différentes pratiques de réception du droit international en droit interne, voir : Dinah SHELTON (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems - Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford et New York, Oxford University Press, 2011. S'agissant des juridictions anglo-saxonnes de common law, plus spécifiquement aux États-Unis, voir : Curtis A. BRADLEY, "Breard, Our Dualist Constitution and the Internationalist Conception", (1999) 51 *Stan. L. Rev.* 529; en Australie, voir : Anthony MASON, "International Law as a Source of Domestic Law", dans Brian R. OPESKIN et Donald R. ROTHWELL (dir.), *International Law and Australian Federalism*, Melbourne, Melbourne University Press, 1997, p. 215; en Nouvelle-Zélande, voir : PALMER, supra note 86; et Treasa DUNWORTH, "The Rising Tide of Customary International Law: Will New Zealand Sink or Swim?", (2004) 15 *Public L. Rev.* 36.

90 Sur la souveraineté interne, associée à l'auteur français Jean Bodin, voir : Stéphane BEAULAC, "The Social Power of Bodin's "Sovereignty" and International Law", (2003) 4 *Melbourne J. Int'l L.* 1; Stéphane BEAULAC, "Le pouvoir sémiologique du mot "souveraineté" dans l'œuvre de Bodin", (2003) 16 *Int'l J. Sem. L.* 45.

91 Sur la souveraineté externe, associée à l'auteur suisse Emer de Vattel, voir : Stéphane BEAULAC, "Emer de Vattel and the Externalization of Sovereignty", (2003) 5 *Journal of the History of International Law* 237.

92 Voir : Francis G. JACOBS, "Introduction", dans Francis G. JACOBS et Shelley ROBERTS (dir.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, p. xxiii, à la p. xxiv.

93 Voir : Gerald FITZMAURICE, "The General Principles of International Law : Considered from the Standpoint of the Rule of Law", (1957) 92 *Rec. des Cours de l'Académie de droit international (La Haye)* 1, p. 70-80.

94 Voir : Stéphane BEAULAC, "National Application of International Law : The Statutory Interpretation Perspective", (2003) 42 *A.C.D.I.* 225.

95 Contra, voir : Jutta BRUNNÉE et Stephen J. TOOPE, "A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts", (2002) 40 *A.C.D.I.* 3.

96 Voir : Stéphane BEAULAC, "Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international", (2004) 38 *R.J.T.* 359.

97 Voir en général, sur l'utilisation du droit international en interprétation juridique : Stéphane BEAULAC, *Précis d'interprétation législative - Méthodologie générale, Charte canadienne et droit international*, Montréal, LexisNexis Canada, 2008, p. 403 et suiv.

98 Christopher McCRUDDEN, "A Common Law of Human Rights? : Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", (2000) 20 *Oxford J. Legal Stud.* 499, p. 502-503.

99 Voir : Giorgio GAJA, "Dualism - A Review", dans Janne NIJMAN et André NOLLKAEMPER (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford et New York, Oxford University Press, 2007, p. 52.

100 Voir : Joseph Gabriel STARKE, "Monism and Dualism in the Theory of International Law", (1936) 17 *Brit. Y.B. Int'l L.* 66. Voir aussi, en général : Ignaz SEIDL-HOHENFELDERN, "Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law", (1963) 12 *I.C.L.Q.* 88; et Luigi FERRARI-BRAVO, "International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems", dans Ronald St. John MACDONALD et Douglas M. JOHNSTON (dir.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1986, p. 715.

101 Mattias KUMM, "Democratic Constitutionalism Encounters International Law : Terms of Engagement" [ci-après "KUMM"], dans Sujit CHOUDHRY (dir.), *The Migration of*

Constitutional Ideas, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 256, à la p. 257.

102 Voir, sur cet aspect : René PROVOST, "Judging in Splendid Isolation", (2008) 56 Am. J. Comp. L. 125.

103 On trouve cette clause à l'article VI de la Constitution des États-Unis : "all Treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States shall be part of the supreme Law of the Land". Voir, en général : John F. MURPHY, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

104 Voir : Eileen DENZA, "The Relationship between International and National Law", dans Malcolm D. EVANS (dir.), *International Law*, 3e éd., Oxford et New York, Oxford University Press, p. 411.

105 Voir : Stéphane BEAULAC, "Recent Developments on the Role of International Law in Canadian Statutory Interpretation", (2004) 25 Stat. L. Rev. 19. Voir également : Anne W. LA FOREST, "Domestic Application of International Law in Charter Cases : Are We There Yet?", (2004) 37 U.B.C. L. Rev. 157.

106 Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817, 861, [1999] A.C.S. no 39 (C.S.C.) [ci-après "Baker"]. Voir aussi la position classique exprimée par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'Affaire des Conventions du travail, de son vrai nom Canada (Attorney General) c. Ontario (Attorney General), [1937] A.C. 326, p. 347, per 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".

107 Voir R. c. Hape, [2007] 2 R.C.S. 292, 316, [2007] A.C.S. no 26 (C.S.C.) [ci-après "Hape"] :

A mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la doctrine de l'adoption s'applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci déclare son droit interne incompatible.

108 Voir : Stéphane BEAULAC, "No More International Treaty Interpretation in Canada's Statutory Interpretation : A Question of Access to Domestic Travaux Préparatoires", dans

Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat - Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté / Essays in Honour of Pierre-André Côté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 303, à la p. 309.

109 KUMM, *supra* note 101, p. 258.

110 Voir : Stéphane BEAULAC, "Customary International Law in Domestic Courts : Imbroglia, Lord Denning, Stare Decisis", dans Christopher P.M. WATERS (dir.), *British and Canadian Perspectives on International Law*, Leiden et Boston, Martinus Nijhof, 2006, p. 379.

111 Voir, en général : William A. SCHABAS et Stéphane BEAULAC, *International Human Rights and Canadian Law - Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007 [ci-après "SCHABAS et BEAULAC"].

112 Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, [1987] A.C.S. no 10 (C.S.C.).

113 Voir : Stéphane BEAULAC et John H. CURRIE, "Canada", dans Dinah SHELTON (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems - Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford et New York, Oxford University Press, 2011, p. 116, à la p. 124.

114 Michel BASTARACHE, "The Honourable G.V. La Forest's Use of Foreign Materials in the Supreme Court of Canada and His Influence on Foreign Courts", dans Rebecca JOHNSON et John P. McEVOY (dir.), *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*, Winnipeg, Canadian Legal History Project, 2000, p. 433, à la p. 434. Voir aussi ce que son collègue de l'époque, le juge Gérard V. La Forest, a exprimé au sujet de l'opinion du juge en chef Dickson dans cette affaire : "Though speaking in dissent, his comments [ceux du juge en chef Dickson] on the use of international law generally reflect what we all do" (Gérard V. LA FOREST, "The Use of International and Foreign Materials in the Supreme Court of Canada", (1988) 17 *Conseil canadien de droit international* 230, p. 232).

115 Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra* note 112, p. 349-50 [nos soulignements].

116 Contra, voir : John H. CURRIE, "International Human Rights Law in the Supreme Court's Charter Jurisprudence: Commitment, Retrenchment and Retreat - In No Particular Order", (2010) 50 *S.C.L.R.* (2d) 423 [ci-après "CURRIE"], qui suggère un retour à la (fausse) dichotomie entre le droit international "contraignant" et "non contraignant" afin de limiter l'approche "pertinente et persuasive" à ce dernier scénario.

117 Baker, *supra* note 106.

118 Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), c. I-2, maintenant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27.

119 Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, art. 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

120 Baker, supra note 106, 861.

121 Les références figurent à l'ouvrage de Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1994, p. 330.

122 Convention relative aux droits de l'enfant, supra note 119.

123 Sur les aspects de méthodologie d'interprétation, voir : COTÉ, BEAULAC et DEVINAT, supra note 28, p. 431-32.

124 Voir : Stéphane BEAULAC, "Legal Interpretation in Canada: Opening Up Legislative Language as a Means to Internationalisation", (2010) University of Edinburgh School of Law Working Paper Series 2010/05, 1, 21.

125 Baker, supra note 106, p. 866.

126 Voir René PROVOST, "Le juge mondialisé : légitimité judiciaire et droit international au Canada", dans Marie-Claude BELLEAU et François LACASSE (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada, 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 569.

127 Voir : Stéphane BEAULAC, "Le droit international comme élément contextuel en interprétation des lois", (2004) 6 R.C.D.I. 1.

128 Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations, [1943] R.C.S. 208, [1943] A.C.S. no 19 (C.S.C.).

129 Id., p. 231 [nos soulignements].

130 [2005] 2 R.C.S. 100, [2005] A.C.S. no 39 (S.C.C.) [ci-après "Mugesera"].

131 Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-45, art. 7(3.76), maintenant abrogé et remplacé par la Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, c. 24.

132 Mugesera, supra note 130, 134.

133 Id., p. 149.

134 Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général),

[2004] 1 R.C.S. 76, [2004] A.C.S. no 6 (C.S.C.).

135 Convention relative aux droits de l'enfant, supra note 119.

136 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976) [ci-après "PIDCP"].

137 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [ci-après "CEDH"].

138 Voir : Stéphane BEAULAC, "La problématique de l'interlégalité et la méthodologie juridique : exemples canadiens d'opérationnalisation du droit international", dans Jean-Yves CHÉROT et al. (dir.), *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 5.

139 Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), supra note 112.

140 [1989] 1 R.C.S. 1038, [1989] A.C.S. no 45 (C.S.C.).

141 [1990] 3 R.C.S. 697, [1990] A.C.S. no 131 (C.S.C.).

142 Id., p. 750.

143 Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969).

144 PIDCP, supra note 136.

145 CEDH, supra note 137.

146 Pour plus de détail, voir : SCHABAS et BEAULAC, supra note 111, p. 255-91, en particulier sous la rubrique "International Origins of the Test [de l'article 1]".

147 Cette section du présent chapitre s'inspire du texte : Stéphane BEAULAC, "Le droit international et l'interprétation législative : oui au contexte, non à la présomption", dans Oonagh E. FITZGERALD et al., (dir.), *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 413.

148 En anglais, "modern principle", tiré de l'ouvrage Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87 [ci-après "DRIEDGER"].

149 Voir : BEAULAC et COTÉ, supra note 15.

150 DRIEDGER, supra note 148, p. 3 [italiques dans l'original].

151 Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4e éd., Markham et Vancouver, Butterworths, 2002, p. 259 [ci-après "SULLIVAN"]. Voir aussi : Shalin M. SUGUNASIRI, "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability", (1999) 22 Dal. L.J. 126.

152 SULLIVAN, id., p. 161 [nos soulignements]. Voir aussi : Stéphane BEAULAC, "International Treaty Norms and Driedger's "Modern Principle" of Statutory Interpretation", dans CONSEIL CANADIEN DE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *La légitimité et la responsabilité en droit international - Travaux du 33e congrès annuel du Conseil canadien de droit international*, Ottawa, Conseil canadien de droit international, 2005, p. 141.

153 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*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 263, à la p. 271.

154 Baker, supra note 106, p. 861.

155 Loi sur l'immigration, supra note 118, maintenant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, supra note 118.

156 114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville de), [2001] 2 R.C.S. 241, [2001] A.C.S. no 42 [ci-après "Spraytech"].

157 Loi sur les cités et villes, L.R.Q. c. C-19.

158 Spraytech, supra note 156, 266.

159 Baker, supra note 106, 861.

160 Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3, [2002] A.C.S. no 3 (C.S.C.) [ci-après "Suresh"]. Sur cet arrêt, voir : Stéphane BEAULAC, "The Suresh Case and Unimplemented Treaty Norms", (2002) 15 R.Q.D.I. 221.

161 Loi sur l'immigration, supra note 118, maintenant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, supra note 118.

162 [Nos soulignements].

163 Les arrêts : *Kindler c. Canada* (Ministre de la Justice), [1991] 2 R.C.S. 779, [1991] A.C.S. no 63 (C.S.C.); *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, [1987] A.C.S. no 36 (C.S.C.); *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, [1987] A.C.S. no 24 (C.S.C.).

164 États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283, [2001] A.C.S. no 8 (C.S.C.).

165 Suresh, supra note 160, p. 37-38 [nos soulignements].

166 PIDCP, supra note 136.

167 Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, UN Doc. A/39/51, 197 (1984), 23 ILM 1027 (1984), reproduit avec changement mineurs dans 24 ILM 535 (1985) (entrée en vigueur le 26 juin 1987).

168 Convention relative aux droits des réfugiés, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 150 (entrée en vigueur le 22 avril 1954).

169 Suresh, supra note 160, p. 45.

170 Id.

171 Id.

172 Id., p. 46.

173 Cette section du présent chapitre s'inspire du texte. Stéphane BEAULAC, "Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois", dans Stéphane BEAULAC et Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS (dir.), Droit constitutionnel - JurisClasseur Québec, coll. "Droit public", feuilles mobiles, Montréal, LexisNexis Canada, 2011, fasc. 23.

174 Sur cette catégorie d'arguments interprétatifs, voir : COTÉ, BEAULAC et DEVINAT, supra note 28, p. 509 et suiv.

175 Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd. (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, 231, [1982] A.N.-B. no 397 (C.A.N.-B.).

176 Gérard V. LA FOREST, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview", (1983) 61 R. du B. can. 19, p. 20.

177 Ce nom provient de la cause Murray c. The Charming Betsy, 6 U.S. 64 (1804).

178 Voir, en général : Gerald L. NEUMAN, "International Law as a Resource in Constitutional Interpretation", (2006) 30 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 177; et Curtis A. BRADLEY, "The Charming Betsy Canon and Separation of Powers : Rethinking the Interpretative Role of International Law", (1998) 86 Ga. L.J. 479.

179 Peter Benson MAXWELL, On the Interpretation of Statutes, Londres, Sweet & Maxwell, 1896, p. 173. Voir aussi : Hersch LAUTERPACHT, "Is International Law a Part of the Law of England?", (1930) Transactions Grotius Society 51.

180 Salomon c. Commissioners of Customs and Excise, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A.).

181 Corocraft c. Pan American Airways, [1968] 3 W.L.R. 1273 (C.A.).

182 Charles-Emmanuel COTÉ, "La réception du droit international en droit canadien", (2010) 52 S.C.L.R. (2d) 483, p. 533 [ci-après "COTÉ"] [notes infrapaginales omises].

183 Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co. c. Pigeon Timber Co., [1932] R.C.S. 495, 509, [1932] A.C.S. no 24 (C.S.C.).

184 Ordon (Succession) c. Grail, [1998] 3 R.C.S. 437, 526, [1998] A.C.S. no 84 (C.S.C.).

185 Sur les différentes difficultés d'interprétation dont peut souffrir la législation, voir : Reed DICKERSON, "The Diseases of Legislative Language", (1964) 12 Harv. J. on Legis. 5; Randal N.M. GRAHAM, Statutory Interpretation - Theory and Practice, Toronto, Emond Montgomery, 2001, p. 199 et suiv.

186 [1968] R.C.S. 517, [1968] A.C.S. no 33 (C.S.C.).

187 Voir, notamment : COTÉ, supra note 182, p. 535-36.

188 Daniels c. White, supra note 186, p. 541 [nos soulignements].

189 COTÉ, BEAULAC et DEVINAT, supra note 28, p. 429.

190 National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations), [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371, [1990] A.C.S. no 110 (C.S.C.).

191 Schreiber c. Canada (Procureur général), [2002] 3 R.C.S. 269, p. 293-94, [2002] A.C.S. no 63 (C.S.C.) [ci-après "Schreiber"].

192 Daniels c. White, supra note 186, p. 541 [phrase soulignée par le juge LeBel dans Schreiber, id., p. 293-94].

193 Bouzari c. Islamic Republic of Iran (2004), 71 O.R. (3d) 675, 243 D.L.R. (4th) 406, 422, [2004] O.J. no 2800 (C.A. Ont.).

194 GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc., [2005] 2 R.C.S. 401, p. 422-23 et 425-26, [2005] A.C.S. no 46 (C.S.C.).

195 Hape, supra note 107, 323-325.

196 [2010] 3 R.C.S. 281, [2010] A.C.S. no 56 [ci-après "Németh"].

197 Id., p. 304.

198 Id. [nos soulignements].

199 Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, supra note 118, maintenant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, supra note 118.

200 Németh, supra note 196, 304 [nos soulignements].

201 Hape, supra note 107.

202 Voir aussi, concernant les aspects relatifs à l'interlégalité dans Hape : Gibran VAN ERT, "Canada", dans David SLOSS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement - A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 166, p. 199-200.

203 Hape, supra note 107, p. 312.

204 Id., p. 312-13.

205 Voir, en général : John H. CURRIE, "Weaving a Tangled Web : Hape and the Obfuscation of Canadian Reception Law", (2007) 45 A.C.D.I. 55.

206 Voir, sur ces questions de compétence des États en général : Stephen G. COUGHLAN et al., "Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization", (2007) 6 C.J.L.T. 29.

207 Hape, supra note 107, p. 316.

208 Id., p. 323.

209 Id., p. 324 [nos soulignements].

210 Id. [nos soulignements].

211 Id., p. 316-22.

212 Contra, voir : CURRIE, supra note 116, p. 458-59, qui critique l'utilisation que la Cour suprême fait de la présomption de conformité (développée en interprétation législative) dans l'interprétation de la Charte canadienne.

213 Hape, supra note 107, p. 332 [nos soulignements].

214 Id. [nos soulignements].