ON CANADA'S PAST, PRESENT AND FUTURE
IN INTERNATIONAL LAW

REFLECTIONS

RÉFLEXIONS

SUR LE PASSÉ, LE PRÉSENT ET L'AVENIR DU CANADA
EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL

Oonagh E. Fitzgerald, Valerie Hughes and Mark Jewett,
Editors

Centre for International
Governance Innovation

2

La mise en œuvre judiciaire des obligations internationales du Canada en matière de droits humains

Obstacles et embûches

Stéphane Beaulac

Introduction

Le domaine de prédilection, s'il en est un, où s'appréhende la problématique de l'interlégalité au pays et dans lequel les tribunaux ont fréquemment recours au droit international en droit interne est, certes, celui des libertés fondamentales. Besoin de s'en convaincre de nouveau? Pensons à l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour*[1], en 2015, lequel portait sur la liberté d'association garantie à l'article 2(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte* »). Dans le cadre de sa décision, reconnaissant pour la première fois un droit de grève protégé constitutionnellement, la Cour suprême du Canada s'est alimentée allègrement des normes internationales en la matière, ainsi que de l'expérience étrangère. Le présent chapitre s'intéresse à la participation du judiciaire dans la mise en œuvre des obligations internationales du Canada relatives aux droits humains; l'accent sera mis sur les obstacles et embûches à cet égard qu'on observe en jurisprudence.

En vertu de l'épistémologie internationale, ces questions sont présentées comme toutes simples puisque la prémisse postulée d'emblée est la suprématie de la normativité internationale. Le principe de base, allant au-delà des traités et de *pacta sunt servanda* codifié à l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, veut en effet que toute obligation internationale

1 *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan* [2015] 1 RCS 245.

doive être exécutée de bonne foi par les États[2]. À cela s'ajoute le principe de la primauté du droit, tel qu'appliqué à la sphère internationale (« international rule of law[3] »). Ce principe inclut minimalement les valeurs associées à la légalité[4], c'est-à-dire qu'à titre de principaux sujets de droit, les États doivent prendre au sérieux le droit international, y compris dans son exécution et dans sa mise en œuvre en droit interne, le cas échéant[5].

Le chapitre est structuré en deux parties : tout d'abord, un rappel des éléments d'analyse essentiels à l'interlégalité, en particulier pour ce qui est de la mise en œuvre judiciaire des obligations internationales en matière de droits humains; ensuite, il sera question des principaux obstacles et embûches, au nombre de trois, que les tribunaux nationaux ont placés pour freiner le recours à la normativité internationale.

Mise en œuvre judiciaire du droit international en matière de droits humains

Afin de bien situer la problématique de la réception du droit international en droit interne, ainsi que les règles d'utilisation développées par les tribunaux, il convient dans un premier temps de rappeler le cadre d'analyse propre au droit public canadien.

En vertu du système de gouvernance de type parlementaire et suivant la tradition anglo-saxonne de common law héritée de la Grande-Bretagne, la construction juridique de notre droit public repose, *inter alia*, sur deux concepts fondamentaux : le principe de la suprématie (ou souveraineté) du Parlement, d'une part, et le principe de la primauté du droit (ou « État de droit »; en anglais, « rule of law »), d'autre part. On le sait, c'est par l'entremise du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* — « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » — que ces éléments de droit constitutionnel non écrit sont pertinents au Canada. Cela met en évidence, en cette année de célébrations du 150e anniversaire de la Confédération, le statut de « dominion » à l'époque[6], de même que le lien de filiation fort avec le droit public britannique.

En outre, selon une perspective de droit interne[7] — et à l'instar des juridictions cousines de common law — le Canada appréhende la problématique de l'interlégalité en termes d'interaction entre deux sphères juridiques séparées et distinctes ou, comme on l'a suggéré en doctrine[8], suivant une ligne de séparation (« a divide ») international-national. Par ailleurs[9], on

2 Voir *Affaire des essais nucléaires (Australie c France)*, arrêt du 20 décembre 1974 [1974] CIJ rec 243 au para 46.

3 Voir 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, 197.

4 Voir Brian Z Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

5 Voir André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

6 Voir généralement Peter C Oliver, *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada and New Zealand*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

7 Voir Stéphane Beaulac, « National Application of International Law: The Statutory Interpretation Perspective » (2003) 41 ACDI 225.

8 Cette image vient de Janne Nijman et André Nollkaemper, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

9 Voir Stéphane Beaulac, « Thinking Outside the "Westphalian Box": Dualism, Legal Interpretation and the Contextual Argument », dans Christoffer C Eriksen et Marius Emberland, dir, *The New International Law: An Anthology*, Leiden, Brill Publishers, 2010, 17.

doit comprendre cette construction intellectuelle à l'aide du paradigme « westphalien[10] » de relations internationales et de son idée-structure de la souveraineté des États[11]. Cette dernière notion se décline et prend tout son sens, ontologiquement, dans les champs juridiques du droit constitutionnel et du droit international[12] : l'exercice de la souveraineté interne (celle articulée par Jean Bodin[13]), dans le premier, et l'exercice de la souveraineté externe (celle articulée par Emer de Vattel[14]), dans le second. Il s'ensuit que, dans les pays de common law comme le Canada, encore de nos jours : « international law and municipal law have been seen as two separate circles that never intersect[15]. »

Un exemple évident, en fait la validation de l'application contemporaine de ce schème d'analyse, quant à l'interaction internationale-nationale, nous vient de la Grande-Bretagne, avec toute la saga politico-juridique entourant le Brexit, c'est-à-dire la volonté de cet État-membre de sortir de l'Union européenne, suite au référendum de juin 2016. Une contestation judiciaire du pouvoir permettant d'enclencher le processus de sortie du régime européen — en vertu de l'article 50 du *Traité sur l'Union européenne* — a été faite contre le gouvernement de la première ministre Theresa May (une autre procédure a été déposée en Irlande du Nord[16], non pertinente pour nos fins). La principale prétention dans la cause devant la Haute Cour de justice (Angleterre) contestait l'autorité de la branche exécutive du gouvernement (c.-à-d. la Couronne) d'être en mesure d'agir seule, sur la base de ses prérogatives royales en matière d'affaires étrangères, pour entamer le processus (vu comme irrévocable) du Brexit. L'argument mis de l'avant, fondé sur plusieurs principes constitutionnels fondamentaux — suprématie du Parlement, primauté du droit, dualisme — voulait que le Parlement doive autoriser l'action de sortir de l'Union européenne puisque cela aura pour effet d'altérer le droit interne britannique et portera atteinte à divers droits existants en vertu du *Traité sur l'Union européenne*.

Le tribunal de première instance a donné droit à la requête[17], une décision qui fut confirmée dans le cadre d'un appel directement à la Cour suprême du Royaume-Uni[18] (ce dernier jugement était partagé 8-3). La première décision de la Haute Cour se fonde sur une analyse méticuleuse des principes en présence, notamment la ligne de séparation entre les sphères juridiques nationale et internationale; les prérogatives de la Couronne s'exercent uniquement à l'intérieur de cette dernière. Invoquant la jurisprudence[19], les trois juges en première instance, unanimes, expliquent ce qui suit : « By making and unmaking treaties the Crown creates legal effects on the plane of

10 Voir Stéphane Beaulac, « The Westphalian Model in Defining International Law: Challenging the Myth » (2004) 8 Austl J Legal Hist 181.

11 Voir généralement 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, Martinus Nijhoff, 2004.

12 Voir Neil Walker, « Late Sovereignty in the European Union », dans Neil Walker, dir, *Sovereignty in Transition*, London, Hart Publishing, 2003, 3. Voir aussi Anne Peters, « Humanity as the A and Ω of Sovereignty » (2009) 20 European J Intl L 513.

13 Voir Stéphane Beaulac, « Le pouvoir sémiologique du mot "souveraineté" dans l'œuvre de Bodin » (2003) 16 Intl J Sem L 45.

14 Voir Stéphane Beaulac, « Emer de Vattel and the Externalization of Sovereignty » (2003) 5 J Hist Intl L 237.

15 Geoffrey Palmer, « Human Rights and the New Zealand Government's Treaty Obligations » (1999) 29 VUWLR 27 à la p 59.

16 Voir le jugement de la division du Banc de la Reine : *Re McCord's Application*, [2016] NIQB 85.

17 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016] EWHC 2768 (Admin) [*R (Miller)*].

18 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5 [*R (Miller) nº 2*].

19 En fait, ils se sont fondés surtout sur l'arrêt *J.H. Rayner (Mincing Lane Ltd v Department of Trade and Industry* (1989), [1990] 2 AC 418 (CA).

international law, but in doing so it does not and cannot change domestic law[20]. » La majorité de la Cour suprême fut encore plus explicite à cet égard, validant l'idée du « divide » entre l'international et le national :

> This principle [conclusion des traités] rests on the so-called dualist theory, which is based on the proposition that *international law and domestic law operate in independent spheres*. The prerogative power to make treaties depends on two related propositions. The first is that treaties between sovereign states have effect in international law and are not governed by the domestic law of any state. As Lord Kingsdown expressed it in *Secretary of State in Council of India v Kamachee Boye Sahaba* (1859) 13 Moo PCC 22, 75, treaties are "governed by other laws than those which municipal courts administer". The second proposition is that, *although they are binding on the United Kingdom in international law, treaties are not part of UK law and give rise to no legal rights or obligations in domestic law.*[21]

Ceci étant, qu'en est-il de la participation des tribunaux internes dans la mise en œuvre des obligations internationales du pays, entre autres en matière de droits humains? Sur la base du schème d'analyse applicable, vu ci-dessus, il faut se rabattre sur les règles de réception du droit international en droit interne pour y voir clair, y compris à l'aide des outils heuristiques que sont les théories dualiste et moniste[22]. Incidemment, ces règles relèvent du droit interne : « the effect of international law generally, and of treaties in particular, within the legal order of a State will always depend on a rule of domestic law. Indeed, international law is generally uninformative in this area since it simply requires the application of treaties in all circumstances[23]. » Un autre auteur faisait valoir ce qui suit : « The very idea that the national constitution is decisive for generating the doctrines that structure the relationship between national and international law is dualist[24]. » C'est ce que j'aime appeler le dualisme dans une application « méta », c'est-à-dire confirmant la ligne de séparation entre les sphères juridiques de droit international et de droit interne.

Pour résumer à l'essentiel, à l'instar des autres juridictions de common law dans le monde, le Canada considère que c'est seulement si (ou dans la mesure où) les règles de réception permettent au droit international d'intégrer le droit interne — et que, dans les faits, il y a eu réception, en vertu de la logique moniste ou suivant la logique dualiste (au moyen d'une loi de mise en œuvre) — que la normativité internationale peut directement produire des effets juridiques, s'agissant de l'interprétation et de l'application du droit interne par les tribunaux nationaux. À strictement parler, le droit international comme tel n'agit pas de façon contraignante dans l'ordre juridique

20 *R (Miller), supra* note 17 au para 32.

21 *R (Miller) nº 2, supra* note 18 au para 55 [nos italiques].

22 Voir René Provost, « Judging in Splendid Isolation » (2008) 56 Am J Comp L 125.

23 Francis G Jacobs, « Introduction », dans Francis G Jacobs et Shelley Roberts, dir, *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, xxiii à la p xxiv.

24 Mattias Kumm, « Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement », dans Sujit Choudhry, dir, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 256 à la p 258.

national : il ne lie pas les juges en droit interne[25], dont le mandat constitutionnel est confié par et pour l'État souverain. En d'autres termes, cette normativité non nationale ne peut pas s'appliquer en tant que telle — à titre de droit international — au sein du système juridique interne. Bref, il faut se garder de mélanger les genres, de confondre ces réalités juridiques séparées et distinctes[26]. Ce que les normes de l'ordre juridique international peuvent faire, et devraient faire dans la mesure qu'il en est opportun, c'est d'influencer l'interprétation et l'application du droit interne au pays.

Pour remettre le droit international des droits humains au centre de la discussion, il s'agit du domaine dans lequel la Cour suprême du Canada a fréquemment discuté de la problématique de l'interlégalité, plus particulièrement eu égard à la *Charte*. Nous avons mentionné plus tôt le récent arrêt *Saskatchewan Federation of Labour*[27], en 2015, interpelant la liberté d'association; mais bien avant, une décision majeure fut rendue en 1999 dans la fameuse affaire *Baker*[28], mettant en jeu les droits de l'enfant, décision qui a certes changé la donne considérablement, comme nous le verrons. Pour commencer par le commencement, toutefois, il est utile de rappeler l'importance d'un jugement de la Cour suprême du Canada en 1987. Il s'agit du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alta)*[29], portant sur la liberté d'association à l'article 2(d) de la *Charte*, qui a permis au juge en chef Dickson de donner le ton quant au possible rôle en droit interne du droit international des droits humains :

> Les diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux et les règles coutumières — doivent, à mon avis, être considérées comme des *sources pertinentes et persuasives* quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte*.
>
> [...]
>
> 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.[30]

Ce critère de source (ou d'élément) « pertinente et persuasive » d'interprétation a été repris en jurisprudence à maintes reprises, et même au-delà du domaine des obligations internationales relatives aux droits humains et de la *Charte*[31]. Encore dans l'arrêt *Health Services and Support*, la Cour suprême du Canada a écrit ceci : « Ainsi les engagements *actuels* du Canada en vertu du

25 Voir Louis LeBel et Gloria Chao, « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002) 16 Sup Ct L Rev (2nd) 23 à la p 62.

26 Voir le classique : Gerald Fitzmaurice, « The General Principles of International Law: Considered from the Standpoint of the Rule of Law » (1957) 92 RCADI 1 aux pp 70–80.

27 *Saskatchewan Federation of Labour*, *supra* note 1.

28 *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 [*Baker*].

29 [1987] 1 RCS 313.

30 *Ibid* aux para 57, 60 [nos italiques].

31 Pour une revue détaillée de cette jurisprudence, voir William A Schabas et Stéphane Beaulac, *International Human Rights and Canadian Law: Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3e éd, Toronto, Thomson Carswell, 2007.

droit international et l'opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne constituent une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la *Charte*[32]. »

C'est ainsi que, sans être contraignant, le droit international peut s'avérer fort utile, et ce, en tant qu'élément « pertinent et persuasif », dans le cadre d'un exercice d'interprétation et d'application du droit interne canadien. En doctrine, d'aucuns ont exprimé le souhait de voir la jurisprudence canadienne donner un rôle supérieur aux normes internationales, notamment en ce qui concerne les droits humains[33]. Cette position, en plus d'être difficilement conciliable avec le lien relationnel distinguant les sphères de droit international et de droit interne, aurait pour conséquence de dénaturer le mandat constitutionnel, ainsi que la fonction même des tribunaux nationaux, qui est d'exercer le pouvoir judiciaire eu égard au droit interne canadien. Comme il a déjà été souligné, voir le droit international comme jouissant d'une autorité « pertinente et persuasive » s'avère être une approche plus adéquate, conforme et efficace[34]. Cela signifie que les éléments de droit international sont considérés, « 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[35]. »

En somme, c'est dans le cadre de l'exercice d'interprétation et d'application du droit interne, comme lorsque le ou la juge doit identifier l'intention du législateur dans un texte de loi — et, par extension, l'intention du constituant pour la *Charte* — que le droit international fournira des éléments « pertinents et persuasifs.» Comme j'aime le présenter, il s'agit alors de *l'opérationnalisation* des obligations internationales[36], de leur mise en œuvre judiciaire, par l'entremise de la méthodologie d'interprétation juridique, y compris les méthodes d'interprétation des lois, dont nous discuterons dans un moment. Cette façon d'appréhender la problématique de l'interlégalité, centrée sur l'interprétation juridique, est de loin préférable à la perspective internationaliste qui est obsédée, voire obnubilée, par la question du caractère obligatoire de la normativité internationale[37].

32 *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 391 au para 78 [italiques dans l'original].

33 Voir Jutta Brunnée et Stephen J Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts » (2002) 40 ACDI 3.

34 Stéphane Beaulac, « Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir, *JurisClasseur Québec – Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis, 2011, (feuilles mobiles), fasc 23, section 5.

35 Christopher McCrudden, « A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights » (2000) 20 Oxford J Legal Stud 499 aux pp 502–03.

36 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, *Le droit entre autonomie et ouverture – Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 5.

37 Voir René Provost, « Le juge mondialisé : légitimité judiciaire et droit international au Canada », dans Marie-Claire Belleau et François Lacasse, dir, *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada, 1987–2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 569 à la p 584.

Quelques mots maintenant sur les deux techniques d'opérationnalisation du droit international en droit interne, soit l'argument d'interprétation contextuelle, d'une part, et la présomption de conformité au droit international, d'autre part.

C'est ici qu'il est approprié de discuter d'un autre arrêt de principe au sujet de la mise en œuvre judiciaire des obligations internationales relatives aux droits humains, soit l'affaire *Baker*[38], en 1999. On se rappellera que le litige tournait autour d'une ordonnance d'expulsion contre une dame ayant des enfants à charge, nés au pays, cette mesure faisant l'objet d'une révision judiciaire. Le principal motif d'exemption invoqué, en vertu de la législation applicable — l'article 114(2) de la *Loi sur l'immigration*[39] — mettait en jeu des raisons d'ordre humanitaire : on prétendait que l'expulsion de M^me^ Baker affecterait ses enfants à charge. La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est devenue le concept clé de l'analyse de la Cour suprême, en particulier de savoir si la *Convention relative aux droits de l'enfant* — un traité ratifié par le Canada, mais qui n'a pas été mis en œuvre — énonçant cette norme à l'article 3, pouvait être utilisée comme élément pertinent et persuasif pour l'interprétation et l'application de la loi interne canadienne.

En vertu de la thèse dualiste, cette obligation conventionnelle ne peut pas produire d'effet juridique en droit interne puisque, formellement, elle n'a pas été transformée au moyen d'une loi de mise en œuvre. Au nom de la majorité dans *Baker*, M^me^ le juge L'Heureux-Dubé ne s'en est pas tenue, toutefois, à l'orthodoxie en la matière; en fait, elle a fait montre de leadership en allant plus loin dans son raisonnement pour proposer un raffinement de l'approche. 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. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e^ 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* [italiques ajoutés par M^me^ 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 [...][40].

Ainsi, la majorité de la Cour suprême a tenu compte des valeurs et des principes sous-jacents à cette norme conventionnelle, en matière de droit international des libertés fondamentales, de

38 *Baker*, *supra* note 28.

39 *Loi sur l'immigration*, LRC 1985, c I-2; maintenant la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27.

40 *Baker*, *supra* note 28 aux para 69–70.

l'intérêt supérieur de l'enfant, prévu à la *Convention relative aux droits de l'enfant*, et ce, même si celle-ci n'a pas été mise en œuvre en droit interne. Le recours aux valeurs de ce traité non transformé, de concert avec des instruments de « soft law » (*Déclaration universelle des droits de l'homme*, *Déclaration des droits de l'enfant*), a amené M^me^ le juge L'Heureux-Dubé, pour la majorité, à donner une portée large aux raisons d'ordre humanitaire comme motifs d'exemption sous la *Loi sur l'immigration*.

Certes, la question se pose : pourquoi la décision dans l'affaire *Baker* est-elle considérée si importante en ce qui concerne l'interlégalité? C'est ici qu'il faut expliciter l'argument international d'interprétation contextuelle, ce qu'on a vu plus haut comme la technique numéro un d'opérationnalisation. En utilisant cette méthode d'interprétation, on a ouvert la porte aux normes conventionnelles non transformées, en plus de celles évidemment qui ont été mises en œuvre par voie législative en droit interne. Le résultat net, clairement, est d'encourager une plus grande utilisation du droit international comme élément pertinent et persuasif pour l'interprétation et l'application du droit interne[41]. Plus précisément, en termes méthodologiques, M^me^ le juge L'Heureux-Dubé (pour la majorité de la Cour) entérine et avalise les propos de l'auteure Ruth Sullivan quant au rôle du droit international en tant qu'élément du contexte d'adoption et d'application de la législation en droit interne.

Toujours sur le plan de l'opérationnalisation judiciaire des normes internationales, la seconde technique fait appel à une présomption d'intention. Faisant partie des arguments d'interprétation de type pragmatique, la présomption de conformité au droit international permet d'attribuer une volonté implicite au législateur (au constituant) en relation avec les engagements internationaux du Canada. En méthodologie d'interprétation, il s'agit de l'une de plusieurs présomptions d'intention du législateur développées en jurisprudence par les tribunaux de common law[42]. On souhaite donc que l'interprétation aille dans le même sens que les obligations internationales liant le pays. Chez nos voisins du Sud, on appelle ce raisonnement d'interprétation le « Charming Betsy Rule[43]. » Le Canada en a hérité de la Grande-Bretagne[44]; on a vu encore très récemment cet argument employé par la Haute Cour de justice dans sa décision sur le Brexit[45].

Au Canada, la Cour suprême a fait le point pour la première fois sur cette règle d'interprétation en 1932 dans l'arrêt *Arrow River*[46]. Dans *Succession Ordon*, en 1998, après avoir souligné à juste titre que le droit international n'est pas contraignant pour les juges nationaux, on a résumé l'argument ainsi : « 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[47]. » Les dernières décennies ont vu la technique d'opérationnalisation par présomption être utilisée à maintes reprises en jurisprudence[48]. Dans une cause de 2015 en matière d'immigration, qui interpelait directement les droits humains, *B010 c Canada (Citoyenneté*

41 Voir Stéphane Beaulac, « Legal Interpretation in Canada: Opening Up Legislative Language as a Means to Internationalisation » (2010) *University of Edinburgh School of Law, Working Papers Series* 2010/05, 1 à la p 21.

42 Voir, à cet effet, Elmer A Driedger, *Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974 à la p 137.

43 Qui tire son nom de la cause *Murray v The Charming Betsy*, 6 US 64 (1804).

44 Peter B Maxwell, *On the Interpretation of Statutes*, Londres, Sweet & Maxwell, 1896 à la p 173.

45 *R (Miller)*, *supra* note 17 au para 33.

46 *Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co Ltd c Pigeon Timber Co Ltd*, [1932] RCS 495 à la p 509.

47 *Succession Ordon c Grail*, [1998] 3 RCS 437 au para 137.

48 Voir *GreCon Dimter inc c J.R. Normand inc*, [2005] 2 RCS 401 au para 39; *États-Unis d'Amérique et Canada (Ministère de la Justice) c Anekwu*, [2009] 3 RCS 3 au para 25; *Thibodeau c Air Canada*, [2014] 3 RCS 340 au para 113.

et Immigration), la Cour suprême du Canada a souligné ce qui suit : « Cette présomption interprétative n'est pas propre au Canada. Il s'agit d'une caractéristique de l'interprétation des lois partout dans le monde[49]. »

Dans le contexte de la protection juridique des droits humains, dans la célèbre affaire dite de « la fessée » en 2004, soit *Canadian Foundation for Children*[50], la Cour suprême a fait appel aux normes de droit international en matière de droits de la personne au moyen de la présomption de conformité. Dans cette affaire, il fallait déterminer si l'article 43 du *Code criminel*, justifiant l'utilisation d'une force raisonnable par les parents ou par les enseignants pour fins de discipline des enfants ou des élèves, portait atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Pour arriver à la conclusion invalidant en partie la disposition, la juge en chef McLachlin (pour la majorité de la Cour suprême) a abordé le problème d'interprétation en termes de présomption d'intention. Ici, il s'agissait donc aussi d'un cas de mise en œuvre judiciaire au moyen de la technique d'opérationnalisation numéro deux : « Les lois », nous dit-elle, « doivent être interprétées d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada[51]. »

Après cette revue des moyens permettant à nos tribunaux de contribuer à la mise en œuvre des obligations internationales des droits humains, enchaînons avec les possibles difficultés à cet égard.

Obstacles et embûches au droit international des droits humains

Tout en constatant que l'arrêt *Baker*, en 1999, a marqué le début d'un enthousiasme accru chez les tribunaux au Canada à recourir au droit international, y compris en matière de droits humains, des obstacles et embûches à cet égard semblent s'être développés en jurisprudence. Il y aurait trois principales façons de fermer la porte, dans le cadre d'un exercice d'interprétation et d'application du droit interne, à l'utilisation de la normativité internationale. Le premier obstacle se fonde sur l'idée même de ligne de séparation entre les sphères juridiques internationale et interne. Les deux autres embûches se rapportent à la méthodologie d'interprétation juridique, dans le processus d'opérationnalisation de ces normes : il s'agit, d'une part, de la pondération à la baisse de l'argument international d'interprétation contextuelle et, d'autre part, des moyens de mettre de côté la présomption de conformité au droit international, dont la condition préalable d'ambiguïté législative.

Dans ce qui suit, chacun de ces trois défis à la mise en œuvre par les tribunaux du droit international sera abordé, dans l'ordre. Des cas jurisprudentiels récents permettront d'illustrer les différents points.

49 [2015] 3 RCS 704 au para 48.

50 *Canadian Foundation for Children, Youth and Law c Canada (Procureur général)*, [2004] 1 RCS 76.

51 *Ibid* au para 31.

La ligne de séparation international-national demeure déterminante : l'affaire *Ahani*

La procédure judiciaire initiale de M. Ahani [52] — une ordonnance d'expulsion même s'il y a risque de torture — s'est rendue à la Cour suprême[53] et a été considérée de concert avec l'affaire *Suresh*[54]; les deux décisions sont tombées en janvier 2002. Contrairement à ce dernier, le requérant Ahani ne s'est pas vu reconnaître le droit à une nouvelle audience relative à son expulsion et, ayant épuisé les recours internes, il s'est adressé au Comité des droits de l'Homme en vertu du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Cette instance onusienne a demandé de suspendre l'ordonnance de déportation jusqu'à ce que la situation d'Ahani soit entendue sur le fond, une requête que le Canada a refusée. Cela a mené à une deuxième procédure au pays, qui s'est rendue à la Cour d'appel de l'Ontario (l'autorisation d'appel à la Cour suprême n'a pas été accordée[55]), pour obtenir une injonction empêchant l'exécution de l'ordonnance d'expulsion originale.

Ultimement, dans l'affaire *Ahani n° 2*, par décision majoritaire 2-1 à la Cour d'appel de l'Ontario, le requérant a été débouté[56]. S'agissant de l'interlégalité, la question était de savoir si le *Protocole facultatif* avait été intégré au droit canadien, et ce, par l'entremise des principes de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte*. Cela aurait signifié, selon l'argument, que l'ordonnance intérimaire du Comité des droits de l'Homme était obligatoire pour les tribunaux nationaux. Bien que certains auteurs critiquent vertement cette situation[57], le fait demeure qu'il n'existe aucune législation interne mettant en œuvre formellement les obligations internationales du Canada et, plus précisément, il n'y a pas de législation donnant au *Protocole facultatif* un effet juridique direct au pays[58]. À l'instar de la Cour supérieure de justice de l'Ontario[59], la Cour d'appel (la majorité et la dissidence étaient d'accord sur ce point) a conclu que l'ordonnance intérimaire internationale n'était pas exécutable en droit interne canadien.

Spécifiquement sur cet aspect, au nom de la majorité (avec la juge d'appel Charron), le juge Laskin écrivait ceci : « Canada has never incorporated either the Covenant or the Protocol into Canadian law by implementing legislation[60]. » En outre : « Absent implementing legislation, neither has any legal effect in Canada[61]. » Il serait inacceptable (« untenable result »), ajouta le juge Laskin, « [to] convert a non-binding request, in a Protocol which has never been part of Canadian law, into a binding obligation enforceable in Canada by a Canadian court, and more, into a constitutional principle of fundamental justice[62]. » De même, quoiqu'il aurait permis au

52 *Ahani v Canada (AG)* (2002), 58 OR (3d) 107 [*Ahani n° 2*].

53 *Ahani c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 RCS 72 [*Ahani*].

54 *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 RCS 3 [*Suresh*].

55 Cour suprême du Canada, *Bulletin des procédures*, dossier n° 29058, « Requête par le demandeur en vue de surseoir à l'exécution » (16 mai 2002).

56 *Ahani n° 2*, *supra* note 52.

57 Voir par ex William A Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada » (2000) 79 R du B can 174 aux pp 193–95.

58 Voir 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, 263 à la p 265.

59 *R v Ahani* (2002), 90 CRR (2d) 292.

60 *Ahani n° 2*, *supra* note 52 au para 31.

61 *Ibid.*

62 *Ibid* au para 33.

requérant de rester au pays, le juge dissident Rosenberg s'était rangé à l'avis du gouvernement fédéral, et était donc d'accord avec la majorité de la Cour d'appel sur ce point, que la ligne de séparation entre l'international et le national était un facteur prépondérant en l'espèce[63].

Comme on pouvait s'y attendre, cette décision judiciaire a placé le Canada dans l'embarras, s'agissant de ses obligations internationales en matière de droits humains. Deux ans se sont écoulés après l'expulsion de M. Ahani par les autorités canadiennes vers l'Iran, le 10 juin 2002, avant que le Comité des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations Unies ne rende sa décision, le 15 juin 2004[64]. Le Comité a émis l'avis que le Canada ne respectait pas les articles 8 et 13 (ainsi que l'article 7) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* : M. Ahani n'a pas eu droit, avant son expulsion du pays, à une révision judiciaire adéquate, y compris eu égard aux garanties procédurales requises. Le Comité s'est également désolé que son refoulement ait eu lieu avant l'examen sur le fond de la communication, ce qui allait à l'encontre de l'ordonnance intérimaire émise en 2002. On a ainsi considéré que le Canada était en violation de ses obligations en vertu du *Protocole facultatif*[65].

Pour revenir au jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Ahani n° 2*, il s'agit d'une application stricte, clairement et simplement, de la logique dualiste dans sa dimension méta, c'est-à-dire un cas où la ligne de séparation entre les sphères juridiques internationale et nationale a été déterminante. Ainsi, en bout de ligne, le tribunal national a exécuté le jugement rendu en vertu du droit canadien — la décision de la Cour suprême[66] — en faisant fi de l'ordonnance intérimaire de l'instance internationale quasi-adjudicative. Voici comment une auteure de doctrine résume le tout : « Because the Supreme Court of Canada provides the final word on Canadian law, international treaty bodies [le Comité des droits de l'Homme, en l'espèce] that advise states party of the scope of international norm, do not challenge the Supreme Court of Canada's interpretative monopoly[67]. » Dans un sens, on peut dire qu'*Ahani n° 2* au Canada est comme la décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Medellín v Texas*[68] — refusant l'exécution d'une ordonnance provisoire rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena*[69] — bien que les motifs du tribunal d'appel ontarien soient fort différents de la célèbre cause américaine.

En tout état de cause, c'est la ligne de séparation international-national, suivant le dualisme dans son application méta, qui fut l'obstacle de principe, la raison derrière la fin de non-recevoir quant à la mise en œuvre judiciaire du droit international. Bref, ici, la décision du Comité des droits de l'Homme n'était pas exécutable, *ipso facto*, dans le droit interne du Canada, et ce, parce qu'il s'agit d'un ordre juridique séparé et distinct de celui de droit international.

63 *Ibid* au para 73.

64 *Ahani c Canada. Communication n° 1051/2002*, (2002), Doc NU CCPR/C/80/D/1051/2002.

65 Voir le commentaire d'arrêt : Gerald Heckman, « *Ahani v Canada* » (2005) 99 Am J Intl L 669.

66 Le jugement de janvier 2002 dans *Ahani*, *supra* note 53.

67 Audrey Macklin, « Mr. Suresh and the Evil Twin » (2002) 20 Refuge 15 à la p 18.

68 552 US 491 (2008).

69 *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 31 mars 2004, [2004] CIJ rec 12.

Faiblesse de l'argument international d'interprétation contextuelle : l'affaire *Suresh*[70]

Comme mentionné, de concert avec la première cause *Ahani*[71], l'affaire *Suresh* fut décidée à la Cour suprême du Canada en 2002, laquelle ordonna de reconsidérer la requête en question eu égard aux protections d'ordre procédural[72]. Le litige portait sur une décision ministérielle en vertu de la législation en matière d'immigration permettant, dans des cas exceptionnels relevant de la sécurité nationale, d'expulser un réfugié vers un pays où il risque la torture. Le cœur de la question concernait les droits humains : savoir si cette déportation portait atteinte aux principes de justice fondamentale à l'article 7 de la *Charte*. Pour déterminer la portée de la protection contre la torture au Canada, la Cour suprême a également fait référence à l'article 12 — le droit à la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités[73] — et à l'arrêt *Burns*[74]. Elle poursuit ensuite son analyse sous la rubrique « contexte international », insistant sur la pertinence de recourir au droit international : « 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[75]. » Dans l'esprit de la Cour : « Pour bien comprendre la Loi [sur l'immigration] et la *Charte*, il faut examiner le contexte international[76]. »

Ce « contexte international » incluait de voir (sans toutefois le décider de façon définitive) si la prohibition absolue de la torture était une norme impérative de droit international coutumier (c.-à-d. *jus cogens*)[77]. En outre, trois conventions internationales ont été utilisées par la Cour suprême, à savoir : le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* et la *Convention relative au statut des réfugiés*. Ceci étant, il est certain qu'on a eu recours à ces normes conventionnelles à titre d'éléments pertinents et persuasifs dans l'interprétation et l'application de l'article 7 de la *Charte*. Le passage suivant est clair que, loin d'être contraignant, le droit international a simplement aidé à identifier la portée de la norme interne de protection juridique des droits humains :

> À proprement parler, le Canada n'est lié par des normes internationales consignées dans un traité que si celuici a été incorporé au droit canadien par une loi. Toutefois, les tribunaux peuvent faire appel au droit international pour dégager le sens de la Constitution du Canada. Notre analyse ne porte pas sur les obligations internationales du Canada en tant qu'obligations, mais plutôt sur les principes de justice fondamentale. *Nous faisons appel au droit international non pas parce qu'il régit la question, mais afin d'y trouver la confirmation de ces principes*[78].

70 *Suresh*, *supra* note 54.

71 *Ahani*, *supra* note 53.

72 Pour un commentaire sur l'arrêt, voir : Stéphane Beaulac, « The *Suresh* Case and Unimplemented Treaty Norms » (2002) 15 RQDI 221.

73 Voir *Kindler c Canada (Ministre de la Justice)* [1991] 2 RCS 779; et *R c Schmidt*, [1987] 1 RCS 500.

74 *États-Unis c Burns*, [2001] 1 RCS 283.

75 *Suresh*, *supra* note 54 au para 59.

76 *Ibid.*

77 *Ibid* au para 61.

78 *Ibid* au para 60 [nos italiques].

À la fin de cette partie des motifs de la Cour dans *Suresh*, la conclusion est que le droit international interdit de façon absolue l'expulsion vers un pays où il y a des risques de torture, et ce, même dans les circonstances exceptionnelles de sécurité nationale[79]. La Cour est donc d'avis que, dans l'interprétation contextuelle de l'article 7 de la *Charte*, la prohibition absolue de la torture représente la norme juridique internationale : « Il s'agit de la norme qui nous éclaire le plus sur le contenu des principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte*[80]. » Ceci étant, de toute évidence, cette norme internationale a constitué un élément d'interprétation, certes important, mais aucunement déterminant; il s'agissait d'un élément pertinent et persuasif dans le cadre de l'appréciation de la portée des principes de justice fondamentale en vertu de la *Charte*. La conclusion ultime dans cette affaire en témoigne, puisque la Cour suprême n'a pas été dans le même sens que le droit international. En effet, malgré la prohibition absolue à l'international quant à l'expulsion vers un pays où il y a risque de torture, s'agissant du droit interne canadien, en revanche, « dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture [pourrait] être justifiée, soit au terme du processus de pondération requis par l'art. 7 de la *Charte* soit au regard de l'article premier de celle-ci[81]. »

Il s'ensuit que la norme juridique au pays en matière de torture a été considérée comme différente de celle identifiée par la Cour dans l'ordre juridique international, celle du Canada n'étant pas une prohibition absolue. Il s'agit là d'une preuve fort probante que l'argument international d'interprétation contextuelle, bien qu'on lui ait donné une pertinence certaine (une force persuasive), n'a aucunement été prépondérant pour la Cour suprême dans sa conclusion en l'espèce. En réalité, il ressort de l'ensemble des motifs dans l'arrêt *Suresh* que l'argument de droit international, reconnaissant une prohibition absolue en matière de torture, a été somme toute assez faible, a eu très peu de poids dans l'ensemble des facteurs d'interprétation de l'article 7 de la *Charte*[82].

En vertu de la méthodologie d'interprétation juridique, le contexte comme outil d'identification de l'intention du constituant se voit fréquemment attribuer peu de force persuasive — voire même aucun poids — par un tribunal national[83]. Clairement, c'est ce qu'a fait la Cour suprême dans l'affaire *Suresh*. Il s'agit là d'un exemple illustrant la seconde embûche significative à la mise en œuvre judiciaire de la normativité internationale, c'est-à-dire la faiblesse, toutes proportions gardées, de l'argument international d'interprétation contextuelle. *A fortiori*, cet arrêt illustre que, dans la perspective de droit interne, le droit international n'est pas du tout contraignant — encore moins serait-il suprême — aux yeux des tribunaux nationaux[84].

79 Voir Stéphane Beaulac et John H Currie, « Canada », dans Dinah Shelton, dir, *International Law and Domestic Legal System: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 116.

80 *Suresh*, *supra* note 54 au para 75.

81 *Ibid*, para 78.

82 Voir Stéphane Beaulac, « Le droit international comme élément contextuel en interprétation des lois » (2004) 6 RCDI1.

83 Voir Stéphane Beaulac et Pierre-André Côté, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization » (2006) 40 RJT 131.

84 Voir Stéphane Beaulac, « On the Saying that "International Law Binds Canadian Courts" » (2003) 29 Bulletin du CCDI 1.

Couper court à la présomption de conformité au droit international : l'affaire *Kazemi*[85]

Au sujet de cette dernière embûche, avant d'examiner notre cause, il est utile de mettre en exergue une dimension de cette présomption d'intention, à savoir la condition préliminaire d'ambiguïté[86]. De fait, dans le cadre de l'exercice d'interprétation des lois — une précondition, à vrai dire, qui existe pour toutes les présomptions d'intention, suivant la méthodologie d'interprétation — il doit y avoir un constat fait par le ou la juge que le texte de la disposition législative est ambigu ou souffre d'une quelconque difficulté quant à son sens (imprécision, généralité, redondance[87]). À défaut de remplir une telle condition préalable, la présomption de conformité au droit international ne peut pas être utilisée comme argument d'interprétation. Voici comment le juge Pigeon, à la Cour suprême du Canada, a expliqué le fonctionnement de cette présomption interprétative dans l'affaire *Daniels v White* :

> 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*[88].

À la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Schreiber c Canada (Procureur général)*[89], le juge LeBel se réfère à *Daniels v White* et (littéralement) souligne la dernière phrase de ce passage, comme quoi la présomption de conformité au droit international (en français) « 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[90]. » Récemment, dans l'arrêt *Németh c Canada (Justice)*[91], une Cour suprême unanime s'est fondée sur l'opinion du juge LeBel dans *Schreiber* (elle-même s'appuyant sur les enseignements du juge Pigeon dans *Daniels v White*) et a conclu que le droit international n'était d'aucune utilité puisque le texte législatif en question était clair et sans ambiguïté.

Pour certains auteurs de doctrine[92], intuitivement, on devrait prioriser le recours à la normativité internationale par l'entremise de cette présomption d'intention favorable au respect des obligations internationales du Canada, notamment la protection des droits humains. Cela ferait montre d'un engagement sérieux à l'égard du droit international, d'un lien relationnel d'interlégalité plus fort, à première vue à tout le moins, se traduisant par un argument d'interprétation ayant davantage de poids, de force persuasive. Toutefois, comme je l'ai déjà démontré dans mes écrits, la présomption d'intention s'avère être un moyen moins efficace d'avoir recours à la normativité

85 *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, [2014] 3 RCS 176 [*Kazemi*].

86 Voir Stéphane Beaulac « Les dommages collatéraux de la Charte canadienne en interprétation législative » (2007) 48 C de D 751.

87 Sur les différentes difficultés d'interprétation dans la législation, voir Reed Dickerson, « The Diseases of Legislative Language » (1964) 1 Harv J Legis 5.

88 *Daniels v White*, [1968] RCS 517 à la p 541 [nos italiques].

89 [2002] 3 RCS 269.

90 Citation de *Daniels v White* reproduite dans *Schreiber*, *ibid* au para 50; soulignée par le juge LeBel.

91 [2010] 3 RCS 281 au para 36.

92 Voir Armand de Mestral et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Relationship between International and Domestic Law » (2008) 53 RD McGill 573.

internationale en raison, justement, de la condition préalable d'ambiguïté[93]. Autrement dit, le potentiel d'influence en droit interne provenant de la sphère juridique internationale, procurant des éléments pertinents et persuasifs, est réduit considérablement, en fait risque d'être neutralisé totalement, par le biais de la précondition d'ambiguïté législative.

Nous venons de voir quelques cas en jurisprudence de la Cour suprême du Canada où, suite à la conclusion préliminaire que le texte de loi n'était pas problématique, on a tout simplement rejeté l'argument de droit international, et ce, sommairement et sans trop d'explication. En somme, l'exigence d'ambiguïté préalable à la présomption d'intention s'avère, malheureusement, une façon de court-circuiter le recours au droit international, de couper court à l'utilisation possible des obligations internationales, notamment en ce qui concerne les libertés fondamentales.

Maintenant, l'affaire *Kazemi*[94] qui, dans un sens, ajoute une couche de problèmes supplémentaires, un obstacle de plus à l'opérationnalisation judiciaire au moyen de la présomption de conformité au droit international. Outre l'invocation de la condition préliminaire d'ambiguïté, la Cour suprême du Canada a diminué la valeur en général de cet argument d'interprétation, l'a discrédité dans une large mesure. La question dans cet arrêt portait sur une législation fédérale, la *Loi sur l'immunité des États* (« *LIÉ*[95] »), qui codifie en droit interne les règles internationales dans le domaine. Plus particulièrement, il s'agissait de savoir si la législation canadienne pouvait être interprétée généreusement afin d'en élargir la portée (« reading-in ») pour inclure une nouvelle exception à l'immunité en cas de torture. Cette cause au Canada s'apparente (quoique la qualification des crimes soit différente) à la série d'affaires en Italie — *Ferrini*[96], *Milde*[97] — qui ont mené au différend devant la Cour internationale de Justice entre l'Allemagne et l'Italie[98], dont la décision a été rendue en 2012 : *Affaire des immunités juridictionnelles de l'État*[99].

En 2004, le Canada avait eu une autre cause, *Bouzari c Iran*[100] — un dossier de l'Ontario, qui ne s'était pas rendu en Cour suprême — où le même argument d'une exception implicite à l'immunité des États avait été plaidé, sans succès. Il s'agit d'une problématique qui s'est présentée également en Grande-Bretagne, avec une décision majeure de la Chambre des Lords dans l'affaire *Jones*[101], allant dans le même sens qu'ici. C'est donc dans *Kazemi*, une dizaine d'années plus tard, que la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de considérer cette question difficile,

93 Voir 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, 413.

94 *Kazemi*, *supra* note 85.

95 LRC 1985, c S-18.

96 *Ferrini c Repubblica federale di Germania*, [2004] 87 RDI 539, 128 ILR 659 (Italie, Cour de cassation).

97 *Milde c Repubblica federale di Germania*, [2009] 92 RDI 618 (Italie, Cour de cassation).

98 Pour une analyse comparée, voir Riccardo Pavoni et Stéphane Beaulac, « L'immunité des États et le *jus cogens* en droit international : étude croisée Italie / Canada » (2009) 43 RJT 491.

99 *Affaire des immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c Italie; Grèce intervenante), arrêt du 3 février 2012, CIJ rec 99.

100 *Bouzari v Iran* (2004) 243 DLR (4th) 406 (CA Ont).

101 *Jones v Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 AC 270, une affaire qui s'est retrouvée par la suite devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui a rendu une décision favorable à la Grande-Bretagne, refusant d'y voir une violation de l'article 6 (droit à un procès équitable) de la *Convention européenne des droits de l'homme* : *Jones et autres c Royaume-Uni (Requêtes nos* 34356/06 et 40528/06), arrêt du 14 janvier 2014. Voir aussi Cedric Ryngaert, « Jones v. United Kingdom: The European Court of Human Rights Restricts Individual Accountability for Torture » (2014) 30 Utrecht J Intl & Euro L 47.

requérant d'atteindre un équilibre entre les règles traditionnelles de droit international et les obligations internationales contemporaines relatives aux droits humains[102].

Dans un jugement partagé 6-1, la Cour suprême a rejeté les arguments visant la reconnaissance d'une nouvelle exception à l'immunité des États. La majorité confirme donc la thèse selon laquelle la loi canadienne en la matière constitue un code complet; autrement dit, il s'agit de l'ensemble des règles relatives à l'immunité des États et, s'agissant du point précis en litige, la liste des exceptions permises à l'immunité est exhaustive et ne laisse pas de place à de nouveaux cas d'application implicites, pour violation grave des droits humains par exemple. Quant au volet relatif à l'interlégalité dans cette affaire, c'est-à-dire le rôle de la normativité internationale dans l'interprétation de la *LIÉ*, le passage pertinent des motifs de la majorité de la Cour dans *Kazemi*, sous la plume du juge LeBel, se lit ainsi :

> L'état actuel du droit international sur les réparations destinées aux victimes de torture ne modifie pas la loi et ne la rend pas ambiguë. On ne saurait utiliser le droit international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi. De même, la présomption de conformité ne permet pas d'écarter l'intention claire du législateur (voir S. Beaulac, « *"Texture ouverte", droit international et interprétation de la Charte canadienne* », dans E. Mendes et S. Beaulac, dir., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (5e éd. 2013), p. 231-235). De fait, *la présomption voulant que la loi respecte le droit international ne demeure que cela — une simple présomption*. Or, selon la Cour, celle-ci peut être réfutée par les termes clairs de la loi en cause (*Hape*, par. 53-54). En l'espèce, la *LIÉ* énumère toutes les exceptions à l'immunité des États. L'ordre juridique interne du Canada, tel qu'instauré par le Parlement, prévaut[103].

Voilà, tout y est dans cet extrait, s'agissant des obstacles et embûches au droit international des droits humains. D'abord, le raisonnement de M. le juge LeBel est clairement fondé sur la théorie dualiste dans son application méta, sur la base d'une ligne de séparation entre les sphères juridiques internationale et nationale. De plus, l'argument international a été ignoré, complètement mis de côté, en invoquant la condition préalable à l'utilisation de la présomption de conformité, c'est-à-dire l'exigence d'ambiguïté dans la loi (non rempli en l'espèce). Enfin, ce qui est le plus dommageable dans un sens, c'est la suggestion que l'opérationnalisation de la normativité internationale au moyen de cette seconde technique d'interprétation juridique, comme élément pertinent et persuasif, n'est qu'une « simple présomption ». Le sous-texte, de toute évidence, est qu'un tribunal peut faire fi aisément de l'argument international : soit parce que la condition préliminaire d'ambiguïté n'est pas remplie, soit parce que la « simple » présomption d'intention est renversée en raison d'une intention législative à l'effet contraire. Le dernier point semble avoir été déterminant pour la majorité de la Cour dans *Kazemi*.

102 Voir généralement Alexander Orakhelashvili, « State Immunity from Jurisdiction between Law, Comity and Ideology », dans Alexander Orakhelashvili, dir, *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, 151.

103 *Kazemi*, *supra* note 85 au para 60 [nos italiques].

En réalité, l'argument d'interprétation pragmatique fondé sur la présomption de conformité au droit international donne une fausse impression, une illusion pourrait-on dire, en ce qui a trait à l'interlégalité. Ce raisonnement porte à penser, à tort, qu'il s'agit d'une technique d'opérationnalisation plus tranchée, faisant montre d'un engagement davantage élevé, s'agissant de la mise en œuvre judiciaire des obligations internationales du Canada. Il n'en est rien, comme l'arrêt *Kazemi* le montre avec éclat.

Conclusion

Pour résumer, il est vrai qu'au Canada, il existe un enthousiasme accru de la part des tribunaux, depuis l'arrêt *Baker* en 1999, de recourir à la normativité internationale, surtout dans le domaine de la protection juridique des droits humains. En d'autres termes, les obligations internationales du pays en la matière font l'objet d'une mise en œuvre judiciaire, en autant que faire se peut. La problématique de l'interlégalité, toutefois, continue d'être appréhendée eu égard au méta-principe lié au dualisme, c'est-à-dire qu'il y a cette ligne de séparation entre les réalités normatives de droit international et de droit interne. En droit public interne au Canada, suivant la tradition anglo-saxonne de common law, la suprématie parlementaire et la primauté du droit demeurent également hautement importantes pour ces questions. Ainsi, eu égard à tous ces principes fondamentaux, les tribunaux nationaux peuvent, à leur discrétion, avoir recours au droit international, à titre de source ou élément pertinent et persuasif, dans le cadre de l'exercice d'interprétation et d'application du droit interne. Pour ce faire, les deux techniques d'opérationnalisation judiciaire sont l'argument international d'interprétation contextuelle et la présomption de conformité au droit international.

Ceci étant, s'agissant des obligations internationales du Canada en matière de libertés fondamentales, comme dans les autres domaines, force est de constater qu'en jurisprudence, les tribunaux ont développé une série de façons pour faire obstacle, pour mettre des embûches, à l'utilisation de la normativité internationale. À l'aide de causes récentes soulevant des enjeux d'interlégalité, nous avons discuté des principaux obstacles et embûches, au nombre de trois, à la mise en œuvre judiciaire du droit international en matière de droits humains au pays. Il s'agit : de la ligne de séparation international-national, qui peut justifier une fin de non-recevoir à la normativité internationale; de la faiblesse de l'argument international d'interprétation contextuelle, qui peut être pondéré à la baisse et même marginalisé complètement; enfin, des prétextes pour contrecarrer la technique d'opérationnalisation au moyen de la présomption de conformité au droit international, à savoir la condition préalable d'ambiguïté du texte législatif et le fait qu'il s'agirait d'une « simple présomption » réfragable s'il y a intention législative contraire.