

La perspective mondiale – L’influence reconnue : les traités et les conventions – Examen des sources du droit international reconnues qui influent sur la rédaction des lois au Canada (Notes pour une allocution)

Philippe LORTIE*

Introduction

Le titre de ce premier panel intitulé « *L’influence reconnue : les traités et les conventions* » est formulé de telle façon qu’il nous laisse croire à un postulat incontestable. D’emblée ceci appelle un commentaire d’ordre général ; il me semble que cet énoncé est contestable. Le droit international influence-t-il vraiment la rédaction des lois au Canada? Comme tout bon avocat qui se respecte, je vais vous répondre que cela dépend. En effet, cela dépendra surtout des domaines du droit. La réponse sera sans doute différente pour ce qui est des droits de la personne, du droit criminel, du droit de l’environnement, du droit du commerce ou encore du droit international privé. Ainsi, on tirera sans doute des leçons différentes de la présentation de Monsieur le Doyen Leuprecht portant principalement sur les droits de la personne et des commentaires de l’honorable Raynell Andreychuk.

De mon côté, je tenterai de tirer des leçons de ma pratique qui est principalement axée dans le domaine du droit international privé. Je travaille au ministère de la Justice du Canada au sein de « l’Équipe de droit international privé ». En bref, l’Équipe s’occupe premièrement du développement d’instruments de droit international privé au sein d’organisations internationales comme la Conférence de La Haye de droit international privé, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), l’Uniroit et l’OÉA. Deuxièmement l’Équipe joue un rôle important en ce qui a trait à la mise en oeuvre de ces instruments au Canada. Ainsi, nous travaillons en étroite collaboration avec les provinces et territoires afin de développer des instruments internationaux respectueux tant de la tradition de droit civil que de la

* Conseiller juridique, équipe de droit international privé, ministère de la Justice du Canada (Ottawa). Les opinions exprimées dans cette présentation sont celles de l’auteur et ne sauraient en aucune manière être attribuées au ministère de la Justice du Canada.

tradition de common law et ce, dans les deux langues officielles.¹ Puis, nous dépendons des provinces et des territoires afin de mettre en oeuvre dans leur juridiction ces instruments qui sont de leur compétence.

En gros, les instruments développés ont comme objectif soit d'harmoniser le droit privé matériel à l'échelle internationale ou encore, lorsque cette harmonisation n'est pas possible, de développer soit des règles pour reconnaître et exécuter, entre différents États, des décisions judiciaires prises en vertu de systèmes de droits différents ou encore, des règles pour déterminer la loi applicable à une situation où des lois de différentes juridictions sont applicables. Vous savez cette fameuse question d'examen : « *une mère de nationalité française donne naissance à une petite fille dans un avion d'Air Canada en vol au-dessus de l'Atlantique entre Casablanca et Montréal. Le père est de nationalité américaine. Air Canada loue l'avion d'une banque irlandaise qui est propriétaire de ce dernier. L'avion est immatriculé en Irlande. Quelle est la loi applicable pour déterminer la nationalité de la petite fille ?* ».

En fait, à la lumière de mon domaine d'expertise, la proposition que je tenterai de vous démontrer est plutôt la suivante : il appert que l'influence des instruments internationaux de droit international privé sur la rédaction des lois au Canada est inversement proportionnelle au niveau de développement du droit domestique. Puis, à l'inverse, plus un système de droit domestique est développé plus il a de chances d'influencer les instruments internationaux de droit international privé. Cette proposition s'appuie sur le constat suivant : au Canada les instruments internationaux de droit international privé sont rarement initiateurs de nouvelles règles de droit positif. Je m'explique : plus souvent qu'autrement, les instruments de droit international privé transposent au niveau international des règles de droit positif déjà existantes dans les systèmes juridiques les plus évolués.

Pour faire cette démonstration, dans un premier temps, j'analyserai l'influence des instruments de droit international privé sur le droit

¹ À cet effet les provinces et territoires sont consultés et un(e) représentant(e) d'une province ou d'un territoire de tradition de common law et un(e) représentant(e) de tradition de droit civil du Québec font régulièrement partie des délégations canadiennes dans le cadre de ces négociations.

canadien. L'analyse suivra trois axes. (1) On analysera les sources qui créent des obligations en droit international comme les traités et les conventions auxquels le Canada est partie contractante. (2) On se penchera sur les instruments non contraignants comme les lois types, les guides législatifs et les guides contractuels qui sont eux aussi développés par les États au sein d'organisations internationales. (3) On examinera l'influence des conventions et des traités internationaux auxquels le Canada n'est pas partie contractante. Tout au long de cette démonstration on examinera de façon ponctuelle l'influence sur les conventions de rédaction, la terminologie et l'impact sur le droit positif.

Puis, dans un deuxième temps, la démonstration ne serait complète sans une analyse de l'influence du droit positif canadien dans le cadre du développement des instruments internationaux. Dans le cadre de cette analyse, on se limitera à quelques exemples spécifiques.

1ère partie - Influence des sources du droit international sur la rédaction des lois au Canada dans une perspective de droit international privé

Les conventions et traités auxquels le Canada est partie contractante

La norme de droit international privé aura plus souvent qu'autrement une influence sur le droit canadien lors de sa mise en oeuvre. Comme vous le savez, pour qu'une norme internationale soit applicable par le juge canadien il faut qu'elle fasse partie du droit canadien.² De façon générale, au Canada, on donne force de loi aux conventions et aux traités de droit international privé par le biais de lois de mise en oeuvre uniformes. Ces lois sont généralement rédigées par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Toutefois, il y a une exception à cette règle dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile (*i.e.*, obtention des preuves, signification de documents et légalisation de documents). Dans ce cas, on donne force de loi à certaines conventions par le biais de modifications aux Règles de cour, dans les provinces et territoires de common law, et par le biais de modifications au Code de

² Le droit coutumier international fait partie du droit domestique à moins qu'il y ait une loi ou une jurisprudence claire à l'effet contraire.

procédure civile au Québec. On dénombre deux types de législation de mise en oeuvre des conventions et traités de droit international privé.³

Premièrement, dans la majorité des cas, le traité peut être incorporé dans une courte loi qui donne expressément force de loi au traité ou à certains de ses articles, et le traité ou certains de ses articles sont reproduits en annexe dans la loi.⁴ Dans ce cas, comme on reprendra tel quel le traité ou des articles de ce dernier dans le droit canadien, il y aura certes une influence sur le droit substantif sans toutefois avoir une influence sur la rédaction des lois en général. À cet égard, on note qu'il y aura très peu d'effet au niveau terminologie puisque le traité utilisera des termes neutres qui auront un effet juridique peu importe le système de droit dans lequel ils seront transposés. Puis, l'effet du traité se limitant à une loi d'exception et non d'ordre général, ce dernier aura très peu d'influence sur le reste du droit positif.

Deuxièmement, dans d'autres cas moins répandus, le traité peut être mis en oeuvre par une loi qui édicte des dispositions équivalentes à celles du traité sans toutefois se référer au traité.⁵ Encore une fois, l'influence du traité sur la rédaction des lois au Canada sera ténue. Les dispositions équivalentes seront rédigées suivant les conventions de rédaction législative domestiques et ces dispositions ne feront généralement pas partie du droit d'ordre général mais feront plutôt partie d'une loi d'exception ou spécifique.

³ Verdon, Christiane, «Le Canada et l'unification internationale du droit privé», (1994) 32 A.C.D.I., pp. 3-37, à la p. 30; et, Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1973, 733 p., à la p. 50.

⁴ Verdon, *ibid.* Par exemple la *Loi uniforme sur l'enlèvement international des enfants* de la CHLC, 23B-2 ou encore la *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, CHLC (1997).

⁵ Verdon, *ibid.* Cette possibilité se présente lorsqu'on donne force de loi à des conventions en matière de coopération judiciaire par le biais de modifications aux Règles de cour et au Code de procédure civile. Cette situation se présente aussi dans le domaine criminel comme dans le cas de l'article 7(2.2) du *Code criminel* mettant en oeuvre la *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, signée à Rome le 10 mars 1988.

On note toutefois que la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada inclut de plus en plus souvent dans ces lois uniformes de mise oeuvre des dispositions permettant l'interprétation du traité en droit canadien suivant les standards de droit international de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.⁶ On note donc dans ce cas une influence importante d'une convention sur les principes généraux d'interprétation des traités en droit canadien.

Les instruments internationaux non contraignants en droit international public - lois types, les guides législatifs et les guides contractuels

Certaines fois, on adopte au Canada ou encore on donne effet en droit canadien à des instruments internationaux qui ne créent pas d'obligations internationales malgré que ces instruments aient été développés dans le cadre d'organisations internationales.

Le premier exemple qui nous vient à l'esprit est celui des lois types, comme la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*. Encore une fois, l'influence au niveau de la rédaction a été plutôt tenue puisque la Loi type a été reprise telle quelle dans toutes les juridictions au Canada à l'exception du Québec qui l'a incorporée à son droit de façon différente. Par contre, au niveau du droit positif, la Loi type a ouvert la porte à l'arbitrage commercial à travers le Canada depuis 1986. On peut le dire aujourd'hui, à la lumière du succès que connaît l'ADR l'adoption de la Loi type sur l'arbitrage a été une révolution. L'expérience que nous vivons en ce moment avec l'adoption de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* va dans le même sens. C'est une autre contribution importante au droit positif au Canada.

Parmi les autres instruments internationaux non contraignants en droit international public, on a les guides législatifs et les guides contractuels ou encore les *Principes Unidroit relatifs aux contrats du*

⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980, no 37, cf. Article 31 traitant des règles générales d'interprétation et Article 32 traitant des moyens complémentaires d'interprétation.

commerce international qui peuvent faire office tant de guide législatif que de guide contractuel.⁷ Mis à part le guide législatif, les autres instruments n'ont pas d'influence directe sur la rédaction des lois proprement dite. Le guide législatif proposera des énoncés ou des principes aux rédacteurs sans toutefois leur offrir des dispositions précises comme le fait la loi type. Le rédacteur utilisera les principes de rédaction propres à son système lorsqu'il rédigera des normes inspirées de ces guides.

Les conventions et traités auxquels le Canada n'est pas partie contractante

Revenons à nos premières sources du droit international : les traités et les conventions. Examinons l'influence des traités auxquels le Canada n'est pas partie contractante. En effet, il n'est pas nécessaire que l'État soit partie contractante à un traité pour incorporer celui-ci dans le droit domestique. La seule difficulté qui en résulte est un manque de transparence et de publicité vis-à-vis nos partenaires internationaux. En effet, comment nos partenaires sauront-ils qu'un traité est incorporé en droit canadien sans que le Canada y soit partie contractante ? Le Québec a adopté cette démarche. Plus de 30 dispositions sur 92 du livre X du Code civil du Québec relatif au droit international privé sont inspirées de traités auxquels le Canada n'est pas partie. Voilà une influence importante sur le droit positif.⁸ Par contre, on ne note pas d'influence sur la rédaction proprement dite. On ne note pas de démarche similaire dans les juridictions de common law. La raison étant sans doute que le rédacteur en common law s'inspire de la jurisprudence plutôt que des traités pour élaborer ses orientations.

⁷ Les principes Unidroit peuvent aussi être utilisés comme outils par l'arbitre pour interpréter le contrat.

⁸ Cf. la *Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* et un grand nombre de convention de la Conférence de La Haye de droit international privé.

Suite à cet examen, il appert que hormis l'exemple du Code civil du Québec et celui des lois types, les instruments de droit international privé ont peu d'influence sur la rédaction des lois au Canada en ce qui a trait aux conventions de rédaction et à la terminologie employées. De même, l'impact sur le droit positif sera limité sauf encore une fois pour ce qui est du Code civil du Québec et des lois types. Après avoir fait ce premier examen, faisons un survol de la situation inverse.

2ième partie – Influence du droit positif canadien dans le cadre du développement des instruments internationaux

Le droit positif domestique au Canada influence-t-il le développement des instruments internationaux de droit international privé ? Il semble que oui. L'influence-t-il beaucoup ou l'influence-t-il autant qu'il le pourrait ? Cela reste à voir. Cela fait à peine 30 ans que le Canada est impliqué dans ce domaine. Notre expérience est encore jeune. Par contre, une chose est certaine le Canada a tous les outils pour influencer le développement des instruments internationaux dans le domaine du droit international privé.

Dans un premier temps, on constate que le Canada possède un système de droit privé moderne et même à l'avant garde dans plusieurs domaines comme par exemple celui des hypothèques mobilières. Dans un deuxième temps, le Canada est un des seuls États où cohabitent la tradition civiliste et la tradition de common law. De plus, ces deux traditions sont toutes les deux pratiquées tant en français qu'en anglais, soit les deux langues utilisées dans la plus part des organisations où sont développées les normes internationales. De cette façon, nous parlons le même langage juridique que 90 % des États. Puis, nous sommes les seuls à pouvoir interpréter de façon simultanée ces deux traditions juridiques et les mieux placés pour les comparer et ce, tant en français qu'en anglais. C'est une partie importante de ce que nous appelons communément le bijuridisme et le bilinguisme législatif. Finalement, nous avons la chance d'avoir au Québec un Code civil moderne qui a su tirer profit de l'environnement de common law dans lequel il baigne. Au besoin, le Code civil du Québec a su s'adapter à cet environnement de common law.

L'influence sur le droit positif

Durant les dernières années sur la scène internationale, le Canada a su tirer profit de certains de ces principes de common law dont on retrouve des contreparties en droit civil québécois. Prenons quelques exemples. De par sa connaissance de la fiducie et du « trust » le Canada a joué un rôle important lors de l'élaboration de la *Convention de La Haye de 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. En effet, puisque cette convention était destinée aux États de tradition civiliste qui ne connaissaient pas le « trust ». Le meilleur interprète à cet égard auprès de ces États de droit civil était le Canada. De par sa connaissance de l'hypothèque mobilière et du « personal property security » le Canada joue un rôle similaire dans le cadre du développement d'une *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles* et d'un *Protocole sur les matériels d'équipement aéronautiques* tous les deux développés conjointement par Unidroit et l'OACI. En fait, dans ce dossier le Canada est un pionnier dans le domaine, surtout en ce qui a trait au volet droit civil. Il est également un pionnier dans l'élaboration du cadre juridique nécessaire à la mise en place de registres électroniques pour ces régimes de sûretés. Sur un point plus spécifique, on est allé jusqu'à incorporer dans la *Convention de La Haye de 1999 sur la protection des adultes* le concept de mandat d'incapacité et le « powers of attorney ». De la même façon, le Canada a aussi fortement marqué le développement de la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* ainsi que celui de la *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services*.

L'influence sur la rédaction la terminologie

On note aussi une influence relativement à la rédaction et à la terminologie. Depuis les dernières années, il y a une tendance croissante à nommer le Canada au sein des comités de rédaction des organisations internationales. La raison étant qu'il y a une tendance au niveau international à reconnaître *de facto* la capacité bijuridique et bilingue du Canada. Dans le cadre de ces comités, lorsque les règles de travail le permettent, nous poussons beaucoup la rédaction en parallèle. Lorsque ce n'est pas possible on promeut l'alternance des langues de travail. Une autre façon d'influencer consisterait peut-être à inclure des légistes au sein de nos délégations.

Le Canada jouit aussi d'une certaine influence quant à la terminologie utilisée dans la rédaction des instruments internationaux. Cette influence vient de notre capacité à développer des lexiques et vocabulaires juridiques et des dictionnaires bilingues de droit privé tant de common law que de droit civil. Pour avoir une influence encore plus marquée, il faudrait distribuer ces ouvrages dans toutes les organisations occupées au développement de normes juridiques internationales.

Conclusion

J'espère vous avoir convaincu ou, à tout le moins, vous avoir fait réfléchir à l'effet que l'influence du droit international sur la rédaction des lois nationales est inversement proportionnelle au niveau de développement du droit domestique et qu'à l'inverse plus le droit domestique est développé plus qu'il influe le développement de la norme internationale.