

La réception du droit international des droits de la personne en droit interne canadien : de la théorie de la séparation des pouvoirs vers une approche fondée sur les droits fondamentaux

France HOULE*

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal (france.houle@umontreal.ca).
L'auteure remercie ses assistants de recherche : Frédéric Bérard, pour sa recherche doctrinale, ainsi que Jean-François Lina et Guy-François Lamy, pour la vérification des notes infrapaginales.

La création de normes par le moyen des traités internationaux a décuplé tant par le nombre de conventions qui sont nées que par les sujets qui y sont traités et la nature des obligations qui y sont contenues, ce qui ne va pas sans soulever le problème de la réception de cette prolifération de normes en droit interne. Le Canada a adopté une approche dualiste d'incorporation des normes internationales conventionnelles en droit interne, ce qui signifie que le législateur doit indiquer explicitement son intention de donner effet à ces normes en droit canadien¹.

Le législateur peut employer diverses techniques législatives de mise en œuvre du droit international². Il peut choisir de donner force de loi à toute une convention internationale et l'incorporer entièrement en droit interne³. Il peut référer à une convention dans une loi et indiquer clairement qu'il met en œuvre certaines obligations spécifiques auxquelles il a consenti⁴ ou déléguer à l'Exécutif le pouvoir d'incorporer le traité en

¹ Sur la signification du monisme et du dualisme, voir entre autres Jean-Maurice ARBOUR, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1997, p. 143 et 144.

² Sur ces différentes techniques, voir Sylvie SCHERRER, « L'effet des traités dans l'ordre juridique interne canadien à la lumière de la jurisprudence récente », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 31, *Développements récents en droit administratif (2000)*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, p. 57, à la page 62.

³ Par exemple, voir la *Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.R.Q., c. C-67.01, art. 1.

⁴ Par exemple, l'article 98 et l'annexe I de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, qui incorporent les dispositions de la *Convention de Genève sur les réfugiés* relatives aux motifs d'exclusion. La loi peut également référer de façon limitée à un traité, par exemple à l'intérieur de son préambule. Sur la question de l'incorporation par référence à l'intérieur d'un préambule, voir : *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 127.

droit interne par règlement⁵. Il peut également référer à une convention dans une loi, mais adapter les dispositions qui y sont contenues au contexte canadien⁶. Ces références législatives explicites constituent des preuves suffisantes de l'intention du législateur d'incorporer des normes de droit international en droit interne.

À défaut d'une telle indication explicite du législateur, et cela arrive fréquemment en raison notamment des ramifications complexes et multiples de ces traités sur les ordres fédéral et provinciaux⁷, le juge peut, lorsque certaines conditions sont remplies, présumer que le législateur désire néanmoins se conformer aux normes internationales conventionnelles. Toutefois, les conditions d'application de la présomption de conformité au droit international se sont considérablement obscurcies dans la jurisprudence issue de la Cour suprême du Canada depuis une dizaine d'années (I). Dans la tradition de common law, cette opacité grandissante des jugements est porteuse de changements, car elle crée un espace pour le dialogue entre le juge et le juriste. Par des débats riches et animés dans la doctrine canadienne, les contours d'assises théoriques alternatives gouvernant les rapports entre le droit international et le droit interne canadien émergent qui mettent en évidence les tensions entre deux perspectives théoriques sur le concept de la *rule of law* (II). Cette tension est notamment due au fait qu'un nombre important de normes internationales portent sur des questions fondamentales en droit contemporain. L'une d'entre elles est la protection des droits des personnes et la question centrale est de savoir si une place particulière doit être accordée aux normes internationales visant la protection des droits de la personne dans l'ordre constitutionnel canadien (III).

⁵ Par exemple, l'article 21(1j) de la *Loi sur la protection d'espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial*, L.C. 1992, c. 52 qui accorde expressément au Gouverneur en Conseil le pouvoir de réglementer dans le but d'incorporer la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 3 mars 1973, 993 R.T.N.U. 243.

⁶ Voir la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q., c. A-23.01 qui adapte les dispositions de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*.

⁷ *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario*, [1937] A.C. 326.

I. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA PRÉSUMPTION DE CONFORMITÉ AU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT ADMINISTRATIF CANADIEN

Lorsqu'une loi de mise en œuvre du droit international n'a pas été édictée, le juge peut néanmoins donner un effet indirect aux normes internationales en droit interne en les utilisant comme outil d'interprétation des règles de nature législative⁸. Pour appliquer la présomption, deux conditions doivent cependant être remplies : le texte de la norme de droit interne doit être ambigu et des traces indiquant une volonté législative de donner effet à des normes internationales doivent exister⁹. Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁰, qui a été l'un des arrêts les plus discutés par les chercheurs en droit au Canada ces dernières années¹¹, la Cour suprême du Canada a donné effet à la présomption de conformité au droit international dans le cadre d'un litige à l'égard duquel les arguments de la majorité sont particulièrement vagues sur l'application de ces deux critères.

En l'espèce, il s'agissait d'interpréter la portée d'un large pouvoir discrétionnaire attribué au ministre de l'Immigration par l'article 114(2) de la *Loi sur l'immigration*¹², qui édicte que « [le] gouverneur en conseil

⁸ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 466-468; Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Markham (Ontario), Butterworths, 1994, p. 330. Cette présomption de conformité au droit international tire sa source du principe de droit international coutumier *pacta sunt servanda*, codifié à l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, Can. T.S. 1980, n° 37. Voir également l'article 27 de cette convention.

⁹ *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 173; *Schavernoeh c. Commission des réclamations étrangères*, [1982] 1 R.C.S. 1092, 1098.

¹⁰ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 [ci-après cité : *Baker*].

¹¹ Ainsi que les arrêts *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 [ci-après cité : *Suresh*]; *Ahani c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72; 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 1222.

¹² *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2. Cette loi est maintenant abrogée et a été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 4.

peut, par règlement, autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou à faciliter l'admission de toute autre manière », et par l'article 2.1 du *Règlement sur l'immigration*¹³. Ainsi, par le jeu des dispositions législative et réglementaire, le ministre de l'Immigration peut dispenser un requérant qui invoque des raisons d'ordre humanitaire de faire une demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada. Madame Baker, qui vivait illégalement sur le territoire canadien depuis onze ans, a fait une telle demande en invoquant, entre autres, l'intérêt de ses enfants mineurs nés au Canada. En 1994, le ministre refuse la demande de Madame Baker et les notes de l'enquêteur révèlent que ce dernier n'a pas tenu compte de l'intérêt des enfants de la requérante. Madame Baker demande le contrôle judiciaire de cette décision auprès de la Cour fédérale du Canada. Elle estime que la décision de l'agent d'immigration est contraire aux articles 3, 9 et 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁴. Cette Convention a été ratifiée par le Canada, mais elle n'a pas été explicitement incorporée en droit de l'immigration. À la suite d'une interprétation contextuelle des pouvoirs de l'Administration, la majorité de la Cour a conclu au bien-fondé de l'argument de la requérante et a annulé la décision de l'Administration.

Les textes juridiques pertinents dans cette affaire illustrent bien les limites des deux conditions qui doivent être satisfaites afin que le juge puisse appliquer la présomption de conformité en droit public canadien et plus précisément en droit administratif. En effet, ils montrent que le critère de l'ambiguïté du texte législatif n'est pas un discriminant particulièrement utile dans un contexte normatif fortement marqué par l'attribution de pouvoirs discrétionnaires (A). Quant à l'examen de l'incorporation législative formelle des normes conventionnelles de droit international en droit interne, il n'occupe plus une place centrale lors de

¹³ *Règlement sur l'immigration de 1978*, (1978) 112 Gaz. Can. II, 758, art. 2.1 mod. par le *Règlement sur l'immigration de 1978 – Modification*, (1993) 127 Gaz. Can. II, 605 : « Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) de la loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière. » Ces règlements sont également abrogés, voir note 12. Ils ont été remplacés par le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, 11 juin 2002.

¹⁴ *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3. Cette convention a été ratifiée par les autorités canadiennes le 13 décembre 1991 et, sur le plan international, l'entrée en vigueur a été fixée au 12 janvier 1992 pour le Canada.

l'examen de conformité puisque la majorité de la Cour a délaissé la méthode téléologique d'interprétation des lois (axée sur la stricte recherche du but du législateur à partir des textes juridiques et de sources historiques) pour adopter une approche plus englobante : la méthode contextuelle, favorisant ainsi une perspective « non-originaliste » d'interprétation des lois¹⁵. Selon cette perspective, l'interprète analyse les dispositions législatives conformément au but qui convient le mieux « aux besoins, aux valeurs publiques ou aux idéaux de justice et de bien commun qui animent la société contemporaine »¹⁶. Il envisage les sources sous un angle dynamique, « compte tenu des meilleures sources et considérations contemporaines pertinentes et crédibles (perceptions changeantes, nouvelles attentes liées à des changements sociaux, technologiques, politiques, culturels ou économiques, par exemple) »¹⁷. Il résulte de ce changement de méthode interprétative que toutes les traces étatiques indiquant une volonté de donner effet aux normes conventionnelles de droit international peuvent être prises en compte (B).

A. Le caractère non-discriminant du critère de l'ambiguïté de la norme législative

Selon son sens ordinaire en interprétation des lois, l'ambiguïté signifie que la simple lecture du texte de la norme ne suffit pas pour en comprendre sa signification : deux ou plusieurs interprétations du texte sont possibles et raisonnables. Le rôle de l'interprète est d'identifier la signification qui, selon la dogmatique positiviste, lui semble correcte en tenant compte de la volonté du législateur, telle celle qui apparaît être exprimée dans le texte de la norme (interprétation littérale) ou dans le but

¹⁵ Les expressions « originaliste » et « non-originaliste » sont directement empruntées au vocabulaire développé en théorie constitutionnelle américaine. P. BREST, « The Misconceived Quest for Original Understanding », (1980) 60 *B.U.L. Rev.* 204, 204 et 205.

¹⁶ Luc B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 459. Voir aussi : Luc B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique : une approche cohérentiste et constructiviste », dans *MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ET L'INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA D'ESPAGNE, 7º Congreso Internacional de metodología jurídica*, 2001, p. 2; K.-M. GEBBIA-PINETTI, « Statutory Interpretation, Democratic Legitimacy and Legal-System Values », (1997) 21 *Seton Hall Legislative J.* 233.

¹⁷ L.-B. TREMBLAY, *id.*, p. 2.

du législateur, tel celui qui peut être vraisemblablement inféré à la lecture du texte de loi dans son entier et de sources historiques (interprétation téléologique). Cette façon de concevoir l'ambiguïté se comprend relativement bien lorsqu'elle est appliquée aux règles primaires d'obligation, pour reprendre la typologie de Hart. L'exemple classique est celui interdisant l'utilisation d'un véhicule dans un parc. Un Nord-Américain comprend clairement que les véhicules à moteur sont visés par l'interdiction. Il comprend aussi que les landaus sont autorisés. Entre ces deux balises externes, d'autres situations sont plus ambiguës : Est-ce que la circulation à bicyclette est permise ou interdite? Dans la ville de Montréal (notamment dans l'arrondissement d'Outremont), un panneau indique aux entrées de chacun des parcs si les bicyclettes peuvent ou non y circuler. Ainsi, l'ambiguïté est dissipée.

Afin de déterminer si le législateur veut donner effet au droit international en droit interne, le concept d'ambiguïté est un discriminant utile, du moins en théorie, lorsque le législateur a clairement fixé les balises externes d'application des règles, comme dans le cas des règles primaires d'obligation. Toutefois, lorsque l'interprète fait face à des règles secondaires (de reconnaissance, de changement ou de décision), le concept d'ambiguïté n'est plus un discriminant utile parce que ce type de règles est ambigu en soi : deux ou plusieurs interprétations sont nécessairement possibles notamment parce que les frontières externes des normes ne sont pas fixées dans le temps. Pour les délimiter, l'interprète ne peut pas simplement tenir compte du texte et du contexte législatif de la règle (y compris son histoire), car ces données figent sur le plan temporel les significations possibles de la norme, alors que le propre des règles secondaires est leur capacité d'évoluer dans le temps. Voici deux exemples.

Dans le cas de la norme floue, la difficulté d'interprétation réside dans la détermination des valeurs de référence qui peuvent servir à un moment donné afin que l'interprète puisse juger si une situation donnée est compatible avec ces valeurs. Les normes secondaires reconnaissant des droits fondamentaux sont des exemples classiques : Est-ce que la liberté d'expression comprend le droit de diffuser de la pornographie? Est-ce que le droit à la vie comprend le droit à l'avortement?¹⁸ En droit constitutionnel

¹⁸ En droit administratif canadien, les organismes administratifs peuvent, lorsqu'ils rendent des décisions individuelles (tels les commissions administratives, les

canadien, la Cour suprême utilise une méthode évolutive d'interprétation (*the living tree doctrine*) afin d'éviter de figer temporellement la signification des *Lois constitutionnelles de 1867 et 1982*.

Dans le cas de la norme spongieuse, la difficulté d'interprétation réside dans le fait qu'il s'agit de normes qui absorbent les changements factuels et axiologiques extérieurs. Ces normes sont conçues de manière à ce qu'elles puissent s'adapter aux situations spécifiques des individus. Les normes secondaires de décision, telles celles qui confèrent des pouvoirs discrétionnaires à l'Administration publique, en sont un exemple. Pour déterminer si l'autorité administrative a correctement exercé sa discrétion et, par conséquent, validement interprété le sens de la norme¹⁹, la compréhension du contexte factuel est un élément incontournable. Certes, son importance varie en fonction du degré de discrétion conféré à l'organisme administratif, mais les décideurs ne peuvent pas ne pas en tenir compte. De plus, tant et aussi longtemps que le contexte factuel n'est pas connu, le sens de la norme peut et doit demeurer relativement indéterminé. En effet, l'incertitude entourant ce type de norme ne peut jamais être définitivement résolue, car cela aurait pour effet d'entraver l'exercice de la discrétion (*fettering of discretion*), ce qui irait à l'encontre de la volonté même du législateur. À cet égard, le cas des normes qui se situent à l'extrémité du discrétionnaire (comme celles en jeu dans l'arrêt *Baker*) est particulièrement intéressant puisque le texte de ce type de normes n'est pas signifiant en soi. À titre de rappel, la Cour avait à interpréter la portée de l'article 114(2) de la *Loi sur l'immigration* qui

tribunaux administratifs et les organismes de régulation économique), se pencher sur la validité constitutionnelle des lois qu'ils appliquent et les déclarer inopérantes en vertu de l'article 52 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)]. Tel que la Cour suprême l'a décidé dans une trilogie d'arrêts, tous les organismes administratifs qui ont la compétence d'interpréter le droit en vertu de leur loi constitutive ont également le pouvoir de déclarer les règles de droit inconstitutionnelles : *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 (collèges); *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario Relations Board*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

¹⁹ Il est intéressant de noter que la majorité de la Cour suprême a souligné dans l'arrêt *Baker*, précité note 10, qu'il n'était plus nécessaire de distinguer entre l'exercice de la discrétion par l'Administration et son interprétation des paramètres du pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré par la loi pour les fins du contrôle judiciaire de la validité des décisions de cette dernière.

conférait au ministre de l'Immigration le pouvoir d'accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement.

Les multiples significations de cette norme sont influencées par plusieurs variables. Elles fluctuent tout dépendant du type de dispense d'application d'un règlement (et ces règlements font souvent l'objet de modifications), de la situation personnelle de l'administré et du facteur temporel qui affectent le champ des valeurs qui surdétermine la norme. Lorsque l'article 114(2) a été édicté en 1976, l'intérêt des enfants d'un requérant, nés au Canada, n'était pas un facteur pertinent afin de déterminer s'il y avait un motif humanitaire pour accorder une dispense d'application d'un règlement au requérant. En vérité, le concept de « l'intérêt des enfants » était au mieux en émergence au Canada à cette époque. Il ne faisait donc pas encore partie du champ des valeurs de référence de cette norme. Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême devait déterminer si la décision de l'agent de l'immigration qui a été prise en 1992, et refusant la demande de la requérante, était nulle en raison du fait qu'il n'avait pas tenu compte de l'intérêt des enfants Baker. Bien que la décision du fonctionnaire fût conforme à la pratique canadienne d'immigration en 1992 à cet égard, elle était incompatible avec les obligations contenues dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* que le Canada avait ratifié. De plus, lorsque la Cour a annulé la décision en 1999, la décision de l'agent était alors devenue incompatible avec les représentations du gouvernement canadien sur la scène internationale relatives à la mise en œuvre de la Convention dans son droit de l'immigration et avec les changements que le ministre de l'immigration avait apportés aux directives guidant l'exercice de la discrétion des fonctionnaires lors de l'application de l'article 114(2) de la *Loi*.

En résumé, les normes secondaires sont des normes qui peuvent généralement être qualifiées d'ambiguës. Par conséquent, la condition préliminaire d'ambiguïté nécessaire, nous disent les juges, afin d'appliquer la présomption de conformité au droit international peut être aisément satisfaite en droit administratif puisque ce sont principalement des normes secondaires qui gouvernent les actes de l'Administration. Il en résulte que le caractère discriminant de cette condition perd, dans le contexte du droit administratif (et du droit public plus généralement), son utilité. Cette

conclusion trouve d'ailleurs appui dans l'arrêt *National Corn Growers*²⁰ puisque la Cour suprême a écarté le critère de l'ambiguïté manifeste du texte de la norme pour justifier le recours au droit international comme source d'interprétation d'une disposition législative. La Cour a jugé que l'ambiguïté pouvait également être latente²¹.

Ce constat emporte des conséquences sur l'application de la deuxième condition. En effet, les méthodes valides de réception du droit international en droit interne se sont considérablement diversifiées en droit canadien, si bien que les traces d'une volonté législative ne sont plus le seul élément pertinent de la donne interprétative : toutes les traces étatiques comptent.

B. La diversification des traces étatiques indiquant une volonté de donner effet au droit international

La présomption de conformité du droit interne au droit international est une présomption simple qui peut être renversée par une argumentation contraire. Si la loi a vu le jour *après* la convention et que l'interprète conclut qu'elle en découle, à cause par exemple d'une similarité entre les concepts utilisés dans la loi et dans le droit international²², il est alors logiquement pertinent d'appliquer la présomption. En effet, la présomption existe parce qu'il est postulé que les principes du droit international, « dans la mesure où il[s] constitu[ent] un élément du contexte d'adoption de la loi nationale »²³, font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et doivent à ce titre être examinés.

²⁰ *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 (j. Gonthier).

²¹ *Id.*, 1371.

²² C'est d'ailleurs un des arguments que le juge Dickson a utilisés dans sa dissidence dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 348. En matière de droits de la personne, c'est généralement la conclusion qui est tirée par l'État canadien. Pour des exemples d'adoption par le législateur fédéral de normes conventionnelles en matière de droits de la personne, voir William A. SCHABAS, *Précis de droit international des droits de la personne*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1997, p. 259-266.

²³ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 8, p. 467; R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 8, p. 330 citée avec approbation par la juge L'Heureux-Dubé dans *Baker*, précité, note 10, par. 70.

En revanche, si la loi a vu le jour *avant* la création d'un instrument international, l'application de la présomption de conformité au droit international perd son sens lorsque l'analyse est axée sur la recherche de la volonté du législateur²⁴. Ces situations sont fréquentes en droit canadien et pour éviter d'engager la responsabilité internationale du Canada, en raison d'un défaut de mettre en œuvre les obligations auxquelles le Canada a librement consenti par convention internationale²⁵, les juges de la Cour suprême ont modifié l'approche interprétative. Ils favorisent une méthode d'interprétation dynamique et évolutive des lois ordinaires, ce qui leur permet de tenir compte d'éléments extérieurs au texte de loi. Cette transition est significative puisque le juge peut maintenant chercher des traces d'une réception du droit international en droit interne en tenant non seulement compte du texte, mais également du contexte axiologique et empirique de la norme.

L'approche contextuelle d'interprétation vise à identifier le sens des termes d'une loi dans son contexte global, ce qui comprend non seulement le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur, les valeurs contenues dans des conventions de droit international et dans le droit public canadien ainsi que dans les directives et autres règles administratives créées par les autorités administratives. En somme, cette perspective interprétative signifie que tant le texte de la norme qui la détermine, que le contexte factuel qui la codétermine, que les valeurs qui la surdéterminent sont des éléments dont il faut tenir compte, même si l'importance de chacun peut varier dans le cadre du travail interprétatif.

Ce changement de méthode d'interprétation emporte plusieurs conséquences. 1. Si le législateur ne veut pas incorporer des normes internationales dans son droit interne, il devra s'exprimer clairement en ce

²⁴ Telle était la difficulté dans l'arrêt *Baker*. Comme il a déjà été mentionné à la page 5 du texte, les dispositions législatives et réglementaires avaient été adoptées en 1976 dans un contexte où le concept « intérêts des enfants » n'était, au mieux, qu'en émergence en droit canadien.

²⁵ Sur les difficultés que cette situation peut engendrer sur le plan de la responsabilité internationale de l'État canadien, voir : Gerald L. MORRIS, « The Treaty-making Power: a Canadian Dilemma », (1967) 45 *Can. Bar Rev.* 478; André PATRY, « La capacité internationale des États fédérés », dans Jacques BROSSARD (dir.), *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1967, p. 23.

sens. 2. Il est plus difficile pour le juge de justifier la déduction selon laquelle le silence du législateur signifie qu'il manifeste une volonté de ne pas vouloir se conformer au droit international. 3. Le juge peut donner effet aux normes conventionnelles du droit international en droit interne canadien, lorsque les prescriptions juridiques contenues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, les lois et règlements, les règles de common law et même les actes gouvernementaux et administratifs ne seront pas jugés contraires aux normes du droit international²⁶. Ainsi, lorsque le gouvernement canadien fait des représentations sur la scène internationale selon lesquelles son droit interne est déjà conforme au traité – avant la ratification de ce dernier – le juge pourra en tenir compte dans le cadre de l'interprétation contextuelle²⁷. Par ailleurs, si – à la suite de la ratification du traité – l'État prend certaines mesures administratives²⁸ (programmes éducatifs, allocation de ressources financières ou de plans d'aménagements environnementaux²⁹), le juge pourra également en tenir compte. L'histoire des actes gouvernementaux, puis administratifs et judiciaires et finalement législatifs pertinents à la mise en œuvre de la *Convention relative au droit de l'enfant* en droit canadien de l'immigration est instructive à cet égard.

²⁶ Pour Brunnée et Toope, une conclusion autre conduirait à légitimer l'hypocrisie du gouvernement canadien :

« Indeed, the Government frequently reports to international bodies that it has already implemented the treaty in question and therefore has met its international commitments. For example, in its reports to the Human Rights Committee under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Canada has claimed implementation mainly through the Charter of Rights and Freedoms and related constitutional jurisprudence, complemented by various amendments to existing statutes. »

Jutta BRUNNÉE et Stephen J. TOOPE, « A Hesitant Embrace: Baker and the Application of International Law by Canadian Courts », [à paraître dans le *Canadian Yearbook of International Law*, 9].

²⁷ Selon Brandon, cette pratique se fait essentiellement en matière de droit des personnes. Elizabeth BRANDON, « Does International Law Mean Anything in Canadian Courts? », (2001) 11 *J.E.L.P.* 399.

²⁸ *Id.*, 420. Brandon emploie en fait les termes « positive action ».

²⁹ *Id.*, 422. La *Convention sur la diversité biologique* (Mai 1992), 31 *I.L.M.* 818 est un exemple où un traité a été incorporé en droit interne canadien par l'entremise de la méthode d'incorporation par mesures administratives.

La *Convention relative aux droits de l'enfant* inclut le critère de l'intérêt de l'enfant à ses articles 3, 9 et 12. Elle a été ratifiée par le Canada en décembre 1991 et elle est entrée en vigueur (pour le Canada) en janvier 1992. Cette Convention comprend un mécanisme de mise en œuvre qui est le rapport. Dans ses rapports qui doivent être fournis périodiquement, un État doit expliquer les mesures qu'il a adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la Convention ainsi que sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits. Le Canada a, à ce jour, déposé deux rapports : le premier en 1994 et l'autre en 2001. Entre ces deux rapports, le *Comité des Nations-Unies sur les droits de l'enfant* a fait des recommandations au gouvernement canadien afin qu'il améliore notamment son droit de l'immigration eu égard au respect du principe de l'intérêt de l'enfant.

Dans son premier rapport, le Canada explique au Comité qu'en matière d'application de l'article 114(2) de la *Loi sur l'immigration* sa pratique consiste à ne pas accorder la résidence permanente aux parents qui ont des enfants nés au Canada. En 1995, le Comité recommande au Canada « d'attacher une attention particulière à la mise en œuvre du concept de l'intérêt supérieur de l'enfant [...] et de chercher des solutions propres à éviter les mesures d'expulsion causant la séparation des familles, dans l'esprit de l'article 9 de la Convention ». Le 8 mars 1999, le gouvernement canadien complète la révision de son *Guide de l'immigration* et notamment des directives portant sur l'application de l'article 114(2). On peut lire que lors de l'évaluation des cas pouvant entraîner la séparation des parents et des enfants, les agents pourront dorénavant tenir compte de toutes « les circonstances de tous les membres de la famille, en accordant une attention particulière aux intérêts et à la situation des enfants de l'individu sans statut ». De plus, le ministre réfère explicitement à la *Convention relative aux droits de l'enfant* dans le nouveau texte de sa directive. Cette même année, dans l'arrêt *Baker*, la majorité de la Cour suprême fait référence au *Guide de l'immigration* pour argumenter que les directives qui y sont contenues et données par le ministre aux agents d'immigration reconnaissent et révèlent les valeurs et la démarche qui sont énoncées dans la Convention. En 2001, le Canada remet son deuxième rapport au Comité des Nations-Unies. Dans ce rapport, le gouvernement canadien réfère explicitement aux changements du *Guide de l'immigration* afin de donner suite à la recommandation de 1995 du Comité des Nations-Unies. Finalement, dans sa nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (entrée en vigueur en 2002) le législateur fait explicitement référence au critère de l'intérêt supérieur des

enfants à l'article 25 qui attribue le pouvoir au ministre d'accorder des dispenses pour des motifs humanitaires.

En résumé, le juge canadien peut tenir compte de plusieurs facteurs pour évaluer s'il peut donner effet au droit international en droit interne. Dans la mesure où des traces d'une volonté de donner effet au droit international sont trouvées dans le texte et le contexte factuel ou axiologique de la norme. Toutefois, l'arrêt *Baker* n'a pas manqué de susciter un regain de l'intérêt des juristes de droit public. Ils ont profité de la controverse suscitée par cet arrêt pour engager un dialogue avec la Cour en proposant d'autres théories visant l'aménagement des rapports entre le droit international et le droit interne dans la société contemporaine canadienne.

II. L'ÉMERGENCE DE THÉORIES ALTERNATIVES DANS LA DOCTRINE CANADIENNE

Dans l'ordre constitutionnel de la fédération canadienne, c'est le gouvernement fédéral qui a le pouvoir de traiter sur le plan international. Il peut signer et ratifier des traités sans l'approbation formelle des gouvernements provinciaux et de leurs Assemblées législatives ainsi que du Parlement fédéral. Dans la pratique, toutefois, le gouvernement fédéral ne s'engage généralement pas sur le plan international avant d'avoir entamé des négociations au préalable avec les provinces et d'avoir obtenu des assurances qu'elles mettront en œuvre la convention internationale une fois que celle-ci sera ratifiée (si, bien sûr, elle touche un domaine de compétence provinciale). Un autre élément de la politique canadienne qu'il est important de souligner est que la séparation des pouvoirs entre les organes étatiques n'est pas étanche. Le parti politique qui fait élire la majorité de ses candidats gagne les élections et forme le gouvernement. Ce gouvernement détient aussi la majorité des sièges au sein de l'organe législatif. En somme, lorsque le gouvernement fédéral engage la responsabilité internationale du Canada par la ratification d'un traité, c'est parce qu'il sait qu'il obtiendra la coopération du Parlement fédéral, et probablement celle des gouvernements et assemblées législatives provinciaux.

En tenant compte de ces données, il est plus facile de comprendre les raisons politiques qui justifient l'application de la présomption de conformité au droit international même en l'absence d'une volonté claire du législateur en ce sens. En prenant pour acquis que la majorité de la Cour suprême a tenu compte de cette réalité politique lorsqu'elle a rendu

son jugement dans l'arrêt *Baker*, elle a néanmoins fait preuve de prudence. En effet, bien qu'elle ait conclu que la présomption de conformité entre le droit interne et le droit international recevait application en l'espèce, la juge L'Heureux-Dubé a clairement indiqué que les normes de la *Convention relative aux droits de l'enfant* expriment des valeurs chères à la société canadienne, lesquelles *peuvent* être « prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois. »³⁰

La majorité a donc insisté sur la force persuasive plutôt qu'obligatoire des normes internationales auxquelles les instances étatiques sont présumées vouloir se conformer, sans donner les justifications théoriques en droit sur lesquelles elle a fondé son raisonnement. Depuis lors, deux grandes perspectives théoriques d'application du droit international en droit interne ont émergé dans la doctrine canadienne. Le point de convergence entre les auteurs est qu'ils accordent une place plus importante à une conception pluraliste des ordres juridiques, sans complètement délaissier l'idée d'une certaine prépondérance de l'ordre juridique interne. Dans les deux cas, toutefois, les auteurs cherchent à mieux circonscrire le rôle des organes étatiques (autres que le législateur) dans le maintien d'un équilibre entre les ordres étatique et international. Deux courants s'affirment. Le premier donne préséance au pouvoir discrétionnaire du gouvernement (A). C'est à lui qu'il revient de déterminer dans quelle mesure la norme internationale aura du poids dans l'ordre interne. Le deuxième donne préséance au pouvoir discrétionnaire du juge (B).

A. La préséance du pouvoir discrétionnaire du gouvernement

Le point de départ des réflexions des professeurs Brunnée et Toope³¹ repose sur la critique du travail accompli par nos tribunaux supérieurs en matière d'interprétation du droit international. Plus spécifiquement, ils dénoncent à la fois l'absence d'uniformité des jugements et la tendance à définir la norme internationale comme ayant une simple valeur persuasive, indépendamment du fait que celle-ci soit issue ou non d'un traité liant le Canada sur la scène internationale. Ils s'inquiètent des dangers que peut représenter l'arrêt *Baker*³² à plus long terme. Ils estiment qu'une

³⁰ *Baker*, précité, note 10, par. 70.

³¹ J. BRUNNÉE et S. J. TOOPE, *loc. cit.*, note 26.

³² Et la suite de celui-ci, notamment l'arrêt *Suresh*, précité, note 11.

utilisation strictement persuasive de toutes les normes du droit international non-incorporées en droit canadien ne peut qu'effriter la présomption de conformité et réduire les obligations internationales du Canada au rang d'anecdotes.

Afin de contrer cet effet qu'ils jugent indésirable, Brunnée et Toope proposent une méthode d'interprétation fondée sur la distinction entre les instruments internationaux ratifiés et non ratifiés. Dès que le Canada ratifie un traité, il engage sa responsabilité internationale. Pour cette raison, les tribunaux sont contraints de donner effet aux normes du droit international en droit interne, indépendamment de leur incorporation par voie législative³³, et d'interpréter le droit canadien conformément aux normes contenues dans les traités qu'il a ratifiés. Lors du travail d'interprétation, les auteurs suggèrent aux juges de s'attarder au sens réel du traité et, le cas échéant, d'utiliser les règles d'interprétation inscrites dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³⁴.

Selon cette perspective théorique, les juges ne peuvent plus, comme l'a fait la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Baker*, considérer un traité ratifié et non incorporé comme possédant une simple valeur persuasive pouvant guider, à la seule discrétion du juge, l'interprétation du droit canadien³⁵. En revanche, Brunnée et Toope privilégient la solution retenue dans l'arrêt *Baker* pour les normes internationales qui ne lient pas le Canada sur la scène internationale³⁶. Les juges doivent alors conserver la

³³ J. BRUNNÉE et S. J. TOOPE, *loc. cit.*, note 26, 26 et 27.

³⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précitée, note 8.

³⁵ J. BRUNNÉE et S. J. TOOPE, *loc. cit.*, note 26, 17 et 18 :

«The Convention on the Rights of the Child should not merely have been at the Court's discretion to 'help inform' its interpretative effort-something less than what is required by the traditional presumption of conformity. Instead, the Court was obliged to strive, to the extent possible, for an interpretation that is consistent with the legal commitments that Canada made by ratifying the Convention. »

³⁶ Pour ces auteurs, ces normes sont : les règles de traités non ratifiés par le Canada, les décisions de tribunaux internationaux; les parties non contraignantes d'un traité ratifié (préambule, dispositions non impératives), les déclarations de principes et codes de conduite n'ayant pas encore le statut de coutume internationale. La coutume internationale, malgré les tergiversations de la jurisprudence, doit recevoir selon les auteurs une application directe en droit interne canadien. De ce fait, tout comme pour les traités ratifiés par le Canada, les tribunaux ont l'obligation d'interpréter toute disposition législative ou règle de common law en accord avec le droit coutumier international. J. BRUNNÉE et S. J. TOOPE, *loc. cit.*, note 26, 25 et 26.

discrétion de s'y référer dans les cas qu'ils estiment adéquats. Contrairement aux normes issues de traités ratifiés, ces normes non-contraignantes peuvent être utilisées à titre persuasif lors de l'interprétation du droit canadien.

L'approche de Brunnée et Toope a été critiquée parce que la distinction créée entre les normes internationales contraignantes et non contraignantes polarise l'influence du droit international en droit canadien sur un plan strictement formaliste, ce qui a pour effet de soumettre tout le droit international, sans distinction entre ses normes, à la seule volonté d'intérêts nationaux. Lorsque le Canada ratifie un traité, l'application du droit international en droit interne s'effectue alors sans discernement³⁷. Le juge perd son pouvoir discrétionnaire³⁸.

B. La préséance du pouvoir discrétionnaire du juge

Contrairement à Brunnée et Toope, d'autres auteurs estiment que l'arrêt *Baker* constitue un tournant significatif dans la jurisprudence canadienne. En consacrant l'importance du droit international à titre de source interprétative des lois ordinaires³⁹, indépendamment de sa ratification ou

³⁷ Karen KNOP, « Here and There: International Law in Domestic Courts » (2000) 32 *N.Y.U.J. Intl L. & Pol.* 501, 505 :

« [...] proponents of the traditional model have defended bindingness over persuasion on the ground that bindingness provides a safeguard against hegemony. But this defence assumes that international law generally, and therefore international law binding on domestic courts, is not hegemonic, an assumption that many would question. [...] If the domestic application of international law is equated with the recognition of a global standard of good, then any and every domestic application is desirable. But this tacitly locates the authority of international law in its embodiment of liberal democracy, rather than understanding its authority as partly created by the reasoning in each case. »

³⁸ *Id.*, 516. Elle dénonce en effet que :

« The language used to promote domestic courts as instruments of international law—implementation, compliance, enforcement—only further de-emphasizes the exercise of judgment involved in translating from international to domestic law. Rhetorically, domestic judges are reduced to bureaucrats who, depending on the scholarly viewpoint, simply need to be better trained, better motivated, or more up-to-date. »

³⁹ E. BRANDON, *loc. cit.*, note 27, 444 exprime bien ce point de vue : « The relevance of treaties hinges more on their importance to Canada as expressions of international values and principles, than on their precise legal status at the domestic level. Thus the

de son incorporation en droit interne, la majorité de la Cour suprême propose une analyse centrée sur le contenu normatif du traité⁴⁰. Le juge, figure centrale dans un système parlementaire, est investi de la tâche de déterminer quelles sont les normes internationales qui méritent d'être considérées plus sérieusement que d'autres. Dans la doctrine, on peut identifier une version forte et une version faible de cette approche théorique favorisant l'exercice de la discrétion par le juge, plutôt que par le gouvernement. Selon la version forte, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge n'est contraint par aucune limite balisant son pouvoir de faire le choix des normes internationales qui compteront lors du travail interprétatif. Selon la version faible, l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge est partiellement lié par des principes de droit public.

C'est la professeure Knop qui a proposé une version forte de cette perspective théorique. Selon cette auteure, les tribunaux devraient considérer le droit international comme un droit étranger et l'analyser en conséquence⁴¹. En utilisant les méthodes interprétatives de droit comparé, lesquelles accordent une valeur strictement persuasive aux normes étrangères, les tribunaux peuvent accorder aux normes internationales, qu'elles soient contraignantes ou non, la place qui leur revient en droit canadien : « Since foreign law is not binding, we must be persuaded of its relevance, and comparative law offers us structures of persuasion that may prove illuminating for international law as well. Ultimately, the understanding of persuasion found in comparative law may challenge the narrowness of what international lawyers model as the domestic application of international law. »⁴² Au nom d'une application moins déterministe du droit international, Knop limite la portée de la présomption de conformité au droit international puisque même en présence d'un traité ratifié, l'application de la présomption ne peut imposer une contrainte au pouvoir judiciaire d'interpréter le droit interne conformément au droit international⁴³. Selon cette perspective, l'opinion de la majorité dans *Baker* constitue pour Knop un modèle de flexibilité et de

limits of the contextual approach to statutory interpretation are being redefined to include a large body of international law. »

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ K. KNOP, *loc. cit.*, note 37, 520.

⁴² *Id.*, 530 et 531.

⁴³ *Id.*, 525 et suiv.

nuance à suivre pour les tribunaux puisque les juges conservent l'entière discrétion d'utiliser, à titre persuasif, les normes et valeurs du droit international qu'ils estiment adéquates pour résoudre le litige⁴⁴.

L'approche Knop a été critiquée par Brunnée et Toope qui craignent que l'absence de contrainte sur le pouvoir discrétionnaire du juge mène, à plus long terme, vers moins que plus de nuance dans le choix des normes internationales servant à interpréter le droit interne⁴⁵. C'est dans cette optique que s'inscrit le projet de Van Ert puisqu'il cherche à expliciter, dans sa version faible de l'approche théorique de la réception du droit international en droit interne⁴⁶, les principes de droit public qui doivent guider le juge lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire. Pour cet auteur, deux principes gouvernent l'entière question de l'utilisation des traités en droit interne canadien : l'autonomie gouvernementale et le respect du droit international. Le principe de l'autonomie gouvernementale réaffirme la capacité d'une communauté de s'autodéterminer librement, sans influence externe. Par influence externe, il réfère à toute institution (juridique, politique ou autre) n'ayant pas fait l'objet d'une approbation expresse par une communauté donnée. Celle-ci ne peut être obtenue qu'à la suite d'un processus décisionnel démocratique, lequel est formé de délibération, de représentation et de participation⁴⁷. Selon l'auteur, seul l'organe législatif, à l'exclusion de l'organe exécutif, regroupe ces trois caractéristiques; accepter que l'Exécutif puisse légiférer sans le concours du Parlement viole le principe d'autonomie gouvernementale.

Quant au principe du respect du droit international, le juge doit en tenir compte, car ce droit trouve son fondement non seulement dans la raison et la justice, mais aussi dans le fait que le Canada est membre du concert des nations : « [...] if we do not respect international law we must cease to be

⁴⁴ K. KNOP, *loc. cit.*, note 37, 535.

⁴⁵ J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 26, 19. « We fear that this approach [Knop], if not carefully applied as a supplementary analytical tool, could easily lead to less rather than more nuance. The temptation may be great to treat all international law, whether binding on Canada or not, as « optimal information » and to disregard the particular interpretative onus that is placed upon the courts by the presumption of conformity with Canada's international obligations. »

⁴⁶ Gibran VAN ERT, « Using Treaties in Canadian Courts », (2000) 38 *C.Y.B.I.L.* 3.

⁴⁷ *Id.*, 7.

part of the civilized world. »⁴⁸ Pour Van Ert, tout traité ratifié, qu'il soit ou non incorporé, produit des effets juridiques en droit interne. La présomption de conformité s'applique dans ce cas et le juge doit interpréter les normes de droit international de manière libérale⁴⁹. Cependant, Van Ert ajoute que le juge doit limiter les effets du droit international en droit interne, dès que le principe d'autonomie gouvernementale est trop sérieusement affecté par l'application du principe du respect du droit international. Afin d'aider les juges à déterminer si les effets vont au-delà de ce qui devrait être acceptable, Van Ert propose un test dont les composantes reviennent en somme à une analyse formaliste qui ne tient pas compte, du moins explicitement, du contenu des normes de droit international⁵⁰.

* * * * *

Dans l'état actuel de la jurisprudence canadienne, il semble bien que la majorité de la Cour suprême penche en faveur de l'approche Van Ert dans la mesure où elle a cherché à maintenir un équilibre entre les principes du droit interne et du droit international dans le cadre d'un litige faisant appel à des normes de droit international qui avaient été ratifiées par le Canada.

⁴⁸ *Id.*, il reprend ainsi les propos de Blackstone.

⁴⁹ Selon van Ert, la présomption devrait s'appliquer aux lois tant antérieures que subséquentes à la ratification du traité, et devrait viser de façon égale tant les lois d'incorporation que les lois dites ordinaires. *Id.*, 37 et 38.

⁵⁰ G. VAN ERT, *loc. cit.*, note 48, 52 et 53 :

« First, a court should consider the extent to which applying the treaty presumption to the case at bar will relieve the executive of the need to seek implementation of the treaty by Parliament or the provincial Legislatures. [...] A second consideration should be the content of the treaty obligation under consideration. Treaty provisions of a purposive, interpretive, or general nature will often be more susceptible to judicial application by means of the treaty presumption than specific, particular, or detailed commitments, which will usually require implementing legislation to be given domestic legal effect. [...] Finally, courts should be cognizant of the respective roles of legislatures and the judiciary in the Canadian reception system. The system assigns the task of vindicating the principle of self-government to Parliament and the provincial Legislatures in exercise of their sovereignty to legislate in violation of international law and their discretion as to whether, and to what extent, to implement treaty obligations incurred by the executive. In contrast, the role of asserting the principle of respect for international law is confided in the judiciary. »

En effet, dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême a fait référence à des principes et valeurs du droit public lors du processus d'interprétation. La Cour estime donc que la discrétion des juges n'est pas illimitée lorsqu'il s'agit de donner effet à la présomption de conformité entre le droit interne et le droit international. Toutefois, la jurisprudence de la Cour est encore trop rudimentaire pour qu'il soit possible d'affirmer avec certitude si la forme (la ratification d'un traité) compte toujours davantage en droit canadien que le contenu de la norme. Néanmoins, certains développements, notamment dans l'arrêt *Baker*, laissent croire qu'une majorité de juges seraient enclins à accorder une place particulière aux normes internationales visant la protection des droits de la personne.

III. LA PLACE PARTICULIÈRE DES NORMES INTERNATIONALES VISANT LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE

La protection des droits de la personne occupe un espace non négligeable dans la pensée juridique occidentale contemporaine. L'essor du droit international des droits de la personne est un facteur qui a joué un rôle de premier plan à cet égard. C'est dans la foulée de ces développements que les entités fédérale et provinciales de l'État canadien ont élaboré des instruments généraux de protection des droits et libertés fondamentaux des citoyens, dont la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par ailleurs, un sondage effectué en 2002 indiquait que 92 % de 88 % des Canadiens connaissant la *Charte* adhèrent à ce projet de protection des droits de la personne.

À plusieurs reprises, la Cour suprême a eu l'occasion de constater la similitude entre les droits et libertés fondamentaux protégés par la *Charte* et ceux inscrits dans les normes internationales des droits de la personne. Cet argument a non seulement servi à justifier une interprétation large des droits protégés par la *Charte* de manière à en assurer la compatibilité avec les normes internationales, mais a également eu pour conséquence de donner aux normes internationales un effet juridique en droit constitutionnel canadien. Puisque, en vertu de l'article 32 de la *Charte*, l'État canadien a créé un ordre juridique supérieur qui lie le Parlement, les législatures provinciales et les gouvernements (incluant les administrations publiques), il n'est pas étonnant, par ricochet, que l'Administration s'estime liée par les normes du droit international contenues dans les jugements de la Cour portant sur la *Charte*. Il n'est pas étonnant non plus que l'Administration publique exprime cette obligation par diverses tech-

niques normatives, incluant les directives et autres règles administratives, afin de développer son droit de manière compatible à ces normes⁵¹.

En s'attribuant ce rôle, l'Administration agit de façon cohérente avec la prescription de l'article 32 de la *Charte*, mais ce constat ne signifie pas d'emblée qu'elle peut utiliser de son propre chef des instruments normatifs tels la directive, afin de donner effet à un droit de la personne dont la source provient uniquement du droit international. Pour plusieurs constitutionnalistes canadiens, la prétention contraire promeut une thèse indéfendable dans un système juridique où prédomine le principe de la séparation des pouvoirs et duquel découle la doctrine dualiste de réception du droit international en droit interne. Toutefois, cette conception formelle du droit constitutionnel perd du terrain puisque la Cour suprême recourt depuis quelques années à des principes non-écrits, la constitution de common law⁵², afin de donner effet à des valeurs fondamentales structurant l'ordre démocratique canadien. En s'appuyant sur ces développements, d'autres constitutionnalistes canadiens argumentent que la constitution de common law porte un coup fatal à la doctrine dualiste en droit interne lorsqu'il s'agit de donner effet à certaines valeurs fondamentales issues du droit international (A). C'est par l'application de ces principes constitutionnels non-écrits que ces spécialistes argumentent la légitimité de la réception des normes internationales par tous les organes étatiques, dans la mesure toutefois où ces normes reflètent des valeurs fondamentales protégées par la constitution de common law. Lorsqu'il s'agit des droits de la personne, le problème qui se pose est de déterminer si un droit reconnu par une norme internationale (mais non par une norme constitutionnelle écrite) est une valeur protégée par la constitution de common law. Afin de résoudre cette difficulté, le concept de droit cosmopolite a été proposé (B).

⁵¹ Voir les exemples dans : France HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2001, p. 161-166 et 189-192; France HOULE, « La lecture des blancs dans le droit et la validité des règles administratives : essai sur deux modèles issus du positivisme juridique », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Éditions Thémis, p. 52-125.

⁵² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 et *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Baker*, précité, note 10. Sur la Constitution de common law, voir entre autres, Mark WALTERS, « The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law », (2001) 51 *U.T.L.J.* 91.

A. La constitution de common law

La constitution de common law comprend tout principe constitutionnel non écrit représentant des valeurs fondamentales de la société canadienne⁵³. Parmi ces valeurs, il y a celles relatives à la démocratie parlementaire, à l'État de droit et aux droits de la personne.⁵⁴ La *Charte canadienne des droits et liberté* constitue une forme de confirmation de certaines de ces valeurs fondamentales⁵⁵. Par le recours aux principes constitutionnels de common law, Dyzenhaus estime possible de légitimer l'utilisation de la présomption de conformité du droit interne au droit international lorsque les valeurs contenues dans ce dernier sont non seulement compatibles avec les valeurs prévues dans la *Charte*, mais également avec d'autres dispositions de droit positif relatives aux droits de la personne. En somme, la constitution de common law accorde aux individus une protection conforme aux valeurs fondamentales, et ce, même en l'absence de dispositions légales formelles à cet effet⁵⁶.

C'est en ce sens que pour Dyzenhaus, la constitution de common law consacre une conception plus riche de la démocratie menant vers une application beaucoup moins étanche du principe de la séparation des pouvoirs. Pour cette raison, il critique le principe de l'autonomie gouvernementale défendue par Van Ert. Dyzenhaus souligne que la prétention selon laquelle seul le Parlement est représentatif de l'ordre démocratique relève d'une conception pauvre de ce dernier. La démocratie est l'une des valeurs fondamentales enracinées dans la constitution de common law et, de ce fait, elle s'enrichit par l'interaction avec les autres valeurs du droit constitutionnel écrit et non-écrit. Il en résulte que l'ordre démocratique ne peut être considéré comme exclusivement issu de l'activité législative⁵⁷,

⁵³ David DYZENHAUS, « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law », (2001-2002) 27 *Queen's L. J.* 445; voir aussi : David DYZENHAUS et Evan FOX-DECENT, « Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada* » (2001) 51 *U. of Toronto L.J.* 193; David DYZENHAUS, Murray HUNT et Michael TAGGART, « The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation », (2001) 1 *Oxford U. Commonwealth L.J.* 5.

⁵⁴ D. DYZENHAUS, *loc. cit.*, note 53, 6 et 35.

⁵⁵ *Id.*, 6.

⁵⁶ *Id.*, 38.

⁵⁷ La vision enrichie de la démocratie proposée par Dyzenhaus l'amène à critiquer la dissidence des juges Iacobucci et Cory dans l'arrêt *Baker*, précité, note 10, ainsi que

notamment lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des protections relatives aux droits des personnes. Sur ce point, Dyzenhaus est d'accord avec Walters :

« This argument is more in line with the democratic vision, since the plausibility of the idea of the common law constitution is said to be premised on a blurring of the division between the powers. Walters [...] suggest that the idea of a common law constitution is more about the protection of fundamental values and less about constitutional rules relating to institutional structure, including the separation of powers. Hence, unless a violation of such structure 'also amounts to the violation of basic human rights', structure should not be asserted as part of the unwritten constitution. »⁵⁸

Selon Dyzenhaus et Walters, il revient au juge d'exercer sa discrétion afin d'établir, d'utiliser ou d'interpréter diverses règles de common law. En ce qui concerne les règles de common law faisant état de valeurs fondamentales propres à la société canadienne (autre que la séparation des pouvoirs), ils estiment que le juge doit leur accorder un poids prépondérant en droit canadien, notamment par l'entremise d'une application généreuse de la présomption de conformité⁵⁹. Leur refuser cet effet signifie l'adhésion à une vision formelle du constitutionnalisme, consacrant la préséance du principe de la séparation des pouvoirs au détriment des autres valeurs fondamentales, telles la protection des droits

l'obiter dictum du juge Lamer de la Cour suprême dans l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Dans cette affaire, le juge Lamer (qui était alors juge en chef de la Cour) avait émis l'opinion selon laquelle les questions relatives à *Charte* devraient relever exclusivement du pouvoir judiciaire et non des tribunaux administratifs, contrairement à la jurisprudence constante de la Cour suprême sur cette question depuis la trilogie *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, précité, note 18, *Cuddy Chicks Ltd. c. Commission des relations de travail de l'Ontario*, précité, note 18 et *Tétreault-Gadoury c. Canada (C.E.I.)*, précité, note 18. Dyzenhaus est d'accord avec les propos de la juge McLachlin qui, dans cette même affaire, s'inscrit contre l'opinion du juge Lamer. Il explique : « I call the vision of constitutionalism [of McLachlin] democratic, because, in her view, if judges have such exclusive jurisdiction, then the Charter is put out of reach of the people whom it serves in part, as it is before tribunals rather than the courts that most people are likely to contest their rights. » D. DYZENHAUS, M. HUNT et M. TAGGART, *loc. cit.*, note 53, 21.

⁵⁸ D. DYZENHAUS, *loc. cit.*, note 53, 27.

⁵⁹ D. DYZENHAUS et E. FOX-DECENT, *loc. cit.*, note 53, 17.

de la personne. En revanche, leur accorder une telle place milite en faveur d'une vision démocratique du constitutionnalisme⁶⁰.

Toutefois, il ne s'agit pas de laisser le juge sans paramètres décisionnels afin de déterminer quelles sont les valeurs fondamentales relatives aux droits des personnes devant recevoir application en droit interne. À cet égard, les normes du droit international serviraient d'étalon de mesure plus objectif que le recours aux préférences personnelles des juges, administrateurs et législateurs (lorsqu'il s'agit d'un droit non protégé par les chartes). Elles agiraient comme un rempart contre une version appauvrie des protections pouvant être accordées aux personnes. Pour Walters, ces balises posées par le droit international des droits de la personne forment le substrat d'un concept, celui du droit cosmopolite, sur lequel peut reposer une argumentation servant à justifier la légitimité d'un ordre démocratique canadien fondé sur le respect des droits de la personne.

B. Le droit cosmopolite

Le concept de droit cosmopolite signifie l'ensemble des droits individuels inaliénables découlant d'un principe de justice humanitaire universelle constituant le fondement de la théorie du droit rationnel de Kant⁶¹. Fondée sur la raison et non sur le droit divin ou l'expérience humaine, cette théorie pose que l'être humain doit être considéré comme une fin en soi et non comme un moyen. Selon Kant, toute morale ou système normatif doit servir à promouvoir et à garantir les droits et libertés individuels de chaque citoyen, indépendamment de sa nation, de sa race ou de sa religion. De plus, il argumente que seul un mécanisme de protection des droits de la personne à l'échelle globale, qu'il nomme le droit cosmopolite, peut constituer une mesure efficace. En effet, le

⁶⁰ Sur le concept de constitutionnalisme démocratique, voir la note 57 ainsi que le texte de D. DYZENHAUS, note 53.

⁶¹ Mark D. WALTERS, « The Common Law Constitution and Legal Cosmopolitanism », texte manuscrit, p. 11 (à paraître). Walters s'inspire des enseignements de Kant et de ses successeurs, notamment John Rawls et David Held. Sur ces auteurs, voir David HELD, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995, p. 227-234; Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle (1795-96)*, trad. par J. Gibelin, Paris, Vrin, 1990; John RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 10.

caractère transcendant de la théorie du droit rationnel la rend imperméable face à l'action ou l'inaction des acteurs étatiques et non-étatiques puisqu'elle doit être considérée comme complètement distincte et autonome des ordres de droit interne et international. Walters argumente que le concept kantien du cosmopolitisme, vu à la lumière de considérations normative et historique, peut fournir « a compelling theoretical explanation for, or at least a useful theoretical insight to, the relationship between the common law constitution, judicial review, and international law »⁶². Sur le plan historique, il montre notamment que le droit cosmopolite fait partie depuis longtemps de la constitution de common law⁶³. Il conclut que la common law cosmopolite comprendrait ainsi un corpus de valeurs fondamentales, transcendantes et indépendantes des ordres juridiques interne et international relatifs aux droits des personnes, pris dans un sens large. Sur le plan normatif, il estime que l'intégration du droit cosmopolite à la constitution de common law permet l'utilisation d'une méthode d'interprétation de rechange à la méthode traditionnelle de telle sorte que les juges puissent se référer aux valeurs d'un traité non incorporé en droit interne, non pas comme s'il s'agissait de droit positif, mais « as a body of general or universal legal principles having force independently of positive sources »⁶⁴.

« [...] a vigorous approach by common law judges to the articulation of “humane standards” for executive decision-making by more consistent and active reference to international legal sources need not to be considered “subverting the constitution of states” or “misuse of legal concepts and terminology” or upsetting “the balance maintained by our Parliamentary tradition”. The

⁶² M.D. WALTERS, *id.*, p. 2.

⁶³ *Id.*, p. 8. Le droit universel des nations a été reconnu dès 1608 dans le *Calvin's Case*, (1608) 2 St Tr 559, 669-670 : the « common law of England is grounded upon the law of God, and extends itself to the originall lawe of nature, and the univesall lawe of nations ». Blackstone était du même avis, voir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, I, 43. Le point de vue de Blackstone a été repris récemment dans une décision anglaise, *Mabo v. Queensland (No 2)*, (1992) 175 CLR 1, 42. Le juge Brennan de la High Court a écrit « international law is a legitimate and important influence on the development of common law. » Ces citations sont tirées du texte de M. D. WALTERS, *id.*, p. 5.

⁶⁴ M.D. WALTERS, *id.* Il cite Alan BRUDNER, « The Domestic Enforcement of International Covenants on Human Rights: A Theoretical Framework », (1985) 35 *U. of Toronto L.J.* 219, 222.

principles of parliamentary sovereignty and separation of powers cannot be threatened by the “backdoor” incorporation of international legal norms by this approach because the norms that qualify as cosmopolitan, as opposed to the positive legal norms in which they are evidenced, are not just parts of international law but also part of the *ius cosmopolitanicum* or *ius gentium* that forms an integral part of the common law constitution. »⁶⁵

Selon cette méthode, tous les actes gouvernementaux et législatifs seraient soumis aux impératifs de la constitution non-écrite comprenant le droit de la common law-cosmopolite, sans que le juge ait à démontrer l’ambiguïté de la loi⁶⁶. De plus, puisque ces valeurs font partie de la constitution de common law, le juge pourrait même y recourir lorsqu’il estime qu’une norme de droit interne est contraire au droit cosmopolite⁶⁷. Mais plus important encore, la perspective de Walters pose les jalons d’une discussion sur la valeur constitutionnelle des normes internationales relatives aux droits de la personne en droit interne et qui ne sont pas explicitement inscrites dans les chartes des droits et libertés⁶⁸.

CONCLUSION

L’État canadien adhère toujours, dans son discours officiel, à l’approche dualiste d’incorporation du droit international conventionnel en droit interne, ce qui reflète le rôle traditionnel du législateur dans une démocratie de type parlementaire. Toutefois, la presque totalité des conventions que le Canada signe ne sont pas reçues dans une loi de mise en oeuvre. Afin de remédier à cette situation embarrassante, les juges de la Cour suprême appliquent la présomption de conformité du droit interne au droit international de façon large dans la mesure où les conditions

⁶⁵ M.D. WALTERS, *id.*, p. 13.

⁶⁶ M.D. WALTERS, *id.*, p. 4. Dans l’arrêt *Baker*, précité, note 10, par. 70, la juge L’Heureux-Dubé aurait laissé entendre qu’il serait possible de référer à un traité même lorsque les dispositions législatives sont claires.

⁶⁷ M.D. WALTERS *id.*, p. 14.

⁶⁸ Sur les dispositions constitutionnelles écrites relatives aux droits des personnes, *Pushpanathan c. Canada (Ministre de l’emploi et de l’Immigration)*, précité, note 11; *Slaight Communications Inc. c. Davidson* [1989] 1 R.C.S. 1038, par. 23; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, précité, note 11.

préliminaires d'application de la présomption – l'ambiguïté du texte législatif et les traces d'une volonté législative de donner effet au droit international – ne sont plus, somme toute, discriminantes. En effet, en favorisant une méthode contextuelle d'interprétation des lois autorisant ainsi l'interprète à tenir compte de tous les actes étatiques antérieurs, concomitants et postérieurs à la ratification du traité, la Cour suprême favorise une perspective non-originaliste d'interprétation des lois. De ce point de vue, les sources sont considérées légitimes si elles sont pertinentes et la pertinence s'infère des justifications qui sont données. Ce faisant, le juge peut non seulement faire appel à des principes et valeurs du droit international pour interpréter la loi, mais aussi justifier son appui aux initiatives hétérodoxes de l'Administration publique lorsque celle-ci reçoit des normes conventionnelles de droit international en droit interne canadien par le moyen de règles administratives (telles les guides, directives et politiques).

Cette orientation de la Cour suprême est importante parce qu'elle est annonciatrice de changements profonds dans l'organisation, le rôle et les pouvoirs des institutions publiques de l'État canadien à l'égard du droit international, mais également à l'égard de lui-même, dans la mesure où le juge et l'Administration publique seront progressivement appelés à devenir des figures actives dans la mise en œuvre du droit international en droit interne canadien. En effet, face aux multiples ramifications et interrelations entre les ordres juridiques en droit contemporain, il est incertain que le Parlement puisse, à lui seul, mettre en œuvre ce grand projet du rapprochement des ordres interne et international. À cet égard, les théories de réception du droit international en droit interne qui ont été proposées par les juristes canadiens depuis l'arrêt *Baker* convergent sur un point : tous les actes étatiques constituent des indications utiles, bien qu'ils n'aient pas tous la même valeur, pour le juge afin de déterminer l'effet du droit international en droit interne.

Toutefois, cela ne signifie pas que la question de savoir quel est acteur étatique qui doit avoir le dernier mot soit réglée. La tendance doctrinale et jurisprudentielle penche en faveur du juge à qui l'on accorde une plus grande confiance lorsqu'il s'agit de choisir les orientations normatives qui auront préséance en droit canadien. Toutefois, le débat reste encore ouvert sur la question de savoir si la discrétion du juge doit être limitée par des principes du droit constitutionnel canadien (et, si oui, lesquels?). Entre les perspectives de Knop (discrétion non limitée) et Van Ert (discrétion limitée par un équilibre de principes prédéterminés), une troisième voie se dessine dans la doctrine canadienne. S'appuyant sur l'arrêt *Baker*,

Dyzenhaus et Walters estiment que le juge doit donner préséance aux normes relatives à la protection des droits de la personne tel que prescrit par la constitution de common law.

Il est encore trop tôt pour affirmer l'existence d'une pensée achevée chez les juges de la Cour suprême à cet égard, mais l'arrêt *Baker* a jeté des assises qui serviront à la construction d'un nouveau rapport entre le droit international et le droit interne. Certes une théorie compréhensive et mieux articulée reste à formuler, mais trois jalons pourrait rallier les points de vue des uns et des autres : 1. la perspective strictement formaliste véhiculée par l'approche dualiste ne joue plus nécessairement un rôle de premier plan; 2. le contenu de la norme internationale est dorénavant un facteur dont il doit être tenu compte lors de l'analyse de l'effet du droit international en droit interne. 3. le droit international des droits de la personne constitue une catégorie de normes pour lesquelles la perspective dualiste est appelée à jouer un rôle de second plan. Ces jalons soulèvent, bien sûr, des interrogations qui vont au-delà de cette recherche : Quelle est l'étendue de la catégorie des droits de la personne? Comprend-elle le droit international relatif à la santé, la sécurité et l'environnement (*Spraytech*⁶⁹)? Le cas échéant, comment justifier le même traitement de ces normes sur le plan constitutionnel? Doit-on opposer le droit international économique à ces autres normes? Faudrait-il formuler un cadre analytique adapté à chaque catégorie de normes? Comment déterminer les fondements constitutionnels qui auront préséance lors de chacune de ces analyses?

Ces quelques questions montrent l'ampleur des travaux qui restent à réaliser afin de nourrir la réflexion sur les enjeux liés à la juxtaposition de systèmes juridiques dont les points de rencontre se réduisent, bien souvent, à peu de chose. Malgré les difficultés qui s'accumulent, le recours aux normes internationales demeure un projet légitime, car il comporte un avantage non négligeable sur le plan du développement du droit canadien. En effet, le sentiment diffus qui se dégage lorsqu'on observe l'évolution des deux systèmes juridiques est que le droit canadien est, à bien des égards, à la remorque du droit international. Le désenchantement à l'égard de nos propres institutions politiques y est sans doute pour quelque chose, car notre emprise sur le renouvellement des idées et des projets sociaux

⁶⁹ 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 11.

semble paralysée par différents facteurs (le déficit démocratique, la qualité de nos représentants, la pesanteur des procédures, la lenteur des réformes et innovations, etc.). Faute de remède et peut être aussi faute de volonté pour y arriver, nous avons passivement assisté au déplacement des centres de pouvoir vers les institutions internationales et autres organismes d'envergure internationale. Ce changement peut non seulement expliquer (du moins en partie) la capacité des acteurs internationaux à renouveler le droit international de telle sorte qu'il puisse répondre aux nouvelles réalités du monde contemporain, mais également offrir une justification à l'intégration de ce droit dans notre système juridique lorsque les acteurs étatiques sont d'avis que la norme internationale constitue une représentation symbolique valide des valeurs et aspirations des Canadiens⁷⁰. En adoptant la prémisse selon laquelle le droit étatique et international partagent des fondements communs et sont, par conséquent, intégralement lié pour des raisons qui ne peuvent pas être expliquées par la volonté législative, la toile de fond interprétative des juges devient plus riche et plus nuancée⁷¹. Cette prémisse permet aussi de concevoir autrement le rôle de l'État-nation. Elle rend possible l'idée d'un concept de « souveraineté différenciée et polycentrique »⁷² où « différents centres de pouvoir, à

⁷⁰ A. BRUDNER, *loc. cit.*, note 64, 225-226; David HELD, « Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1.

⁷¹ M.D. WALTERS, *op. cit.*, note 62, p. 10. Il cite Murray HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart Publishing, 199, p. 12-17.

⁷² Le concept « polycentrique » est entré dans le vocabulaire de la Cour suprême. Elle l'utilise dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle servant à déterminer la norme de contrôle applicable aux décisions de l'Administration publique. La Cour s'en sert pour appuyer le point de vue selon lequel « la nature du problème n'exige pas l'application stricte de règles juridiques ni l'interprétation de la loi, mais plutôt une analyse éminemment contextuelle et polycentrique. » : *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] C.S.C. 86, 20 décembre 2002. Elle l'utilise aussi pour qualifier certaines décisions de « polycentriques », c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de concilier les intérêts de différents groupes dans le cadre d'un processus décisionnel administratif : *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] CSC 19, par. 30, 31 et 37; *University Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, par. 15; voir aussi : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. La Cour a également fait référence à la nature polycentrique de la négociation de conventions collectives dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 418. Certaines décisions administratives ne possèdent pas ce caractère polycentrique : *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] CSC 28; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité,

l'échelle locale, nationale, multinationale, continentale ou internationale, se partageraient les tâches, selon les types de problèmes qu'il s'agit de maîtriser. »⁷³ L'État-nation peut ainsi être conçu « comme un lieu, parmi d'autres, d'autolégitimation des citoyens »⁷⁴.

note 11, par. 48, *Baker*, précité, note 10, par. 55; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 26.

⁷³ Stéphane COURTOIS, « Droits individuels ou droit des peuples? », document présenté au soutien d'une conférence du Colloque sur les normes internationales au 21^e siècle, Aix-en-Provence, 11-14 septembre 2003, p. 11 du manuscrit. Il cite au soutien de cette idée : D. HELD, *op. cit.*, note 62, p. 27; Michael KEATING, « Nations without States: The Accommodation of Nationalism in the New State Order »; Thomas POGGE, « Cosmopolitanism and Sovereignty », (1992) 103 *Ethics* 48, 58 et suiv.; dans M. KEATING et J. McGARRY (dir.), *Minority Nationalism and the Changing International Order*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 19-43.

⁷⁴ S. COURTOIS, *id.*, p. 11.