

JurisClasseur Québec Droit constitutionnel

FASCICULE 23 -- INTERLÉGALITÉ ET RÉCEPTION DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

POINTS-CLÉS

1. Selon le paradigme westphalien, le droit international constitue un système normatif à part entière qui, conceptuellement, est séparé et distinct des systèmes de droit interne des États, comme celui du Canada et du Québec (V. n^{os} 1 et 2).
2. Sans être liés par les normes de droit international, les tribunaux canadiens et québécois peuvent, en vertu des règles constitutionnelles de réception, y recourir dans l'exercice d'interprétation et d'application du droit interne, et ce, en tant qu'éléments « pertinents et persuasifs » (V. n^{os} 4, 5 et 56).
3. La Constitution écrite du Canada ne dit pratiquement rien au sujet du droit international et de l'interlégalité, les règles de réception découlant plutôt du droit constitutionnel non écrit, de nature jurisprudentielle, dont les prérogatives royales (V. n^{os} 15 et 17).
4. Suivant la tradition de droit public britannique, le *jus tractatus* -- c'est-à-dire la conclusion des traités -- ne relève pas du Parlement, mais bien de l'exécutif (Couronne) seul, en vertu de ses prérogatives royales; si celui-ci est responsable devant la chambre élue à cet égard, l'exercice de son pouvoir ne saurait faire l'objet d'un contrôle judiciaire (V. n^{os} 18 et 19).
5. En vertu de la thèse dualiste, il revient au Parlement de transformer les traités -- en fait, ceux visant à produire des effets juridiques à l'interne -- en droit canadien et québécois, et ce, au moyen d'une législation de mise en oeuvre, ce qui leur octroie une pleine légitimité et montre que le processus ne souffre pas d'un réel déficit démocratique (V. nos 20 et 21).
6. La pratique au pays depuis 90 ans indique que le *jus tractatus* a toujours été exercé par le fédéral, qui détient une compétence plénière en la matière, c'est-à-dire qu'il conclut tous les traités internationaux peu importe la matière (art. 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), une situation *de facto* qui a été confirmée *de jure* par, notamment, les *Lettres patentes* de 1947, de même que par les décisions du Conseil privé (implicitement) et de la Cour suprême du Canada (explicitement) dans l'*Affaire des conventions du travail* (V. n^{os} 23 et 25).
7. Une jurisprudence constante et pratiquement unanime, depuis l'*Affaire des conventions du travail*, veut que la mise en oeuvre des traités internationaux -- cf. logique dualiste -- doive se faire suivant le partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; la complexité ainsi créée en matière de traités au pays peut amener à inclure des clauses fédérales lors de la conclusion des traités (V. n^{os} 27 et

- 28).
8. S'agissant de la transformation du droit international conventionnel en droit canadien et québécois, elle nécessite l'adoption par l'autorité compétente d'une mesure explicite de mise en oeuvre, c'est-à-dire d'un texte législatif, qui sera rédigée en adoptant l'une de deux techniques, à savoir (i) l'incorporation par référence et/ou (ii) l'harmonisation de la loi eu égard au traité; la possibilité d'une transformation « passive » est problématique car elle ferait fi de la séparation des pouvoirs et du principe démocratique (V. n^{OS} 50 et 52).
 9. Selon la thèse moniste, le droit international coutumier ne requiert pas de mesure étatique active ou expresse afin de produire ses effets juridiques en droit interne, ses normes étant automatiquement disponibles (sans être contraignantes) en tant qu'éléments interprétatifs pour un tribunal canadien et québécois (V. n^{OS} 53 et 54).
 10. Peu importe la source de droit international (conventionnelle, coutumière) et peu importe le type de normativité interne applicable (texte législatif ou constitutionnel, *judge-made law*), le cadre d'analyse de l'interlégalité fait appel à la méthodologie d'interprétation juridique, inspirée de l'idée d'éléments « pertinents et persuasifs » et suivant le « principe moderne » d'interprétation législative (V. n^{OS} 56 à 58).
 11. L'opérationnalisation du droit international en droit interne canadien et québécois peut se faire, concrètement, au moyen de l'argument d'interprétation contextuel, ce que la Cour suprême semble privilégier depuis l'arrêt *Baker*, où l'on a permis par ailleurs le recours à une norme issue d'un traité non transformé comme élément (pondéré) de contexte (V. n^{OS} 59, 62 et 63).
 12. En outre, l'opérationnalisation de la norme internationale au moyen de l'interprétation juridique au Canada et au Québec peut passer par un raisonnement pragmatique : la présomption de conformité au droit international, qui fut réitérée dans l'arrêt *Hape*, quoique relativisée dans l'arrêt *Kazemi*; cet argument est plus problématique en raison de la condition préalable d'ambiguïté (V. n^{OS} 65, 66 et 68).

JurisClasseur Québec Droit constitutionnel

**FASCICULE 23 -- INTERLÉGALITÉ ET RÉCEPTION DU DROIT INTERNATIONAL EN
DROIT INTERNE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS**

INDEX ANALYTIQUE

Constitution canadienne

Éléments écrits, 14, 15

Relations internationales, 16

Éléments non écrits, 14, 17, *voir aussi* Prérogative royale

Coutume, 49

Éléments constitutifs, 8

Mise en oeuvre, *voir* Théorie de l'adoption

Préséance du droit interne en cas de conflit, 54

Droit international

Définition, 1

Distinct du droit interne, *voir* Paradigme wesphalien

Opérationnalisation, 55, 61, *voir aussi* Argument d'interprétation contextuelle,

Présomption de conformité au droit international

Sources, 6, *voir aussi* Coutume, Traité

Utilité en droit interne

Élément pertinent et persuasif d'interprétation, 5, *voir aussi* Interprétation du droit interne

Dualisme, 11, 12, 20, 21, 25, 27, 49, 50, 52, 59

Interprétation du droit interne, 56, 59

Méthodologie, 57

Principe moderne, 58

Méthodologie internationale (et), 60

Jus tractatus, 18

Compétence plénière de la Couronne fédérale, 23-26, *voir aussi* Principe du gouvernement responsable

Source, 18, *voir aussi* Prérogative royale

Fédéralisme (et), 24

Mise en oeuvre du traité

Compétence de la branche législative, 20, 21

En contexte fédératif

Accord-cadre, 26, 28

Clause fédérale, 28

Réserve fédérale, 28

Selon le partage des compétences, 27

Harmonisation de la législation, 50

Intention législative, 51

Par voie législative, 20, 21, 50

« Passive », 52

Transformation directe, 50

Monisme, 13, 49, 54

Pacta sunt servanda, 18, 20, 28, 66

Paradigme wesphalien, 2, 57

Besoin d'arrimage du droit international et du droit interne, 3, 9, *voir aussi* Règles de réception du droit international dans le droit interne

Droit international non contraignant en droit interne, 4

Irrecevabilité du droit interne comme justification à l'international, 3, 24, 28

Principe du gouvernement responsable, 18, 21

Prérogative royale, 18

Contrôle judiciaire (et), 19

Contrôle, limitation, modification ou abolition par le Parlement, 18, 26

Règles de réception du droit international en droit interne

Coutume, *voir* Théorie de l'adoption

Domaine réservé au droit national de chaque État, 10

Traité, 11, *voir aussi* Dualisme, Monisme

Théorie de l'adoption, 11, 49, 53, 54

Traité, 49

Conclusion et ratification par l'État, 7, 18, *voir aussi Jus tractatus*

Création, 18

Mise en oeuvre, 18. 20, *voir aussi* Mise en oeuvre du traité

Obligations, *voir Pacta sunt servanda*

JurisClasseur Québec Droit constitutionnel

FASCICULE 23 -- INTERLÉGALITÉ ET RÉCEPTION DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

I. NOTIONS DE DROIT INTERNATIONAL

JCON-23.1

1 Définition -- Dans sa forme traditionnelle, le droit international public peut se définir comme l'ensemble des normes qui régissent les rapports juridiques des sujets de droit sur la scène internationale, soit les États principalement. Récemment, on soulignait encore en doctrine que le droit international n'est pas un champ ou un domaine juridique, mais plutôt un système normatif à part entière qui, conceptuellement, est vu comme étant séparé et distinct des systèmes de droit interne des États¹. Malgré toutes les nuances nécessaires à apporter dans le contexte contemporain de la mondialisation et des nouveaux acteurs à l'international², le droit international public doit se comprendre, à la base, en termes de relations entre États et de régime de normativité autonome³. Bref, le droit interne régleme les personnes et autres sujets de droit qui y sont soumis, tandis que le droit international régleme les États et autres sujets de droit reconnus.

2 Paradigme « westphalien » en droit international -- À l'instar du champ d'études des relations internationales, le droit international public en tant qu'objet épistémologique repose sur le modèle dit « westphalien », un paradigme qui semble continuer de faire consensus malgré les objections révisionnistes de certains intervenants. Fondé sur l'idée-structure de la souveraineté des États, ce modèle explique la réalité internationale en termes de communauté de membres, souverainement égaux, qui sont indépendants les uns par rapport aux autres et qui possèdent leur propre volonté et finalité, et ce, à titre de représentants des peuples qui habitent leur territoire⁴.

Au XVIII^e siècle, l'auteur classique de droit international Emer de Vattel⁵ mit de l'avant un cadre juridique international pour aider à articuler les rapports entre les États souverains de la communauté internationale. Sa contribution majeure concerne la structuration d'un régime à l'intérieur duquel les États souverains sont les uniques acteurs à l'international et, partant, les seuls sujets de droit international. Cette contribution doctrinale, qui encore de nos jours fait oeuvre d'orthodoxie, postule également le principe de l'égalité formelle des États et la notion d'indépendance nationale, qui suppose par ailleurs la non-ingérence dans les affaires internes des autres États⁶.

Il s'ensuit que le modèle « westphalien » de relations internationales, compris suivant la structure juridique « vattellienne », opère une représentation de la réalité normative globale du monde en supposant l'existence d'une sphère internationale qui est séparée et distincte des domaines internes réservés des États⁷. S'agissant de cette problématique, que nous appellerons l'*interlégalité*, une

auteure exprimait ainsi l'idée de base : « domestic law is " here " and international law is " there " »⁸. Une autre façon de visualiser la réalité séparée et distincte du droit international et du droit interne des États, en empruntant du langage mathématique, est de parler d'ensembles non intersectants (en anglais, *non-intersecting sets*), c'est-à-dire des ensembles ou des cercles qui ne se chevauchent pas ni ne se croisent. Des auteurs en droit ont récemment employé l'expression *the divide*, qu'on rendrait en français par « la démarcation », voire « l'opposition », entre le droit international et le droit interne⁹.

Ces réalités séparées et distinctes du droit international et du droit interne relèvent indubitablement de la construction sociale¹⁰. Au plan ontologique, cette dichotomie est à la base du regroupement de deux champs d'études autonomes que sont le droit international et le droit constitutionnel¹¹, des genres de produits dérivés du paradigme westphalien¹².

3 Conséquences de la division international / interne -- Pour aider à appréhender la problématique d'interlégalité, examinons maintenant les deux principales conséquences de cette division, soit l'irrecevabilité du droit interne comme justification à l'international et le besoin d'arrimage des ordres juridiques.

Dans la sphère juridique internationale, un État ne peut pas invoquer son droit interne pour justifier un manquement à ses obligations internationales. Ce principe fondamental a longtemps été reconnu en droit international public général¹³; l'irrecevabilité du droit interne dans ces situations a été codifiée à l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui prévoit : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

La Cour suprême du Canada a entériné cette idée en droit interne lorsqu'elle a souscrit à la déclaration suivante du ministère des Affaires extérieures du Canada : « C'est un principe reconnu de droit coutumier international qu'un État ne peut pas invoquer les dispositions de ses lois pour justifier l'inexécution de ses obligations internationales »¹⁴. À la base, au niveau de la raison d'être du principe, un État ne peut pas plaider son droit interne en droit international dans ces cas parce que, suivant le paradigme westphalien, les normes nationales font partie d'une réalité juridique séparée et distincte.

Par ailleurs, la dichotomie droit international / droit national explique pourquoi il est nécessaire de régir le lien relationnel entre ces systèmes juridiques. D'aucuns parlent d'« arrimage » des ordres juridiques, d'autres invoquent l'« interlégalité » ou la « perméabilité » normative pour faire référence à la problématique entourant la question de savoir comment le droit d'un système juridique peut avoir des effets sur les normes d'un autre système. Selon la tradition juridique anglo-saxonne de common law, la terminologie renvoie aux « règles de réception » du droit international en droit interne¹⁵.

Les règles de réception d'un État souverain permettent de savoir, en tant que question de droit, comment l'ordre juridique interne a choisi d'interagir avec un autre ordre juridique, en l'occurrence

le droit international. Plus précisément, ces règles s'intéressent à la façon dont le droit interne accepte, le cas échéant, d'avoir recours à la norme internationale dans le cadre de l'activité judiciaire.

4 Droit international non contraignant en droit interne -- En ce qui a trait à l'activité judiciaire, la conséquence du modèle westphalien de relations internationales, et de cette opposition entre droit international et droit interne, est de clairement démarquer les juridictions des différents intervenants. Ainsi, les tribunaux nationaux des États sont compétents pour interpréter et appliquer le droit de leur juridiction nationale, tandis que la Cour internationale de Justice et les autres instances adjudicatives internationales se voient reconnaître la compétence eu égard au droit international. En somme, s'agissant du pouvoir judiciaire national d'un pays, le mandat constitutionnel est d'interpréter et d'appliquer le droit national, pas le droit international¹⁶.

Cette distinction institutionnelle ne veut pas dire, toutefois, qu'il soit interdit aux organes judiciaires internationaux de se référer au droit national des pays, 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*, concernant les principes généraux de droit. En tant que source auxiliaire selon l'article 38(1)d), la jurisprudence des tribunaux nationaux peut en outre être utilisée à l'international. À l'inverse, bien évidemment, la branche judiciaire d'un État est généralement autorisée, suivant le droit constitutionnel, à prendre en considération la norme internationale, ce que la Cour suprême du Canada a rappelé dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*¹⁷.

Cela étant, il ne faut pas se tromper : cette influence mutuelle entre le droit international et le droit interne des États n'affecte aucunement le constat que ces ordres juridiques sont séparés et distincts, sans aucun lien inhérent ou nécessaire. Au niveau de l'activité judiciaire nationale, il s'ensuit que le droit international ne peut être contraignant pour les tribunaux de droit interne, pas plus qu'il peut les « lier » dans leur prise de décision.

La réalité normative internationale étant séparée et distincte de la réalité juridique en droit interne, l'actualisation du droit international par les tribunaux internationaux doit aussi être vue comme étant séparée et distincte de l'actualisation du droit interne par les tribunaux nationaux. Autrement dit, le mandat constitutionnel des cours de justice au pays est d'interpréter et d'appliquer le droit canadien et le droit québécois, pas le droit international qui est du ressort des instances adjudicatives internationales.

À l'instar de la grande majorité des juridictions de tradition juridique anglo-saxonne de common law, au Canada, 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 avoir recours à la norme internationale dans leur activité judiciaire. Bref, c'est 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 (voir *infra* n^{os} 50 à 54), que les juges pourront y recourir afin d'interpréter et d'appliquer le droit canadien et québécois. 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 Canada¹⁸. En d'autres termes, la norme internationale comme telle ne peut pas lier le pouvoir judiciaire d'un État souverain comme le Canada¹⁹.

En outre, à la question de savoir si la Constitution au Canada prime sur le droit international, la réponse de principe est affirmative puisque, à l'intérieur de la sphère juridique séparée et distincte du droit interne au pays, celle-ci se situe au plus haut de la hiérarchie des sources (suivant la pyramide dite « kelsenienne »²⁰). Il s'ensuit qu'en cas de conflit normatif, c'est très clairement la règle de droit interne qui va primer sur celle de droit international. Cette situation s'est présentée dans l'affaire *Suresh*²¹, où la Cour suprême a appliqué la norme de droit interne en matière de refoulement (qui n'impose pas une prohibition absolue) -- en lien avec les principes de justice fondamentale à l'article 7 de la *Charte canadienne* -- et non la norme internationale à cet égard (qui, elle, imposerait une prohibition absolue)²².

Récemment, un autre exemple intéressant de la hiérarchisation supérieure du droit interne par rapport au droit international nous vient de l'arrêt *Kazemi*²³. Au centre de cette affaire, la *Loi sur l'immunité des États*²⁴, précisément la question de savoir s'il s'existe une nouvelle exception à l'immunité juridictionnelle dans les cas de torture, ce qui ouvrirait la voie à une poursuite dans un dossier contre l'Iran. Sous l'angle de la problématique de l'interlégalité, la Cour suprême a refusé de considérer le droit international comme venant dicter le contenu normatif de la législation fédérale applicable dans l'hypothèse où celui-ci n'est pas le même qu'à l'international. On dit que la *Loi sur l'immunité des États* « codifie de manière exhaustive le droit canadien concernant la question de l'immunité des États à l'encontre de poursuites civiles »²⁵. On explique que cette législation est par ailleurs péremptoire : « En conséquence, il n'est pas nécessaire de se fonder sur la common law, les normes de *jus cogens* ou le droit international -- et il ne saurait en être ainsi -- pour créer des exceptions additionnelles à l'immunité accordée aux États étrangers »²⁶. Il s'ensuit qu'à l'instar du droit constitutionnel, les simples lois nationales ont préséance s'il y a conflit ou incompatibilité avec des normes de droit international, étant entendu que les tribunaux au Canada appliquent, au premier chef, le droit interne du pays. Il faut remarquer aussi, dans la dernière citation, que la Cour suprême ne considère même pas que le « *jus cogens* » (norme impérative) jouit d'une quelconque primauté eu égard à l'interprétation de la législation interne.

5 Utilité du droit international en droit interne -- 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 nationaux²⁷. Le critère de référence à la norme internationale est donc celui d'« autorité persuasive ». C'est d'ailleurs ce que le juge Dickson avait souligné dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*²⁸ où il écrivait que les normes internationales « constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation ». On a déjà souligné que cette idée du droit international comme élément « pertinent et persuasif » en interprétation juridique, bien qu'elle ait été exprimée en dissidence par le juge Dickson la première fois, a été reprise par la suite en jurisprudence -- notamment dans l'affaire *Burns*²⁹ -- et, de fait, représente l'état du droit actuel en la matière³⁰. Dans un texte de doctrine

publié alors qu'il était à la Cour suprême du Canada, le juge La Forest écrivait ceci : « Though speaking in dissent, his comments [ceux du juge Dickson] on the use of international law generally reflect what we all do »³¹.

C'est ainsi que, sans être contraignant, le droit international peut s'avérer fort utile, en tant qu'élément « pertinent et persuasif », dans le cadre d'un exercice d'interprétation et d'application du droit canadien et québécois. D'aucuns souhaitent que la jurisprudence canadienne donne un rôle accru à la norme internationale, pour qu'elle soit considérée comme obligatoire dans beaucoup de cas³². En plus de dénaturer le lien relationnel entre les ordres juridiques international et interne, la suggestion que les tribunaux nationaux sont liés par la normativité internationale est incompatible avec le mandat constitutionnel et la fonction du pouvoir judiciaire, qui est d'exercer un pouvoir décisionnel eu égard au droit canadien et québécois applicable. Voir le droit international comme jouissant d'une autorité persuasive s'avère être une approche plus adéquate, conforme et efficace³³.

Une récente illustration vient de l'arrêt *Divito*³⁴, en 2013, où la Cour suprême a été appelée à examiner la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*³⁵ au regard du droit d'un citoyen canadien d'entrer au pays et d'y demeurer, prévu à l'article 6(1) de la *Charte canadienne*. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Abella fait référence aux propos célèbres du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*³⁶, avant de recourir à l'article 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont « le par. 6(1) de la *Charte* s'inspire, en droit international »³⁷, tel qu'interprété en outre par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies³⁸.

6 Sources de droit international -- Pour comprendre ces questions d'interlégalité et de réception du droit international en droit interne canadien et québécois, il y a lieu de faire quelques rappels au sujet des sources. Le droit international public, que l'on a défini comme régissant, principalement, les rapports entre États dans une réalité juridique séparée et distincte des systèmes nationaux, doit s'appréhender suivant des repères différents de la pyramide « kelsenienne » des sources normatives. En effet, l'ordre juridique international n'ayant ni organe créateur de droit comme un Parlement ni tribunal de droit commun pour en développer, le caractère obligatoire de la normativité se fonde sur la pratique des États.

Sans aller dans le détail, mentionnons qu'il s'agit de la thèse « volontariste » en droit international, bien ancrée dans l'idée-structure de la souveraineté des États, selon laquelle les États doivent consentir aux normes auxquelles ils sont soumis. En d'autres termes, étant souverains -- à l'interne comme à l'externe -- les sujets de droit international, en théorie, sont libres de toute normativité dans leurs rapports avec les autres membres de la communauté internationale. Ce ne sera que dans la mesure où les États auront accepté de limiter leur souveraineté et, ainsi, de se soumettre volontairement à des règles juridiques obligatoires, qu'on sera en présence de droit international. Bien qu'on ait avancé d'autres fondements théoriques³⁹, la thèse volontariste reste la façon dont la très grande majorité des intervenants internationaux appréhendent la question des sources⁴⁰.

La formulation classique des sources de droit international public est tirée de l'article 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, bien que la liste proposée ne soit pas exhaustive. Les trois sources formelles sont : (i) le droit international conventionnel, c'est-à-dire les traités; (ii) le droit international coutumier, ou simplement la coutume; et (iii) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, ou principes généraux tout court. On parle également des sources auxiliaires que sont les décisions judiciaires et la doctrine internationale, qui sont de peu d'intérêt pour nos fins toutefois. À vrai dire, s'agissant du domaine de l'interlégalité, ce retour sur les sources peut se limiter aux deux principales, à savoir les traités et la coutume.

7 Traités -- Cette première source de normativité internationale énoncée dans le *Statut de la Cour internationale de Justice*, malgré l'absence de hiérarchie, est devenue sans l'ombre d'un doute la plus importante dans le contexte contemporain des relations internationales, et ce, tant au niveau quantitatif que qualitatif. Le droit international conventionnel peut découler d'instruments internationaux portant différents noms -- outre traité ou convention, par exemple, charte, statut, protocole, pacte -- la caractéristique principale étant sa nature obligatoire dans l'ordre juridique international⁴¹. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* définit « traité » comme « un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ».

Selon l'idée volontariste, le consentement étatique aux normes conventionnelles est primordial. L'intention des États parties à un instrument de créer des règles juridiques obligatoires est donc déterminante, comme le fait d'avoir effectivement donné son accord de façon expresse. Sans son consentement, un État ne peut pas être soumis à un traité international, point. Selon la pratique établie, il y a trois façons pour un État d'exprimer son consentement à être lié par une convention : (i) la signature, (ii) la ratification, ou (iii) l'adhésion. Dans le contexte contemporain, le moyen le plus fréquent est le second, où l'étape du consentement est subséquente à la conclusion. En doctrine et en jurisprudence, « ratification » est le terme généralement employé pour parler de la création consensuelle de la norme conventionnelle.

8 Coutume -- Bien que moins dominante de nos jours en raison de l'omniprésence des traités, la coutume fut longtemps considérée comme la source principale, voire originale, de la normativité internationale⁴². À l'instar du droit international conventionnel, le droit international coutumier tire sa force obligatoire, au sein de l'ordre juridique international, de son acceptation par les États, et ce, selon l'idée volontariste. Contrairement à la première, cette source de droit ne fait pas appel à un consentement exprès des États, mais plutôt à l'accord implicite ou tacite de ceux-ci. Partant, pour conclure à l'existence du droit coutumier, on doit démontrer que les membres de la communauté internationale acceptent que leur pratique, que leur façon de faire devienne normative et obligatoire dans l'ordre juridique international. D'où les deux éléments constitutifs de la coutume internationale, à savoir (i) la pratique des États et (ii) le sentiment d'être lié en droit (*opinio juris*).

La première étape pour établir la présence d'une coutume est de savoir comment les États agissent,

comment ils se comportent. Dans l'affaire *Finta*, le juge La Forest écrivait ce qui suit : « Pour déterminer la coutume, il faut étudier de façon approfondie les pratiques des nations »⁴³. Cette pratique des États, nous enseigne la jurisprudence internationale, doit être générale, uniforme et prolongée⁴⁴. Elle doit donc mettre en présence un nombre élevé de membres de la communauté internationale, elle doit être suivie dans la très grande majorité des cas et elle doit habituellement s'échelonner sur une certaine période de temps⁴⁵. Toutefois, ces trois caractéristiques de la pratique ne sont pas évaluées en vase clos. L'intensité et l'unanimité de la pratique étatique peuvent, par exemple, pallier le caractère peu prolongé; cela est à la base de la distinction proposée en doctrine entre « coutume sage » et « coutume sauvage »⁴⁶.

L'*opinio juris*, ou la conviction d'être obligé en droit, est ce qui distingue une simple façon de faire -- qui peut relever de la courtoisie, de l'habitude, de la facilité ou même de la sphère politique ou diplomatique -- d'une pratique qui a une portée normative. Dans les *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de Justice a souligné que, outre la pratique : « Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique »⁴⁷. Le juge LeBel à la Cour suprême faisait écho aux prononcés internationaux en la matière dans l'affaire *Hape* : « l'assimilation de ces principes à la coutume internationale est étayée tant par la pratique des États que par l'*opinio juris*, soit les deux éléments essentiels du droit international coutumier »⁴⁸.

La preuve de ces deux éléments constitutifs de la coutume peut se faire de diverses façons, notamment à l'aide de la documentation diplomatique, sur la base des positions prises par les États dans les forums internationaux (par exemple, l'Assemblée générale de l'ONU et la Commission du droit international), et en référence à une convention internationale en la matière emportant un grand appui de la communauté internationale. On remarquera donc l'existence d'une relation réflexive entre la coutume et les traités, puisque ces derniers peuvent contribuer à la démonstration de la première. Enfin, mentionnons l'existence de la notion d'« objecteur persistant » qui permet aux États, s'ils se manifestent au moment de sa formation, de se dissocier d'une norme coutumière et de pouvoir ainsi se soustraire à son application éventuelle. Ce scénario est fort exceptionnel.

Note(s) de bas de page

1 John H. CURRIE, *Public International Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008, p. 1.

2 Voir : Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

3 La soi-disant thèse mondialiste a récemment été sérieusement relativisée; voir, notamment : Craig CALHOUN, *Nations Matter -- Culture, History and the Cosmopolitan Dream*, Abington et New York, Routledge, 2007.

4 Voir : Stéphane BEAULAC, « The Westphalian Model in Defining International Law : Challenging the Myth », (2004) 8 *Australian Journal of Legal History* 181.

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

6 Voir : Stéphane BEAULAC, « Emer de Vattel and the Externalization of Sovereignty », (2003) 5 *Journal of the History of International Law* 237.

7 Voir, en général : 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 / Boston, Martinus Nijhoff, 2004.

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

9 Janne NIJMAN et André NOLLKAEMPER (dir.), *New Perspective on the Divide between National and International Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2007.

10 Voir, à ce sujet : David HELD, *Global Transformation -- Politics, Economic and Culture*, Stanford, Stanford University Press, 1999; Thomas J. BIERSTEKER et Cynthia WEBER (dir.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

11 Voir : Neil WALKER (dir.), *Sovereignty in Transition*, Londres, Hart Publishing, 2003.

12 Voir : Stéphane BEAULAC, « Thinking Outside the " Westphalian Box " : Dualism, Legal Interpretation and the Contextual Argument », dans Christoffer C. ERIKSEN et Marius EMBERLAND, *The New International Law -- An Anthology*, Leiden et Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 17.

13 La première autorité à cet effet est la décision arbitrale dans l'affaire *Alabama* (États-Unis/Royaume-Uni), R.A.I., vol. 2, 780, rendue en 1872.

14 *Zingre c. R.*, [1981] 2 R.C.S. 392, 410.

15 Voir : Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law », (1963) 12 *I.C.L.Q.* 88.

16 *Contra*, voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2013] 2 R.C.S. 678, où l'on semble confondre les sphères juridiques internationale et interne en effectuant l'exercice d'interprétation de l'exception de l'article 1Fa) de la *Convention relative au Statut des Réfugiés des Nations Unies*, R.T. Can. 1969 no. 6, mise en oeuvre au Canada par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, non pas eu égard au droit pénal canadien, mais à la lumière du droit pénal international, surtout le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U. A/CONF. 183/9, lui-même transformé en droit interne canadien avec la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24. Ceci étant, cette décision ne représente sans doute pas un changement fondamental d'approche; il s'agirait peut-être plutôt d'un jugement *per incuriam*, s'agissant de l'interface international-national.

17 *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 235.

18 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 *S.C. Law Rev.* (2d) 23.

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

20 Le théoricien austro-américain Hans Kelsen, figure de proue du positivisme juridique, a proposé une vision synthétique des sources de droit suivant une hiérarchie, c'est-à-dire l'image d'une pyramide au sommet de laquelle se trouve la Constitution d'un État. Voir : Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, trad. Charles Eisenmann.

21 *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

22 Voir aussi : Stéphane BEAULAC, « The *Suresh* Case and Unimplemented Treaty Norms » (2002) 15 R.Q.D.I. 221.

23 *Kazemi (Succession) c. Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176.

24 *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), c. S-18.

25 *Kazemi (Succession) c. Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 54.

26 *Kazemi (Succession) c. Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 56.

27 Voir : Gérald L. NEUMAN, « International Law as a Resource in Constitutional Interpretation », (2006) 30 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 177.

28 *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 350.

29 *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 80.

30 Voir : 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 page 434 : « While Chief Justice Dickson rejected the implicit incorporation of international law doctrine in a dissenting judgment, his opinion reflects the present state of the law ».

31 *Gérard V. La Forest*, « The Use of International and Foreign Materials in the Supreme Court of Canada », (1988) 17 *Can. Council Int. L.* 230, 232.

32 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.

33 Voir : William A. SCHABAS et Stéphane BEAULAC, *International Human Rights and*

Canadian Law -- Legal Commitment, Implementation and the Charter, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 90.

34 *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157.

35 *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, c. 21.

36 *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

37 *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 24.

38 *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 26.

39 Voir : Hersch LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Hamden, Archon Books, 1966, p. 3-4. Voir aussi : Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers Publishing, 1989; Anne-Marie SLAUGHTER, « International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda », (1993) 87 *A.J.I.L.* 205.

40 Voir : Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Nguyen Quoc Dinh -- Droit international Public*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 119 : « les volontaristes ont certainement raison de considérer que l'expression de leur volonté par les États les engage et, ce faisant, le caractère obligatoire de la grande majorité de normes existantes du droit des gens contemporain se trouve établi ».

41 Voir : Anthony AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

42 Voir : Robert JENNINGS et Arthur WATTS (dir.), *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. 1, Harlow, Longman, 1992, p. 25.

43 *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 773.

44 *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (Allemagne c. Danemark; Allemagne c. Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. Rec. 3; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, fond, [1986] C.I.J. Rec. 14.

45 Voir : Maurice H. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », (1998) 272 *R.C.A.D.I.* 155.

46 Voir : René-Jean DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », dans *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 75.

47 *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (Allemagne c. Danemark; Allemagne c. Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. Rec. 3, par. 77.

48 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 46.

JurisClasseur Québec Droit constitutionnel

FASCICULE 23 -- INTERLÉGALITÉ ET RÉCEPTION DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

II. INTERFACE DROIT INTERNATIONAL / DROIT INTERNE

JCON-23.2

9 Introduction -- Nous avons vu qu'une des conséquences de la dichotomie droit international / droit interne, suivant le paradigme dit « westphalien », est la nécessité d'arrimer ces deux ordres juridiques. On peut alors parler de l'« interface » du droit international et du droit interne qui, dans l'hypothèse d'une interperméabilité normative, verra les règles de réception du droit interne gérer et articuler l'utilisation de la normativité internationale par les cours de justice nationales.

10 Domaine réservé et réception -- Les règles de réception concernent les conditions et les modalités suivant lesquelles le droit interne d'un État permet et gère le recours par les tribunaux au droit international. Ces questions relèvent du droit national de chaque État souverain et non pas du droit international¹. Elles font partie de leur domaine réservé². Suivant la tradition constitutionnelle dont se revendiquent nos juridictions canadienne et québécoise, les règles de réception sont si importantes et structurantes qu'elles sont associées au droit constitutionnel, entendu dans son sens large³. Nous verrons ces règles constitutionnelles dans la prochaine section.

11 Outils heuristiques -- Depuis longtemps, on a développé des modèles théoriques afin d'aider à articuler et à comprendre les règles de réception du droit international en droit interne. Il s'agit des thèses dites « dualiste » et « moniste » en la matière⁴, dont nous verrons les détails dans un instant. Soulignons immédiatement que le dualisme et le monisme ne sont pas -- et, il semble, n'ont jamais prétendu être -- des modèles théoriques omniscients qui rationaliseraient de façon exhaustive la problématique de l'interlégalité⁵. Ainsi, la récente critique dénonçant ces thèses est somme toute assez peu convaincante car elle suggère de les mettre de côté, mais seulement pour les remplacer par d'autres concepts qui auront la même vocation⁶. Bref, il faut donner aux modèles théoriques le rôle qui leur revient, rien de plus et rien de moins, c'est-à-dire celui d'outils heuristiques pour guider celui ou celle qui choisit d'avoir recours à la norme internationale en droit interne.

12 Dualisme -- La théorie dualiste concernant la relation entre le droit international et le droit interne se fonde sur l'appréhension de ces ordres juridiques comme étant séparés et distincts, en fait, elle valide cette dichotomie. Cela étant, rien n'empêche que la normativité du premier puisse avoir des effets juridiques dans le second, en autant toutefois qu'il y ait intervention d'une autorité relevant du droit interne. En d'autres termes, selon la thèse dualiste, la réception des normes internationales est tributaire de leur « transformation » dans l'ordre juridique national⁷. Le droit international ne produit pas d'effet juridique automatiquement, il faut impérativement une mesure

positive d'un intervenant étatique, généralement le législateur qui adoptera une loi de mise en oeuvre, comme nous le verrons plus loin (voir *infra* n° 50).

Ce processus de transformation du droit international en droit interne transformera, comme son nom l'indique, la norme internationale en norme nationale, dont les juges canadiens et québécois pourront se servir, en tant que source de droit, dans le cadre de leurs fonctions judiciaires. Ainsi, dans une affaire, le tribunal aura à sa disposition les normes de droit interne, y compris le droit international mis en oeuvre, qu'il pourra utiliser dans l'exercice d'interprétation et d'application du droit nécessaire à la résolution du litige. En somme, le droit international devient du droit interne, disponible pour la branche judiciaire de l'État, grâce à l'intervention explicite d'un autre organe étatique, le législateur, qui est par ailleurs doté de la légitimité démocratique nationale (voir *infra* n° 21).

Au niveau terminologique, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas uniformes dans les expressions employées pour exprimer la réception du droit international au moyen d'une mesure étatique active. Outre la théorie ou la thèse « dualiste » et le processus de « transformation » ou de « mise en oeuvre », on parle parfois aussi de l'« incorporation », voire de l'« implantation » du droit international en droit interne, ces deux derniers termes étant toutefois des calques de l'anglais (*incorporation* et *implementation*).

13 Monisme -- La théorie moniste (du grec, *monos*) conteste l'épistémologie de la division des ordres juridiques et va même jusqu'à suggérer que le droit international et le droit interne feraient partie d'une réalité juridique holistique et globale régissant tous les sujets de droit et toutes les matières. Il s'agit là d'une métaversion de la thèse moniste, qui est associée surtout au théoricien Hans Kelsen⁸. S'agissant de la problématique en l'espèce, le monisme renvoie plus particulièrement à une relation à la fois permanente et automatique du droit international et du droit interne.

Concrètement, cela signifie qu'il ne faut aucune mesure étatique active ou expresse pour que la normativité internationale produise ses effets juridiques à l'intérieur de l'ordre juridique national; elle le fait *ipso facto* et un tribunal de droit interne peut y avoir recours sans plus de formalités. Bref, suivant la logique moniste, le droit international fait partie du droit interne qui peut s'avérer applicable dans un cas donné, et ce, automatiquement, c'est-à-dire même en cas d'inaction du pouvoir législatif ou exécutif de l'État.

Pour ce qui est de la terminologie, en plus de « monisme », l'expression théorie de « l'adoption » est parfois utilisée en doctrine et en jurisprudence pour rendre la même idée d'application automatique du droit international en droit interne. Ce fut le cas du juge LeBel dans l'affaire *Hape*, en 2007, où il a fait allusion à la doctrine de l'adoption⁹. En empruntant à la terminologie du droit de l'Union européenne, on pourrait aussi parler d'« effet direct » de la normativité internationale à l'intérieur des systèmes juridiques des membres de la communauté internationale.

Mentionnons enfin, pour être complet, que la théorie moniste prétend généralement, outre l'effet juridique automatique, que le droit international est supérieur au droit national, en ce que le premier

devrait avoir préséance sur le second en cas de conflit normatif¹⁰.

Note(s) de bas de page

1 Voir : Francis G. JACOBS et Shelley ROBERTS (dir.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, p. xxiv.

2 Voir : Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La réception du droit international en droit canadien », (2010) 52 *S.C. Law Rev. (2d)* 483, 485.

3 Voir : Christopher GREENWOOD, « International Law in National Courts : Discussion », dans James CRAWFORD et Margaret YOUNG (dir.), *The Function of Law in the International Community : An Anniversary Symposium -- Proceedings of the 25th Anniversary Conference of the Lauterpacht Centre for International Law*, Cambridge, 2008, disponible sur le Web.

4 Voir : Joseph G. STARKE, « Monism and Dualism in the Theory of International Law », (1936) 17 *B.Y.I.L.* 66.

5 Voir : Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process : International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 206.

6 Voir, par exemple : Gibran van ERT, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008, p. 3-9.

7 David SLOSS, « Treaty Enforcement in Domestic Courts : A Comparative Analysis », dans David SLOSS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement -- A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 1, aux pages 6 et 7.

8 Hans KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1920.

9 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 39.

10 Voir : Gerald FITZMAURICE, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », (1957) 92 *R.C.A.D.I.* 1, 85; André NOLLKAEMPER, « Rethinking the Supremacy of International Law », (2010) 65 *Zeitschrift für öffentliches Recht / Journal of Public Law* 65.

JurisClasseur Québec Droit constitutionnel

FASCICULE 23 -- INTERLÉGALITÉ ET RÉCEPTION DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

III. DROIT INTERNATIONAL ET CONSTITUTION CANADIENNE

JCON-23.3

14 Introduction -- Comme il a déjà été expliqué dans d'autres fascicules du présent ouvrage, la Constitution du Canada comporte à la fois des éléments « écrits » et des éléments « non écrits ». Nous constaterons tout d'abord que la Constitution écrite est, à toutes fins utiles, muette quant à ces questions de droit international et d'interlégimité, pour ensuite voir que les principes constitutionnels non écrits pertinents nous viennent du droit britannique.

A. Constitution écrite

15 Textes constitutionnels -- Sans l'être de façon exhaustive, la Constitution du Canada est écrite, ce qui la distinguait autrefois de celle de la Grande-Bretagne. Sans aller dans le détail, rappelons que les sources écrites du droit constitutionnel au Canada se trouvent principalement dans la législation du Parlement impérial britannique. Les deux plus importantes sont la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais il y a également le *Statut de Westminster*, de 1931. À cela il faut ajouter d'autres documents, comme les proclamations royales, les lettres patentes et de nombreuses mesures adoptées par le Parlement fédéral canadien et les législatures provinciales¹.

La Constitution écrite du Canada ne dit pratiquement rien au sujet du droit international et de la problématique de l'interlégimité. S'agissant des relations internationales du pays -- un aspect connexe au droit international --, nul n'est surpris que la *Loi constitutionnelle de 1867* ne prévoie rien à cet égard puisque la mère patrie, la Grande-Bretagne, s'occupait des affaires étrangères de ses colonies, dont le Canada. Ce sera le *Statut de Westminster* qui viendra habiliter explicitement le Parlement fédéral en ce qui concerne les questions de relations internationales²; l'article 3 décrète que « le Parlement d'un Dominion a le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extraterritoriale ». La jurisprudence subséquente a fait référence au *Statut de Westminster* pour valider le pouvoir général exclusif du fédéral en matière d'affaires étrangères³.

Hormis la position minoritaire défendue récemment (depuis le milieu des années 1960) par la province de Québec relativement au *jus tractatus* -- dont nous discuterons plus loin (voir *infra* n^o 26) -- on s'entend généralement pour dire que c'est le fédéral qui possède les pleins pouvoirs en matière de relations internationales⁴. Mais bon, s'agissant des textes constitutionnels, ils ne nous sont d'aucune utilité pour y voir clair. Rien n'est prévu au sujet de l'international, sauf quelques

exceptions sans grande importance contemporaine, qu'il convient néanmoins ici d'examiner brièvement.

16 Article 132 et Charte canadienne -- À l'époque de la formation du Canada, le fait que la Grande-Bretagne s'occupait des relations internationales de ses colonies se révèle clairement à l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il prévoit ceci :

Le parlement et le gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers, comme portion de l'empire Britannique, les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces, naissant de traités conclus entre l'empire et ces pays étrangers.

Avant l'accession du Canada à la souveraineté et son indépendance de la mère patrie, il était donc dit expressément que c'était l'autorité fédérale qui était compétente en matière de traité international, « pour remplir [...] les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces ».

On nous enseigne que la *Déclaration de Balfour* en 1926, qui a affirmé la capacité du Canada de conclure des traités de façon autonome, tel que confirmé par le *Statut de Westminster* de 1931, fait en sorte que l'article 132 est devenu désuet⁵. Ainsi, l'exercice de la pleine souveraineté externe du pays, hors du contexte colonial, aurait rendu caduque cette disposition constitutionnelle explicite. Ce fut l'avis du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'*Affaire des Conventions du travail*⁶, dont nous discuterons en détail dans un moment. Bien que cet aspect de la décision ait été fortement critiqué, surtout au Canada anglais⁷, il n'est plus contesté de nos jours que l'article 132 est lettre morte⁸.

L'autre exception où un élément de la Constitution écrite mentionne le droit international de façon explicite est l'article 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il se lit ainsi :

Tout inculpé a le droit : [...] de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. [nos soulignements]

Ces références au droit international -- traités et coutume -- et aux principes généraux de droit sont en quelque sorte des mentions indirectes, dans la perspective constitutionnelle canadienne. En fait, l'article 11g) concerne le principe *nullem crimen sine lege*, qui est d'autant plus fondamental en droit pénal. Cette maxime latine, qui signifie « nulle peine sans loi », interdit la rétroactivité des infractions criminelles. Afin de pourvoir à toutes les situations de possibles mesures pénales qui existent au moment de la commission des faits, y compris les crimes internationaux (génocides, crimes de guerre, crimes contre l'humanité), on renvoie aux sources normatives formelles du droit international⁹. Notons, surtout, que cette disposition de la Charte canadienne n'a aucune incidence sur la problématique de l'interlégalité et de la réception du droit international en droit interne au Canada.

B. Principes de droit constitutionnel britannique

17 Éléments non écrits -- Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, le juge en chef Lamer nous rappelait combien les règles de droit constitutionnel au Canada sont tant écrites que non écrites, ce qui veut dire qu'elles « ne sont pas fixées dans un seul document ou dans un ensemble de documents faisant autorité »¹⁰. Les éléments non écrits de droit constitutionnel ont été développés par la jurisprudence non seulement eu égard aux instruments constitutionnels écrits, mais également en référence aux prérogatives royales issues de la common law, hautement pertinentes pour nos fins. Mentionnons aussi, évidemment, l'existence de principes non justiciables qui relèvent des conventions constitutionnelles ou encore des usages, que d'aucuns appellent la Constitution « politique » du pays.

Il a été vu, dans d'autres fascicules du présent ouvrage, qu'un bon nombre de principes fondamentaux de droit constitutionnel non écrits nous viennent directement de la Grande-Bretagne, et ce, par l'entremise du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Celui-ci prévoit, *inter alia*, que la Constitution du Canada repose « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». En plus de cette autorisation expresse d'avoir recours au droit britannique, les règles impériales de réception du droit anglais par les colonies de Sa Majesté ont créé un lien originel et continu entre le droit public de la Grande-Bretagne et celui du Canada. Bref, la common law de droit public britannique est devenue applicable sur tout le territoire canadien au moment de la colonisation -- y compris incidemment au Québec¹¹, avec la Conquête de 1760 et le *Traité de Paris* de 1763 --, ce que le préambule vient confirmer en 1867.

S'agissant de l'interaction entre le droit international et le droit interne canadien, c'est ce qui explique non seulement l'origine de nos règles, mais également leur lien continu et intime avec celles de la Grande-Bretagne. Plus particulièrement, nous allons voir deux principes de droit constitutionnel britannique dont le Canada a hérité en ce qui concerne l'interlégimité, à savoir (i) le *jus tractatus* qui se fonde sur les prérogatives royales et (ii) l'étape distincte de la mise en oeuvre des traités par voie législative.

18 Jus tractatus et prérogative royale -- S'agissant de la source conventionnelle de droit international, on distingue plusieurs opérations dans le processus de création d'un traité : la négociation, la signature, la ratification (ou autres moyens de consentir à être lié, comme l'adhésion), l'enregistrement, la publication, l'entrée en vigueur. Tous ces éléments se rapportent à la sphère juridique internationale et, le cas échéant, doivent être distingués de l'étape de la mise en oeuvre d'un traité, qui donne un effet juridique en droit interne aux normes juridiques conventionnelles, comme nous le verrons. Chacune de ces opérations en droit international -- de même que la mise en oeuvre en droit interne -- soulève la question de savoir quel est l'organe des États participant au processus conventionnel qui est habile pour les effectuer.

Rappelons que, selon la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, ce sont les États qui ont la capacité de conclure des traités. On associe généralement la « conclusion » d'une convention internationale au moment où un État exprime son consentement à être lié, ce qui se fait habituellement par voie de « ratification »; ces deux termes sont souvent vus comme synonymes.

Ainsi, à la suite de la ratification d'un traité, on parle de conclusion du traité en droit international et, par le fait même, d'obligations qui produisent des effets normatifs en vertu du principe *pacta sunt servanda* et dont la violation entraînera la responsabilité internationale de l'État concerné.

L'expression latine *jus tractatus* est fréquemment employée pour référer à ce processus de conclusion des conventions internationales. En fait, on l'utilise surtout en relation avec le pouvoir pour un État de conclure une entente contraignante en droit international. On parle de *treaty-making power* en anglais et de pouvoir de conclure un traité en français, ou tout simplement le *jus tractatus*. En vertu du droit public britannique, le pouvoir de conclure un traité n'est pas du ressort du Parlement; il s'agit plutôt d'une compétence qui est exercée par la Couronne, c'est-à-dire par la branche exécutive de l'État. À vrai dire, on ne se tromperait pas en disant que, suivant la tradition britannique, c'était l'ensemble des relations internationales qui relevait exclusivement de la Couronne.

La source de ce pouvoir relatif aux relations internationales, et plus particulièrement au *jus tractatus*, est la prérogative royale, dont il a déjà été question plus en détail ailleurs dans cet ouvrage. « La prérogative de la Couronne est ce [...] pouvoir dont est revêtu le souverain et qui fait partie de cet ensemble de pouvoirs discrétionnaires dérivant du droit coutumier dont le monarque en personne avait l'exercice »¹², expliquait-on au Parlement canadien. Les pouvoirs qui se fondent sur la prérogative royale ont ceci de particulier qu'ils n'ont pas à être autorisés par une mesure habilitante du Parlement, c'est-à-dire de la branche législative de l'État. En vertu de la primauté du droit (*rule of law*), les actes d'une autorité publique de l'État doivent se fonder sur un texte de loi, principe de base en droit public britannique auquel les prérogatives royales font exception.

C'est ainsi que, sur la base de ses prérogatives, la Couronne britannique était, et est toujours en très grande partie, seule responsable de la conduite des relations internationales, y compris la déclaration de guerre ou la position de neutralité, l'établissement ou la rupture de relations diplomatiques, la négociation et la conclusion de conventions internationales, l'exercice de la protection diplomatique et la présentation de réclamations internationales. Évidemment, comme tout pouvoir relevant des prérogatives royales, celui relatif aux affaires étrangères demeure au profit de la Couronne dans la mesure où le Parlement ne dispose pas autrement. Rappelons que les prérogatives royales sont le fruit des tribunaux, et tirent donc leur source de la common law; ils sont ainsi des « résidus de pouvoir »¹³, pour paraphraser Albert V. Dicey, dont dispose la branche exécutive de l'État, pour autant que le pouvoir législatif ne les ait pas limités, modifiés ou abolis au moyen d'une loi. Comme le veut le vieil adage : « [T]he King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him »¹⁴.

En matière de relations internationales, et s'agissant plus particulièrement de la capacité de consentir à être lié par un traité en droit international par voie de ratification, il n'y a jamais eu d'interférence législative au pouvoir de la Couronne en vertu des prérogatives royales. En conséquence, la branche exécutive de l'État jouit d'une pleine autorité pour la conclusion des traités internationaux. Elle n'a pas à obtenir la permission du Parlement *ex ante*, pas plus qu'elle n'a à le déposer devant lui *a*

posteriori; en fait, en vertu de ses prérogatives royales, la Couronne aurait carte blanche pour exercer le *jus tractatus*.

Évidemment, suivant le principe du gouvernement responsable -- dont il a été question ailleurs --, c'est sur l'avis du chef de l'exécutif que la Couronne exercera, de nos jours, ses pouvoirs dans le domaine¹⁵. La pleine discrétion à cet égard n'équivaut donc pas à un pouvoir arbitraire puisque le gouvernement sera responsable -- et devra donc rendre des comptes -- devant le Parlement en ce qui concerne son *jus tractatus*, ce qui peut se faire au moyen d'un vote de confiance. En pratique, les relations internationales sont de la responsabilité d'un membre du Cabinet et de son ministère spécialisé en la matière.

Lorsque le Canada a été fondé, en 1867, c'était la Couronne britannique qui menait les affaires étrangères de ses colonies, suivant l'avis du ministre responsable au sein du gouvernement à Westminster. À la suite de l'acquisition progressive de sa souveraineté, le Canada en est venu à assumer ces pouvoirs de façon autonome. La Couronne du chef du Canada veille, *de facto*, à la conduite des relations internationales du Canada depuis au moins la signature du *Traité sur le flétan*, en 1923, voire du *Traité de Versailles*, en 1919. Formellement, c'est par les *Lettres patentes* de 1947 que le gouverneur général du Canada a été habilité, *de jure*, à exercer tous les pouvoirs relatifs aux affaires étrangères du pays, y compris le *jus tractatus*.

Il fut déjà suggéré que la compétence exécutive à cet égard se fonde sur la clause introductive de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le pouvoir dit « résiduel » du fédéral, étant entendu que le principe veut que les pouvoirs exécutifs suivent le partage des compétences législatives. D'autres auteurs s'évertuent à essayer de prouver le contraire¹⁶, c'est-à-dire que l'article 91 ne peut asseoir la compétence sur les affaires étrangères, et ce, dans le but avoué de discréditer la position reçue en droit constitutionnel canadien reconnaissant le pouvoir plénier du gouvernement fédéral relativement au *jus tractatus*, ce qui sera examiné plus bas (voir *infra* n^o 25).

Pour notre part, nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'un faux débat puisque ce sont les prérogatives royales de common law britannique, des éléments de droit non écrits de la Constitution du Canada, et non pas les dispositions constitutionnelles écrites de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constituent la réelle assise de la compétence de la branche exécutive de l'État canadien en ce qui concerne les relations internationales. Autrement dit, ce n'est pas un pouvoir de l'exécutif découlant de la compétence législative prévue explicitement (à l'article 91 ou à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), mais plutôt un pouvoir qui a pour source originelle les prérogatives royales de la Couronne britannique et qui, depuis 1947, ont été formellement transférées à la Couronne du chef du Canada. La compétence en la matière était entièrement celle de la Couronne britannique, sans intervention de la part du Parlement, au moment où elle a commencé à être assumée *de facto* par le Canada et lors de son transfert *de jure* au gouverneur général par *Lettres patentes*, un point sur lequel nous reviendrons plus loin (voir *infra* n^o 26).

Cette réalité de l'époque, qui est encore celle d'aujourd'hui, signifie que l'exécutif agit sur la base

d'une source habilitante de common law, en vertu de ses prérogatives royales, et qu'il est superflu et théorique de savoir quelle est la base de la compétence « législative » en matière d'affaires étrangères. Si la branche législative de l'État, comme elle a la capacité de le faire, décide d'intervenir pour limiter, modifier ou abolir les prérogatives royales relativement au *jus tractatus*, alors il y aura lieu de se demander si le pouvoir résiduel du fédéral (art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) est la source habilitante de cette compétence législative. Pour l'instant, le *status quo* de la capacité exclusive de l'exécutif en matière de *jus tractatus*, sur la base de ses prérogatives royales, va de pair avec la position selon laquelle les *Lettres patentes* de 1947 ont transféré le *jus tractatus* au gouvernement fédéral canadien et, de fait, la valide.

19 Contrôle judiciaire -- S'il est clair que, en vertu du principe de la primauté du droit (*rule of law*) -- dont il a été question ailleurs dans cet ouvrage¹⁷ --, les tribunaux sont habiles pour statuer sur l'existence de prérogatives royales en droit constitutionnel, il est moins certain qu'ils peuvent en contrôler l'exercice¹⁸. Cette problématique s'appréhende eu égard, notamment, au principe fondamental de la séparation des branches législative, exécutive et judiciaire, d'autant plus délicate qu'on est dans le domaine des relations internationales. Traditionnellement, les cours de justice britanniques se sont toujours montrées assez réfractaires à l'idée de contrôler l'exercice par la Couronne des pouvoirs fondés sur les prérogatives royales, en particulier ceux relatifs aux affaires étrangères¹⁹.

Au Canada, en revanche, la situation semble différente, au moins en ce qui concerne la conformité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰. Dans la célèbre affaire *Operation Dismantle*, en effet, la Cour suprême du Canada a affirmé, unanimement, que les décisions de l'exécutif prises en vertu des prérogatives royales, dont celles relatives aux affaires étrangères, sont « assujetties au contrôle judiciaire et à l'examen des tribunaux aux fins de vérifier leur compatibilité avec la Constitution »²¹. Il en été question, plus récemment, dans l'affaire *Khadr*, où l'on contestait l'inaction des autorités fédérales pour demander le rapatriement du ressortissant canadien détenu illégalement dans une zone de non-droit à Guantanamo, Cuba. S'agissant du contrôle judiciaire, la Cour suprême écrit :

Lorsqu'il exerce les pouvoirs que lui confère la common law en vertu de la prérogative royale, l'exécutif n'est toutefois pas à l'abri du contrôle constitutionnel [...]. Certes, il revient à l'exécutif, et non aux tribunaux, de décider si et comment il exercera ses pouvoirs; mais les tribunaux ont indéniablement compétence pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* [...] ou à d'autres normes constitutionnelles [...].²²

Cela étant, la Cour a refusé d'ordonner une demande de rapatriement; elle a plutôt laissé au gouvernement fédéral une marge de manoeuvre quant aux mesures appropriées pour prêter assistance à monsieur Khadr²³. Eu égard aux valeurs sous-jacentes à la primauté du droit (*rule of law*), il est somme toute décevant de constater qu'il y a dissonance entre les grandes déclarations judiciaires et les mesures concrètes pour contrôler l'exercice des prérogatives royales en matière de relations internationales. Certes, on écrit dans *Khadr* : « dans une démocratie constitutionnelle, tout pouvoir gouvernemental doit être exercé en conformité avec la Constitution »²⁴, mais l'on sait que,

en bout de ligne, c'est une attitude de déférence -- voire un manque de courage, peut-être -- qui a marqué la conclusion de la Cour suprême²⁵.

Quid de la conclusion d'un traité international ? L'exercice des prérogatives royales par la Couronne du chef du Canada peut-il faire l'objet d'un contrôle judiciaire ? La Cour d'appel de l'Ontario a évoqué ce scénario dans *Black c. Canada (Prime Minister)*, où il fut décidé que l'intervention du gouvernement du Canada auprès de la Reine au sujet du possible octroi de la pairie à un citoyen canadien, Conrad Black, n'était pas révisable en justice. S'agissant du contrôle de l'exercice des prérogatives royales, on écrit :

To put this question in context, I will briefly discuss prerogative powers that lie at the opposite ends of the spectrum of judicial reviewability. At one end of the spectrum lie executive decisions to sign a treaty or to declare war. These are matters of « high policy ». [...] Where matters of high policy are concerned, public policy and public interest considerations far outweigh the rights of individuals or their legitimate expectations. In my view, apart from *Charter* claims, these decisions are not judicially reviewable.

At the other end of the spectrum lie decisions like the refusal of a passport or the exercise of mercy. The power to grant or withhold a passport continues to be a prerogative power. A passport is the property of the Government of Canada, and no person, strictly speaking, has a legal right to one. However, common sense dictates that a refusal to issue a passport for improper reasons or without affording the applicant procedural fairness should be judicially reviewable. [...]²⁶

Bien que la conclusion d'un traité soit donnée en exemple comme le cas le plus fort où le caractère politique des décisions veut dire que le contrôle judiciaire serait inapproprié, on fait néanmoins allusion aux situations de Charte canadienne. Peut-on comprendre de ça que, à titre exceptionnel, même l'exercice des prérogatives royales quant au *jus tractatus* pourrait être révisé par les tribunaux s'il y a atteinte à la Charte ? Nous en doutons. La déférence judiciaire demeurerait certainement de mise ici, compte tenu de la nature très politique de ces décisions; l'arrêt *Khadr* nous enseigne par ailleurs qu'on est disposé à laisser une marge d'appréciation à l'exécutif relativement aux affaires étrangères même s'il y a violation de la Charte, un raisonnement qui s'appliquerait *a fortiori* eu égard au *jus tractatus*.

À l'autre extrémité du spectre, donne-t-on en exemple à la Cour d'appel dans *Black*, les décisions relatives aux passeports. Ces prérogatives royales, en plus de celles concernant les relations internationales, étaient au coeur d'un jugement de la Cour fédérale du Canada de juin 2009, dans l'affaire *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*²⁷. Il fut ordonné que les autorités fédérales canadiennes aideraient le ressortissant canadien pris à l'étranger sans passeport, et ce, eu égard au droit d'entrer au pays garanti à l'article 6 de la Charte canadienne. Le dernier exemple, donné dans *Black*, où les intérêts individuels justifiaient un possible contrôle judiciaire des prérogatives royales, concerne la clémence. Une affaire assez récente, *Smith c. Canada (Procureur général)*²⁸, met en jeu ce scénario exactement, auquel s'ajoutent la dimension affaires étrangères et les prérogatives royales y afférentes. La Cour fédérale a ordonné aux autorités exécutives du pays, sur la base des directives toujours en place (non formellement modifiées), d'aider le ressortissant à faire commuer sa peine de mort en intercédant auprès du gouverneur de l'État américain aux États-Unis parce que, notamment, il y avait une attente légitime en ce sens.

Cela étant, il faut noter que ces situations sont diamétralement opposées aux décisions à caractère politique, de portée générale (non pas individuelle) -- comme la conclusion d'un traité international --, pour lesquelles un contrôle judiciaire est pratiquement impensable²⁹.

20 Traités et législation de mise en oeuvre -- Si le Monarque britannique a déjà exercé une souveraineté absolue à l'interne et à l'externe³⁰, y compris le pouvoir de légiférer à sa guise, ce n'est évidemment plus la structure constitutionnelle de gouvernance applicable en Grande-Bretagne depuis belle lurette. Durant le XVII^e siècle et surtout avec le *Bill of Rights* de 1689, le système est progressivement devenu une monarchie constitutionnelle, en partie parce que « the pretended Power of suspending of Laws, or the Execution of Laws, by regal authority, without Consent of Parliament, is illegal »³¹. Évidemment, dans le contexte contemporain, la règle non écrite selon laquelle la Couronne chef de l'exécutif ne peut légiférer s'étend à l'ensemble du Cabinet et du conseil des ministres. Rappelons de nouveau, à cet égard, que l'exécutif est responsable devant la chambre des élus au Parlement.

L'idée de base que, dans le système constitutionnel britannique, la Couronne ne peut pas altérer ou modifier ses lois par l'effet d'une convention internationale doit se comprendre dans ce contexte de démocratisation des institutions publiques en Grande-Bretagne. La conclusion des traités, qui relève toujours de la Couronne en vertu de ses prérogatives royales (comme nous venons de le voir), est distinguée de la mise en oeuvre des obligations internationales découlant des traités lorsque celles-ci affectent le droit applicable dans la juridiction. La branche exécutive de l'État ne peut pas faire indirectement, c'est-à-dire au moyen d'une convention internationale, ce qu'elle ne peut plus faire directement depuis des siècles, c'est-à-dire prendre des mesures qui toucheront les lois en place. On invoque souvent cet aspect pour expliquer que, dans la famille juridique anglo-saxonne de common law, on favorise généralement la thèse « dualiste » de réception du droit international en droit interne, dont nous avons parlé plus haut (voir *supra* n^o 12).

Trop souvent on oublie ici de noter que la grande majorité des traités internationaux conclus par un pays, comme le Canada, n'ont pas pour but ni comme effet de modifier de quelque façon le droit interne³². En effet, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales, beaucoup d'ententes entre États remplissant la définition de « traités », selon la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, se limitent à des questions ou des matières qui relèvent de l'exécutif et, partant, ne requièrent aucunement la participation de la branche législative de l'État. Ainsi, la théorie dualiste et son exigence de mise en oeuvre ne signifient pas que, dans absolument tous les cas, la transformation des obligations conventionnelles par voie de législation soit nécessaire³³. Comme exemples, mentionnons les traités portant sur la défense nationale et les activités militaires, ceux relatifs à la coopération économique et le développement international, ou encore les conventions sur les frontières territoriales ou maritimes.

Cela étant, pour toutes les conventions internationales qui visent à produire des effets juridiques à l'intérieur des juridictions concernées, le principe fermement enchâssé en droit public britannique veut que ce soit la branche législative de l'État, le Parlement, qui soit compétente pour mettre en

oeuvre une convention internationale, suivant la logique dualiste. On fait référence aux propos de Sir Robert Phillimore, de la Haute Cour de Justice (Division amirauté) dans *The Parlement Belge* comme faisant autorité en la matière. Dans cette affaire, on devait décider si un traité entre le Royaume-Uni et la Belgique pouvait mettre de côté une cause d'action en droit privé contre le propriétaire d'un navire. Renversée en appel sur un autre point de droit, le jugement énonce le principe suivant :

If the Crown had power without the authority of Parliament by this treaty to order that the *Parlement Belge* should be entitled to all the privileges of a ship of war, then the warrant, which is prayed for against the wrong-doer on account of the collision, cannot issue, and the right of the subject, but for this order unquestionable, to recover damages for the injuries done to him by her is extinguished. This is a use of the treaty-making authority prerogative of the Crown which I believe to be without precedent, and in principle contrary to the laws of the constitution.³⁴

Autrement dit, si la Couronne peut conclure seule un traité en vertu de ses prérogatives royales, le Parlement doit participer à sa mise en oeuvre dans tous les cas où le contenu normatif de celle-ci vise à produire des effets juridiques en droit interne. Il revient à la branche législative de l'État de transformer les normes issues de traités lorsque celles-ci affectent les droits et les obligations applicables dans la juridiction³⁵.

Le Comité judiciaire du Conseil privé a entériné ce principe, en lui conférant même un statut de règle bien ancrée en droit public britannique, dans l'*Affaire des Conventions du travail* qui traitait justement de la situation au Canada. Dans son opinion, Lord Atkin s'exprime ainsi :

Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action. Unlike some other countries, the stipulations of a treaty duly ratified do not within the Empire, by virtue of the treaty alone, have the force of law. If the national executive, the government of the day, decide to incur the obligations of a treaty which involve alteration of law they have to run the risk of obtaining the assent of Parliament to the necessary statute or statutes.³⁶

Plus récemment, cette position a été confirmée à la Chambre des Lords dans l'affaire *Maclaine Watson c. Department of Trade and Industry*, où Lord Oliver opine : « Quite simply, a treaty is not part of English law unless and until it has been incorporated into the law by legislation »³⁷.

Au Canada et au Québec, nous trouvons nombreuses références à cette exigence de mise en oeuvre en droit interne des traités internationaux³⁸. Dans l'affaire *Francis c. La Reine*, le juge en chef Kerwin explique, au sujet d'un traité, qu'il est « enforceable by the Courts only where the treaty has been implemented or sanctioned by legislation »³⁹. Dans l'arrêt *Baker*, en 1999, le juge L'Heureux-Dubé, pour la majorité de la Cour suprême du Canada, réitérait on ne peut plus clairement que « [I]es conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi »⁴⁰. On trouve plusieurs confirmations de ce principe par les tribunaux des différentes provinces anglo-canadiennes⁴¹, comme au Québec d'ailleurs, notamment dans *Entreprises de rebus Sanipan*⁴², en Cour supérieure, et dans l'affaire *Unilever*⁴³, à la Cour d'appel du Québec en 2003.

Le fait que la simple ratification d'un traité n'est pas suffisante et, suivant la théorie dualiste, qu'il

faut une mesure législative expresse pour donner effet aux obligations internationales conventionnelles risque de causer des problèmes en ce qui concerne la responsabilité internationale des États. En effet, si la branche exécutive crée des normes juridiques en vertu du droit international au moyen d'un traité, si celles-ci visent à avoir des effets dans le droit interne de la juridiction, mais si la branche législative ne les a pas encore mises en oeuvre (voire refuse de le faire), un problème potentiellement grave se présente. L'État devant respecter ses engagements selon le principe *pacta sunt servanda*, la non-transformation du traité le rend en violation de ses obligations et, du coup, peut engager sa responsabilité internationale en vertu des règles applicables.

Il s'ensuit que le manque de coordination entre l'exécutif et le législatif peut mener à de lourdes conséquences non seulement au niveau de la réputation internationale d'un État, mais concrètement aussi en ce qui concerne le non-respect de ses engagements découlant de traités. Ajoutons que ces préoccupations ne sont pas uniquement théoriques, puisque, malgré l'idée de gouvernement responsable, il n'est pas toujours acquis que la branche législative (le Parlement) contrôle entièrement la branche exécutive (le gouvernement). Cela est d'autant plus vrai, il va sans dire, dans un contexte de gouvernement minoritaire, comme nous l'avons connu à maintes reprises ces dernières années au niveau fédéral. Il est évident que cette nécessaire coordination devient plus difficile lorsque les deux ordres juridiques du système constitutionnel fédéral au Canada sont interpellés, comme nous le verrons dans la section suivante (voir *infra* n^{os} 27 et 28).

21 Dimension démocratique -- L'institution démocratique par excellence du système constitutionnel de type britannique est évidemment le Parlement, qui procure par ailleurs la légitimité à la branche exécutive de l'État grâce au principe du gouvernement responsable, comme il a été vu dans d'autres fascicules du présent ouvrage. Cette idée fut invoquée plus haut (voir *supra* no 18), relativement à l'exercice du *jus tractatus* par la Couronne du chef du Canada, suivant l'avis du ministre responsable, qui peut être sommé de rendre des comptes devant la Chambre des communes. Qui plus est, s'agissant des traités internationaux et de leur logique dualiste de réception en droit interne au Canada, c'est vraiment la transformation des obligations conventionnelles par voie législative qui appose le sceau démocratique à cette normativité. En effet, l'adoption d'une loi de mise en oeuvre pour permettre aux normes issues de traités de produire des effets juridiques en droit interne canadien et québécois est effectuée par les parlementaires élus (en plus du Sénat, au fédéral); il s'agit indubitablement d'un processus fort légitimant.

Qu'en est-il du soi-disant déficit démocratique que d'aucuns invoquent (à outrance) en ce qui concerne les traités au Canada⁴⁴ ? Est-il bien fondé de prétendre que les élus au pays ne participent pas adéquatement à la procédure de création des traités internationaux et de leur utilisation au pays⁴⁵ ?

Il est vrai que, surtout depuis l'affaire *Baker* -- que nous verrons en détail (voir *infra* n^{os} 59 et 63) --, une norme conventionnelle non transformée peut influencer l'interprétation du droit interne. Il s'agit d'un aspect qui a été condamné, en dissidence dans cet arrêt, comme permettant de faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement, puisqu'on court-circuiterait l'aval

parlementaire⁴⁶. Avec égards, cela est toutefois une exagération puisque, comme on verra, l'argument d'interprétation contextuel permet de pondérer l'élément international. En conséquence, ce n'est pas du tout la même mesure d'influence que pourra avoir une norme d'un traité non mis en oeuvre en droit interne. On ne fait donc pas la même chose indirectement; c'est plutôt une tout autre chose, une influence considérablement réduite, que l'on permet de tirer d'un traité non transformé. Et même, en tout état de cause, ces normes conventionnelles ne souffrent pas réellement de déficit démocratique puisqu'elles découlent d'un instrument international à l'égard duquel la Couronne du chef du Canada a donné son consentement à être liée en droit international. La branche exécutive de l'État étant responsable devant la chambre élue au Parlement, il est faux de dire que la conclusion d'un traité international ne jouit d'aucune légitimité démocratique.

Serait-il possible de bonifier la participation des parlementaires élus dans l'exercice du *jus tractatus* par l'autorité fédérale ? Certes, et nous le verrons dans un instant, il y a des développements en ce sens. Est-il nécessaire de le faire afin d'augmenter la légitimité démocratique en matière de traité au Canada ? Absolument pas, et ce, en raison de cette thèse dualiste toujours applicable en droit constitutionnel canadien et québécois. La logique de transformation nécessaire du droit international conventionnel, pour qu'il ait effet en droit interne, combinée au fait que cette mise en oeuvre doit être faite par mesure législative, comme nous le verrons en détail (voir *infra* n^o 50), a pour conséquence que le Parlement (fédéral ou provincial) est de fait sollicité. Le résultat est de conférer la pleine légitimité démocratique aux normes issues de traités lorsqu'on y a recours dans le processus d'interprétation et d'application du droit interne.

Alors qu'il était en politique à Ottawa, un auteur séparatiste québécois a fait beaucoup de bruit en suggérant que le Parlement fédéral a déjà été plus interpellé en ce qui concerne les traités conclus par le Canada⁴⁷. Mais, soyons clair, l'autorisation *ex ante* du Parlement pour la conclusion d'une convention internationale n'a jamais été la pratique au pays. Tout au plus avons-nous déjà eu le dépôt en chambre, pour fins d'information, des traités déjà ratifiés et, partant, liant le Canada en droit international. Cette pratique systématique, qui relevait de la courtoisie sans plus, aurait été abandonnée à la fin des années 1960, bien qu'il soit arrivé de demander à l'occasion, de façon *ad hoc*, l'avis du Parlement avant de ratifier un traité (ce fut le cas, par exemple, au début des années 2000 avec le *Protocole de Kyoto*)⁴⁸.

Certes, il est possible d'augmenter le rôle des parlementaires élus en ce qui a trait au droit international conventionnel. La législature de la province de Québec aurait donné le ton à cet égard au début des années 2000, initiative qui demeure toutefois symbolique puisque le *jus tractatus* relève d'Ottawa⁴⁹. Au début de janvier 2008, le ministère fédéral des Affaires étrangères et du Commerce international s'est doté d'une nouvelle *Politique sur le dépôt des traités devant le Parlement*, dont voici l'objectif :

La présente politique vise à garantir le dépôt devant la Chambre des communes de tous les instruments considérés comme régis par le droit international public et signés entre le Canada et d'autres États ou organisations internationales, après leur signature ou leur adoption au moyen d'une autre procédure, mais avant que le Canada n'ait notifié officiellement qu'il est lié par l'instrument en question.⁵⁰

Les conventions internationales ainsi déposées seront par ailleurs accompagnées d'un bref mémoire explicatif. Une période d'attente de 21 jours de séance sera accordée à la suite du dépôt pour permettre aux parlementaires de débattre de la convention, sans que cela soit obligatoire toutefois; on pourra également présenter une motion à son sujet. Cela dit, pour être certain d'éviter les malentendus, on réitère que « l'Exécutif, dans le cadre du pouvoir constitutionnel de conclure des traités exercé par la Couronne fédérale en vertu de la prérogative royale est toujours investi de la responsabilité de contracter les obligations internationales du Canada »⁵¹. Bref, la Couronne garde jalousement ses pleins pouvoirs en matière de *jus tractatus*.

En définitive, s'agissant de la conclusion de traités internationaux par le Canada, il est erroné de soutenir que la procédure actuelle -- surtout depuis 2008 -- souffre d'un déficit démocratique réel. En plus de ces développements récents, une telle prétention ignorerait des règles de base en droit constitutionnel canadien. En effet, l'idée du gouvernement responsable, lors de la conclusion de la convention et l'exigence de sa mise en oeuvre par voie législative, suivant la thèse dualiste, signifient que les normes issues de traités jouissent de la pleine légitimité démocratique lorsque la ou le juge canadien ou québécois les utilise dans le processus d'interprétation et d'application du droit interne.

Note(s) de bas de page

1 Voir la liste non exhaustive de documents dans la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), à l'article 52(2) et à son annexe. Voir aussi les éléments identifiés par Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Thomson Carswell, 2007, feuilles mobiles, § 1.5-1.6.

2 Voir : *Croft c. Dunphy*, [1933] A.C. 156 (C.P.); *Interprovincial Co-operatives Ltd. & Dryden Chemicals Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, 512.

3 Voir : *Reference : Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792, 816; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 802-806.

4 Il s'agirait même de l'opinion déjà exprimée par le professeur Henri BRUN (*Le territoire du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, p. 263) et par le professeur Jacques BRASSARD (*Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1967, p. 437-438).

5 Voir : Gérald-A. BEAUDOIN avec la collaboration de Pierre THIBAUT, *La Constitution du Canada -- Institutions, Partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 757 et 764; Ivan C. RAND, « Some Aspects of Canadian Constitutionalism », (1960) 38 *R. du B. can.* 135.

6 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326 (C.P.).

7 Voir : Norman A.M. MacKENZIE, « Canada : The Treaty-Making Power », (1937) 18

B.Y.I.L. 172; Frank R. SCOTT, « The Consequence of the Privy Council Decisions », (1937) 15 *R. du B. can.* 485; George J. SZABLOWSKI, « Creation and Implementation of Treaties in Canada », (1956) 34 *R. du B. can.* 28; Edward McWHINNEY, « Federal Constitutional Law and the Treaty-Making Power », (1957) 35 *R. du B. can.* 842; Gerald L. MORRIS, « The Treaty Making Power : A Canadian Dilemma », (1967) 45 *R. du B. can.* 478.

8 Voir : Stéphane BEAULAC et John H. CURRIE, « Canada », dans Dinah SHELTON (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems -- Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2011, p. 116, à la page 117.

9 Voir, à ce sujet, l'opinion du juge La Forest, dissident sur le pourvoi principal mais reflétant l'avis de la Cour sur ce point, dans l'affaire *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 784.

10 *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 92.

11 *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, 854.

12 William F. O'CONNOR, *Rapport du président du Sénat du Canada sur l'A.A.N.B. de 1867*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1939, p. 145-146.

13 Albert V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1959, p. 424, qui écrit que les prérogatives royales sont : « nothing else than the residue of discretionary or arbitrary authority which at any given time is legally left in the hands of the Crown ». Voir aussi : William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, 9^e éd., vol. 1, Philadelphie, Lipincott, 1893, p. 239. En jurisprudence, voir : *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269.

14 *Case of Proclamation*, (1611) 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352 (B.R.).

15 Voir : Alan E. GOTLIEB, *Canadian Treaty-Making*, Toronto, Butterworths, 1968, p. 4-5.

16 Voir, récemment : Hugo CYR, *Canadian Federalism and Treaty Powers -- Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang (Diversitas), 2009.

17 Voir aussi, en général : Stéphane BEAULAC, « The Rule of Law in International Law Today », dans Gianluigi PALOMBELLA et Neil WALKER (dir.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 197.

18 Voir : Stanley A. De SMITH, Harry WOOLF et Jeffrey L. JOWELL, *Principles of Judicial Review*, Londres, Sweet & Maxwell, p. 175. Voir aussi : Herbert V. EVATT, *The Royal Prerogative*, Sydney, Law Book, 1987.

19 Voir : Malcolm N. SHAW, *International Law*, 5^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 136. Pour un exemple assez récent au Royaume-Uni, où l'on a refusé de contrôler les prérogatives royales en matière d'affaires étrangères, voir la décision de la

Chambre des Lords, divisée 3-2, dans *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2008] UKHL 61, 4 All E.R. 1055.

20 Voir : Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Thomson Carswell, 2007, feuilles mobiles, § 1.9.

21 *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, par. 28. Voir aussi : *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539.

22 *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 36 [nos soulignements].

23 *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 37. Voir aussi, en général : *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

24 *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 37.

25 La suite de cette tragique histoire illustre combien le *soft power* en contrôle judiciaire est futile face à un gouvernement fédéral idéologique et intransigeant comme celui des conservateurs de monsieur Harper. Ultiment, le citoyen canadien Khadr fut abandonné par sa patrie, à toutes fins utiles, et condamné par un tribunal militaire d'exception, et ce, en flagrante violation de ses droits procéduraux et de ses libertés fondamentales.

26 *Black c. Canada (Prime Minister)*, (2001) 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228, par. 52-53 [nos soulignements].

27 *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2010] 1 R.C.F. 267.

28 *Smith c. Canada (Procureur général)*, [2010] 1 R.C.F. 3.

29 On pourrait aussi faire un parallèle avec le contrôle judiciaire des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU en matière de lutte contre le terrorisme, qui -- à l'instar des travaux du Comité 1267 dans *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2010] 1 R.C.F. 267 -- visent des individus et portent atteinte à leurs intérêts. Dans le contexte de l'Union européenne, voir, par exemple : *Kadi c. Conseil & Commission (T-315/01)*, [2005] E.C.R. II-3649, (2006) 45 I.L.M. 81 (1^{ère} instance); *Kadi c. Conseil & Commission (C-402/05P et C-415/05P)*, [2008] E.C.R. I-6351, 47 I.L.M. 923 (Cour de Justice européenne). Encore plus largement, sur le contrôle judiciaire à saveur internationale, voir : August REINISCH (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

30 Sur les aspects historiques de la souveraineté, tant dans ses manifestations internes qu'externes, voir : Stéphane BEAULAC, *The Power of Language in the Making of International Law -- The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff, 2004.

31 *The English Bill of Rights*, par. 20. Son titre officiel est : *An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*, 1 William & Mary, sess. 2,

c. 2 (1689).

32 *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, par. 90. Voir, en général : Ronald St.J. MacDONALD, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada », dans Ronald St.J. MacDONALD, Gerald L. MORRIS et Douglas M. JOHNSTON (dir.), *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, p. 88.

33 Voir : Hugh M. KINDRED, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée », dans Oonagh E. FITZGERALD et al. (dir.), *Règle de droit et mondialisation : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 11, aux pages 17 et 18.

34 *The Parlement Belge*, [1878-1879] 4 P.D. 129, 154. Voir aussi, au même effet : *Walker c. Baird*, [1892] A.C. 491 (C.P.).

35 Hersch LAUTERPACHT, « Is International Law a Part of the Law of England ? », (1939) 25 *Transactions of the Grotius Society* 51, 73-74.

36 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 346.

37 *Maclaine Watson c. Department of Trade and Industry*, [1990] 2 A.C. 418, 500. Voir aussi, en général : Murray HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

38 À la Cour suprême du Canada, voir aussi : *Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co. Ltd. c. Pigeon Timber Co.*, [1932] R.C.S. 459, 510; *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, 173.

39 *Francis c. La Reine*, [1956] R.C.S. 618, 621.

40 *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69.

41 *R. c. Canada Labour Relations Board ex p. Federal Electric Corporation*, (1964) 44 D.L.R. (2d) 440, 454 (B.R. Man.); *Re Regina and Palacio*, (1984) 45 O.R. (2d) 269, 276 (C.A. Ont.); *R. c. Vincent*, (1993) 12 O.R. (3d) 427, 437-438 (C.A. Ont.); *R. c. Rebmann*, (1995) 122 Nfld. & P.E.I.R. 111, 121-126 (C.S. T.-N.&L.).

42 *Entreprises de rebuts Sanipan c. Québec (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 821, 844.

43 *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [2003] R.J.Q. 2729, 234 D.L.R. (4th) 398, par. 76, conf. par [2005] 1 R.C.S. 10.

44 Voir : Joanna HARRINGTON, « Le rôle du Parlement dans la conclusion des traités », dans Oonagh E. FITZGERALD et al. (dir.), *Règle de droit et mondialisation : Rapport entre*

le droit international et le droit interne, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 201; Joanna HARRINGTON, « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making : (Re) Establishing a Role for Parliament », (2005) 50 *R.D. McGill* 645.

45 Voir : Armand de MESTRAL et Evan FOX-DECENT, « Rethinking the Relationship Between Internatinoal and Domestic Law », (2008) 53 *R.D. McGill* 573; Gibran van ERT, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008, p. 94-98.

46 *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 *R.C.S.* 817, par. 79-80.

47 Daniel TURP, « Un nouveau défi démocratique : l'accentuation du rôle du parlement dans la conclusion et la mise en oeuvre des traités internationaux », dans C.C.D.I. (dir.), *L'influence du droit international sur la pratique du droit au Canada -- Travaux du 27^e Congrès annuel*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 115.

48 Voir : Maurice COPITHORNE, « National Treaty Law and Practice : Canada », dans Monroe LEIGH et al. (dir.), *National Treaty Law and Practice*, vol. 3, Washington D.C., American Society of International Law, 2003, p. 1, à la page 5.

49 Voir : *Loi sur le ministère des Relations internationales*, RLRQ, c. M-25.1.1, art. 22.1-22.7.

50 GOUVERNEMENT DU CANADA, *Politique sur le dépôt des traités devant le Parlement*, 25 janvier 2008, § 2. Voir, en ligne : <<http://www.treaty-accord.gc.ca/procedure.asp?lang=fra>>.

51 GOUVERNEMENT DU CANADA, *Politique sur le dépôt des traités devant le Parlement*, 25 janvier 2008, § 6.6(b).

JurisClasseur Québec Droit constitutionnel

FASCICULE 23 -- INTERLÉGALITÉ ET RÉCEPTION DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

IV. PARAMÈTRES FÉDÉRATIFS CANADIENS ET QUÉBÉCOIS

JCON-23.4

22 Introduction -- S'agissant toujours de ces questions de *jus tractatus* et de mise en oeuvre des conventions internationales, il y a lieu de poursuivre notre étude du schème analytique applicable en y ajoutant les paramètres propres à la structure fédérale de la Constitution du Canada.

A. Aspects fédératifs du *jus tractatus*

23 Exercice du *jus tractatus* -- Depuis possiblement le *Traité de Versailles* de 1919 et, clairement, avec le *Traité sur le flétan* de 1923, le Canada s'est émancipé de la Grande-Bretagne pour assumer sa compétence en matière de *jus tractatus*, et ce, par l'entremise de la Couronne du chef du Canada. Cette situation *de facto* s'est vue confirmer, *de jure*, avec les *Lettres patentes* de 1947¹. Or, depuis un certain nombre d'années, des arguments en faveur de la reconnaissance d'un *jus tractatus* provincial ont été formulés, surtout en provenance du Québec à la suite de l'énoncé politique « Gérin-Lajoie », ce que nous verrons plus loin (voir *infra* n^o 26). Ces prétentions doivent être immédiatement relativisées car, dans la réalité de la pratique en matière de traités, autant à l'international qu'à l'interne, cela fait environ 90 ans que le gouvernement fédéral exerce une compétence plénière en ce qui concerne la conclusion des traités au nom du Canada. De l'autre côté, les revendications du Québec datent du milieu des années 1960 et n'ont, de fait, jamais été matérialisées de façon concrète par les gouvernements de la belle province, avant les années 1990.

24 *Jus tractatus*, fédérations et droit international -- Avant de voir sur quoi repose la compétence plénière du fédéral relativement au *jus tractatus*, un point préliminaire doit être examiné. La source de l'information pertinente relative à cette problématique n'est pas le droit international, mais plutôt le droit interne de l'État concerné, en l'occurrence le Canada. En effet, le droit des traités, codifié dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, serait agnostique quant à la compétence des états fédérés, comme les provinces canadiennes, de conclure des traités internationaux. L'article 6 de cette Convention veut que ce soit les États qui possèdent la capacité internationale de conclure les traités; si elles furent sérieusement considérées par certains, des précisions quant à la situation des fédérations ne s'y trouvent point. Il semblerait donc fondé de dire, avec Jacques-Yvan Morin, que « [l]e droit international renvoie au droit public interne de chaque fédération lorsqu'il s'agit de déterminer [le cas échéant] le degré de capacité internationale dont peuvent se réclamer les collectivités composantes en matière de conclusion des traités »².

Cela étant, il faut néanmoins comprendre que, selon le droit international, la « souveraineté externe »³ d'un État -- y compris en matière de traités et, surtout, quant à sa responsabilité en cas de violation -- est exercée de façon unique par l'entremise d'une seule autorité. Il est révélateur, à cet égard, de mentionner l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui prévoit qu'« [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». On a déjà précisé que cette non-pertinence du droit interne en cas de violation d'une obligation conventionnelle inclut la structure constitutionnelle d'un État⁴. La Cour permanente de Justice, dans l'*Affaire du traitement des nationaux polonais à Danzig*, un avis consultatif rendu en 1931, énonçait le principe comme suit : « Un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »⁵.

L'absence d'indication expresse du droit international relativement au *jus tractatus* en contexte fédéral ne doit pas occulter le fait que, indirectement, on prend une position claire quant au droit des traités et à la responsabilité des États en cas de violation⁶. Le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, préparé par la Commission de droit international et adopté par résolution à l'Assemblée générale des Nations Unies en 2001, le confirme puisque, à l'article 4(1), on parle d'attribution de responsabilité et d'organe de l'État, « quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État »⁷. Bref, au sein de la communauté internationale, ce sont les États qui agissent et qui sont responsables de leurs actions, et ce, de façon unique et indivisible en vertu du droit international. Il s'agit certes là d'une indication implicite de la préférence du droit international de voir l'autorité centrale d'une fédération exercer le *jus tractatus*. Par ailleurs, cette pratique est nettement dominante au sein des fédérations dans le monde⁸, y compris chez les voisins, les États-Unis⁹.

25 Compétence plénière du fédéral -- À entendre le discours de certains intervenants au Québec, on serait tenté de croire que les provinces possèdent le *jus tractatus* sur les matières relevant de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰. Or, il n'en est rien puisque, en droit, nous allons voir que les arguments sont inexorablement en faveur de la compétence plénière du fédéral en matière de conclusion de traités internationaux, peu importe les matières sur lesquelles ils portent¹¹.

Le premier élément à relever est que, depuis les décisions dans l'*Affaire des Conventions du travail*, la jurisprudence au Canada et au Québec est unanime à reconnaître que le *jus tractatus* est entièrement de compétence fédérale¹². Mettons quelque chose au clair, tout de suite, s'agissant de cette cause célèbre que nous verrons par ailleurs, et surtout, à la section suivante concernant les aspects fédératifs de la mise en oeuvre des conventions internationales (voir *infra* n^o 27). Parfois, on entend que la question du *jus tractatus* n'est pas réglée ou serait en suspens au pays parce que le Comité judiciaire du Conseil privé, dans sa décision de 1937, a choisi de ne pas se prononcer à ce sujet. Cette prétention est inexacte.

Voici l'extrait pertinent du discours de Lord Atkin, où il explique choisir de ne pas trancher explicitement -- ou, en fait, nommément -- la question du *jus tractatus* puisqu'il décide l'affaire sur

la base de la compétence relative à la mise en oeuvre :

Reverting again to the original analysis of the contentions of the parties, it will be seen that the Provincial contention I.(b) relates only to the formation of the treaty obligation, while I.(c) has reference to the alleged limitation of both executive and legislative action by the express terms of the treaty. If, however, the Dominion Parliament was never vested with legislative authority to perform the obligation, these questions do not arise. And, as their Lordships have come to the conclusion that the reference can be decided upon the question of legislative competence alone, in accordance with their usual practice in constitutional matters they refrain from expressing any opinion upon the question raised by the contentions I.(b) and (c), which in that even become immaterial.¹³

Toutefois, cette volonté de ne pas se prononcer comme tel sur la compétence en matière de *jus tractatus* ne signifie pas que le Comité judiciaire du Conseil privé est muet sur la question. En effet, on trouve plusieurs passages dans l'opinion de Lord Atkin révélant sa position sur la question. D'une part, lorsqu'il aborde le besoin de collaboration entre les branches exécutive et législative de l'État (cf. thèse dualiste), qui est par ailleurs plus complexe compte tenu de la nature fédérale du pays, Lord Atkin tient pour acquis que la Couronne du chef du Canada, c'est-à-dire le fédéral, possède les pleins pouvoirs en matière de conclusion des traités. Il s'exprime ainsi :

The obligations imposed by treaty may have to be performed, if at all, by several Legislatures; and the [federal] executive have the task of obtaining the legislative assent not of the one Parliament to whom they may be responsible, but possibly of several Parliaments to whom they stand in no direct relation.¹⁴

D'aucuns qualifient ce passage d'*obiter dictum*, soit. Pour notre part, il nous semblerait plus approprié de parler d'un passage, non pas explicite, mais assez clairement implicite, somme toute, démontrant que Lord Atkin tient pour acquis que c'est le fédéral qui a la compétence plénière relativement au *jus tractatus* au Canada. L'autre passage à voir est encore davantage probant, puisqu'en plus d'entériner la conclusion allant dans ce sens à la Cour suprême du Canada -- que nous verrons dans un moment --, Lord Atkin, de façon évidente, fonde ses propos sur le constat que le fédéral est pleinement compétent en la matière. Ce passage est hautement pertinent puisqu'il constitue un autre élément implicite fort de la position du Comité judiciaire du Conseil privé sur la question du *jus tractatus* :

It is true, as pointed out in the judgment of the Chief Justice, that as the [federal] executive is now clothed with the powers of making treaties so the Parliament of Canada, to which the executive is responsible, has imposed upon it responsibilities in connection with such treaties, for if it were to disapprove of them they would either not be made or the Ministers would meet their constitutional fate. But this is true of all executive functions in their relation to Parliament. There is no existing constitutional ground for stretching the competence of the Dominion Parliament so that it becomes enlarged to keep pace with enlarged functions of the Dominion executive.¹⁵

Clairement, lorsque Lord Atkin dit qu'il ne peut pas étendre les compétences du législatif fédéral, pour la mise en oeuvre, afin qu'elles correspondent aux fonctions de l'exécutif fédéral, pour la conclusion des traités, la prémisse de son affirmation se fonde sur la véracité du *jus tractatus* plénier du fédéral. En d'autres termes, plus qu'un *obiter*, cet élément est au coeur de ses motifs portant sur la question de la compétence relative à la mise en oeuvre des conventions. Surtout, elle confirme la position exprimée par la Cour suprême du Canada.

En effet, si le Comité judiciaire du Conseil privé s'est formellement abstenu -- l'opinion à cet égard étant implicite --, notre plus haute instance judiciaire nationale, la Cour suprême du Canada, s'est exprimée explicitement en faveur de la compétence plénière du fédéral en ce qui concerne le *jus tractatus*. Même si on acceptait que Lord Atkin ne s'est pas du tout prononcé sur la question (ce qui n'est pas le cas, comme nous venons de le voir), les principes de base en jurisprudence de common law nous amèneraient à conclure que c'est la décision de la Cour suprême dans l'*Affaire des Convention du travail* qui fait autorité au Canada, justifiant la position traditionnelle reconnaissant tous les pouvoirs au fédéral en ce qui a trait à la conclusion des traités internationaux. Pour mémoire, notons que le droit non écrit de common law, selon le système des précédents et du principe de la *stare decisis*, va se rabattre sur le prononcé judiciaire de la plus haute instance dans la hiérarchie des tribunaux d'une juridiction afin de savoir quel est l'état du droit applicable.

Dans la mesure où le Conseil privé s'est abstenu (subsidiativement et sans préjudice par rapport à ce qui a été écrit plus haut), c'est la décision de la Cour suprême du Canada qui fait donc autorité en la matière. Dans un jugement partagé, trois des six juges, sous la plume du juge en chef Duff (avec les juges Davis et Kerwin), ont conclu que le fédéral a compétence pour conclure et pour mettre en oeuvre les traités en matière de travail. Évidemment, le dernier point a été renversé au Conseil privé; nous verrons plus loin quel est l'impact de cet aspect de la décision (voir *infra* n^o 27). Cela étant, le premier point voulant que le fédéral possède un *jus tractatus* plénier demeure intact et, à vrai dire, constitue l'opinion de la pluralité des juges. Le juge Crocket, dissident quant au résultat, est en désaccord avec le juge en chef Duff et ses deux autres collègues concernant la question de la mise en oeuvre mais, de fait, il est d'accord avec eux sur celle de la conclusion des traités : « While I agree with the learned Chief Justice that the Government of Canada must now be held to be the proper medium for the formal conclusion of international conventions, whether they affect the Dominion as a whole or any of the provinces separately [...] »¹⁶; il ajoute ensuite que la mise en oeuvre, elle, n'est pas toujours de la compétence du fédéral.

Bref, en vertu de la jurisprudence applicable au Canada, le droit constitutionnel au pays est fixé depuis les années 1930 et les décisions dans l'*Affaire des conventions du travail* : le fédéral possède une compétence plénière en matière de conclusion des traités internationaux¹⁷. Peu importe les matières sur lesquelles ils portent -- un sujet de l'article 91 ou de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* --, la Couronne du chef du Canada pourra consentir à lier le Canada en droit international en ratifiant des conventions. C'est la position que le gouvernement fédéral a toujours retenue¹⁸; il a senti le besoin de la coucher par écrit dans les années 1960, face aux suggestions à l'effet contraire de certains¹⁹. Mentionnons enfin que la Cour suprême du Canada, de même que les cours d'appel des provinces (y compris la Cour d'appel du Québec) et les autres tribunaux du pays, tiennent pour acquis et n'ont jamais mis en doute le *jus tractatus* plénier fédéral²⁰, confirmant parfois au passage le bien-fondé de cet élément de notre droit constitutionnel²¹.

26 Énoncé politique « Gérin-Lajoie » -- En opposition avec ces éléments non écrits de notre droit constitutionnel canadien, certains intervenants affirment depuis les années 1960 que le *jus tractatus*

est une compétence à la fois de l'exécutif fédéral et de celui des provinces, selon que la matière du traité relève de l'article 91 ou de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien qu'elle ait déjà été soutenue par quelques provinces, de nos jours, seul Québec défend l'idée que les états fédérés canadiens peuvent conclure des traités à l'international. Il est vrai que le droit international ne l'interdit pas, mais nous avons vu qu'il n'est pas complètement neutre non plus, favorisant l'unicité des États participant aux régimes conventionnels (voir *supra* n° 24). La position québécoise est souvent associée à l'ancien ministre Paul Gérin-Lajoie qui, en 1965, a fait un discours célèbre à ce sujet²². L'opinion exprimée est devenue un énoncé politique -- un énoncé politique unilatéral -- qui a été repris par la suite, non sans interruption, par les différents gouvernements à Québec²³.

C'est dans les années 1990 qu'on a tenté d'ériger en quasi-orthodoxie l'énoncé politique « Gérin-Lajoie », à la suite d'initiatives du Parti québécois et, dans une moindre mesure, du Parti libéral du Québec. Alors que Lucien Bouchard est premier ministre, en 2000, ses efforts politiques se matérialisent avec l'adoption d'un texte législatif par l'Assemblée nationale, la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*²⁴. À l'article 7(1), on peut lire : « L'État du Québec est libre de consentir à être lié par tout traité, convention ou entente internationale qui touche à sa compétence constitutionnelle ». Le gouvernement libéral a gardé en place ce texte législatif et, de fait, a continué à porter le flambeau politique de l'affirmation du Québec relativement au *jus tractatus*. Ce court extrait d'une déclaration de politique faite en 2004 par le premier ministre Jean Charest en témoignera : « Ce qui est de compétence québécoise chez nous est de compétence québécoise partout »²⁵.

Cela étant, qu'en est-il du droit constitutionnel ? En effet, soyons clair : avec égards, un énoncé politique unilatéral, pas plus qu'une loi québécoise sur le *jus tractatus*, ne peut pas être associé d'aucune manière à une source de droit constitutionnel. Outre la référence à l'esprit fédératif qu'on infère de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'argument juridique à l'appui de la thèse québécoise se limite, pour l'essentiel, à une lecture tendancieuse de la jurisprudence faisant autorité en matière de pouvoir de l'exécutif et de prérogatives royales.

En tête de liste se trouvent deux décisions du Comité judiciaire du Conseil privé : *Banque maritime* et *Bonanza Creek*. Ces arrêts ont affirmé la théorie des deux Couronnes (en anglais, *two-Crowns approach*) -- Sa Majesté du chef du Canada et Sa Majesté du chef d'une province -- en droit constitutionnel canadien, un sujet qui fut abordé ailleurs dans le présent ouvrage. Brièvement, en ce qui concerne l'affaire *Banque maritime*, on plaidait que le gouverneur général était le seul représentant de la Couronne au pays, ce à quoi on a répondu que « a Lieutenant-Governor, when appointed, is as much the representative of Her Majesty for all purposes of provincial government as the Governor-General himself is for all purposes of Dominion government »²⁶. Dans *Bonanza Creek*, le vicomte Haldane ajoutait que « the distribution under the new grant of executive authority in substance follows the distribution under the new grant of legislative powers »²⁷. C'est donc dire que l'exécutif est revêtu de la même autorité fondée sur la Couronne britannique, et ce, autant au fédéral qu'au provincial; en outre, ces pouvoirs exécutifs seront calqués sur les compétences législatives des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À la divisibilité de la Couronne,

en général, ajoutons, pour être complet, que sont divisibles de la même façon les prérogatives royales dont jouit l'exécutif des deux ordres constitutionnels au Canada²⁸.

Selon la thèse québécoise, ces prononcés judiciaires appuieraient l'argument selon lequel les provinces possèdent un *jus tractatus*. On soutient qu'il découle de la logique des jugements : puisque la conclusion des traités internationaux relève de la Couronne et que les prérogatives royales sont divisibles selon les compétences législatives des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il s'ensuivrait que l'exécutif des provinces dans ses matières, autant que l'exécutif fédéral dans les siennes, devrait jouir du *jus tractatus*. Toutefois, cet argument semble tronqué puisqu'il donne la fausse impression qu'il existe un pouvoir en matière de traités internationaux quelque part dans le droit constitutionnel écrit de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Or, comme l'a souligné le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'*Affaire des conventions du travail*, rien ne peut nous aider dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, s'agissant de la compétence relative aux traités internationaux²⁹.

Nous l'avons déjà souligné (voir *supra* n° 18), la capacité de la Couronne de lier le pays à un régime conventionnel en droit international tire sa source uniquement des prérogatives royales en common law, c'est-à-dire du droit constitutionnel non écrit. Contrairement à d'autres pouvoirs de l'exécutif, aucun lien n'a besoin d'être fait avec les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour asseoir la validité constitutionnelle des mesures exécutives en matière de relations internationales -- par exemple, déclaration de guerre, rupture de rapports diplomatiques, conclusion de traités -- parce qu'il s'agit d'un sujet sur lequel la Couronne agit seule, sans participation de la branche législative de l'État, suivant la tradition de droit public britannique. Tel était le cas, et l'est toujours aujourd'hui à vrai dire, au Parlement de Westminster; de même, il s'agissait de la situation au Canada alors que les pouvoirs en matière d'affaires étrangères ont commencé à être exercés *de facto* au pays, par la Couronne du chef du Canada, vers les années 1920, ainsi qu'au moment où les prérogatives royales de Sa Majesté de Grande-Bretagne (dont le *jus tractatus*) ont été formellement transférées *de jure*, en vertu des *Lettres patentes* de 1947, au gouverneur général du Canada.

Notons que cela ne revient pas à dire que la compétence en matière de traités ne pouvait pas être contrôlée eu égard au principe du gouvernement responsable ou que le Parlement ne pouvait pas intervenir pour limiter, modifier ou même abroger les prérogatives royales s'y rapportant. Toutefois, ce constat rappelle avec force qu'on doit comprendre le droit constitutionnel canadien dans son contexte historique (la métaphore de l'arbre vivant n'étant clairement pas opportune ici). Au moment où le *jus tractatus* s'est cristallisé au Canada -- années 1920 *de facto*; 1947 *de jure* --, seules la branche exécutive et ses prérogatives royales étaient pertinentes concernant la question de la validité constitutionnelle du pouvoir de conclure des traités internationaux. Il n'y a aucune référence à faire aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* car la branche législative n'est pas interpellée et, de fait, n'agit aucunement lors de la création d'obligations internationales conventionnelles. La question est hypothétique et théorique de savoir si, à l'époque des *Lettres patentes* de 1947 par exemple, le Parlement fédéral aurait pu seul, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intervenir en ce qui a trait au *jus tractatus* ou si les provinces par la voie

de leur législature auraient dû participer également compte tenu des compétences législatives à l'article 92. Le fait demeure : en 1947 (comme dans les années 1920 d'ailleurs) ni le Parlement fédéral ni aucune législature provinciale ne s'est manifesté relativement au *jus tractatus*, laissant ainsi intacte la compétence de l'exécutif -- de l'exécutif fédéral -- à cet égard.

Dans une large mesure, c'est vouloir refaire l'histoire constitutionnelle du pays que de ne pas voir, comme l'implique l'énoncé politique « Gérin-Lajoie », que les *Lettres patentes* de 1947 ont transféré tous les pouvoirs en matière de relations internationales -- y compris la conclusion des traités -- au gouverneur général du Canada. À cette époque, Sa Majesté de Grande-Bretagne avait, *de jure*, les pleins pouvoirs relativement au *jus tractatus* pour le Canada (sans participation aucune du Parlement britannique), en vertu des prérogatives royales; ces pouvoirs ont été transférés au gouverneur général (c'est-à-dire à la Couronne du chef du Canada), sans participation d'aucune assemblée parlementaire au pays. Ce fut un acte relevant exclusivement des autorités exécutives, de Couronne à Couronne. Peter W. Hogg a donc clairement raison de dire que les *Lettres patentes* de 1947 ont scellé la question de savoir quel est le *situs* de la compétence de conclure des traités au Canada; il se trouve exclusivement au sein de l'ordre constitutionnel fédéral à Ottawa³⁰.

Qu'en est-il de la théorie des deux Couronnes et de la thèse provinciale qui s'appuie sur *Banque maritime* et *Bonanza Creek* ? La vraie logique de ces jugements est la suivante : les pouvoirs de l'exécutif calquent les pouvoirs législatifs (suivant les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), étant donné cette pluralité des Couronnes, mais encore faut-il que la matière soit assumée par la branche législative de l'État. Autrement dit, si la matière -- ici le *jus tractatus* -- relève uniquement des prérogatives royales, sans assise dans le droit constitutionnel écrit, et si elle n'est exercée dans les faits que par l'exécutif, sans la participation du législatif, il ne serait pas opportun d'appliquer le raisonnement du Conseil privé dans *Banque maritime* et *Bonanza Creek*. Ces prononcés judiciaires ont pour prémisse que la matière possède un fondement constitutionnel législatif, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Or, il n'en est rien pour le *jus tractatus*, comme nous l'avons démontré (voir *supra* n^o 18), ni au moment où *de facto* (années 1920) ou *de jure* (1947) le Canada a commencé à exercer cette compétence, ni encore de nos jours puisque c'est la Couronne seule qui continue d'exercer la compétence à l'international.

Cette lecture non tendancieuse des affaires *Banque maritime* et *Bonanza Creek* est conforme au droit constitutionnel canadien et québécois applicable; elle se fonde, en effet, sur l'état du droit à l'époque pertinente³¹. Contrairement à la thèse québécoise³², elle ne souffre ni d'anachronisme ni de dénaturation.

Reste à discuter, brièvement, de la réalité des affaires étrangères au pays puisque, comme l'a noté un auteur, « le Québec a conclu plus de 550 ententes portant sur les domaines relevant de sa compétence (sécurité sociale, éducation, agriculture, etc.) avec une variété d'États, sans que le gouvernement fédéral puisse s'y opposer »³³. Soit, il ne fait aucun doute que les provinces canadiennes, le Québec surtout, sont assez actives pour ce qui est des relations avec leurs voisins territoriaux, voire aussi avec des partenaires économiques et culturels étrangers. Premier point fort

important, souligne-t-on, il faudrait absolument « faire une distinction entre les nombreuses relations *transnationales* ou officieuses des provinces canadiennes, en majorité orientées vers les États américains, et les relations *internationales*, ou officielles, avec les gouvernements étrangers ou leurs subdivisions politiques »³⁴. Seul le second scénario peut donner lieu à des accords, des ententes ou des arrangements avec des autorités étrangères, la question devenant celle de savoir si on peut les assimiler à des traités internationaux³⁵. En définitive, avec tout ce qui vient d'être vu ci-dessus, la réponse est négative. À moins que la Couronne du chef du Canada n'ait donné son accord, au moyen d'un accord-cadre par exemple -- comme nous verrons plus loin (voir *infra* n° 28) --, ces initiatives provinciales demeurent de simples ententes administratives. En vertu du droit applicable, il ne pourrait s'agir de traités internationaux, point.

B. Aspects fédératifs de la mise en oeuvre

27 Mise en oeuvre selon le partage des compétences -- Contrairement à la précédente, la question de la mise en oeuvre des traités internationaux en contexte fédéral au Canada n'est pas chargée politiquement, au moins auprès des intervenants de chez nous. En effet, si l'*Affaire des conventions du travail* est mal aimée au Québec en ce qui concerne le *jus tractatus*, elle est encore davantage conspuée dans le reste du Canada, cette fois en raison de sa *ratio decidendi*, au sens strict, qui porte sur l'exigence de respecter le partage des compétences législatives lors de la mise en oeuvre des traités internationaux. Il s'agit là, sans l'ombre d'un doute, du plus important paramètre fédératif canadien et québécois en matière d'interlégalité et de réception du droit international en droit interne.

Nous avons déjà vu que, dans bien des cas, il est nécessaire d'adopter une législation de mise en oeuvre afin que, suivant la théorie dualiste, les obligations internationales créées par voie de conventions internationales puissent produire leurs effets juridiques en droit interne canadien (voir *supra* n° 20). La question qu'on aborde maintenant est de savoir si et, le cas échéant, comment on peut aménager ce besoin de transformation législative dans le contexte de la structure constitutionnelle du pays. Le second volet sera vu plus bas (voir *infra* n° 28), en examinant les clauses fédérales et autres moyens de pallier les possibles difficultés liées au fédéralisme canadien en matière de traités.

Le premier volet de la question, c'est bien connu, a été tranché par la célèbre décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'*Affaire des conventions du travail*, dont il faut ici reparler plus en détail. Il s'agissait de savoir si le Parlement fédéral pouvait conclure et, surtout, mettre en oeuvre trois conventions internationales³⁶, conclues sous l'égide de l'Organisation internationale du travail et portant sur des matières relevant clairement de la compétence des provinces (*cf.* propriété et droits civils). La décision fut rendue sur la base du pouvoir de mise en oeuvre, comme il a été vu (voir *supra* n° 25), le Conseil privé choisissant de ne pas se prononcer expressément sur le *jus tractatus*. Suivant la théorie dualiste, le Parlement fédéral avait adopté trois textes législatifs de mise en oeuvre de ces traités, qui ont ainsi été déclarés *ultra vires* sur la base de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le passage crucial de la décision du Conseil privé se lit comme suit :

For the purposes of ss. 91 and 92, i.e., the distribution of legislative powers between the Dominion and the Provinces, there is no such thing as treaty legislation as such. The distribution is based on classes of subjects; and as a treaty deals with a particular class of subjects so will the legislative power of performing it be ascertained. No one can doubt that this distribution is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in the inter-provincial compact to which the British North America Act gives effect.³⁷

L'argument principal du procureur général du Canada était que le fédéral était habilité en vertu de son pouvoir résiduel, prévu au paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lord Atkin le rejeta, sans ménagement :

It would be remarkable that while the Dominion could not initiate legislation, however desirable, which affect civil rights in the Provinces, yet its Government not responsible to the Provinces nor controlled by Provincial Parliaments need only agree with a foreign country to enact such legislation, and its Parliament would be forthwith clothed with authority to affect Provincial rights to the full extent of such agreement. Such a result would appear to undermine the constitutional safeguards of Provincial constitutional autonomy.³⁸

En définitive, le fédéral n'a pas de compétence plénière relativement à la mise en oeuvre des traités :

It follows from what has been said that no further legislative competence is obtained by the Dominion from its accession to international status, and the consequent increase in the scope of its executive functions.³⁹

C'est ainsi qu'a été tranchée la question de savoir si, à l'instar du *jus tractatus*, le pouvoir de mettre en oeuvre les traités internationaux était de la compétence exclusive de l'ordre constitutionnel fédéral. La réponse fut un retentissant « non ». Afin de respecter l'esprit du fédéralisme au Canada⁴⁰, tant le Parlement fédéral que les législatures provinciales ont, *ipso jure*, la compétence législative pour transformer en droit interne les obligations qui découlent d'un régime conventionnel créé en droit international.

Dépendamment de la ou des matières de ces traités, suivant le partage des compétences aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce sera l'un et/ou l'autre des deux ordres constitutionnels (fédéral, provincial) qui pourra leur donner effet par voie de législation de mise en oeuvre. Lord Atkin explique ainsi :

If the new functions [*cf.* conclusion de traités] affect the classes of subjects enumerated in s. 92 legislation to support the new functions is in the competence of the Provincial Legislatures only. If they do not, the competence of the Dominion Legislature is declared by s. 91 and existed ab origine. In other words, the Dominion cannot, merely by making promises to foreign countries, clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth.⁴¹

Devant le Comité judiciaire du Conseil privé, notons que le procureur général du Canada avait exprimé la crainte qu'un tel partage des compétences de mise en oeuvre aurait pour conséquence de limiter de façon significative la marge de manoeuvre et l'efficacité de la Couronne fédérale en ce qui concerne la conduite de la politique étrangère et des relations internationales en général. Cet argument n'a aucunement affecté Lord Atkin dans sa position :

It must not be thought that the result of this decision is that Canada is incompetent to legislate in performance of treaty obligations. In totality of legislative powers, Dominion and Provincial together, she is fully equipped. But the legislative powers remain

distributed, and if in the exercise of her new functions derived from her new international status Canada incurs obligations they must, so far as legislation be concerned, when they deal with Provincial classes of subjects, be dealt with by the totality of powers, in other words by co-operation between the Dominion and the Provinces.⁴²

Il est intéressant de remarquer que le Conseil privé est pleinement conscient de l'impact que la *radio decidendi* aura, et a de fait eu, en ce qui concerne la dynamique fédérale en matière de conventions internationales. Cela explique que, surtout dans les années ayant suivi cette décision⁴³, mais encore dans une certaine mesure aujourd'hui⁴⁴, il se trouve un grand nombre d'intervenants -- du Québec, mais davantage dans le reste du Canada -- qui croient que la décision de 1937 dans l'*Affaire des conventions du travail* est hautement problématique, voire aberrante. Il y a même déjà eu, à la Cour suprême du Canada, des commentaires voulant qu'il serait opportun de reconsidérer la question de la compétence plénière du fédéral pour mettre en oeuvre les traités⁴⁵.

Le cas le plus flagrant fut l'affaire *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, où le juge en chef Laskin suggérait, dans ce qui est clairement un *obiter dictum*⁴⁶, qu'on peut « justifier un nouvel examen de l'affaire des *Conventions du travail* », pour ainsi en venir à reconnaître au fédéral le pouvoir de « légiférer pour exécuter une obligation internationale contractée par le Canada en vertu d'un accord ou d'un traité (dans un domaine qui autrement ne relèverait pas de sa compétence) »⁴⁷. Plus loin, il va même jusqu'à spéculer sur la façon dont on pourrait évaluer une telle compétence plénière fédérale quant à la transformation de traités portant sur des matières provinciales :

À mon avis, en supposant que le Parlement a le pouvoir de légiférer pour mettre en vigueur [c.-à-d. mettre en oeuvre] un traité ou une convention à l'égard de matières qui en font l'objet mais qui autrement relèveraient de la compétence législative provinciale seulement, il faut que cela ressorte clairement du texte de la loi visant la mise en vigueur [c.-à-d. mise en oeuvre] et ne soit pas l'objet de déduction. Les tribunaux doivent être capables de décider, d'après le texte, qu'il s'agit d'une loi de mise en vigueur [c.-à-d. mise en oeuvre]. Évidemment, même dans ce cas, on pourra toujours soulever la question de savoir si la loi dépasse ou ne dépasse pas les obligations naissant du traité ou de la convention.⁴⁸

Mais ces propos sont demeurés de la nature d'une hypothèse puisque, depuis presque 35 ans, la Cour suprême n'a donné aucun autre signe sérieux de vouloir reconsidérer la *ratio decidendi* de la décision de 1937 dans l'*Affaire des conventions du travail*⁴⁹. Au Québec, encore récemment, la Cour d'appel rappelait que la mise en oeuvre des traités, suivant la logique dualiste, doit se faire en respectant le partage des compétences :

[A]n international treaty does not have force or effect in internal or " municipal " law, unless it has been incorporated into the internal law by the legislative body having jurisdiction, in accordance with the Division of Powers set out in the *Constitution Act, 1867*.⁵⁰

Il s'ensuit que, s'agissant de la problématique de la réception des traités internationaux en droit interne, le droit constitutionnel canadien et québécois requiert d'avoir des moyens pour gérer les rapports entre l'exécutif et le législatif (voir *supra* n^o 20), et ce, eu égard à la complexité découlant de la nature fédérale du pays. C'est ce qu'il convient d'examiner maintenant.

28 Clauses fédérales et mécanismes de coordination -- La question est donc de savoir comment

gérer la dynamique nécessaire entre l'exécutif fédéral, qui possède et exerce le *jus tractatus* au pays, et les législatures provinciales, compétentes pour mettre en oeuvre les traités portant sur des matières relevant de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La coordination des branches législative et exécutive est nécessaire, par ailleurs, pour les régimes conventionnels portant sur des sujets de l'article 91, même si tout se passe au sein du même ordre constitutionnel. Mais, ici, c'est vraiment la complexité accrue dans le contexte fédéral-provincial qui nous intéresse. Cette problématique doit se comprendre, comme il a été mentionné ci-dessus (voir *supra* n^o 20), eu égard au principe *pacta sunt servanda* et à la possible responsabilité internationale du Canada s'il y a non-respect des obligations conventionnelles.

Outre l'article 27, selon lequel le droit interne d'un État ne peut justifier la violation d'un traité, une autre disposition de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* doit être invoquée. L'article 29 prévoit ceci :

À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire.

Le droit international ouvre ainsi la porte à des moyens permettant une asymétrie dans l'application d'un traité sur le territoire d'un État. Insistons, suivant le libellé de l'article 29, sur le fait qu'il faut une indication expresse ou implicite pour ce faire dans le traité; sinon, la position par défaut veut que les obligations internationales s'appliquent de la même façon sur tout le territoire de l'État. En conséquence, les clauses fédérales sont permises en vertu du droit international des traités; d'autres mécanismes de coordination existent également, comme nous le verrons brièvement.

Une « clause fédérale » insérée dans un traité international permet à l'autorité détenant le *jus tractatus* -- au Canada, le gouvernement fédéral -- d'exprimer son consentement à être lié par des obligations conventionnelles, et ce, même si elle ne peut en garantir l'exécution sur l'ensemble de son territoire. L'effet de ces clauses, comme le soulignaient des auteurs, « est d'amputer des obligations internationales de l'État fédératif toutes les dispositions du traité qui tombent dans le champ des prérogatives provinciales »⁵¹. Ainsi, malgré l'article 27 de la *Convention de Vienne*, la structure constitutionnelle de droit interne d'un État peut dans ces cas justifier le non-respect des engagements conventionnels. Au Canada, la présence d'une clause fédérale signifiera que si le traité conclu porte, en tout ou en partie, sur des matières relevant de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe *pacta sunt servanda* ne pourra pas mener à la responsabilité internationale du pays si ces obligations n'ont pas été exécutées par une ou plusieurs provinces. Évidemment, le fédéral demeure forcé de respecter les normes conventionnelles tombant sous le coup de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ce mécanisme sera populaire auprès des fédérations selon le partage des compétences qui leur est propre. Au Canada, évidemment, ce sont les conventions portant sur des matières de droit privé qui s'y prêtent le plus, comme celles conclues à la Conférence de La Haye de droit international privé⁵². Cela étant, même les questions qui ne relèvent que partiellement des provinces, notamment en

raison de compétences concurrentes (par exemple, la protection de l'environnement) peuvent commander l'inclusion de clauses fédérales dans un traité.

Plusieurs types de formulation existent. En voici une tirée de la *Convention relative au statut des réfugiés*, à l'article 41, intitulé « clause d'application territoriale » :

Dans le cas d'un État fédératif ou non unitaire, les dispositions ci-après s'appliqueront :

[...]

b) En ce qui concerne les articles de cette Convention dont l'application relève de l'action législative de chacun des États, provinces ou cantons constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États, provinces ou cantons;

[...]

En revanche, on prévoit expressément que l'autorité fédérale doit mettre en oeuvre toutes les obligations relevant de ses compétences constitutionnelles, sans exception.

Pour nos fins, mentionnons sans plus que la tendance contemporaine du droit des traités est de voir d'un mauvais oeil les clauses fédérales. La raison est fort simple : les régimes conventionnels étant fondés sur une logique de réciprocité, les autres États parties à un traité (surtout les États unitaires) condamnent, en plus de l'asymétrie, l'incertitude qui découle des clauses fédérales relativement aux obligations conventionnelles souscrites par un État fédératif⁵³.

En contexte fédéral, un autre moyen de pallier les possibles incohérences entre l'ordre constitutionnel central détenant le *jus tractatus* et les entités compétentes pour la mise en oeuvre des traités est une variante du premier. Il s'agit de la « réserve fédérale » qui suit les règles applicables en la matière selon les articles 19 à 23 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Une réserve fédérale, formulée lors de la signature ou de la ratification d'une convention internationale, aura pour effet de limiter l'application du principe *pacta sunt servanda* et, par conséquent, de la responsabilité internationale d'un État aux matières qui relèvent de la compétence constitutionnelle de l'autorité centrale l'ayant conclu. À titre l'exemple, en 1957, le Canada a formulé la réserve suivante au moment d'adhérer à la *Convention sur les droits politiques de la femme* :

Étant donné que, selon le régime constitutionnel en vigueur au Canada, la compétence législative en matière de droits politiques est répartie entre les provinces et le gouvernement fédéral, le gouvernement canadien se trouve dans l'obligation, en adhérant à cette convention, de formuler une réserve au sujet des droits qui relèvent de la compétence législative des provinces.

Ajoutons qu'en vertu des règles générales applicables, les réserves (dont celles fédérales) ne sont pas toujours possibles. En plus des cas où la réserve est incompatible avec l'objet ou le but du traité, le texte conventionnel peut prévoir expressément (ou *a contrario*) que les réserves sont interdites. C'est le cas, par exemple, dans le *Protocole de Kyoto* sur les changements climatiques, à l'article 26 : « Aucune réserve ne peut être faite au présent Protocole ». L'eût-il souhaité, le Canada n'aurait pas

pu y insérer une réserve fédérale au moment de la (tardive) ratification de ce traité⁵⁴; cet aspect est somme toute fort théorique, sachant que c'est le fédéral (c'est-à-dire le gouvernement conservateur de monsieur Harper) qui est largement responsable de la violation des obligations conventionnelles du pays.

Enfin, la troisième principale façon d'assurer une coordination entre l'exécutif fédéral et les législatures provinciales est par voie d'un traité international de type « accord-cadre ». Il s'agit essentiellement de la situation où l'autorité centrale, exerçant le *jus tractatus* en droit international, conclut une convention avec un ou plusieurs autres États par laquelle les états fédérés (les provinces) pourront avoir des ententes administratives avec cet ou ces États étrangers, et ce, selon les termes prévus par la convention. Le plus célèbre de ces accords-cadres au Canada est, sans nul doute, l'*Accord culturel entre le Canada et la France*, conclu en 1965, autorisant les provinces canadiennes -- dans les faits, le Québec -- à développer des liens et à avoir des ententes administratives directement avec la France dans les domaines académique, artistique, scientifique et culturel. L'expérience a été répétée, notamment avec l'Italie, relativement à des matières de droit privé relevant des provinces, dont la sécurité sociale⁵⁵.

Outre ces trois mécanismes de coordination, c'est par le truchement de pourparlers et de négociations de nature politique qu'on tente, au Canada, de minimiser la complexité qui découle de la dualité fédérale-provinciale des compétences en matière de traités. Ce fut le cas, notamment, lorsque le Canada a ratifié, en 1976, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁵⁶. Depuis un temps, la province de Québec a institutionnalisé sa participation -- en fait, ses prétentions -- en ce qui concerne les processus de collaboration nécessaire relativement aux traités internationaux portant sur des matières de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Quoiqu'il s'agisse d'un cadre législatif⁵⁷, son assise constitutionnelle n'est que partielle, toutefois⁵⁸.

[Paragraphe suivant : 49]

Note(s) de bas de page

1 *Lettres patentes constituant la charge du Gouverneur général du Canada* (1947), L.R.C. (1985), app. II, n^o 31.

2 Jacques-Yvan MORIN, « La personnalité internationale du Québec », (1984) 1 R.Q.D.I. 163, 187.

3 Sur la dimension externe de la souveraineté d'un État, en droit international, voir : Stéphane BEAULAC, « Emer de Vattel and the Externalization of Sovereignty », (2003) 5 *Journal of the History of International Law* 237.

4 Voir : Robert JENNINGS et Arthur WATTS, *Oppenheim's International Law*, vol. 1, «

Peace », 9^e éd., Longman, London, 1992, p. 254.

5 *Affaire du traitement des nationaux polonais à Danzig (Pologne c. Danzig)* (Avis consultatif), [1931] C.P.J.I., série A/B, n^o 44, p. 23.

6 *Contra*, voir : Hugo CYR, « Les souverainistes canadiens et québécois et la conclusion des traités : ce qu'en dit le droit international public », (2010) 3 *R.Q.D.C.* 33, 46-49, qui, toutefois, associe erronément la personnalité internationale en général -- dont jouissent des entités non étatiques -- et la personnalité juridique des « États » en droit international; cette dernière est, de fait, unique et inhérente à l'autorité centrale des États souverains en vertu du droit international public.

7 *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, A.G.N.U., Résolution 56/83, 12 décembre 2001, Annexe.

8 Voir : Alan E. GOTLIEB, *Canadian Treaty-Making*, Toronto, Butterworths, 1968, p. 25-27; Gerald L. MORRIS, « The Treaty Making Power : A Canadian Dilemma », (1967) 45 *R. du B. can.* 478, 492-497.

9 Voir, notamment, la décision dans l'affaire *United States c. Curtiss-Wright Export Corp.*, (1936) 299 U.S. 304, 318.

10 On remarquera, toutefois, que cette opinion tendancieuse semble être exprimée par des universitaires clairement engagés dans des causes politiques, tels Jacques-Yvan MORIN, Daniel TURP et, plus récemment, Hugo CYR dans sa thèse de doctorat publiée sous le titre : *Canadian Federalism and Treaty Powers -- Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang (Diversitas), 2009.

11 Voir : Jean-Yves GRENON, « De la conclusion des traités et de leur mise en oeuvre au Canada », (1962) 40 *R. du B. can.* 151, 152-153 : « En vertu de notre droit constitutionnel coutumier, l'autorité nécessaire à la conclusion des traités relève de la prérogative royale laquelle, d'ordinaire, est exercée au nom du Canada par le gouverneur général en conseil agissant habituellement, dans ce domaine, sur la recommandation du secrétaire d'État aux Affaires extérieures. En d'autres termes, c'est l'organe exécutif central qui, chez-nous, est habilité à autoriser la conclusion d'accords valides selon le droit international public ».

12 Voir : Bora LASKIN, *The British Tradition in Canadian Law*, Londres, Stevens & Sons, 1969, p. 120-124. Nous n'en avons relevé aucune depuis 1969 non plus.

13 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 348-349.

14 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 348 [nos soulignements].

15 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 352 [nos soulignements].

16 *Reference re The Weekly Rest in Industrial Undertaking Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act*, [1936] R.C.S. 461, 535.

17 John H. CURRIE, *Public International Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008, p. 240.

18 GOUVERNEMENT DU CANADA, *Fédéralisme et relations internationales*, Ottawa, Imprimeur de la Reine et Contrôleur de la Papeterie, 1968, p. 11-14.

19 Voir : Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La réception du droit international en droit canadien », (2010) 52 *S.C. Law Rev.* (2d) 483, 506.

20 Voir : *Reference : Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792, 816.

21 Voir, par exemple, l'opinion du juge L'Heureux-Dubé (avec j. McLachlin) dans *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, par. 112-113, qui parle de la compétence exclusive du fédéral pour la conclusion des traités (bien qu'elle fasse erreur quant à l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), en s'appuyant sur la doctrine de Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Thomson Carswell, 2007, feuilles mobiles (dans la 3^e édition de 1992, à la page 283).

22 Voir : Paul GÉRIN-LAJOIE, « Le Québec est vraiment un État même s'il n'a pas la souveraineté entière », *Le Devoir*, 14 avril 1965, p. 5; Paul GÉRIN-LAJOIE, « Il nous faut une plus large autonomie et le droit de négocier avec l'étranger », *Le Devoir*, 15 avril 1965, p. 5. Récemment, pour fêter le 50^e anniversaire de l'événement, le Groupe d'études et de recherche sur l'international et le Québec, en association avec l'École nationale d'administration publique, a tenu un colloque à Montréal, le 27 mars 2015.

23 Anne-Marie JACOMY-MILLETTE, *L'introduction et l'application des traités internationaux au Canada*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 75-80.

24 *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, L.Q. 2000, c. 46, devenue RLRQ, c. E-20.2.

25 GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La politique internationale du Québec : La force de l'action concertée*, Québec, 2006, p. 5.

26 *Liquidators of Maritime Bank c. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437, 443 (C.P.).

27 *Bonanza Creek Gold Mining Company Ltd. c. Rex*, [1916] 1 A.C. 566, 580 (C.P.).

28 Voir : *British Columbia Power Corp. c. British Columbia Electric Co.*, [1962] R.C.S. 642, 644-645; *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539, par. 9.

29 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 351.

30 Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Thomson Carswell,

2007, feuilles mobiles, § 11.2.

31 Voir aussi : Stéphane BEAULAC, « The Myth of *Jus Tractatus* in *La Belle Province* : Quebec's Gérin-Lajoie Statement » (2012) 35 *Dalhousie L.J.* 237.

32 Voir, par exemple : Hugo CYR, *Canadian Federalism and Treaty Powers -- Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang (Diversitas), 2009, p. 108-115.

33 Claude EMANUELLI, *Droit international public -- Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 92.

34 Anne-Marie JACOMY-MILLETTE, Françoise COULOMBE et James LEE, *Les provinces canadiennes et les relations avec l'étranger*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1990, p. 15 [italiques dans l'original].

35 Voir aussi : Gibran van ERT, « The Legal Character of Provincial Agreements with Foreign Governments », (2001) 42 C. de D. 1093, 1122-1123.

36 Les trois traités adoptés à l'OIT étaient : *Convention tendant à limiter à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine le nombre des heures de travail dans les établissements industriels*, adoptée le 28 novembre 1919; *Convention concernant l'application du repos hebdomadaire dans les établissements industriels*, adoptée le 17 novembre 1921; et *Convention concernant l'institution de méthodes de fixation des salaires minima*, adoptée le 16 juin 1928.

37 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 351.

38 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 352.

39 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 352.

40 Voir : Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La réception du droit international en droit canadien », (2010) 52 *S.C. Law Rev.* (2d) 483, 512-513 : « Sans mentionner explicitement le principe du fédéralisme, tout l'avis rendu par Lord Atkin s'appuie implicitement sur la nécessité de préserver celui-ci dans la réponse à la question de la compétence législative d'exécution des traités ».

41 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 352.

42 *A.G. Canada c. A.G. Ontario (Conventions du travail)*, [1937] A.C. 326, 353-354.

43 Voir : Norman A.M. MacKENZIE, « Canada and the Treaty-Making Power », (1937) 15 *R. du B. can.* 436; Norman A.M. MacKENZIE, « Canada : The Treaty-Making Power », (1937) 18 *B.Y.I.L.* 172; Vincent C. MacDONALD, « The Canadian Constitution Seventy Years After », (1937) 15 *R. du B. can.* 419; Frank R. SCOTT, « The Consequence of the Privy Council Decisions », (1937) 15 *R. du B. can.* 485; Alexander B. ELKIN, « De la

compétence du Canada pour conclure les traités internationaux -- Étude sur le statut juridique des Dominions britanniques », (1938) 45 *R.G.D.I.P.* 658; George J. SZABLOWSKI, « Creation and Implementation of Treaties in Canada », (1956) 34 *R. du B. can.* 28; Frank R. SCOTT, « Labour Conventions Case : Lord Wright's Undisclosed Dissent », (1956) 34 *R. du B. can.* 114; Edward McWHINNEY, « Federal Constitutional Law and the Treaty-Making Power » (1957) 35 *R. du B. can.* 842; Edward McWHINNEY, « The Constitutional Competence within Federal Systems as to International Agreements », (1964) 1 *Études juridiques au Canada* 145; Gérard V. La FOREST, « The Labour Conventions Case Revisited », (1974) 12 *A.C.D.I.* 137.

44 Voir, notamment : Stéphane BEAULAC, « The Canadian Federal Constitutional Framework and the Implementation of the Kyoto Protocol », (2005) 5 *Revue juridique polynésienne (hors série)* 125.

45 Les premiers, en 1956, furent ceux du juge Kerwin dans *Francis c. La Reine*, [1956] R.C.S. 618, 621 : « It may be necessary in connection with other matters to consider in the future the judgement of the Judicial Committee in The Labour Conventions Case ».

46 Voir : Armand L.C. DE MESTRAL, « Treaty-Power, and More on Rules and *Obiter Dicta* », (1983) 61 *R. du B. can.* 856.

47 *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, 169.

48 *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, 171.

49 Voir : *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, 135; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, par. 18 et 57. Au Québec, voir aussi : *Renvoi relatif au projet de loi C-7 sur le système de justice pénale pour les adolescents*, [2003] R.J.Q. 1118, par. 90 (C.A.).

50 *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [2003] R.J.Q. 2729, 234 D.L.R. (4th) 398, par. 76, conf. par [2005] 1 R.C.S. 10.

51 Jean-Maurice ARBOUR et Geneviève PARENT, *Droit international public*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 184.

52 Voir : H. Allan LEAL, « Federal State Clauses and the Conventions of the Hague Conference on Private International Law », (1984) 8 *Dalhousie L.J.* 257.

53 Voir : Hugh A. KINDRED et Phillip M. SAUNDERS (dir.), *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7^e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2006, p. 210; John TRONE, *Federal Constitution and International Relations*, Brisbane, University of Queensland Press, 2001, p. 13-14.

54 Voir : Hélène TRUDEAU et Suzanne LALONDE, « La mise en oeuvre du *Protocole de Kyoto* au Canada : concertation ou coercition ? », (2004) 34 *R.G.D.* 141, 153.

55 Voir : André SAMSON, « La pratique et les revendications québécoises en matière de conclusion d'ententes internationales », (1984) 1 R.Q.D.I. 69.

56 Voir : William A. SCHABAS, « Le Canada et l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* », (1998) 11 R.Q.D.I. 67, 101.

57 Voir : *Loi sur le ministère des Relations internationales*, RLRQ, c. M-25.1.1.

58 Notamment, les prétentions en matière de *jus tractatus* -- lorsqu'on parle de conclusion d'ententes internationales et de ratification de conventions signées par le fédéral, aux articles 19 à 22.7 de la *Loi sur le ministère des Relations internationales* -- sont sans fondement constitutionnel, comme il a été vu plus haut (voir *supra* n^o 26).

JurisClasseur Québec Droit constitutionnel

FASCICULE 23 -- INTERLÉGALITÉ ET RÉCEPTION DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

V. RÉCEPTION DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE

JCON-23.5

49 Introduction -- Selon la source de normativité en droit international, les conventions et la coutume étant les deux principales (voir *supra* n^{OS} 6 à 8), la réception en droit interne s'effectuera suivant la logique dualiste ou moniste (voir *supra* n^{OS} 11 à 13). Il convient maintenant de voir plus en détail comment, concrètement, la mise en oeuvre d'un traité international peut et, en fait, doit se faire en droit canadien et québécois. S'agissant du droit international coutumier, en outre, la théorie dite de « l'adoption », telle que confirmée récemment au Canada, sera examinée.

A. Le droit international conventionnel

50 Traités et mise en oeuvre législative -- Nous avons vu que ce ne sont pas toutes les obligations conventionnelles qui doivent, en vertu de la thèse dualiste, être transformées en droit interne (voir *supra* n^O 20). En effet, ce sont celles qui visent à produire des effets juridiques à l'intérieur de la juridiction nationale qui nécessitent la mise en oeuvre, et ce, au moyen d'une loi. Un auteur le rappelait récemment : « Le critère incontournable est que le législateur doit avoir exprimé son intention claire de donner force de loi au texte du traité lui-même en droit canadien »¹. À vrai dire, il en va de l'intégrité du droit interne au pays, eu égard à la séparation des pouvoirs et au principe démocratique notamment², puisque la législation de mise en oeuvre, fédérale ou provinciale, permettra d'avaliser les normes issues de traités créés à l'international.

La transformation du droit international conventionnel signifie que la branche législative devra adopter une mesure explicite de mise en oeuvre, c'est-à-dire un texte de loi de mise en oeuvre. Ruth Sullivan, experte en matière de rédaction législative, identifie deux techniques utilisées par le législateur pour ainsi donner effet à un traité en droit interne, à savoir (a) l'incorporation par référence, et (b) l'harmonisation³.

La première technique transforme directement les normes conventionnelles de deux façons : soit en reproduisant les dispositions du traité international dans le corps de la loi -- un « copié-collé » du traité dans la législation --, soit subsidiairement en mettant le texte du traité comme tel en annexe à la loi et en y indiquant qu'il fait ainsi partie de la législation interne. Un exemple où la loi canadienne reprend le libellé d'un traité est la *Loi de mise en oeuvre de la Convention sur les armes chimiques*⁴. Voici un autre exemple tiré de la *Loi sur la marine marchande*⁵ :

142. (1) Sauf réserve faite par le Canada et dont le texte figure à la partie 2 de l'annexe 3, la Convention internationale de 1989 sur l'assistance, signée à Londres le 28 avril 1989, et dont le texte figure en annexe 3, est approuvée et a force de loi au Canada.

Dans un article récent, écrit avec un coauteur, Ruth Sullivan explique la pratique, avec ou sans annexe, dans les termes suivants :

La loi portant mise en oeuvre directe comprend généralement un préambule ou une disposition précisant son objet, et parfois les deux. Ces dispositions fournissent des détails qui peuvent avoir d'importantes répercussions sur l'interprétation de la loi. De plus, le texte de l'accord peut être annexé à celle-ci.⁶

Dans ce second scénario, toutefois, il faut souligner que le seul fait de mettre le texte du traité en annexe d'une loi n'est pas considéré suffisant, en soi, pour donner effet en droit interne aux normes internationales. Dans le *Renvoi : Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver*⁷, le juge Iacobucci de la Cour suprême s'est appuyé sur deux opinions exprimées en 1945, dans l'arrêt *Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa*⁸, pour conclure ainsi :

Bien que le juge en chef Rinfret et le juge Kerwin ne se soient pas entendus sur le résultat, je décèle un point commun dans leurs jugements respectifs, savoir que les seules ratification et confirmation d'un traité en annexe ne suffiront pas généralement pour conclure que ce traité fait partie de la loi même.⁹

En ce qui a trait à l'autre technique, soit la transformation par voie d'harmonisation de la législation, l'auteure Sullivan écrit ceci : « When a legislature implements an international convention through harmonization, it redrafts the law to be implemented in its own terms so as to adapt it to domestic law »¹⁰. Il s'agit de la façon habituelle de mettre en oeuvre des conventions internationales dans plusieurs domaines juridiques, comme en droit pénal. Pensons, par exemple, à la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*¹¹ qui transforme par voie d'harmonisation le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*. Autre exemple, la *Loi sur les conventions de Genève*¹² :

3. (1) Quiconque commet, au Canada ou ailleurs, une infraction grave au sens des articles 50 de l'annexe I, 51 de l'annexe II, 130 de l'annexe III, 147 de l'annexe IV ou 11 ou 85 de l'annexe V est coupable d'un acte criminel et passible :

- a) dans le cas où il y a eu mort d'une personne, de l'emprisonnement à perpétuité;
- b) dans les autres cas, de l'emprisonnement maximal de quatorze ans.

S'agissant de la technique d'harmonisation, voici les explications de Ruth Sullivan (et de son coauteur) :

Cette méthode consiste à reprendre les dispositions d'un accord ou à adopter des dispositions qui satisferont aux exigences de l'accord, soit en adoptant une nouvelle loi, soit en modifiant des lois déjà en vigueur. [...] Les raisons pour lesquelles un accord international est mis en oeuvre ont une grande incidence sur le sens de la législation interne. Elles sont parfois exposées dans une disposition interprétative [...].¹³

Cela étant, il faut ajouter que ces deux techniques ne sont pas mutuellement exclusives; non seulement des normes issues de traités peuvent être mises en oeuvre par incorporation directe ou par

voie d'harmonisation, mais une même convention peut être transformée en partie par la première technique et en partie par la seconde. La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁴ en est un exemple : la *Convention relative au statut des réfugiés* a été mise en oeuvre à la fois par incorporation directe et par harmonisation du droit fédéral en la matière.

Mentionnons, enfin, qu'au niveau de la chronologie, une législation de mise en oeuvre peut être adoptée par l'autorité compétente avant que le Canada -- l'exécutif fédéral -- ne finalise la conclusion d'un traité, c'est-à-dire en anticipation de la ratification de celui-ci. Autrement dit, quand même assez fréquemment, il arrivera que le traité international soit transformé en droit interne canadien et québécois avant même que le Canada ne soit partie à l'instrument international. Un exemple est la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*¹⁵, adoptée en juin 2000, qui a anticipé la ratification par le Canada du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* en juillet 2000 et, en fait, a précédé de deux ans le moment où ce dernier est devenu obligatoire en droit international, avec son entrée en vigueur en juillet 2002. Soyons clair, toutefois : il ne faut pas confondre ces situations de mise en oeuvre sur la base d'une convention déjà conclue et l'argument selon lequel une législation existante peut être vue comme transformant de nouvelles normes issues de traités; ce second scénario est hautement problématique, comme nous le verrons (voir *infra* n^o 52).

51 Mise en oeuvre et intention législative -- Suivant l'une ou l'autre des deux façons de transformer les obligations conventionnelles en droit interne canadien ou québécois, il est donc absolument nécessaire que le Parlement compétent adopte un texte législatif. Il s'ensuit que le facteur déterminant pour savoir si, effectivement, une loi vise à mettre en oeuvre un traité est lié au concept fondamental d'« intention du législateur »¹⁶. C'est ce que le juge Iacobucci avait clarifié dans le *Renvoi : Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver*¹⁷, repris par le juge Lemieux de la Cour fédérale dans *Pfizer Inc. c. Canada* : « Pour déterminer si une convention a été incorporée dans une loi déterminée de manière à se voir conférer force de loi, il faut découvrir l'intention du législateur »¹⁸. En ce sens, « on peut utiliser tous les outils d'interprétation législative pour déterminer si l'on a voulu incorporer une entente donnée dans une loi »¹⁹. Plus récemment, dans la célèbre affaire de la margarine colorée au Québec, *Unilever*, notre Cour d'appel a opiné de même : « One must, using all the rules of statutory interpretation, determine the intention of the legislature. Did it intend to incorporate the agreement into internal law ? »²⁰.

Une telle détermination sur la base du concept de l'intention du législateur fut au coeur du jugement de la Cour fédérale dans l'affaire *Pfizer*, où l'on devait décider si l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* (ci-après « Accord sur l'OMC ») était transformé en droit interne canadien au moyen de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*²¹. Même si l'Accord sur l'OMC se trouvait en annexe de la loi de mise en oeuvre, le juge Lemieux fut d'avis que l'ensemble du traité ne se trouvait pas ainsi transformé, *ipso facto*, en droit interne :

Lorsqu'il a déclaré, à l'article 3 de la Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'OMC, que l'objet de la Loi était de mettre en oeuvre l'Accord, le législateur fédéral disait simplement quelque chose d'évident : il prévoyait la mise en oeuvre de l'Accord sur l'OMC

selon les modalités d'application de l'ensemble de la Loi, et notamment de celles qui se trouvent à la partie II, qui porte sur des modifications législatives précises. Lorsqu'il déclare à l'article 8 de la Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'OMC qu'il approuve l'Accord sur l'OMC, le législateur fédéral n'incorpore pas l'Accord sur l'OMC en droit fédéral. D'ailleurs, il ne pouvait pas le faire, parce que certains aspects de l'Accord sur l'OMC ne pouvaient être mis en oeuvre que par les provinces en vertu des pouvoirs législatifs constitutionnels qui leur sont conférés par l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [...]. En approuvant l'Accord, le législateur fédéral a réaffirmé l'importance de l'Accord comme base de sa participation à l'Organisation mondiale du commerce et a affirmé l'adhésion du Canada aux mécanismes de l'OMC tels que le règlement des différends et les modalités de mise en oeuvre dans les cas où il est nécessaire de les adapter par voie réglementaire ou juridictionnelle.²²

En somme, à l'instar de n'importe quel exercice d'interprétation législative, la question de savoir si un traité international est mis en oeuvre, de telle sorte que les normes qui en sont issues produisent leurs effets juridiques en droit interne canadien et québécois, sera tributaire de l'intention du législateur. Celle-ci sera déterminée eu égard au libellé de la loi, considéré en contexte (immédiat et élargi), et à la lumière de l'objectif poursuivi. Il s'agit, on l'a reconnue, de l'application à la problématique de l'interlégalité de l'approche interprétative connue sous le nom de « principe moderne »²³ (en anglais, *modern principle*), de l'auteur Elmer Driedger²⁴.

52 Pas de mise en oeuvre « passive » -- S'il est une controverse qui perdure depuis fort longtemps, en matière d'interlégalité et de réception du droit international au pays, c'est bien la question de savoir si, suivant la logique dualiste et les valeurs qu'elle véhicule -- séparation des pouvoirs, principe démocratique -- un traité peut être considéré comme mis en oeuvre sur la base d'une législation existante. Cette école, qui devient progressivement moins minoritaire qu'avant auprès des intervenants dans le domaine²⁵, demeure hautement problématique néanmoins et, de fait, est sans fondement juridique puisqu'elle n'a jamais été entérinée explicitement par les tribunaux au Canada. On parle généralement, dans ces cas, de mise en oeuvre ou d'incorporation « passive » des normes internationales issues de traités.

À vrai dire, si cette école est devenue populaire chez les internationalistes²⁶, elle ne l'est pas du tout chez les publicistes canadiens, c'est-à-dire les spécialistes de droit public de tradition anglo-saxonne de common law²⁷. Il semble s'agir d'une autre instance où la perspective de droit international se heurte à un point de vue sensiblement différent eu égard aux enjeux de droit interne²⁸. Il existe en effet un enthousiasme, dans les cercles des internationalistes canadiens et québécois, en faveur de l'augmentation du recours au droit international en droit interne, et ce, même si le prix à payer est de battre en brèche des principes centenaires en droit public, comme la séparation des pouvoirs et la légitimité démocratique.

Ce zèle internationaliste se manifeste notamment en coupant les coins ronds de la théorie dualiste en matière de droit international conventionnel pour ainsi voir une panoplie de moyens de mettre en oeuvre les traités en droit interne, y compris sur la base de la législation existante²⁹. Un exemple nous vient d'auteurs de McGill, qui suggèrent une liste de 13 façons -- rien de moins ! -- de mettre en oeuvre une convention internationale en droit interne, y compris : « Reliance upon pre-existing federal and provincial legislation »³⁰. Ils opinent ainsi : « Existing law often provides a sufficient basis to allow the legal advisers of the federal gouvernement to proceed with ratification of a treaty without the necessity of any new enactment »³¹.

Le problème premier avec cet énoncé, et non le moindre, c'est qu'il ne s'appuie sur aucune cause de jurisprudence, pas plus que sur une source officielle de l'exécutif (fédéral ou provincial)³². En fait, les précédents judiciaires au pays, que nous venons de voir (voir *supra* n° 51), appuient sans exception la position traditionnelle, inchangée, selon laquelle il faut un nouveau texte législatif de mise en oeuvre pour que soit avalsées en droit interne les obligations conventionnelles contractées par le Canada. Une décision relativement récente de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Ahani c. Canada*³³, vient réitérer la position bien ancrée en droit public canadien, selon laquelle une loi de mise en oeuvre doit expressément être adoptée pour transformer un traité.

Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, que le Canada a ratifié en mai 1976, faisait partie du droit interne, afin que les normes prévues puissent être à la base d'une injonction à l'encontre d'une ordonnance de déportation. Il y a consensus au pays, parmi les intervenants sérieux dans le domaine, que ces obligations internationales en matière de droits humains n'ont jamais fait l'objet d'une transformation expresse en droit interne. Hugh Kindred, par exemple, résume la situation ainsi :

Yet nowhere to date is there legislation explicitly implementing within Canada such fundamental international human rights conventions as the *International Covenant on Civil and Political Rights*, the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* and the *Convention on the Rights of the Child*.³⁴

Dans ce contexte, la Cour d'appel de l'Ontario -- tant la majorité que la dissidence -- n'a eu d'autre choix que de conclure que le *Protocole facultatif* ne fait pas partie du droit interne canadien et, partant, n'a aucun effet juridique relativement à la question dans cette affaire. Pour la majorité, le juge Laskin écrit : « Canada has never incorporated either the Covenant or the Protocol into Canadian law by implementing legislation. Absent implementing legislation, neither has any legal effect in Canada »³⁵. Il ajoute que le contraire mènerait à un résultat indéfendable (« untenable result ») car : « [it] would 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 »³⁶. On pourrait difficilement être plus clair, n'est-ce pas ? En fait, on ne pourrait pas être plus en parfait accord avec l'état du droit canadien et québécois sur la question. En dissidence sur un autre point, le juge Rosenberg abonde dans le même sens sur cette question :

On the legal side, they [le gouvernement fédéral] invoke the established principle that international conventions are not binding in Canada unless they have been specifically incorporated into Canadian law. The Covenant, while ratified, has never been incorporated into Canadian domestic law and therefore does not create legal obligations enforceable in Canada.³⁷

Ce précédent judiciaire, d'une cour d'appel jouissant d'une grande autorité, devrait sans doute mettre de côté les prétentions doctrinales tendancieuses concernant l'incorporation dite « passive » du droit international coutumier en droit interne canadien et québécois. À cet égard, les commentaires suivants d'un publiciste australien bien établi, Brian Opeskin, s'appliquent *mutatis mutandis* à la problématique de l'interlégalité chez nous :

A concern that judges should not be seen to be implementing treaties by the « back door » has been expressed in other cases as well. It demonstrates a judicial sensitivity to the primacy of parliament and the corresponding need for caution in superintending the relationship between the external and internal legal order.³⁸

L'image des traités internationaux qui entrent par la porte d'en arrière, en produisant des effets juridiques en droit interne sans l'aval du Parlement -- en violation des valeurs liées à la séparation des pouvoirs et au principe démocratique -- est très puissante. Clairement, c'est ce dont il s'agit avec l'école de mise en oeuvre « passive ». À l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario, nos tribunaux d'appel -- dont celui de la province de Québec -- et surtout la Cour suprême du Canada devront veiller au grain.

B. Le droit international coutumier

53 Coutume et théorie de l'adoption -- Dans la tradition anglo-saxonne de common law en droit public, il serait bien établi que la réception du droit international coutumier répond à la logique dite « moniste » (voir *supra* n° 13). On parle aussi, fréquemment, de la théorie de l'adoption afin d'articuler l'idée selon laquelle aucune mesure étatique active ou expresse n'est nécessaire pour que la normativité découlant de la coutume internationale puisse produire ses effets juridiques en droit interne. En somme, le droit international de nature coutumière fait partie du droit interne auquel le juge canadien ou québécois peut avoir recours dans une affaire, et ce, automatiquement, c'est-à-dire sans avoir besoin d'une quelconque mesure de mise en oeuvre (comme c'est le cas pour les traités).

On a déjà souligné qu'en droit public britannique, la théorie de l'adoption de la coutume internationale existe depuis au moins le XVIII^e siècle³⁹, comme en témoigne cet extrait de l'oeuvre de William Blackstone :

In arbitrary states this law, wherever it contradicts or is not provided for by the municipal law of the country, is enforced by the royal power : but since in England no royal power can introduce a new law, or suspend the execution of the old, therefore, the law of nations [...] is here adopted in its full extent by the common law, and is held to be a part of the law of the land. And those acts parliament, which have from time to time been made to enforce this universal law, or to facilitate the execution of its decisions, are not to be considered as introductive of any new rule, but merely as declaratory of the old fundamental constitutions of the kingdom; without which it must cease to be a part of the civilized world.⁴⁰

Depuis très longtemps, suivant le modèle anglais, il était également enseigné au Canada et au Québec que la coutume était reçue automatiquement en droit interne⁴¹. Toutefois, comme certains auteurs avaient pris un malin plaisir à le souligner, la jurisprudence au pays était loin d'être aussi claire⁴². Par exemple, Stephen Toope, longtemps à McGill, se disait obligé d'enseigner les précédents britanniques en ce qui concerne la réception de la coutume -- précisément le jugement de Lord Denning dans *Trendtex*⁴³-- en raison de l'état bordélique du droit applicable chez nous⁴⁴. Toope a même déjà écrit, à cet égard, que : « [w]e know for certain that we *do not* know whether customary international law forms part of the law of Canada »⁴⁵. Cette déclaration, qui se voulait sans doute provocante, était toutefois grandement exagérée.

Qu'à cela ne tienne, il est maintenant assez limpide -- bien que⁴⁶ -- depuis la décision de la Cour

suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Hape*⁴⁷, qu'il y a réception automatique de la coutume sur la base de la théorie de l'adoption⁴⁸. En effet, dans l'opinion majoritaire, le juge LeBel met fin à la pseudo-controverse (créée en bonne partie en doctrine), et ce, on ne peut plus clairement :

Malgré ce silence de notre Cour dans certaines affaires récentes, la doctrine [*sic* -- la théorie] de l'adoption n'a jamais été rejetée au Canada. En fait, un fort courant jurisprudentiel la reconnaît formellement ou, du moins, l'applique. À mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la [théorie] de l'adoption s'applique au Canada [...].⁴⁹

Cette conclusion s'appuyait notamment sur la décision britannique dans *Trendtex* et sur le fait que la Cour suprême « a appliqué implicitement ou explicitement cette [théorie] dans plusieurs arrêts »⁵⁰. On fait même un certain *mea culpa*, au passage, en mentionnant que « [d]ans d'autres affaires qui s'y prêtaient, notre Cour n'a cependant ni appliqué ni examiné la [théorie] de l'adoption du droit international coutumier »⁵¹.

54 Le recours à la coutume -- S'agissant de la dimension heuristique de l'interlégalité, mentionnons que, contrairement à ce que la théorie moniste suggère généralement (voir *supra* n^o 13), la théorie de l'adoption de la coutume internationale en droit public ne donne pas préséance à la norme internationale en cas de conflit avec le droit interne du pays. En d'autres termes, le droit international coutumier sera d'application automatique dans une affaire, sauf s'il y a incompatibilité avec des normes juridiques nationales⁵². Bref, le droit interne a préséance sur la coutume internationale. En ce qui a trait au droit écrit, il n'est pas compliqué de comprendre que le principe de la suprématie du Parlement, si important en droit public de common law, exige de donner priorité à la volonté (démocratique) de la branche législative de l'État, exprimée au moyen d'un texte de loi, dans l'hypothèse d'un conflit normatif avec le droit international coutumier.

Bien que la justification semble moins évidente, la même règle donnant priorité au droit interne s'applique dans les cas où il y a conflit entre une coutume et une norme juridique interne de droit non écrit, c'est-à-dire une norme de common law (c'est-à-dire *judge-made law*) de source jurisprudentielle⁵³. En effet, comme l'auteur britannique Ian Brownlie le résumait :

The dominant principle, normally characterized as the doctrine of incorporation [aussi appelée théorie de l'adoption], is that customary rules are to be considered part of the law of the land and enforced as such, with the qualification that they are incorporated only so far as is not inconsistent with Acts of Parliament or prior judicial decisions of final authority.⁵⁴

Par conséquent, il faut faire attention lorsqu'on entend, de certains auteurs, que la théorie de l'adoption signifie que le droit international coutumier fait « automatiquement » partie de la common law ou, pour être plus précis, du droit non écrit de la juridiction interne⁵⁵. Cela est inexact si l'on suggère ainsi que, par la force des choses, les normes coutumières vont nécessairement venir, *ipso facto*, s'imposer sur la normativité *judge-made law* de droit interne⁵⁶. Tout d'abord, nous venons de voir que, s'il y a conflit, le membre de la branche judiciaire de l'État -- c'est-à-dire le ou la juge de droit interne -- ne se considérera pas contraint de donner effet à la coutume. Mais, de façon plus générale, compte tenu des réalités séparées et distinctes des sphères juridiques internationale et nationale (voir *supra* n^o 4), suivant le modèle westphalien (voir *supra* n^o 2), la coutume

internationale n'est pas, et en fait ne peut pas être contraignante en droit interne; une ou un magistrat au pays ne sera jamais obligé, en vertu de la théorie de l'adoption, de donner effet à une norme coutumière⁵⁷. Lorsqu'on dit que la norme coutumière est d'application « automatique » en droit interne, il s'agirait d'un raccourci langagier. Ce qu'on veut dire, en réalité, est ceci : la normativité de droit international coutumier est disponible -- « automatiquement disponible » -- pour les juges nationaux, qui pourront choisir d'y avoir recours en droit interne⁵⁸.

Bref, le pouvoir judiciaire national demeure maître -- d'aucuns diraient le gardien, en fait -- de la normativité de droit interne (y compris le droit de source jurisprudentielle) qu'il a le mandat constitutionnel d'interpréter et d'appliquer⁵⁹. Dans la tradition anglo-saxonne de common law, le monisme ne signifie pas la fin de la dichotomie droit international / droit interne; plutôt, la théorie de l'adoption permet, automatiquement, d'avoir recours à la coutume, c'est-à-dire sans qu'il y ait besoin de mesure de mise en oeuvre législative, par exemple. Le ou la juge n'est pas « lié », et encore moins nécessairement « contraint » par la coutume⁶⁰. Il ou elle pourra y avoir recours, s'il n'y a pas de conflit normatif avec une loi ou une règle de common law. Surtout, cette utilisation de la norme internationale sera faite à sa discrétion, au même titre que toute autre source normative dans un exercice judiciaire d'interprétation et d'application du droit (c'est-à-dire du droit interne).

Par ailleurs, il existe un obstacle de taille à l'utilisation du droit international coutumier en droit interne, soit la difficulté d'en faire la démonstration⁶¹. Nous avons déjà vu (voir *supra* n° 8) que la preuve des éléments constitutifs de la coutume (pratique étatique, *opinio juris*) peut être complexe, ce qui est d'autant plus vrai si on en invoque l'existence devant un tribunal de droit interne. Comme le juge LeBel de la Cour suprême l'a déjà souligné, dans un texte non judiciaire coécrit avec sa clerc juridique :

A party relying on customary law must meet the two criteria of consistent international practice and *opinio juris* and must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other party. These criteria require that the party provide wide-sweeping objective and subjective evidence of the establishment of a custom; this distinction is problematic as it is often difficult to determine what states believe as opposed to what they say.⁶²

Ces difficultés ressortent clairement de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Mack c. Canada*⁶³, où la question était de savoir si une norme coutumière en matière de non-discrimination raciale existait au moment de l'application d'une législation imposant une charge (*head tax*) aux personnes d'origine chinoise au moment d'entrer au pays. Après avoir référé aux deux composantes d'une coutume internationale et, surtout, après avoir considéré tous les éléments de preuve à l'appui de l'argument, qui n'avaient rien de cartésien dans sa présentation, la Cour conclut de façon unanime à ceci :

In sum, based on the evidence presented, it is plain and obvious that the appellants cannot succeed in establishing the existence of a pre-1947 customary international law prohibiting racial discrimination that would render the impugned legislation invalid.⁶⁴

La démonstration de l'existence de droit international coutumier peut donc s'avérer assez ardue. En amont, cela requerra des ressources professionnelles et financières qui risqueront de mettre le

recours à cet élément d'interprétation et d'application du droit interne hors de portée pour plusieurs justiciables.

Note(s) de bas de page

1 Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La réception du droit international en droit canadien », (2010) 52 *S.C. Law Rev.* (2d) 483, 524.

2 Voir : Stéphane BEAULAC, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont " liés " par le droit international », (2004) 38 *R.J.T.* 359, 378-383.

3 Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham / Vancouver, Butterworths, 2002, p. 430.

4 *Loi de mise en oeuvre de la Convention sur les armes chimiques*, L.C. 1995, c. 25.

5 *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, c. 26, art. 142.

6 John Mark KEYES et Ruth SULLIVAN, « L'interaction du droit international et du droit national dans une perspective législative », dans Oonagh E. FITZGERALD et al. (dir.), *Règle de droit et mondialisation : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 351, aux pages 393 et 394.

7 *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 *R.C.S.* 41.

8 *Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] *R.C.S.* 105.

9 *Renvoi : Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver*, [1994] 2 *R.C.S.* 41, 109.

10 Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham / Vancouver, Butterworths, 2002, p. 434.

11 *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24.

12 *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), c. G-3, art. 3.

13 John Mark KEYES et Ruth SULLIVAN, « L'interaction du droit international et du droit national dans une perspective législative », dans Oonagh E. FITZGERALD et al. (dir.), *Règle de droit et mondialisation : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 351, aux pages 396 et 397.

14 *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

15 *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24.

16 Sur le concept en général, voir : Stéphane BEAULAC et Frédéric BÉRARD, *Précis d'interprétation législative*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis Canada, 2014.

17 *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41, 110.

18 *Pfizer Inc. c. Canada*, [1999] 4 F.C. 441, par. 43 (1^{re} inst.).

19 *Pfizer Inc. c. Canada*, [1999] 4 F.C. 441, par. 43 (1^{re} inst.).

20 *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [2003] R.J.Q. 2729, 234 D.L.R. (4th) 398, par. 78 (C.A.), conf. par [2005] 1 R.C.S. 10.

21 *Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, c. 47.

22 *Pfizer Inc. c. Canada*, [1999] 4 F.C. 441, par. 48 (1^{re} inst.).

23 Voir, à ce sujet : Stéphane BEAULAC et Pierre-André CÔTÉ, « Driedger's " Modern Principle " at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) 40 *R.J.T.* 131.

24 *Le modern principle* de Elmer A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87, prévoit ceci : « Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament ».

25 Voir, notamment : Elisabeth EID et Hoori HAMBOYAN, « La mise en oeuvre par le Canada des obligations découlant de traités internationaux de droits de la personne : créer du sens au-delà de l'absurde », dans Oonagh E. FITZGERALD et al. (dir.), *Règle de droit et mondialisation : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 555; Irit WEISER, « Undressing the Window : Treating International Human Rights Law Meaningfully in the Canadian Commonwealth System », (2004) 37 *U.B.C.L.R.* 113.

26 Voir, par exemple : Elizabeth BRANDON, « Does International Law Mean Anything in Canadian Courts ? », (2001) 11 *Journal of Environmental Law & Practice* 399.

27 Voir, par exemple : Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Thomson Carswell, 2007, feuilles mobiles, § 11.4(a).

28 À titre d'exemple de cette dichotomie des perspectives internationaliste et publiciste, voir : Stéphane BEAULAC, « National Application of International Law : The Statutory Interpretation Perspective », (2003) 41 *A.C.D.I.* 225.

29 Voir, par exemple, la déclaration à l'emporte-pièce suivante, dans Gibran van ERT, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008, p. 248 : « To conclude, therefore, that Canadian law does not implement a treaty just because the treaty is not explicitly implemented in any statute is an error ».

- 30 Armand de MESTRAL et Evan FOX-DECENT, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law », (2008) 53 R.D. McGill 573, 621.
- 31 Armand de MESTRAL et Evan FOX-DECENT, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law », (2008) 53 R.D. McGill 573, 621. Aussi de l'école de pensée McGill, voir : Gibran van ERT, « Canada », dans David SLOSS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement -- A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 166; Jutta BRUNNÉE et Stephen J. TOOPE, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts », (2002) 40 A.C.D.I. 3.
- 32 Ce qui se rapproche le plus, en étirant, d'un énoncé gouvernemental est un rapport d'une bureaucrate fédérale : Irit WEISER, « Effect in Domestic Law of International Human Rights Treaties Ratified Without Implementing Legislation », dans C.C.D.I. (dir.), *L'influence du droit international sur la pratique du droit au Canada -- Travaux du 27^e Congrès annuel*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 132.
- 33 *Ahani c. Canada (Attorney General)*, (2002) 58 O.R. (3d) 107, 208 D.L.R. (4th) 66.
- 34 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, Thémis, 2002, p. 263, à la page 265.
- 35 *Ahani c. Canada (Attorney General)*, (2002) 58 O.R. (3d) 107, 208 D.L.R. (4th) 66, par. 31.
- 36 *Ahani c. Canada (Attorney General)*, (2002) 58 O.R. (3d) 107, 208 D.L.R. (4th) 66, par. 33.
- 37 *Ahani c. Canada (Attorney General)*, (2002) 58 O.R. (3d) 107, 208 D.L.R. (4th) 66, par. 73 (j. Rosenberg).
- 38 Brian R. OPESKIN, « Constitutional Modelling : The Domestic Effect of International Law in Commonwealth Countries -- Part II », (2002) *Public Law* 97, 109.
- 39 Voir : Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La réception du droit international en droit canadien », (2010) 52 *S.C. Law Rev.* (2d) 483, 489.
- 40 William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, Oxford, Clarendon Press, 1769, p. 67.
- 41 Voir, notamment : Armand de MESTRAL et Sharon A. WILLIAMS, *Introduction au droit international public, tel qu'il est interprété et appliqué au Canada*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 33.
- 42 Cette incertitude découlait d'une série d'arrêts à la Cour suprême : *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residence*, [1943] R.C.S. 208;

Municipality of Saint John c. Fraser-Brace Overseas Corp., [1958] R.C.S. 263; *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville de)*, [2001] 2 R.C.S. 241; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100.

43 *Trendtex Trading Corp. Ltd. c. The Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.).

44 Stephen J. TOOPE, « Canada and International Law », dans C.C.D.I. (dir.), *L'influence du droit international sur la pratique du droit au Canada -- Travaux du 27^e Congrès annuel*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 33, à la page 36.

45 Voir : Stephen J. TOOPE, « The Uses of Metaphor : International Law and the Supreme Court of Canada », (2001) 80 *R. du B. can.* 534, 536 [italiques dans l'original]. Voir aussi : Stephen J. TOOPE, « Inside and Out : The Stories of International Law and Domestic Law », (2001) 50 *R.D.U.N.-B.* 11, 16-17.

46 En effet, il s'en trouve encore pour en douter, comme John H. CURRIE, « Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law », (2007) 45 *A.C.D.I.* 55, 70, qui fait une lecture très littérale de la décision et suggère que : « the majority in *Hape* has not clarified the correct approach to the reception of customary international law in Canadian law at all ».

47 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292.

48 Voir, notamment : H. Scott FAIRLEY, « International Law Comes of Age : *Hape v. The Queen* », (2008) 87 *R. du B. can.* 229.

49 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 39.

50 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 37.

51 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 38.

52 Voir la célèbre décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans *Chung Chi Cheung c. R.*, [1939] A.C. 160, 168.

53 Ronald St.J. MacDONALD, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada », dans Ronald St.J. MacDONALD, Gerald L. MORRIS et Douglas M. JOHNSTON (dir.), *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, p. 88, à la page 98.

54 Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 43 [nos soulignements].

55 Voir, par exemple : Armand de MESTRAL et Evan FOX-DECENT, « Rethinking the

Relationship Between International and Domestic Law », (2008) 53 R.D. McGill 573, 584; Gibran van ERT, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008, p. 182.

56 Pour un exemple patent de ce type d'erreur de raisonnement, voir : François LAROCQUE et Martin KREUSER, « L'incorporation de la coutume internationale en common law canadienne », (2007) 45 A.C.D.I. 173.

57 Voir, à cet égard : 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 / Boston, Martinus Nijhof, 2006, p. 379, à la page 392.

58 Ce point a déjà été souligné par Francis RIGALDIES et José WOEHLING, « Le juge interne canadien et le droit international », (1980) 21 C. de D. 293, 305-306.

59 Voir aussi : René PROVOST, « Judging in Splendid Isolation », (2009) 56 A.J.C.L. 125, 167 : « The paradigm of the judicial function as projected by such an approach still erects impenetrable walls around Canadian law ».

60 Sur l'argument mal fondé du caractère contraignant du droit international, en général, voir : Stéphane BEAULAC, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont " liés " par le droit international », (2004) 38 R.J.T. 359.

61 Voir : Anne W. La FOREST, « Domestic Application of International in *Charter* Cases : Are We There Yet ? », (2004) 37 U.B.C.L.R. 157, 193-194; Treasa DUNWORTH, « The Rising Tide of Customary International Law : Will New Zealand Sink or Swim ? », (2004) 15 *Public Law Review* 36, 38-39.

62 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 S.C. Law Rev. (2d) 23, 30 [notes infrapaginales omises].

63 *Mack c. Canada (Attorney General)*, (2002) 60 O.R. (3d) 737, 217 D.L.R. (4th) 583 (C.A.).

64 *Mack c. Canada (Attorney General)*, (2002) 60 O.R. (3d) 737, 217 D.L.R. (4th) 583, par. 31 (C.A.).

JurisClasseur Québec Droit constitutionnel

FASCICULE 23 -- INTERLÉGALITÉ ET RÉCEPTION DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

VI. OPÉRATIONNALISATION DU DROIT INTERNATIONAL

JCON-23.6

55 Introduction -- Plusieurs volets de la problématique de l'interlégalité et bon nombre de principes propres à la réception du droit international en droit interne ont été examinés, notamment dans le but de préparer ce qui suit. En effet, puisque le présent fascicule -- en fait l'ouvrage dans son ensemble -- se veut éminemment pratique, il convient maintenant d'étudier comment, concrètement parlant, on peut avoir recours à la norme internationale dans le cadre d'une instance judiciaire en droit canadien et québécois. Il s'agit de « l'opérationnalisation », dans un sens, du droit international en droit interne.

A. Le droit international comme élément « pertinent et persuasif » d'interprétation

56 Droit international et interprétation juridique -- Comme il a été expliqué (voir *supra* n^o 5), même si elle n'est aucunement contraignante en droit interne, ce que la normativité internationale peut faire et, à vrai dire, devrait faire lorsque les circonstances s'y prêtent, est d'influencer l'interprétation et l'application du droit national par nos tribunaux. Sauf pour quelques fervents zélés de la cause internationaliste¹, on s'entend généralement que, à ce titre, le critère de référence au droit international en droit interne est celui de l'« autorité persuasive »². Le juge en chef Dickson, dissident dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, une affaire de Charte canadienne, a été le premier à souligner que les normes internationales, sans être contraignantes, peuvent constituer des éléments « pertinents et persuasifs » d'interprétation :

[...] Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la Charte. [...] Je crois qu'il faut présumer en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que la Canada a ratifiés en matière de droit de la personne.

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes de 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.³

Ces enseignements ont été adoptés en jurisprudence au pays⁴, notamment à la Cour suprême dans *Health Services and Support -- Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*⁵ et, encore récemment, dans *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*⁶. En outre, on a souligné (voir *supra* n^o 5) que le critère d'éléments « pertinents et persuasifs » d'interprétation

s'applique de façon générale au rôle du droit international en droit interne⁷.

57 Méthodologie d'interprétation juridique -- À vrai dire, peu importe la source de droit international, conventionnelle ou coutumière, et peu importe le type de normativité interne à être interprété -- un instrument constitutionnel comme la Charte canadienne, un instrument quasi constitutionnel comme la Charte québécoise, un simple texte législatif (fédéral ou provincial) ordinaire, une norme jurisprudentielle de droit non écrit (*judge-made law*) -- le cadre d'analyse relève de la méthodologie d'interprétation juridique. Il s'agit indubitablement de la meilleure façon d'appréhender la problématique de l'interlégalité et la réception du droit international, surtout quant à l'opérationnalisation de ces normes en droit interne. Une épistémologie centrée sur l'interprétation juridique est préférable à la perspective internationaliste qui est obsédée, voire obnubilée, par le débat sur le caractère obligatoire de la norme internationale pour les tribunaux du pays. Comme le remarquait René Provost, « [l]e débat sur l'application du droit international en droit canadien [est] stérilement fixé sur la question de la force obligatoire »⁸, et ce, à tort, ajouterons-nous.

Il y a lieu, ici, de réitérer l'idée fondamentale suivante : selon le paradigme westphalien, la réalité de droit interne est séparée et distincte de la réalité juridique internationale et, en conséquence, il revient aux cours de justice nationales d'interpréter et d'appliquer le droit canadien et québécois, pas le droit international, ce dernier étant du ressort des instances adjudicatives internationales⁹. Dans la tradition juridique anglo-saxonne de *common law*, il est bien ancré que, s'agissant du droit écrit, le Parlement délibère et adopte, tandis que les tribunaux judiciaires interprètent et appliquent les normes législatives¹⁰. Dans le cadre de cet exercice d'interprétation, au centre duquel se trouve la notion structurante d'intention du législateur¹¹, les juges ont à leur disposition un certain nombre de méthodes d'interprétation¹².

Celles-ci incluent l'interprétation textuelle, l'interprétation téléologique, l'interprétation historique, ainsi que les maximes d'interprétation fondées sur la logique (par exemple, *a fortiori* et *a contrario*) et plusieurs catégories d'arguments contextuels, tant internes qu'externes au texte législatif (y compris les débats parlementaires et les normes internationales). Il ne faut pas oublier, par ailleurs, les arguments de type pragmatique, somme toute plus obscurs, connus aussi sous le nom d'arguments de conséquences, comme *ab absurdo* et, de fait, différentes présomptions d'intention législative (avec, toutefois, leur condition préalable d'ambiguïté), notamment la présomption de conformité au droit international¹³. Cela étant, l'idée ici n'est pas de dresser une liste exhaustive des méthodes interprétatives; il s'agit plutôt de faire ressortir que ces arguments, dans la « p'tite boîte à outils » du juge¹⁴, sont tous disponibles pour aider à identifier l'intention du législateur. Ils sont tous disponibles, soit, mais aucun d'eux n'est obligatoire ou contraignant. Par définition, à vrai dire, les arguments d'interprétation législative ne sont que ça, des « arguments », qui peuvent ou non être utilisés par une cour de justice, dont le mandat constitutionnel est d'interpréter et d'appliquer le droit, dont les normes législatives¹⁵.

Dans une affaire récente, *Amarantunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*¹⁶, la Cour suprême du Canada avait à interpréter la législation canadienne dans des circonstances mettant

en jeu le droit international public. Dans une décision unanime, le juge LeBel annonce assez tôt dans ses motifs que le débat tourne essentiellement autour « d'une question d'interprétation législative »¹⁷ qu'il abordera suivant la méthodologie d'interprétation des lois¹⁸. De fait, c'est dans le cadre d'un exercice visant à identifier l'intention du constituant qu'on a invoqué, somme toute modestement, la normativité internationale¹⁹.

Ajoutons que, dans l'hypothèse d'un conflit entre une norme juridique interne et une norme émanant de l'international, c'est la loi de mise en oeuvre de cette dernière (transformant en droit canadien, par exemple, le traité international), le cas échéant, qui fera l'objet de l'évaluation par rapport à l'autre loi incompatible. C'est précisément ce type d'exercice auquel la Cour suprême du Canada s'est prêtée dans la récente affaire *Thibodeau c. Air Canada*²⁰ : ce n'est pas la norme comme telle de la *Convention de Montréal*²¹ (principe de l'exclusivité des recours) qui a été considérée dans la discussion sur l'existence d'un conflit avec les recours en vertu de la *Loi sur les langues officielles*²². Plutôt, la législation de mise en oeuvre dudit traité international -- c'est-à-dire la *Loi sur le transport aérien*²³ -- est la normativité au sujet de laquelle on a décidé qu'il n'y avait pas contradiction en réalité, mais plutôt chevauchement des règles de droit interne²⁴.

58 Droit international et « principe moderne » -- Ces conventions interprétatives, en réalité, visent à donner des guides aux tribunaux dans l'exercice d'interprétation et à leur permettre, par ailleurs, de justifier le résultat normatif²⁵. Le fameux « principe moderne » (*modern principle*) d'interprétation des lois, de l'auteur Elmer Driedger, s'inscrit dans cette méthodologie visant à articuler les méthodes pouvant être utilisées pour découvrir l'intention du législateur²⁶. Reproduisons ce court extrait, tiré de l'ouvrage *Construction of Statutes*, qui fait clairement consensus devant les tribunaux canadiens et québécois²⁷ :

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.²⁸

Le « principe moderne » n'est absolument pas révolutionnaire, puisqu'il reprend les trois pierres angulaires de l'interprétation législative, à savoir TEXTE, CONTEXTE, OBJET. Ce qui est nouveau, si l'on peut dire, c'est de suggérer que toutes ces conventions interprétatives sont au même niveau d'importance et peuvent être utilisées dans toute situation où il faut identifier l'intention du législateur²⁹.

C'est dans cette perspective qu'on doit comprendre la problématique de l'interlégalité et de l'opérationnalisation du droit international en droit interne canadien et québécois. En effet, dans un cas donné, le ou la juge va considérer les différents arguments présentés à l'appui d'une interprétation et leur attribuera une force persuasive, le cas échéant, selon les circonstances; ce processus se fera sur la base d'une série de facteurs, notamment des considérations liées au texte de loi ou au précédent judiciaire, mais également eu égard à des facteurs d'équité et de politique judiciaire³⁰. Cet exercice est foncièrement discrétionnaire et relève, en fait, des fonctions mêmes de la branche judiciaire de l'État, suivant les préceptes de base en théorie constitutionnelle³¹.

En tout état de cause, il faut résister aux prétentions d'auteurs internationalistes³², voulant que la normativité de droit international puisse s'imposer aux juges de droit interne, et ce, parce que ce raisonnement est inconciliable avec la nature même de la fonction judiciaire et de l'exercice d'interprétation juridique. Il nous a déjà été donné d'exprimer notre pensée à ce sujet, comme suit :

Il est illusoire de croire qu'une règle d'interprétation sera vue comme « obligatoire » par le tribunal et qu'un poids déterminant lui sera ainsi donné. En d'autres termes, il serait incongru d'entendre une partie à un litige soutenir devant un juge qu'il ou qu'elle « doit » adopter l'argument textuel ou l'argument téléologique ou l'argument historique dans son interprétation, ou qu'il ou qu'elle « doit » attribuer un poids particulier à l'une ou plusieurs des méthodes d'interprétation pertinentes.³³

Ces remarques sont bien évidemment applicables en ce qui concerne les arguments liés au droit international³⁴. S'agissant de l'opérationnalisation de la norme internationale dans une situation juridique de droit interne, comme dans l'hypothèse d'un texte législatif qui doit être interprété, les tribunaux pourront choisir d'y avoir recours ou refuser de le faire, pourront y donner une bonne force persuasive ou n'y attribuer aucun poids, et ce, suivant leur pouvoir discrétionnaire, bref selon les circonstances de l'espèce³⁵. Voilà la vraie nature de l'interprétation juridique qui, impérativement, doit informer notre appréhension de la problématique de l'interlégalité.

59 Affaire Baker -- Dans l'histoire récente concernant la présente problématique, il ne fait aucun doute que la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Baker* est, de loin, le développement le plus significatif³⁶. Le litige tournait autour d'une ordonnance d'expulsion contre une dame ayant des enfants à charge, nés au pays, dont on demandait la révision judiciaire. Le principal motif d'exemption, en vertu de l'article 114(2) de la *Loi sur l'immigration*³⁷, 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'enfant*³⁸ -- ratifiée, mais non mise en oeuvre -- qui prévoit cette norme à son article 3 peut être utilisée pour interpréter la loi fédérale.

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 oeuvre. Le juge L'Heureux-Dubé ne s'en est pas tenue, toutefois, à l'orthodoxie en la matière, 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 oeuvre] 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.³⁹

On enchaîne ensuite avec des références à la doctrine en interprétation des lois⁴⁰, voulant que le droit international (traités, coutume) fasse partie du contexte juridique aidant à la détermination de l'intention du législateur.

En conséquence, la majorité de la Cour suprême, sous la plume du juge L'Heureux-Dubé, 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'enfant*, et ce, même si celle-ci n'a pas été mise en oeuvre 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* (1948) et la *Déclaration des droits de l'enfant* (1959)), a amené la Cour, à la majorité, à donner une portée large aux raisons d'ordre humanitaire dans la *Loi sur l'immigration*.

Pourquoi la décision dans l'affaire *Baker* est-elle considérée si importante en ce qui a trait à la problématique de l'interlégimité ? 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 oeuvre par voie législative en droit canadien et québécois. Le résultat net, très clairement, est d'encourager davantage l'utilisation du droit international dans le processus d'interprétation et d'application du droit interne au pays⁴¹. Nous verrons également comment les propos du juge L'Heureux-Dubé dans cette affaire encouragent le recours à la norme internationale par l'entremise d'un argument de contexte (voir *infra* n^o 63).

Est-il vrai, comme le souligne l'opinion des 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 » ? 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 international conventionnel. 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 oeuvre. On permet plutôt de ne plus s'empêcher de considérer les normes non transformées, étant entendu toutefois que leur poids interprétatif, leur force persuasive, sera considérablement diminué 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 « 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 oeuvre, plus de poids; traité non transformé, moins de force persuasive⁴².

60 Méthodologie internationale d'interprétation inapplicable -- Un mot, brièvement, sur la pertinence de la méthodologie d'interprétation juridique de droit international eu égard à l'interlégimité. Spécifiquement, est-il utile de se référer aux règles et principes d'interprétation des traités -- codifiés aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* -- dans le cadre d'un exercice d'interprétation du droit interne à la lumière de la norme internationale conventionnelle (mise en oeuvre ou non) ? La réponse a longtemps été négative, bien que nuancée : sauf exception, disait-on, la méthodologie d'interprétation juridique était sensiblement la même, qu'on soit en droit international ou en droit interne. Comme l'écrivait le juge La Forest dans l'affaire *Thomson c. Thomson*, « [g]énéralement parlant, les traités internationaux sont interprétés d'une

manière semblable aux lois »⁴³. Il sera question du bémol dans un moment.

Il faut noter tout d'abord que, à l'instar de la normativité de droit international et de droit interne, suivant le paradigme westphalien des sphères juridiques séparées et distinctes, les méthodologies d'interprétation relèvent également de réalités qui leur sont propres. Voici ce que nous avons déjà écrit à ce sujet :

Likewise, the international approach to written law, that is, the interpretative methodology regarding treaties, is a concern for international adjudications, through their courts and tribunals. Therefore, without any kind of connection to domestic legal orders, the international methodology is not relevant to Canada's domestic courts for their decision-making process. However, in a scenario where national implementing legislation is at issue and to be interpreted by a domestic court, the methods of statutory interpretation may be influenced by the methods applicable on the international plane, the latter acting as *methodological persuasive authority*.⁴⁴

Ainsi, même dans l'hypothèse d'une mise en oeuvre législative qui reprend intégralement le texte d'un traité -- dans le corps de la loi ou dans une annexe --, il serait erroné d'y voir une carte d'invitation pour invoquer les règles d'interprétation des traités internationaux⁴⁵. En imaginant qu'ils se distinguent réellement (ce qui n'est plus le cas), les règles et principes de méthodologie internationale, comme aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, devraient être considérés comme rien de plus que des éléments d'autorité méthodologique persuasive.

Cela étant, la raison pour laquelle on ne pouvait dire, avant, que la méthodologie d'interprétation juridique était parfaitement identique en droit international conventionnel et en interprétation législative relevait d'une règle propre à cette dernière, soit la règle d'exclusion des débats parlementaires en interprétation des lois⁴⁶. Il faut dire qu'il est permis d'avoir recours aux travaux préparatoires à l'international, comme élément complémentaire d'interprétation d'un traité⁴⁷. Or, dans les années 1980 et 1990, un certain nombre d'affaires ont vu la Cour suprême contourner la règle d'exclusion et avoir recours aux travaux préparatoires d'un texte législatif national sur la base de la méthodologie internationale d'interprétation⁴⁸. Cela étant, depuis maintenant un certain temps, la règle restrictive d'exclusion a été mise de côté au Canada et au Québec, ce qui signifie que les débats parlementaires et autres travaux préparatoires sont utilisés fréquemment en jurisprudence au pays⁴⁹.

Cela expliquerait, en bonne partie, qu'aucune référence aux dispositions interprétatives de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* n'ait été faite à la Cour suprême depuis plus de 12 ans. Nous avons suggéré l'image suivante : « Metaphorically, the key that the *Vienna Convention* used to provide to Canadian judges is now useless because the door to preparatory work is wide open in this country »⁵⁰. Ainsi, le bémol à l'affirmation du juge La Forest, reproduite ci-haut⁵¹, n'est plus nécessaire, ce qui signifie que la méthodologie d'interprétation juridique aurait, à toutes fins utiles, une parfaite concordance en droit international et en droit canadien et québécois⁵².

* * *

61 Opérationnalisation -- Il convient maintenant d'examiner en détail les deux techniques

d'opérationnalisation du droit international en droit interne, par l'entremise de la méthodologie d'interprétation juridique⁵³. Il s'agit de (i) l'argument d'interprétation contextuelle et (ii) la présomption de conformité au droit international. Nous les analyserons tour à tour, autant pour ce qui est du droit international coutumier que du droit international conventionnel, bien que ce dernier soit d'utilisation plus courante en droit interne canadien et québécois.

B. Technique d'opérationnalisation n° 1 : argument de contexte

62 Argument d'interprétation contextuelle -- S'agissant de l'interprétation des lois, il a été vu combien le « principe moderne »⁵⁴ de Driedger fait consensus en droit canadien et québécois (voir *supra* n° 58)⁵⁵. À 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 »⁵⁶. Les éléments contextuels de la méthodologie d'interprétation législative selon l'approche du contexte global devraient comprendre la normativité internationale⁵⁷ :

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.⁵⁸

Hugh Kindred, un internationaliste canadien 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 »⁵⁹.

63 L'affaire *Baker* et l'argument contextuel -- La majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Baker* a eu recours à la normativité de droit international 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 mis en oeuvre, la *Convention relative aux droits de l'enfant* peut s'avérer utile quant aux valeurs sous-jacentes à ces normes internationales, le juge L'Heureux-Dubé cite des extraits des écrits de Ruth Sullivan, plus particulièrement sa doctrine en ce qui concerne 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* (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. [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.⁶⁰

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. Le cas échéant, ces normes devraient être considérées par les tribunaux nationaux comme des éléments « pertinents et persuasifs » d'interprétation, pour reprendre la terminologie introduite par le juge Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*⁶¹. Voilà certes la meilleure façon d'avoir recours au droit international -- conventionnel ou coutumier, pour interpréter la législation ou le *judge-made law* -- en droit interne canadien et québécois⁶².

64 La jurisprudence récente et l'argument contextuel -- À la suite de l'arrêt *Baker* en 1999, la Cour suprême a eu plusieurs occasions de réitérer son approche privilégiée quant à l'utilisation du droit international en droit interne en tant qu'élément de contexte. Ces affaires portaient parfois sur l'interprétation d'un simple texte législatif, comme la décision dans *Spraytech c. Hudson*⁶³, parfois sur l'interprétation de la Charte canadienne, comme dans l'arrêt *États-Unis c. Burns*⁶⁴.

Un excellent exemple où la Cour suprême a eu recours au droit international au moyen de l'argument contextuel est l'affaire *Suresh c. Canada*⁶⁵, en 2002⁶⁶. 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. La disposition habilitante -- l'article 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*⁶⁷ -- permet, dans des circonstances exceptionnelles, le refoulement d'un individu dans un pays malgré l'existence de risques sérieux qu'il y soit torturé. La question d'interprétation, en fait, tournait autour de l'interprétation du libellé de l'article 7 de la Charte, plus particulièrement la portée des « principes de justice fondamentale », afin de savoir si une expulsion dans de telles circonstances y contrevient.

Pour évaluer l'étendue de la protection en matière de torture, la Cour suprême a considéré l'article 12 de la Charte canadienne et sa jurisprudence relative aux traitements et peines cruels et inusités⁶⁸, y compris la décision dans *Burns*⁶⁹. Par la suite, l'analyse de la Cour s'est concentrée sur ce qu'elle identifie, dans une section distincte, sous le nom de « contexte international ». 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]. 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.⁷⁰

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 politiques*; (ii) la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*; et (iii) la *Convention relative aux droits des réfugiés*.

La Cour suprême a conclu cette section du jugement en statuant 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 le cadre de l'interprétation de l'article 7 de la Charte canadienne dans son contexte global, il s'agit de la norme internationale qui, souligne-t-on, « éclaire le plus [la Cour suprême] sur le contenu des principes de justice fondamentale »⁷¹. D'autres passages de la décision illustrent que le droit international a été, de fait, 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. »⁷²
- « 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. »⁷³

Un dernier aspect de l'arrêt *Suresh* met en évidence 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 »⁷⁴. La Cour fut donc d'avis que la norme juridique contre la torture au Canada est différente de celle qui existe dans la réalité juridique internationale, 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 agit à titre d'élément « pertinent et persuasif » dans l'exercice d'interprétation juridique d'un article de la Charte canadienne.

Cette opérationnalisation, au moyen de l'argument contextuel, de la norme internationale en droit interne canadien et québécois fut également favorisée dans l'arrêt *Mugesera*⁷⁵, en 2005, qui portait sur l'interprétation d'un simple texte législatif, soit le *Code criminel*⁷⁶. Plus spécifiquement, il s'agissait des dispositions sur l'incitation au meurtre, au génocide et à la haine, ainsi que des crimes contre l'humanité. S'inscrivant dans la tendance à voir le droit international comme un élément de contexte, la Cour suprême opine ainsi :

Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-71, notre Cour a souligné l'importance d'interpréter le droit interne conformément aux principes du droit coutumier international et aux obligations conventionnelles du Canada. Dans ce contexte, les sources internationales comme la jurisprudence récente des tribunaux pénaux internationaux revêtent une grande importance pour les besoins de l'analyse.⁷⁷

Ainsi, non seulement les sources formelles de droit international, nous informe la Cour, peuvent être utilisées, mais également les sources complémentaires comme les décisions jurisprudentielles d'instances adjudicatives internationales. Tous ces éléments font partie du contexte dans lequel doit s'interpréter le droit interne canadien. Cela est d'autant plus important que les dispositions du *Code*

criminel font partie de la législation de mise en oeuvre des obligations conventionnelles du pays en matière de droit pénal international. La Cour suprême le souligne d'ailleurs : « Le droit international se trouve à l'origine du crime de génocide. Il est donc appelé à jouer un rôle décisif dans l'interprétation du droit interne, plus particulièrement dans la détermination des éléments constitutifs du crime d'incitation au génocide ». ⁷⁸

Cette dernière remarque a été reprise par la Cour suprême dans la récente affaire *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*⁷⁹ et appliquée au domaine du droit des réfugiés. Il fallait identifier le sens de la notion de complicité à des crimes internationaux, comme base d'inadmissibilité au statut de réfugié selon l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁸⁰, qui renvoie nommément à l'article 1Fa), notamment, de la *Convention relative au statut des réfugiés* et, partant, l'incorpore directement. Pour identifier le contenu normatif de ladite notion en droit international, on s'est référé de façon très importante -- voire exagérée -- non seulement à cette dernière convention, mais aussi au *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, ainsi qu'à la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* en droit pénal international⁸¹.

C. Technique d'opérationnalisation n° 2 : présomption de conformité

65 Les présomptions d'intention législative -- La présomption de conformité au droit international fait partie des arguments d'interprétation de type pragmatique. Il s'agit de l'une parmi plusieurs présomptions d'intention du législateur, développées en jurisprudence par les tribunaux de tradition juridique 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, qui peut toutefois être mise de côté par une intention explicite contraire⁸². Dans l'affaire *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.⁸³

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 »⁸⁴.

Cela étant, on doit comprendre que ces présomptions d'intention ont pour effet d'imposer un fardeau supplémentaire à la branche législative de l'État dans ces circonstances que l'on dit mériter une attention particulière⁸⁵. La société considère la propriété privée comme méritoire; par conséquent, il existe une présomption d'intention voulant que le législateur ne soit pas censé affecter ces droits de

propriété (compris dans un sens large, dont le droit aux fruits de son labour, menant à une interprétation restrictive des charges fiscales), ce qui force l'autorité législative à être claire et sans ambiguïté si elle veut aller dans ce sens, afin de pouvoir renverser la présomption dans un exercice d'interprétation judiciaire. Le même raisonnement s'applique en matière de protection des droits fondamentaux, où la présomption d'intention signifie que, pour réaliser une intention législative allant à contresens, le texte de loi doit être on ne peut plus explicite, imposant ainsi un fardeau de plus aux parlementaires démocratiquement élus. Dans ce groupe d'éléments interprétatifs, nous sommes dans le domaine des valeurs, de la politique judiciaire, qui fragilise d'une certaine façon la légitimité de ces arguments. Comme Ruth Sullivan l'a déjà noté : « If the values espoused by the courts are not shared by the community, the legitimacy of the judicial vision is lost »⁸⁶.

66 La présomption de conformité au droit international -- Existant depuis longtemps en droit public britannique, cette présomption d'intention 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*⁸⁷, qui permet au juge de présumer que le droit interne est conforme aux obligations internationales⁸⁸. Le Canada a hérité de cet argument pragmatique de la Grande-Bretagne, où l'auteur Peter Maxwell écrivait ceci à son sujet : « [...] 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 »⁸⁹. Dans l'affaire *Salomon c. Commissioners of Customs and Excise*, Lord Diplock s'exprime 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.⁹⁰

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 »⁹¹.

Quant aux valeurs de légitimation de la présomption de conformité au droit international, si importante pour justifier d'imposer un fardeau supplémentaire à la branche législative dûment élue, on n'y a porté que très peu d'attention⁹². Le principe *pacta sunt servanda*, tel que codifié à l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, est parfois invoqué⁹³, puisqu'il renvoie à l'idée générale de la bonne foi des États dans l'exécution de leurs obligations internationales et au devoir de respecter leurs engagements au niveau international⁹⁴. En droit interne, on pourrait également invoquer des valeurs, celles liées par exemple aux objectifs de stabilité et d'uniformité dans le droit, chers au principe de la primauté du droit (*rule of law*)⁹⁵, qui bénéficient de voir les réalités internationales et nationales coordonner davantage leur régime normatif⁹⁶. On pourrait ajouter, en droit commercial international, les valeurs d'efficacité et de libéralisme économique du droit qui doivent être l'apanage de systèmes nationaux conformes aux régimes transnationaux⁹⁷.

Enfin, en droit international des droits de la personne, on dit généralement que les valeurs liées à la protection des droits humains sont poursuivies, de façon optimale, lorsqu'il y a coordination de la normativité en présence, en fait, lorsqu'on donne priorité à la norme internationale en interprétant le droit interne dans le même sens⁹⁸.

67 Jurisprudence de la Cour suprême et présomption de conformité -- Un auteur nous rappelait récemment que le principe interprétatif faisant appel à la présomption d'intention relative au droit international est, depuis longtemps, « solidement ancré en droit anglais et c'est tout naturellement qu'il a pu être appliqué aussi par les tribunaux canadiens »⁹⁹. La décision dans *Inland Revenue*¹⁰⁰ est l'arrêt britannique de principe; au Canada, la Cour suprême a fait le point pour la première fois sur le principe en 1932, dans *Arrow River*¹⁰¹. Plus récemment, en 1998 dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, les juges Iacobucci et Major en ont traité; après avoir souligné, à juste titre, que le droit international ne peut pas être considéré comme contraignant en droit interne (voir *supra* n^o 4), 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.¹⁰²

En 2004, dans l'affaire célèbre de « la fessée », soit *Canadian Foundation for Children*¹⁰³, la Cour suprême a fait appel aux normes de droit international au moyen de la présomption de conformité. Dans cette cause, il fallait déterminer si l'article 43 du *Code criminel*, qui justifie l'utilisation d'une force raisonnable par les parents ou les enseignants aux fins de discipline des enfants ou des élèves, est en violation de la Charte canadienne, soit parce qu'il souffre d'imprécision constitutionnelle en vertu de l'article 7, soit parce qu'il constitue un traitement cruel et inusité selon l'article 12, soit parce qu'il porte atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondé sur l'âge aux termes de l'article 15. S'agissant du premier argument, les motifs majoritaires de la juge en chef McLachlin considèrent le problème d'interprétation eu égard à la présomption d'intention : « Les lois doivent être interprétées d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada »¹⁰⁴.

En plus de clarifier l'application de la théorie de l'adoption en ce qui a trait à la réception du droit international coutumier (voir *supra* n^o 53), la décision de la Cour suprême dans *R. c. Hape*¹⁰⁵ est fort significative pour ce qui est des aspects d'opérationnalisation, à savoir la présomption de conformité. Au centre de cette affaire, la question de l'interprétation de l'article 32 de la Charte canadienne pour savoir si celle-ci peut avoir une portée extraterritoriale, en relation avec une enquête conduite à l'étranger avec la participation de la GRC pour laquelle on invoquait l'article 8 (fouilles, perquisitions, saisies abusives). Pour ce faire, la majorité de la Cour a eu recours au droit international relatif à la juridiction des États, de nature coutumier, afin d'identifier l'intention du constituant à l'article 32 de la Charte canadienne.

Après avoir fait référence à l'ouvrage de Ruth Sullivan¹⁰⁶, le juge LeBel exprime l'opinion suivante, pour la majorité :

D'une part, l'organe législatif est présumé agir conformément aux obligations du Canada en tant que signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale. Appelé à choisir entre diverses interprétations possibles, le tribunal doit éviter celles qui emporteraient la violation de ces obligations. D'autre part, l'organe législatif est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel. Le tribunal privilégie donc l'interprétation qui reflète ces valeurs et ces principes, lesquels font partie du contexte d'adoption des lois. La présomption est toutefois réfutable. La souveraineté du Parlement exige que le tribunal donne effet à une loi qui exprime l'intention non équivoque du législateur de manquer à une obligation internationale.¹⁰⁷

La « présomption à deux volets » (comme l'appelle le juge LeBel) fait référence aux deux techniques d'opérationnalisation du droit international en droit interne au pays. À vrai dire, cette déclaration -- mi-figue, mi-raisin, serait-on tenté de dire -- embrasse non seulement un raisonnement de type présomptif, favorisant la conformité aux obligations internationales (y compris le caractère réfragable de la présomption), mais également un aspect contextuel qui renvoie en outre aux valeurs et aux principes de droit international, ce qui n'est pas sans rappeler la terminologie de l'opinion majoritaire du juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Baker*¹⁰⁸ (voir *supra* n^{os} 59 et 63). Cela étant, il ressort clairement des motifs du juge LeBel que son interprétation favorise une opérationnalisation de la norme internationale au moyen de la présomption de conformité, comme en témoignent les extraits suivants :

- « Dans tous les cas possibles, elle a tenté d'assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d'une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d'autre part. »¹⁰⁹
- « 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. »¹¹⁰

Enfin, notons que la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Hape* confirme donc que la présomption de conformité s'applique tant pour le droit international coutumier (comme en l'espèce) que pour le droit international conventionnel. Qui plus est, pour les fins du recours à la norme internationale, le juge LeBel assimile la méthodologie d'interprétation législative et celle en matière de Charte canadienne, à juste titre d'ailleurs¹¹¹. On voit là validée l'approche générale relative à l'interlégalité au Canada et au Québec, considérant les normes internationales comme une source « pertinente et persuasive » d'interprétation (*dixit* le juge Dickson¹¹²).

Dans une décision rendue dans la même semaine, *Health Services and Support*¹¹³, la Cour suprême devait interpréter une autre disposition de la Charte canadienne, l'article 2d) en matière de liberté d'association, exercice pour lequel elle a eu recours encore une fois au droit international, soit les deux *Pactes internationaux* et la *Convention n^o 87* de l'OIT. Ici aussi, un certain flou artistique a été créé quant à la technique d'opérationnalisation de la normativité internationale en droit interne puisque la juge en chef McLachlin et le juge LeBel, pour la majorité, font référence au vocabulaire et à la jurisprudence qui renvoient à la fois à l'argument contextuel¹¹⁴ et à la présomption de conformité¹¹⁵. Au final, une chose est certaine : le droit international est vu comme une source « pertinente et persuasive » dans l'exercice d'interprétation juridique :

Ainsi, les engagements actuels du Canada en vertu du 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.¹¹⁶

Encore récemment, dans l'affaire *Kazemi*¹¹⁷, la majorité de la Cour suprême a refusé de donner droit à l'argument de conformité au droit international, soulignant au passage qu'il s'agit d'une « simple présomption », rien de plus :

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., *Charte canadien des droits et libertés* (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 [...].¹¹⁸

Une des raisons qui militent contre cette seconde technique d'opérationnalisation du droit international -- en fait, qui vraisemblablement amène la Cour suprême à avoir recours à un mélange des deux techniques -- est certes la condition préalable d'ambiguïté relative à la présomption de conformité.

68 Condition préalable d'ambiguïté -- Nous avons déjà suggéré, avec un brin d'ironie, que la meilleure façon de tuer dans l'oeuf le recours au droit international en droit interne est de l'invoquer à l'aide de la présomption de conformité, et ce, puisqu'il sera toujours loisible pour le ou la juge de le mettre de côté en concluant que la législation sous étude n'est pas ambiguë¹¹⁹. En effet, il existe encore, en droit canadien et québécois, une sorte de condition préalable d'ambiguïté à l'utilisation de la norme internationale au moyen de la présomption de conformité. On doit conclure, avant d'y recourir, que la disposition législative ou la règle juridique est ambiguë ou souffre d'une autre difficulté d'interprétation, telle que l'imprécision ou la redondance¹²⁰. À 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'opportunité de plaider l'influence de la norme internationale sur l'interprétation du droit interne. Notons tout de suite que cette condition préalable n'existe pas pour la technique d'opérationnalisation mettant en jeu l'argument contextuel.

Dans des motifs minoritaires (il était d'accord avec la majorité sur la conclusion), dans l'arrêt *Daniels c. White*¹²¹, le juge Pigeon a exprimé une opinion qui a fait jurisprudence au pays, s'agissant de la présomption de conformité au droit international¹²². Il est intéressant de noter, 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.¹²³

Exprimé positivement, le juge Pigeon opine qu'une loi devra être ambiguë pour que le tribunal puisse utiliser le droit international au moyen de la présomption de conformité, dans un exercice

d'interprétation et d'application du droit interne. Comme Pierre-André Côté le souligne, 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 législative¹²⁴. Ce raisonnement n'est pas sans rappeler la « règle de l'interprétation littérale » (en anglais, *plain meaning rule*) dans le domaine de la méthodologie d'interprétation législative, une approche qui est généralement considérée comme obsolète¹²⁵.

Malgré l'arrêt *National Corn Growers*¹²⁶, où le juge Gonthier avait tenté d'écarter (avec un succès mitigé) la condition préalable d'ambiguïté, la décision de la Cour suprême dans *Schreiber c. Canada* est venue, en 2002, valider l'opinion minoritaire du juge Pigeon en 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 »¹²⁷. 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 »¹²⁸. 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'Ontario¹²⁹.

Dans deux affaires plus récentes à la Cour suprême du Canada, soit *GreCon*¹³⁰ en 2005 et *Hape*¹³¹ en 2007, 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)*¹³², 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 oeuvre les obligations internationales du Canada est réfutable »¹³³. 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 »¹³⁴. En ce qui concerne la norme internationale conventionnelle en l'espèce, au final : « l'art. 115 [de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹³⁵] ne vise pas le renvoi par extradition; il faut donc donner effet au sens clair de cette disposition »¹³⁶.

À vrai dire, nous avons vu (voir *supra* n° 64) que la tendance contemporaine, en regard de la jurisprudence à la Cour suprême, est clairement de favoriser l'opérationnalisation de la norme internationale en droit interne au moyen de l'argument contextuel. Au demeurant, puisque cette méthode d'interprétation ne fait appel à aucune condition préalable -- c'est-à-dire à une nécessaire ambiguïté de la loi -- l'association du droit international au contexte législatif constitue

indubitablement la meilleure façon pour optimiser le recours au droit international comme élément « pertinent et persuasif » d'interprétation du droit canadien et québécois¹³⁷.

Note(s) de bas de page

1 Voir, par exemple : Jutta BRUNNÉE et Stephen J. TOOPE, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts » (2002) 40 *A.C.D.J.* 3; Gibran van ERT, *Using international law in Canadian Courts*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008.

2 Voir notamment : Karen KNOP, « Here and There: International Law in Domestic Courts » (2000) 32 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 501.

3 *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349-350.

4 Voir : William A. SCHABAS et Stéphane BEAULAC, *International Human Rights and Canadian Law -- Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 84-90; 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 page 434.

5 *Health Services and Support -- Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 291, par. 70.

6 *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 22-23.

7 Voir : Stéphane BEAULAC, « "Texture ouverte", droit international et interprétation de la Charte canadienne », dans Errol MENDES et Stéphane BEAULAC (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms / Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., Toronto, LexisNexis, 2013, p. 191.

8 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, à la page 584 [notes infrapaginales omises].

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, p. 17.

10 Voir : Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 295.

11 Il y a une vaste littérature sur cette notion, y compris plusieurs critiques. Voir, notamment : Randal N.M. GRAHAM, « Good Intention », (2000) 12 *S.C. Law Rev.* (2d) 147.

12 Voir les classiques suivants : John M. KERNOCHAN, « Statutory Interpretation: An Outline of Methods », (1976) *Dalhousie L.J.* 333; John WILLIS, « Statutory Interpretation in a Nutshell », (1938) 16 *R. du B. can.* 1.

13 Sur ces méthodes interprétatives, en général, voir : Stéphane BEAULAC et Frédéric BÉRARD, *Précis d'interprétation législative*, 2e éd., Montréal, LexisNexis Canada, 2014.

14 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 : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 413, aux pages 452 et 453.

15 Voir : Jerzy WRÓBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », (1972) 17 *Archives de philosophie du droit* 51.

16 *Amarantunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, [2013] 3 R.C.S. 866.

17 *Amarantunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, [2013] 3 R.C.S. 866, par. 35.

18 *Amarantunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, [2013] 3 R.C.S. 866, par. 37.

19 L'appelant et les intervenants avaient insisté sur l'importance d'interpréter la législation de façon compatible avec les obligations internationales du Canada, notamment le droit à une audition équitable prévu à l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Dans ses motifs, le juge LeBel s'est borné à répondre, fort succinctement, que cette norme internationale n'a pas d'incidence sur le sens à donner à la règle interne applicable en l'espèce : voir *Amarantunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, [2013] 3 R.C.S. 866, par. 62.

20 *Thibodeau c. Air Canada*, [2014] 3 R.C.S. 340.

21 *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 2242 R.T.N.U. 309.

22 *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), c. 31 (4e suppl.), art. 77(4), permettant l'octroi d'une réparation « convenable et juste ».

23 *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), c. C-26.

24 *Thibodeau c. Air Canada*, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 88-118.

25 Voir : Pierre-André CÔTÉ, « Les règles d'interprétation des lois : des guides et des

arguments », (1978) 13 R.J.T. 275, 299.

26 Voir : Louis LeBEL, « La méthode d'interprétation moderne : le juge devant lui-même et en lui-même », 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. 103.

27 Sur le succès inédit du *modern principle* en jurisprudence au pays, voir : Stéphane BEAULAC et Pierre-André CÔTÉ, « Driedger's " Modern Principle " at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) 40 R.J.T. 131.

28 Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87.

29 Voir : Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham / Vancouver, Butterworths, 2002, p. 1.

30 Voir, à cet égard : Félix FRANKFURTER, « Some Relexions on the Reading of Statutes », (1947) 47 *C.L.Rev.* 527.

31 Voir, en général : Oliver W. HOLMES, « The Theory of Legal Interpretation », (1898-1899) 12 *Harv. L. Rev.* 417.

32 Voir, notamment : Jutta BRUNNÉE et Stephen J. TOOPE, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts », (2002) 40 *A.C.D.I.* 3; Gibran van ERT, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008.

33 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 : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 413, à la page 453.

34 Voir : Mattias KUMM, « Democratic Constitutionalism Encounters International Law : Terms of Engagement », dans Sujit CHOUDHRY (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 256, à la page 278.

35 Voir, pour des exemples de différentes circonstances qui commandent d'octroyer plus ou moins de poids à l'argument international : Stéphane BEAULAC, « National Application of International Law : The Statutory Interpretation Perspective », (2003) 41 *A.C.D.I.* 225, 260-267.

36 Voir, à cet égard : Stéphane BEAULAC, « Recent Developments on the Role of International Law in Canadian Statutory Interpretation », (2004) 25 *Statute Law Rev.* 19; Karen KNOP, « Here and There : International Law in Domestic Courts », (2000) 32 *N.Y.U.J.Int'l L. & Pol.* 501.

37 *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.

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

39 *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-70.

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

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 Paper Series* 2010/05, p. 1, à la page 21.

42 Voir : Stéphane BEAULAC, « Le droit international comme élément contextuel en interprétation des lois », (2004) 6 *Revue canadienne de droit international* 1.

43 *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, 577.

44 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, aux pages 311-312 [italiques dans l'original].

45 À cet égard, nous ne partageons pas l'avis de William A. SCHABAS, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada », (2000) 79 *R. du B. can.* 174, 178.

46 Voir, à ce sujet : Stéphane BEAULAC, « Recent Developments at the Supreme Court of Canada on the Use of Parliamentary Debates », (2000) 63 *Sask. L. Rev.* 581; Stéphane BEAULAC, « Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight? », (1998) 43 *R.D. McGill* 287.

47 Voir l'article 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

48 Outre *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, voir : *R. c. Parisien*, [1988] 1 R.C.S. 955; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. La toute première référence au pays à la méthodologie internationale d'interprétation fut dans une affaire ontarienne : *R. c. Palacios*, (1984) 7 D.L.R. (4th) 112, 120-121 (C.A. Ont.).

49 Voir : Pierre-André CÔTÉ, avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 504-505.

50 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 page 323.

51 *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, 577.

52 Sur la méthodologie internationale d'interprétation des traités, en général, voir : Richard K. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2008; Ulf LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaty -- The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007.

53 Voir aussi : 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, p. 5.

54 En anglais, *modern principle*, tiré de l'ouvrage Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87.

55 Voir aussi : Stéphane BEAULAC et Pierre-André CÔTÉ, « Driedger's " Modern Principle " at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) 40 *R.J.T.* 131.

56 Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 3 [italiques dans l'original].

57 Voir : Stéphane BEAULAC, « International Treaty Norms and Driedger's " Modern Principle " of Statutory Interpretation », dans C.C.D.I. (dir.), *La légitimité et la responsabilité en droit international : Travaux du 33^e congrès annuel du Conseil canadien de droit international*, Ottawa, Conseil canadien de droit international, 2005, p. 141.

58 Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham / Vancouver, Butterworths, 2002, p. 161 [nos soulignements].

59 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 page 271.

60 *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70.

61 *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 350.

62 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 : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 413. Voir aussi : Karen KNOP, « Here and There : International Law in Domestic Courts », (2000) 32 *N.Y.U.J.Int'l L. & Pol.* 501.

63 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville de)*, [2001] 2 R.C.S. 241.

64 *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

65 *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S.

66 Sur cet arrêt, voir : Stéphane BEAULAC, « The *Suresh* Case and Unimplemented Treaty Norms », (2002) 15 R.Q.D.I. 221.

67 *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.

68 Les arrêts : *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 799; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

69 *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

70 *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 59 [nos soulignements].

71 *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 75.

72 *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 76.

73 *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 76.

74 *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 78.

75 *Mugesera c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100.

76 *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-45, art. 27(1)a.1(ii), a.3(ii) (incitation au meurtre, au génocide et à la haine) et art. 7(3.76), (3.77) (crimes contre l'humanité).

77 *Mugesera c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 82.

78 *Mugesera c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S.

100, par. 82.

79 *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2013] 2 R.C.S. 678, par. 51.

80 *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

81 *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2013] 2 R.C.S. 678, par. 54-67.

82 Voir, à cet effet : Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974, p. 137.

83 *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.*, (1982) 44 N.B.R. (2d) 201, 231.

84 Gérard V. La FOREST, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : An Overview », (1983) 61 *R. du B. can.* 19, 20.

85 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 : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 413, à la page 430.

86 Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham / Vancouver, Butterworths, 2002, p. 363.

87 Qui tire son nom de la cause *Murray c. The Charming Betsy*, (1804) 6 U.S. 64.

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

89 Peter B. 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.

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

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

92 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 : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 413, aux pages 431-432.

93 Voir : Charles-Emmanuel CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques -- L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 478-479.

94 Au sujet de la bonne foi dans l'exécution des obligations internationales, voir la décision

de la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, R.C.I.J., 1986, 253.

95 Voir, à ce sujet : Stéphane BEAULAC, « The Rule of Law in International Law Today », dans Gianluigi PALOMBELLA et Neil WALKER (dir.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 197.

96 Voir : Frédéric BACHAND, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Paris, L.G.D.J. / Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 26.

97 Voir : Robert WAI, « International Trade Agreements, Internationalist Policy Consciousness, and the Reform of Canadian Private International Law », dans C.C.D.I. (dir.), *Prendre la mesure du droit international : efficacité, équité et validité -- Travaux du 31^e congrès annuel du Conseil canadien de droit international*, La Haye / Londres / New York, Kluwer Law Internatinoal, 2004, p. 123. Voir aussi, en général : David KENNEDY, « The International Style in Postwar Law and Policy », (1994) *Utah Law Rev.* 7.

98 Voir : Anne W. La FOREST, « Domestic Application of International in *Charter Cases* : Are We There Yet ? », (2004) 37 *U.B.C.L.R.* 157, 208, qui souligne ceci : « In Canadian academic writing, there is often an unacknowledged preconception that international human rights law is usually more progressive than domestic human rights law ».

99 Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La réception du droit international en droit canadien », (2010) 52 *S.C. Law Rev.* (2d) 483, 533 [notes infrapaginales omises].

100 *Inland Revenue Comrs c. Collco Dealings Ltd.*, [1962] A.C. 1 (C.L.).

101 *Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co. c. Pigeon Timber Co.*, [1932] R.C.S. 495, 509.

102 *Ordon (Succession) c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137.

103 *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

104 *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 31.

105 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292.

106 Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Markham / Vancouver, Butterworths, 2002, p. 422.

107 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53.

108 *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-70.

109 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 55.

110 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 56.

111 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 P. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 27, republié dans (2005) 27 *S.C. Law Rev.* (2d) 1.

112 *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 350.

113 *Health Services and Support -- Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

114 *Health Services and Support -- Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 69.

115 *Health Services and Support -- Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70.

116 *Health Services and Support -- Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 78.

117 *Kazemi (Succession) c. Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176.

118 *Kazemi (Succession) c. Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 60 [nos soulignements].

119 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 : Rapport entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 413, aux pages 434 à 436.

120 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.

121 *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517.

122 Voir, notamment : Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La réception du droit international en droit canadien », (2010) 52 *S.C. Law Rev.* (2d) 483, 535-536.

123 *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, 541 [nos soulignements].

124 Pierre-André CÔTÉ, avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 429.

125 Voir : *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, 173; *Schavernoch c. Commission des réclamations étrangères*, [1982] 1

R.C.S. 1092, 1098.

126 *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1371.

127 *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 50.

128 *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, 541 (phrase soulignée par le juge LeBel dans *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 50).

129 *Bouzari c. Islamic Republic of Iran*, (2004) 71 O.R. (3d) 675, 243 D.L.R. (4th) 406, par. 64 (C.A.).

130 *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 422-423 et 425-426, [2005] A.C.S. no 46.

131 *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 323-325, [2007] A.C.S. no 26.

132 *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] 3 R.C.S. 281, [2010] A.C.S. no 56.

133 *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] 3 R.C.S. 281, 304, [2010] A.C.S. no 56.

134 *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] 3 R.C.S. 281, 304, [2010] A.C.S. no 56 [nos soulignements].

135 *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

136 *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] 3 R.C.S. 281, 304, [2010] A.C.S. no 56 [nos soulignements].

137 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, p. 17. Voir également, *contra* : 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.