

L'interaction du droit international et du droit national dans une perspective législative*

John Mark KEYES** et Ruth SULLIVAN***

* 2 août 2005. La version anglaise de cet article est publiée dans *The Globalized Rule of Law*, ed. O. Fitzgerald (Irwin Law : 2006).

** Direction des services législatifs du ministère de la Justice (Canada). Les opinions exprimées dans le présent n'engagent d'aucune façon le ministère de la Justice.

*** Faculté de droit, Université d'Ottawa.

Table des matières

Partie 1 – Introduction.....	3
Séparation des pouvoirs.....	3
Partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces.....	6
Principes fondamentaux	7
Partie 2 – Le rôle du droit international dans l’interprétation des lois internes	8
Principes d’interprétation	11
Intentions du législateur.....	11
<i>Intention de mise en oeuvre</i>	12
<i>Contexte externe</i>	20
Normes établies par des juges	21
Interprétation dynamique.....	30
Intention de l’organe exécutif.....	37
Droit interne comme source de droit comparé	40
Partie 3 – Mesures de mise en œuvre législatives et administratives	42
Mise en œuvre directe au moyen d’une disposition donnant force de loi à un accord	43
Reformulation d’un accord dans le droit national	50
Recours à la législation de base ou à la législation subordonnée	52
Promulguer des pouvoirs non prévus par la loi	54
Mise en œuvre par anticipation	55
Utilisation des pouvoirs en vigueur	57
Méthodes combinées	61
Annulation de la mise en œuvre.....	62
Partie 4 – Conclusions.....	63
Annexe – Liste de contrôle relative au moyen de mise en œuvre des obligations internationales	65
Bibliographie	66

Partie 1 : Introduction

La structure de l'État canadien s'inspire du modèle britannique, selon lequel le droit interne et le droit international sont souvent considérés comme deux systèmes juridiques plus ou moins distincts. Selon ce modèle, c'est l'organe exécutif fédéral qui négocie et ratifie les accords internationaux, les organes législatif et judiciaire n'ayant aucun rôle direct à jouer dans leur élaboration ou leur ratification. Une fois ratifiés, ces accords lient le Canada en droit international mais ne sont pas contraignants en droit interne. Pour pouvoir produire ses effets sur le territoire canadien, il doit être (ou avoir été) reconnu par les tribunaux comme un acte conforme au droit coutumier international, ou être mis en œuvre au moyen d'une mesure législative, normalement prise par la législature ou l'exécutif.

Les tribunaux canadiens ont reconnu ce régime dualiste, comme en témoigne la déclaration du juge Iacobucci dans *Baker c. Canada* :

Il est bien établi qu'une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n'a aucun effet en droit canadien tant que ses dispositions ne sont pas incorporées dans le droit interne par une loi les rendant applicables¹.

Les arguments à l'appui de cette position se fondent principalement sur la structure politique du Canada, notamment la séparation des pouvoirs entre les trois branches de l'État et entre les ordres de gouvernement fédéral et provincial.

La séparation des pouvoirs

Au Canada, comme dans d'autres États démocratiques modernes, les pouvoirs publics sont répartis entre les organes législatif, exécutif et judiciaire. L'organe législatif, composé des représentants élus par le peuple, fait les lois. Le pouvoir de légiférer de l'exécutif a été aboli par le *Bill of Rights* de 1689, qui consacrait la suprématie du Parlement en la

¹ *Baker c. Canada* [1999] 2 R.C.S 817, par. 79, citant *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-télévision canadienne* [1978] 2 R.C.S. 141. Voir également la récente décision de la Cour supérieure de l'Australie dans *Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex p. Lam* [2003] H.C.A. 6, par. 99 et s.

matière². Et puisque l'exécutif n'a pas le pouvoir de faire lui-même des lois, il ne peut, par la seule ratification d'un accord international modifier les lois internes³. Si des modifications s'imposent, des mesures doivent être prises pour mettre l'accord en œuvre.

Même si cette restriction protège en principe les valeurs démocratiques, une séparation aussi nette des pouvoirs exécutif et législatif correspond assez mal à la réalité actuelle. En fait, au Canada, l'exécutif exerce une emprise considérable sur la fonction législative par l'entremise des partis politiques. Et non seulement il détermine le contenu et la forme de la plupart des mesures législatives adoptées par la législature, mais il s'attribue aussi souvent de vastes pouvoirs réglementaires, y compris celui de mettre en œuvre les conventions internationales. Critiquée depuis longtemps, cette situation a été récemment désignée comme étant la cause de ce qu'il est convenu d'appeler le déficit démocratique⁴.

Certains font valoir, et non sans justification, que l'exercice d'obligations internationales constitue pour l'État un acte de gouvernement important qui exige une plus grande responsabilité devant l'organe parlementaire. Le droit international ne se limite plus aux questions intéressant uniquement l'État; de nos jours, il touche souvent aux droits et obligations des citoyens et régit leurs activités. On peut soutenir qu'un tel élargissement de la portée du droit international justifie une participation accrue des législatures à la formulation des textes internationaux. Pourtant, les efforts visant à modifier les pratiques actuelles ont donné des résultats mitigés. Même s'il arrive que la négociation ou la ratification d'obligations internationales soit soumise à

² 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2. Au Canada, la prérogative de légiférer a été rendue relativement caduque par l'adoption de dispositions législatives qui la supplantent : voir J.M. Keyes, *Executive Legislation* (Butterworths, Toronto, 1992, p. 10). Toutefois, l'Index codifié des textes réglementaires publiés en vertu de la *Loi sur les textes réglementaires* énumère environ 70 textes inscrits dans la section « Autorité autre que statutaire », y compris le *Décret sur les passeports canadiens* (TR/81-86) et le *Décret sur la reproduction de la législation fédérale et des décisions des tribunaux de constitution fédérale* (TR/97-5).

³ C'est également le cas des accords fédéro-provinciaux : l'exécutif ne dispose d'aucun pouvoir intrinsèque de légiférer pour les mettre en œuvre. *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

⁴ Voir par exemple P. Aucoin et L. Turnbull, « The democratic deficit: Paul Martin and parliamentary reform », *Public Administration*, 2003, n° 46, p. 427.

l'examen et à l'approbation de l'organe législatif⁵, aucune proposition visant à rendre obligatoire⁶ une telle procédure ou toute autre forme de participation des parlementaires⁷ n'a encore été adoptée, au Canada, du côté du fédéral⁸.

Bien que les critiques à l'égard du rôle croissant de l'exécutif soient justifiées à certains égards, elles sont peut-être exagérées. Le pouvoir exécutif n'est plus détenu par des aristocrates défendant les intérêts de leur classe et eux-mêmes assujettis au monarque. Les premiers ministres et leur cabinet ont un mandat démocratique et doivent rendre compte à l'électorat non seulement par l'entremise de la législature, mais également par les médias et par la consultation directe des citoyens tout au long du processus d'élaboration de nouvelles mesures législatives ou réglementaires. En fait, s'il y a lieu de critiquer les pouvoirs de l'exécutif en matière d'obligations internationales, il serait sans doute plus juste de le faire en raison du haut degré de confidentialité que lui confèrent pour la conduite de ses affaires les privilèges traditionnels de la common law et plus récemment certaines lois⁹. On peut en effet soutenir que c'est du point de vue de la transparence et de l'obligation de rendre compte que l'action de l'exécutif pose problème en matière de conclusion de traités.

⁵ À titre d'exemple, la Chambre des communes a adopté une résolution approuvant la ratification du Protocole de Kyoto le 12 décembre 2003.

⁶ Un certain nombre de projets de loi prévoyant une procédure de ratification des accords internationaux ont été présentés à la Chambre des communes. Le plus récent, le projet de loi C-260 (première lecture devant la 38^e législature, 1^{re} session, le 3 novembre 2004), prévoyait l'approbation de tout « traité important » par résolution de la Chambre des communes avant sa ratification. Ce projet de loi prévoyait également la publication des traités ratifiés et exigeait du gouvernement fédéral qu'il consulte les gouvernements des provinces avant de négocier ou de signer un traité dans les secteurs de compétence provinciale. Voir aussi J. Harrington, « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-) Establishing a Role for Parliament », (2005) 50 *McGill L.J.* 465

⁷ Voir par exemple Michel Bissonet, « La participation des parlementaires aux négociations commerciales », *Revue parlementaire canadienne*, 2004, n^o 27, p. 10.

⁸ Il faut toutefois noter qu'une loi prévoit le dépôt, de même que l'approbation, des accords internationaux à l'Assemblée nationale du Québec: *Loi sur le ministère des relations internationales*, L.R.Q. c. M-25.1.1., articles 22.2 à 22.6 (L.Q. 2002, c. 8, a. 6).

⁹ Voir la *Loi sur l'accès à l'information* L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 13-23 et 69, et la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, C-5, art. 37-39.

Bien que l'attention se porte le plus souvent sur le rôle des pouvoirs législatif et exécutif dans la ratification et la mise en œuvre des accords internationaux, il importe de tenir compte aussi du rôle des tribunaux dans ce contexte. La fonction première des tribunaux consiste à appliquer et à faire respecter le droit *interne*. Toutefois, le pouvoir qu'ils ont de décider ce qui fait partie du droit interne aussi bien que d'interpréter celui-ci leur confère en principe un rôle de premier plan dans la mise en œuvre du droit international. Cela soulève un certain nombre de questions : les tribunaux canadiens sont-ils tenus de favoriser l'application et la mise en œuvre du droit international et, le cas échéant, selon quels principes? Comment les tribunaux devraient-ils traiter les accords que le Canada a ratifiés, mais qui n'ont jamais été officiellement mis en œuvre? Les accords devraient-ils tous avoir le même poids, sans égard au sujet visé?

Le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces

Il existe un autre argument peut-être plus probant à l'appui de la théorie dualiste : le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces. Selon la Constitution, les provinces n'ont pas le pouvoir d'engager le Canada en droit international, comme en témoigne leur incapacité à agir au-delà des limites de leur territoire. En pratique, les provinces ne jouent de rôle dans les relations internationales que dans la mesure où le fédéral le leur permet. Même si elles peuvent conclure des accords avec des entités publiques étrangères, la position dominante veut que le pouvoir de contracter des obligations de droit international appartienne exclusivement à l'organe exécutif fédéral¹⁰.

Au Canada, il n'existe pas, en droit fédéral, de pouvoir permettant la mise en application des accords internationaux conclus par l'exécutif fédéral au nom du Canada. Depuis le prononcé de la décision dans

¹⁰ Voir G. van Ert, « The Legal Character of Provincial Agreements with Foreign Governments », *Les Cahiers de Droit*, 2001, n° 42, p. 1103-1109. Certains chercheurs ne partagent pas ce point de vue : voir van Ert, p. 1109 et s. et S. Scherrer, « La pratique québécoise en matière de traités, accords et autres instruments internationaux », Actes de la XI^e conférence des juristes de l'État, 1992, (les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1992), p. 123.

l'affaire des *Conventions du travail*¹¹ de 1937, on s'entend pour dire que la compétence en matière de mise en œuvre des accords internationaux doit respecter le partage des pouvoirs établis dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Parlement peut donc mettre en œuvre les obligations ressortissant aux champs de compétence fédérale, notamment celles ayant trait à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement. Par contre, seules les législatures provinciales peuvent mettre en œuvre les obligations tombant dans leurs champs de compétence exclusive. Cela va de soi : si l'exécutif fédéral pouvait modifier les lois canadiennes par simple ratification d'une convention internationale, les nombreuses et importantes valeurs que protège le partage des pouvoirs (en particulier l'intégrité du droit civil au Québec) s'en trouveraient menacées. L'immixtion croissante du droit international dans les domaines du droit privé rend d'autant plus impératif le maintien d'une séparation nette des pouvoirs entre les législatures fédérale et provinciales.

Les principes fondamentaux

Le cadre constitutionnel décrit ci-dessus repose sur trois principes fondamentaux. D'abord, la ratification d'un accord international ne modifie pas en soi le droit interne canadien; si un changement s'impose, seule l'autorité législative compétente selon le droit interne peut y donner effet. Ensuite, la ratification d'un accord international ne saurait porter atteinte au partage des compétences fédérales-provinciales prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Enfin, les tribunaux ne jouent aucun rôle dans la mise en œuvre des accords internationaux; ils interprètent et appliquent le droit interne et ne tiennent compte du droit international que dans la mesure où il permet d'éclairer le sens et la portée des lois nationales¹².

Bien que ces principes soient solidement établis, leur application et leur incidence méritent une analyse approfondie, en particulier au regard

¹¹ [1937] 1 D.L.R. 673 (C.P.). Voir également T. Strom et P. Finkle, « Treaty Implementation: the Canadian Game needs Australian Rules », *Ottawa Law Review*, 1993, n° 25, p. 39.

¹² Évidemment, dans certains cas, un accord international peut codifier le droit coutumier international ou constater son évolution. Mais même si un tribunal peut bien déclarer qu'un accord codifie le droit coutumier ou constate une coutume, il ne peut lui donner force de loi.

de l'évolution des rôles respectifs des instances législative, exécutive et judiciaire au sein de l'État. Dans le présent article, nous nous proposons d'examiner ces questions à la lumière de certaines valeurs fondamentales propres aux régimes démocratiques :

- la transparence et la responsabilité dans l'activité législative et l'exercice des pouvoirs publics, y compris la possibilité pour les parties intéressées de participer à la prise des décisions (démocratie);
- la séparation des pouvoirs entre les instances législative, exécutive et judiciaire, en particulier l'empiètement des deux dernières sur le rôle de la première (souveraineté parlementaire);
- la nécessité de protéger les secteurs de compétence provinciale de l'érosion pouvant résulter de la conclusion de traités par le gouvernement fédéral (fédéralisme);
- l'accessibilité des lois et la cohérence du corpus législatif (primauté du droit).

La deuxième partie du présent document aborde le rôle du droit international dans l'interprétation du droit interne. La troisième partie porte sur la gamme de stratégies dont disposent les gouvernements pour mettre en œuvre les accords internationaux au moyen de lois, de règlements ou d'autres mesures juridiques. La quatrième partie conclut l'exposé par quelques remarques d'ordre général sur le rôle des trois branches de l'État dans la mise en œuvre des accords internationaux et propose des suggestions en vue d'une interaction plus efficace entre le droit interne et le droit international.

Partie 2 : Le rôle du droit international dans l'interprétation de la législation interne

La présente partie expose une théorie sur l'interprétation du droit interne qui permet le recours au droit international dans diverses circonstances et pour diverses raisons. Notre postulat est le suivant : le droit constitutionnel canadien n'oblige aucun des organes étatiques à mettre en œuvre le droit international ou à s'y conformer dans l'exercice de ses fonctions à l'intérieur du pays. Le devoir des législatures est de servir les intérêts des électeurs; celui des tribunaux, de proclamer et d'appliquer le droit interne, non pas le droit international. Si les tribunaux adoptent les principes du droit coutumier international et si les législatures

codifient ou mettent en œuvre des accords internationaux, ni les uns ni les autres ne sont tenus de le faire de par la Constitution. Ni même l'exécutif qui, au fédéral, négocie, signe et ratifie les traités internationaux, n'est tenu en droit constitutionnel canadien de mettre ceux-ci en œuvre par la prise de mesures législatives ou l'exercice de pouvoirs. Bien entendu, une modification constitutionnelle est toujours possible. Les législatures ont aussi le pouvoir d'obliger les tribunaux ou l'exécutif à appliquer le droit international, mais, le cas échéant, l'obligation se fonde sur la loi qui le prévoit expressément, et non pas sur le droit constitutionnel en général.

Étant donné que les règles régissant l'incidence du droit international au Canada sont établies au pays, elles peuvent être modifiées ici. C'est l'avis de certains spécialistes du droit international. Ainsi, G. van Ert a demandé avec insistance que les tribunaux renforcent le rôle du droit international au Canada en y assujettissant les institutions nationales canadiennes¹³. Un tel changement ne limiterait pas le pouvoir actuel des législatures de déroger aux textes internationaux, mais il obligerait les tribunaux à présumer de la conformité avec le droit international. Il ne manque plus qu'une bonne raison d'amorcer le changement. Selon nous, la conformité avec le droit international présente des avantages qu'il faut apprécier à la lumière d'autres avantages (peut-être antagonistes). Il n'est pas dit la qu'elle doive automatiquement l'emporter sur ceux-ci.

Les principes d'interprétation

Selon la méthode d'interprétation adoptée par la Cour suprême du Canada, « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global »¹⁴. C'est là un conseil judicieux. Toutefois, la difficulté consiste avant tout à cerner le contexte et ensuite à déterminer la façon dont celui-ci permet d'étayer l'interprétation. Par définition, le contexte d'une disposition

¹³ G. van Ert, *Using international law in Canadian courts* (New York, Kluwer Law International, 2002), p. 4.

¹⁴ Selon le principe moderne énoncé par Driedger, « [...] il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». Comme le fait remarquer le juge Iacobucci dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, « Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans divers contextes ».

législative, c'est tout ce qui n'est pas la disposition elle-même, c'est-à-dire :

- le reste de la loi et du corpus législatif (contexte *textuel*)¹⁵
- la common law, le Code civil, le droit des autochtones, le droit international et le droit étranger (le contexte *juridique*)
- les circonstances entourant la prise de la mesure législative (le contexte *externe*)
- les circonstances qui déclenchent l'application de la mesure législative (le contexte *opérationnel*).

Évidemment, l'étendue du contexte pouvant servir à interpréter une loi dépend en partie de sa pertinence (limite juridique) et de la connaissance qu'en a l'interprète (limite pratique). Et à supposer qu'il soit jugé pertinent, tel élément de contexte doit recevoir le poids qui lui revient.

Par ailleurs, le temps est aussi un facteur à considérer dans toute interprétation. Car il arrive que le contexte dans lequel le texte a été pris soit complètement différent de celui qui existe au moment de l'interprétation. En matière d'interprétation des lois, cette probabilité met en présence l'interprétation statique, qui met l'accent sur l'intention du législateur, et l'interprétation dynamique, qui permet d'adapter les règles de droit aux circonstances. La mise en œuvre d'une convention internationale peut faire partie de l'intention de départ du législateur ou du contexte évolutif entourant l'interprétation d'une mesure législative.

Même si l'interprétation des lois fait appel à des contextes variés, chaque élément contextuel utilisé doit, au bout du compte, répondre à l'une des conditions suivantes :

- il sert de fondement pour déduire l'intention du législateur;
- il est une source de normes juridiques internes;

¹⁵ On qualifie ce contexte de *textuel* car c'est dans celui-ci qu'évoluent les conventions de rédaction législative, tout comme les conventions de la poésie ou d'autres genres littéraires. Le contexte textuel d'un article d'une convention internationale correspond au reste du texte de la convention et à l'ensemble des conventions internationales.

- il offre un argument convaincant pour la résolution de la question en litige.

Il ne s'agit évidemment pas là de catégories incompatibles. Par exemple, un élément contextuel peut être jugé pertinent à la fois parce qu'il justifie l'observation d'une norme et parce qu'il établit de façon convaincante que le législateur avait l'intention de s'y conformer. Nous sommes toutefois d'avis qu'il importe de distinguer entre :

- le fait d'inférer l'intention législative sur la base des faits mis en preuve;
- le fait de présumer de l'intention législative sur la base des principes de common law;
- le fait de chercher une bonne solution sur la base de divers textes juridiques ou doctrinaux.

Ces distinctions sont importantes parce que la justification présentée pour établir l'intention réelle du législateur diffère de celle visant à appuyer l'intention présumée tout comme les raisons justifiant le recours à des sources de droit comparé et le poids à leur attribuer. Dans la présente partie, nous examinerons ces différents types de justification sous plusieurs rubriques. La première section traite de l'intention du législateur. La deuxième porte sur les normes de common law, ou normes jurisprudentielles, et souligne l'importance de distinguer l'intention réelle du législateur (déduite d'une lecture du texte dans son contexte) de l'intention présumée (attribuée au législateur par les tribunaux). Cette distinction est approfondie dans la section suivante portant sur le rôle du droit international dans l'interprétation dynamique des pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi. Les deux dernières sections, qui traitent de l'intention de l'exécutif et du droit comparé, abordent la troisième justification, soit le recours au droit international comme outil de persuasion.

L'intention du législateur

Dans notre analyse de l'interprétation des lois, nous prenons au sérieux la notion d'intention du législateur. Bien que ce ne soit pas là le seul point d'importance, il s'agit d'un élément clé de l'interprétation des lois. Les méthodes d'interprétation actuelles prévoient deux cas où le droit international peut servir à dégager cette intention. Dans le premier cas, la mesure législative à interpréter paraît avoir pour but de codifier les éléments d'une théorie de droit international, de mettre en œuvre une

obligation en droit international ou d'attribuer à un décideur le pouvoir ou le devoir de tenir compte du droit international¹⁶. Dans le second, il est permis de croire que les éléments de droit international font partie du contexte historique entourant la prise de la mesure législative et pourraient donc éclairer le sens de certains mots ou expressions ou aider à déduire l'objet de telle ou telle disposition¹⁷.

Intention de mise en œuvre

Idéalement, l'intention du législateur de mettre en œuvre une règle de droit international ou d'imposer l'obligation d'en tenir compte dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devrait être signalée dans le texte de loi lui-même. Dans le premier cas, l'intention peut être formulée dans le préambule ou dans l'énoncé d'intention¹⁸. Dans le second, l'obligation peut être imposée au moyen d'une disposition interprétative ou habilitante¹⁹. Cela dit, l'intention du législateur peut être établie même si elle n'est pas exprimée comme telle²⁰. L'historique de la mesure législative, par exemple la déclaration d'un ministre dans laquelle il précise que la mesure vise à mettre en œuvre telle convention ou tout énoncé analogue tiré d'un Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, peut aussi permettre de dégager l'intention du législateur²¹. De tels documents constituent des preuves valables de l'intention du législateur dans la mesure où ils ont été publiés avant l'adoption du texte législatif et font partie de la motivation du législateur. Enfin, la comparaison du libellé de la loi avec celle du texte de droit

¹⁶ Voir par exemple *National Corn Growers Association c. Canada (Tribunal des importations)* [1990] 2 R.C.S. 1324 et *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

¹⁷ Voir par exemple *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

¹⁸ Voir par exemple le préambule de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44.

¹⁹ Voir par exemple le par. 7(4) de la *Postal Services Act*, 1975 (Commonwealth) :

[TRADUCTION] Les commissaires doivent exercer leurs pouvoirs conformément aux dispositions de la Convention dans la mesure où celle-ci impose à l'Australie des obligations relatives aux questions qui sont de leur compétence.

²⁰ *National Corn Growers*, cité à la n. 16, par. 73.

²¹ Voir par exemple *Alliance animale du Canada c. Canada* [1999] 4 C.F. 72 (1^{re} inst.), par. 2.

international peut attester de l'intention du législateur de donner suite à celui-ci. Ainsi, dans les cas où le texte législatif reprend le libellé d'une convention, la juridiction saisie est fondée à conclure à l'intention de mettre celle-ci en œuvre²².

L'affaire *Ward* illustre bien le rôle que peut jouer le droit international dans l'interprétation d'une loi de mise en œuvre²³. À l'époque en cause, la *Loi sur l'immigration* du Canada²⁴ définissait l'expression « réfugié au sens de la Convention » comme « toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée [...] soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou [...] ne veut se réclamer de la protection de ce pays [...] ». Dans l'affaire *Ward*, l'une des questions était celle de savoir si, pour que la personne jouissant d'une double nationalité puisse se voir accorder le statut de réfugié, l'impossibilité ou le refus devait viser les deux pays dont elle avait la nationalité. La loi était muette sur ce point, mais le paragraphe 1(A)(2) de la convention sous-jacente précisait expressément que, « dans le cas d'une personne qui a plus d'une nationalité, l'expression « du pays dont elle a la nationalité » vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité ». Le juge La Forest n'a pas hésité à adopter la solution de la convention :

Le paragraphe 2 de l'Art. 1(A)(2) de la Convention de 1951 n'a jamais été incorporé dans la *Loi sur l'immigration* et il n'a donc pas strictement force exécutoire; cependant, il donne un sens approprié à l'expression « réfugié au sens de la Convention ».

[...]

Le fait que cette disposition de la Convention n'a pas expressément été incorporée dans la Loi ne l'empêche pas d'être pertinente. L'évaluation du statut de réfugié au sens de la Convention la plus compatible avec cette idée exige l'examen de la possibilité pour le demandeur d'obtenir une protection dans tous les pays dont il a la citoyenneté.

²² Voir par exemple *Gosselin c. Québec* (Procureur général), [1999] J.Q. n° 1365 (C.A.), par. 365-367

²³ Voir la note 16.

²⁴ L.R.C. 1985, ch. I-2.

Cette conclusion est étayée par les règles générales d'interprétation des lois. Le paragraphe 33(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit que le singulier s'applique à la pluralité. On devra donc interpréter la mention « du pays dont elle a la nationalité » figurant dans la définition de « réfugié au sens de la Convention », au par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, comme signifiant aussi « des pays dont elle a la nationalité »²⁵.

L'analyse du juge La Forest se fonde sur une convention sous-jacente pour préciser la signification de la loi, et étaye cette interprétation sur le régime international de protection des réfugiés. Par ailleurs, il invoque également avec justesse les conventions canadiennes en matière de rédaction législative et d'interprétation des lois.

Lorsqu'une juridiction conclut que la mesure législative à interpréter visait à mettre en œuvre une convention ou une règle de droit international, elle a l'obligation de se pencher sur les textes de droit international applicables, de les interpréter et de s'appuyer sur eux pour interpréter la loi canadienne. On doit cependant garder à l'esprit les points suivants : d'abord, le devoir judiciaire en pareil cas est non pas d'appliquer le droit international, mais bien de donner effet à l'intention du législateur. Les sources de droit international ne sont pertinentes que dans la mesure où elles éclairent l'objet de la mesure législative. Ensuite, il se peut que l'intention du législateur soit de restreindre la portée d'une obligation internationale du Canada ou de la rejeter en partie, ce qui lui est légalement permis. Lorsqu'elle est clairement établie, une telle intention a pour effet de réfuter la présomption de conformité avec le droit international²⁶. Le pouvoir de décider de l'opportunité de mettre en œuvre complètement et sans réserve une mesure de droit international est une compétence constitutionnelle qui revient à l'organe législatif et non à l'organe judiciaire.

La mesure législative examinée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Thomson c. Thomson*²⁷ illustre l'importance pour les

²⁵ Voir le document cité à la note 15, p. 751-752.

²⁶ *Daniels c. White et la Reine*, [1968] R.C.S. 517, p. 541; *Capital Cities Communications Inc. c. Canada (C.R.T.C.)*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 173

²⁷ [1994] 3 R.C.S. 551.

tribunaux de porter une grande attention aux indices de l'intention du législateur et de résister à la tentation d'adopter le principe du « tout ou rien » dans la mise en œuvre de la loi. En l'espèce, il s'agissait de déterminer la validité d'une ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*²⁸ du Manitoba, qui mettait en œuvre la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, convention internationale dont l'article 12 prévoyait ce qui suit:

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement [...] et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant [...] ordonne son retour immédiat.

L'article 13 restreint la portée de cette obligation :

L'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque [...] il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

L'article 17 de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde* précise que « dès le 1^{er} décembre 1983, la Convention [sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants] a force de loi dans la province ». Toutefois, la Loi prévoyait aussi ce qui suit aux articles 5 et 6 :

5. Malgré toute autre disposition de la présente loi, le tribunal qui conclut que l'enfant subirait un préjudice grave s'il demeurerait sous la garde de la personne nommée dans une ordonnance de garde extraprovinciale ou s'il était confié de nouveau à la garde de cette personne, peut rendre une ordonnance de garde à l'égard de l'enfant différente de celle rendue par le tribunal extraprovincial.

6. Si le tribunal saisi de la demande :

a) [...] conclut que l'enfant a été amené ou est retenu

²⁸ RSM 1987, ch. 360.

irrégulièrement au Manitoba; [...]

il peut :

c) rendre toute ordonnance de garde provisoire qu'il juge être au mieux des intérêts de l'enfant;

d) suspendre l'audition de la demande [...];

e) ordonner à une partie de renvoyer l'enfant au lieu que le tribunal juge indiqué [...].

Dans l'affaire *Thomson*, un tribunal écossais avait accordé la garde temporaire d'un enfant de sept mois à la mère et des droits de visite temporaires au père, et avait ordonné que l'enfant demeure en Écosse. Peu après, la mère est partie au Manitoba avec l'enfant, et le tribunal écossais a accordé la garde permanente de l'enfant au père. Celui-ci a ensuite demandé à la Cour du banc de la reine du Manitoba le retour de l'enfant en conformité avec l'article 12 de la Convention. Saisie de la requête, la juge Davidson n'a trouvé aucune preuve indiquant que le retour de l'enfant en Écosse ferait courir à celui-ci un « risque grave d'être exposé à un danger physique ou psychique, ou le placerait de toute autre manière dans une situation intolérable » (article 13), ni aucune preuve que l'enfant « subirait un préjudice grave » (article 5). Toutefois, elle a jugé qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant d'en accorder la garde temporaire à la mère pour une période de quatre mois et a rendu une ordonnance à cet effet en vertu de l'alinéa 6c), dans le but d'éviter que l'enfant ne soit soustrait trop brusquement aux soins de sa mère et de permettre à cette dernière de s'adresser sans délai à la juridiction écossaise pour faire trancher la question.

Dans une décision majoritaire, la Cour suprême du Canada a soutenu que l'article 6 de la loi manitobaine ne conférerait pas au tribunal la compétence de rendre une telle ordonnance. Pour établir si l'on pouvait refuser d'exécuter une ordonnance visant le retour d'un enfant en invoquant le motif du préjudice, la Cour s'est fondée sur le libellé de l'alinéa 13b) de la Convention, tel qu'il est interprété par des tribunaux de partout dans le monde plutôt que sur celui de l'article 5 de la loi manitobaine interprété par les tribunaux nationaux. L'analyse des juges de la Cour suprême a ceci de troublant qu'elle ne tient pas compte des

intentions réelles de la législature manitobaine à ce sujet. Au nom de la majorité des juges, le juge La Forest a écrit :

À mon avis, ces dispositions [les dispositions de la Loi à l'exclusion de l'article 17] et celles de la Convention ont un effet indépendant les unes des autres. Ce résultat est évident lorsqu'une demande est présentée soit en vertu de la Convention, soit en vertu de la Loi. Une procédure peut offrir des avantages que l'autre n'offre pas. Lorsqu'une procédure particulière est choisie, elle devrait toutefois s'appliquer indépendamment de l'autre. Cependant, lorsqu'on invoque les dispositions de la Loi, il peut être justifié de se reporter à la Convention pour déterminer la ligne de conduite que les tribunaux devraient suivre puisque l'adoption de la Convention par le législateur indique qu'il est d'avis que la meilleure façon de résoudre les conflits internationaux sur la garde d'enfants est de retourner l'enfant dans son lieu de résidence habituelle [...] ²⁹.

Il est difficile de comprendre la distinction établie ici entre la Convention et la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, en particulier pour ce qui est de savoir comment on a pu présenter une demande en vertu de la Convention et non de la Loi. Le pouvoir de la juridiction manitobaine de rendre une ordonnance ne saurait découler d'une convention qui est sans effet au Manitoba, sauf dans la mesure où elle a été intégrée à une loi de la province et fait ainsi partie intégrante du droit manitobain. Il s'ensuit que les demandes apparemment fondées sur les dispositions de la Convention sont en fait présentées en vertu de la Loi et reposent sur le droit manitobain, comme le déclare celle-ci.

Il est également difficile de comprendre pourquoi les diverses dispositions de la Loi, y compris celles qui sont tirées de la Convention, devraient exercer leur effet indépendamment les unes des autres. Le principe le plus fondamental de l'interprétation des lois est sans doute que celles-ci visent à donner corps à un ensemble de règles cohérentes possédant une logique interne à laquelle chaque disposition contribue de façon utile. Si la législature du Manitoba avait voulu que, après sa mise en

²⁹ Cité à la note 25, par. 93.

œuvre, la Convention agisse indépendamment de la Loi, elle l'aurait mise en œuvre au moyen d'une autre loi.

Enfin, il est difficile de saisir pourquoi, si la Loi donne lieu à deux régimes indépendants, on devrait lire le régime manitobain à la lumière de la Convention, mais non l'inverse. Le juge La Forest a écrit que l'adoption de la Convention par la législature montre que, de l'avis de celle-ci, il vaut mieux régler les différends internationaux liés à la garde d'enfants conformément à la Convention. Toutefois, cette analyse ne tient pas compte des autres marques de l'intention du législateur, notamment des articles 1 à 16 de la Loi, du contexte dans laquelle la Convention a été mise en œuvre et de l'historique législatif de la Loi. On doit porter une attention particulière aux articles 5 et 6. La disposition dérogatoire de l'article 5 énonce clairement que, en cas de conflit entre la norme en matière de protection des enfants établie dans la Loi et celle de la Convention, c'est la première qui l'emporte. L'article 6 accorde aux parties intéressées le droit de demander au tribunal de rendre diverses ordonnances qui ne sont pas prévues par la Convention. Dans ces conditions, il est difficile de croire que la législature manitobaine ait pu vouloir que les dispositions de la Convention l'emportent sur le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'article 6.

Il serait utile que l'article 6 commence par une disposition dérogatoire, tout comme l'article 5. À défaut, l'interprète de la Loi doit s'en remettre à d'autres indices de l'intention du législateur. En l'occurrence, il y a lieu de mentionner la décision du Manitoba de ne pas adopter la *Loi uniforme* rédigée, par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, pour mettre en œuvre la Convention. Quatre provinces avaient adopté la *Loi uniforme*, qui comporte une disposition faisant prévaloir la Convention en cas de conflit entre celle-ci et toute autre mesure législative. On trouve une disposition au même effet dans le texte de mise en œuvre adopté par trois autres provinces. Comme le fait remarquer le juge La Forest, au sujet des provinces de common law, seules les lois de la Colombie-Britannique et du Manitoba ne comportent pas de disposition en ce sens. Il semble raisonnable d'en conclure que le Manitoba ne souhaitait pas faire prévaloir la Convention sur sa législation interne, préférant plutôt que les articles 1 à 16 de la Loi complètent les dispositions de la Convention.

Les explications proposées par le procureur général du Manitoba devant le Comité permanent des modifications législatives, qui a examiné la mesure en question à l'état de projet de loi, confirment cette déduction.

En réponse à une question d'un membre du Comité, le procureur général a déclaré :

Pour ce qui est du point soulevé concernant le conflit entre la Loi et la Convention, j'ai l'impression [...] que le projet de loi que nous proposons accorde une plus grande protection [aux intérêts supérieurs de l'enfant] et que la Convention est un minimum. Nous allons plus loin que la Convention [...].

Je ne crois pas que ce risque de conflit existe. Il se peut toujours, naturellement, que l'on puisse percevoir un conflit entre deux articles de la Loi, mais il faut alors le trancher selon les règles ordinaires de l'interprétation des lois. [...] *Le projet de loi ne visait pas à restreindre mais plutôt à élargir les mécanismes de la Convention [...]*³⁰.

Cette déclaration indique très clairement que les dispositions de la Convention n'étaient pas censées avoir effet indépendamment des autres dispositions de la Loi. Elle révèle en outre que le législateur ne s'est pas contenté d'intégrer la Convention à la Loi, mais qu'il a voulu la compléter. Comme l'explique le procureur général, il s'agissait « d'élargir les mécanismes de la Convention ».

La juge L'Heureux-Dubé, qui dans les motifs de sa dissidence, a attiré l'attention sur un autre indice de l'intention du législateur, c'est-à-dire la façon dont l'article 6 de la Loi suit le libellé de la Convention. Voici ce qu'elle a déclaré :

Tant le libellé de la Convention que celui de la Loi permettent de conclure que les deux textes doivent être interprétés conjointement. D'une part, le libellé explicite de l'art. 6 de la Loi adopte la même terminologie que la Convention lorsqu'il renvoie, dans le texte anglais, à l'enfant « *wrongfully removed* » ou « *wrongfully retained* », faisant ainsi ressortir le fait que la compétence du tribunal pour rendre des ordonnances transitoires

³⁰ Assemblée législative du Manitoba, Comité permanent des modifications législatives, vol. XXX, n° 6, 28 juin 1982, p. 101.

conformément à l'art. 6 doit pouvoir être exercée, peu importe que la Convention s'applique ou non³¹.

Enfin, elle a fait ressortir le conflit potentiel entre le fait d'accorder la prépondérance aux intérêts supérieurs de l'enfant en matière de garde et la garantie de retour immédiat. Même si la Convention établissait un certain équilibre entre ces intérêts, le législateur manitobain n'avait pas semblé en être satisfait et l'avait modifié en ajoutant des dispositions, les articles 5 et 6, visant à accorder une protection accrue à l'enfant. La juge L'Heureux-Dubé a ajouté :

L'importance accordée dans la Convention au retour immédiat doit être interprétée à la lumière de l'objectif primordial, l'intérêt des enfants, et du libellé explicite de la Loi, au moyen de laquelle la Convention a été adoptée au Manitoba, et ne devrait pas entraîner un retour qui ne tient pas compte des besoins immédiats ou de la situation de l'enfant³².

La position minoritaire nous paraît mieux fondée que celle de la majorité dans la mesure où elle confère le poids voulu à l'intention du législateur.

Contexte externe

Dans des cas comme l'affaire *Ward*, le tribunal se fonde sur une convention internationale pour interpréter une mesure législative interne parce qu'il a des raisons de croire que celle-ci visait, au moins en partie, à mettre en œuvre les obligations internationales contractées par le Canada lors de la ratification de la convention. Dans d'autres cas, il se pourrait que des textes de droit international fassent également partie du contexte externe dont on peut soutenir qu'il était présent à l'esprit du législateur au moment de l'adoption de la loi interne en question. C'est certainement le cas des textes internationaux relatifs aux droits humains qui ont influé sur le libellé de la Charte. Il se peut également que des textes législatifs étrangers opérant codification ou mise en œuvre influent sur l'interprétation de textes législatifs canadiennes analogues, comme

³¹ Cité à la note 27, par. 129.

³² *Ibid.*, par. 131.

l'illustre l'affaire *Re Code canadien du travail*³³. En l'occurrence, pour déterminer le sens d'une disposition de la *Loi sur l'immunité des États* — loi canadienne — la Cour suprême s'est appuyée sur des décisions judiciaires de plusieurs juridictions étrangères interprétant une disposition comparable de leurs propres lois sur l'immunité.

Les normes jurisprudentielles

Selon la méthode de l'interprétation des lois qu'Elmer Driedger établit dans la deuxième édition de son ouvrage, on doit traiter les présomptions de la common law relatives à l'intention du législateur comme une sous-catégorie d'intention législative :

[TRADUCTION] Il peut être opportun de considérer que « l'intention du Parlement » comprend quatre éléments, (notamment) [...] l'intention présumée – c.-à-d. l'intention que les tribunaux attribueront au Parlement en l'absence d'indication contraire [...]»³⁴

Driedger explique ce qui constitue une caractéristique non apparente de ce principe d'interprétation moderne, c'est-à-dire que la notion d'intention législative embrasse l'intention présumée, laquelle consiste en fait dans une norme jurisprudentielle. On applique de telles normes pour résoudre les conflits d'interprétation, même si rien ne prouve qu'elles correspondent effectivement à l'intention du législateur. Cela tient au fait que, du point de vue des tribunaux, ces normes sont suffisamment importantes pour justifier une protection juridique contre les incursions du pouvoir législatif.

Évidemment, dès qu'une norme est établie et sert à interpréter une loi, le législateur doit en prendre connaissance et en tenir compte. S'il sait que son silence sera interprété d'une certaine façon et qu'il demeure tout de même muet, les tribunaux pourront en toute légitimité déduire que c'est l'interprétation qu'il souhaite voir prêter à la mesure législative. En ce sens, l'intention présumée peut être considérée comme l'expression de l'intention réelle du législateur. Mais cette analyse laisse dans l'ombre

³³ [1992] 2 R.C.S. 50.

³⁴ E.A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 106.

l'aspect le plus important des normes jurisprudentielles, c'est-à-dire leur origine. Comme ce sont les juges qui les instaurent, il leur appartient de les justifier, c'est-à-dire d'en expliquer l'origine et le bien-fondé.

Dans nombre de cas, les présomptions d'intention du législateur prennent naissance dans le droit constitutionnel britannique. Comme le juge d'appel La Forest le souligne dans l'affaire *Estabrooks*, ces présomptions plongent leurs racines dans la philosophie libérale qui avait cours au XVII^e siècle :

[TRADUCTION] Ceux qui ont lutté pour arracher le pouvoir à la dynastie des Stuart et le remettre aux représentants élus par le peuple ne souhaitaient pas remplacer un despote par un autre. Ils étaient plutôt guidés par une pensée qui accordait une grande importance à la liberté individuelle et à la propriété privée; cette philosophie continue de nourrir nos accords politiques fondamentaux — notre Constitution [...]

À la pleine réalisation des effets de la suprématie parlementaire, cette conception de la justice a évidemment disparu. Par contre, on trouve des traces de l'héritage laissé par les fondements originels de notre organisation politique dans un certain nombre de présomptions conçues [...] « pour offrir une protection contre l'interférence de l'État avec la liberté ou la propriété des sujets » [...] ³⁵.

D'autres présomptions proviennent plus spécifiquement de l'expérience constitutionnelle canadienne, par exemple la présomption selon laquelle les mesures législatives touchant les peuples autochtones doivent être interprétées en leur faveur et de façon à favoriser une lecture libérale des droits linguistiques ³⁶.

Un certain nombre de présomptions bien établies sont issues de l'intégration du droit coutumier international à la common law au XVIII^e siècle. Citons notamment la présomption contre l'application extraterritoriale du droit interne, fondée sur la notion de souveraineté territoriale, et le respect présumé du principe de la courtoisie, qui constitue

³⁵ (1982), 144 D.L.R. (3d) 21 (NBCA), p. 210-211.

³⁶ Voir R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto, Butterworths, 2002, p. 378 et s. et 409 et s.

le fondement des régimes du droit international privé que sont la common law et le droit civil³⁷. L'affaire *Scrimshire c. Scrimshire*³⁸, qui remonte au XVIII^e siècle, fournit un bon exemple du processus d'intégration : c'était la première fois qu'une juridiction britannique était saisie de la question de la validité d'un mariage scellé à l'étranger entre deux sujets britanniques. En vertu du droit anglais, le mariage contracté entre les deux parties était valide, mais non selon le droit français. Afin de déterminer la loi applicable, le tribunal a consulté une demi-douzaine d'instances sur le droit international. Il est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] À la lumière de la théorie édifiée dans nos recueils — la « coutume des nations » —, et compte tenu du désordre et de la confusion qui résulteraient, pour les citoyens de tous les pays, de l'adoption d'une position contraire, je tiens pour acquis que toutes les nations conviennent qu'il est nécessaire, conformément au *jus gentium*, que l'on observe les coutumes de chacune d'entre elles relativement à la célébration des mariages et que ce type de contrat est établi selon le droit du pays où il a été conclu [...] Le droit des gens s'applique à tous les pays, et les citoyens de tous les pays y sont assujettis. Chaque pays doit en tenir compte; il pourra être dit que le tribunal qui se prononce sur la base du droit des gens assujettit l'Angleterre non pas aux lois de la France, mais bien aux lois de l'Angleterre, dont le *jus gentium* fait partie³⁹.

³⁷ Au Royaume-Uni, le droit international privé s'inspirait au départ principalement des travaux du chercheur hollandais Huberus publiés dans *De Conflictu Legum*, traduits par E.G. Lorenzen, « *Huber's De Conflictu Legum* » (1919), 13 Ill. L. Rev. 375, p. 401 et s. Huberus expliquait que son système de droit international privé s'appuyait sur trois maximes :

- 1) les lois de chaque État sont exécutoires sur son territoire, et toutes les personnes qui y habitent y sont assujetties.
- 2) toutes les personnes habitant sur le territoire d'un État, qu'elles y soient établies de façon permanente ou temporaire, sont assujetties à ses lois.
- 3) tout État souverain agira de façon courtoise afin que les droits acquis par tel ou tel de ses sujets sur le territoire d'un autre État continuent de s'appliquer sur l'ensemble de son territoire, dans la mesure où ils ne causent aucun préjudice à ses droits et pouvoirs ou à ceux de ses autres sujets.

³⁸ (1752) 2 Hag. Con. 395, 161 E.R. 782.

³⁹ *Ibid.*, p. 790.

Cette affirmation formelle du principe de soumission inconditionnelle au droit international est caractéristique du XVIII^e siècle⁴⁰. L'État se soumet au droit international parce qu'il est universellement observé par tous les autres, et les tribunaux craignent que le défaut de s'y conformer ne soit source de désordre et de confusion pour les citoyens des pays qui n'y adhèrent pas.

Il incombe aux tribunaux d'harmoniser les sources de droit potentiellement conflictuelles, ce qui donne lieu à une autre catégorie de présomptions. Ils ont pour ce faire élaboré un ensemble de règles permettant de gérer les conflits pouvant survenir entre diverses sources de droit (fédérale/provinciales, loi/règlement) et entre une mesure législative et une mesure constitutionnelle, d'une part, et la common law et le droit international, d'autre part. Ces règles rendent compte de la hiérarchie des sources de droit, selon laquelle les normes constitutionnelles ont préséance sur la législation, et cette dernière, sur la common law et le droit international. Toutefois, avant d'appliquer ces règles, les tribunaux s'appuient sur un certain nombre de présomptions d'harmonisation : l'intention du législateur de respecter les limites établies par la Constitution; son intention de ne pas modifier la common law ou déroger au Code civil; son intention de se conformer au droit international.

La première présomption, c'est-à-dire l'intention de respecter les limites établies par la Constitution, traduit le lien reconnu entre les normes juridiques établies et les lois ordinaires, ce qui est logique. Comme le législateur est impuissant en dehors de sa sphère de compétence, toute tentative de sa part visant à outrepasser celle-ci serait à la fois répréhensible et futile. La présomption de non-dérogation au Code civil se justifie également sans difficulté compte tenu du rôle que joue le Code civil dans tout régime de droit civil⁴¹.

La présomption de non-dérogation à la common law est plus controversée. Selon le droit constitutionnel, les règles législatives valablement édictées l'emportent sur les règles de common law en cas

⁴⁰ Voir par exemple *Buvert c. Barbuitt* (1737), Cas. T. Talb 281, 25 E.R. 777; *Roach c. Jarvan* (1748), 1 Ves. Sen. 157, 27 E.R. 954; *Tringquet c. Bath* (1764), 3 Burr. 1478, 97 E.R. 936.

⁴¹ Sur cette question, voir Jean-Maurice Brisson et André Morel, « *Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation* » dans MINISTÈRE CANADIEN DE LA JUSTICE, L'HARMONISATION DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE AVEC LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET LE BIJURIDISME CANADIEN (RECUEIL D'ÉTUDES), 2, 217 (1995).

d'incompatibilité. Par conséquent, pourquoi un tribunal résoudrait-il une ambiguïté législative en faveur de la common law? Comme le législateur ne légifère pas en vain, pourquoi les tribunaux présumeraient-ils que l'intention était de n'apporter aucun changement? En tentant de répondre à ces questions, il faut distinguer entre les principes constitutionnels de la common law, telles la règle de droit ou la présomption selon laquelle toute expropriation exige une compensation, et les règles ordinaires de droit privé, comme celles qui régissent la formation des contrats ou l'administration des fiducies. On peut s'attendre à ce que le législateur s'en remette aux principes constitutionnels bien établis, mais non pas aux règles du droit privé en common law. La meilleure justification de la présomption est peut-être le fait qu'elle incite le législateur à un libellé plus explicite afin d'éviter toute ambiguïté et de veiller à ce qu'aucun changement ne puisse être apporté subrepticement (dans le cas des principes fondamentaux) ou par inadvertance (dans le cas de la common law).

Il y a enfin la présomption de conformité avec le droit international. Compte tenu des formulations courantes de la présomption, on doit tenir pour acquis qu'elle s'applique à toutes les obligations imposées au Canada par le droit international, sans égard à la source — droit coutumier ou convention — et, s'agissant d'une convention, que cette dernière ait été mise en œuvre ou non. Évidemment, la convention qui n'a pas été ratifiée n'entraîne aucune obligation, mais une fois ratifiée, elle a force obligatoire pour le Canada, peu importe qu'elle ait été mise en œuvre ou non. Dans certains cas, toutefois, l'omission de mettre en œuvre une convention peut être considérée comme l'expression d'une intention à cet effet⁴².

Pour justifier la présomption de conformité avec le droit international, van Ert affirme :

⁴² On n'arriverait pas à cette conclusion s'il y avait lieu de croire que les obligations de la convention étaient déjà mises en œuvre dans une loi en vigueur. C'est le cas de nombreuses conventions relatives aux droits humains. Voir I. Weiser, « Undressing the Window: Treating International Human Rights Law Meaningfully in the Canadian Commonwealth System » (2004), 37 *UBCLRev* 113, p. 127 et 132 et s. On peut soutenir que c'est le cas de la Convention relative aux droits de l'enfant, dont il a été question dans l'affaire *Baker c. Canada*, citée à la note 1 et examinée aux p. 30 et s.

[TRADUCTION] La justification normative de la présomption [de conformité avec le droit international] est le principe du respect du droit international. Le fait de donner aux règles de droit de nos législatures et de nos tribunaux une interprétation qui contrevient au droit international ou au principe de courtoisie équivaut à prêter à ces institutions une intention illicite ou hostile. Une telle interprétation est généralement fautive et dénote un manque d'égards certain. La présomption se justifie également par un facteur prescriptif important : les violations du droit international ou du principe de courtoisie peuvent engager la responsabilité internationale de l'État. Les tribunaux doivent donc éviter, dans la mesure du possible, de créer des règles de droit interne qui contreviennent au droit international⁴³.

Selon nous, on peut affirmer que le fait de donner à un acte législatif ou juridictionnel une interprétation qui contrevient au droit international ou au principe de courtoisie n'imputerait d'intention illicite ou hostile à l'institution en cause que dans l'hypothèse où le droit international aurait force obligatoire au Canada, ce que nous réfutons. Le deuxième argument, selon lequel une telle interprétation est généralement fautive, concerne l'intention réelle du législateur ou des tribunaux et doit se fonder sur une preuve plutôt que sur une présomption. Le troisième argument invoqué par van Ert est que la violation du droit international peut avoir des répercussions sur l'État, voire sur les citoyens. Toutefois, il n'appartient pas aux tribunaux de chercher à éviter de telles répercussions. Il revient plutôt à la législature de décider du degré de risque auquel elle peut exposer l'État ou ses citoyens en contrevenant au droit international. Tout comme les législatures canadiennes ont la possibilité de déroger aux valeurs de la Charte dans les limites prévues à l'article premier, elles peuvent aussi déroger au droit international dans la mesure qui leur semble indiquée afin de veiller aux intérêts de leur électorat. Et, tout comme les tribunaux ne doivent pas appliquer la présomption de conformité aux valeurs de la Charte de manière à faire obstacle à l'application de l'article premier⁴⁴, ils doivent également se garder d'appliquer la

⁴³ van Ert, n. 13, p. 99-100.

⁴⁴ *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S., motifs du juge Iacobucci, au par. 66 :

présomption de conformité avec le droit international de façon à entraver l'exercice, par la l'organe législatif, du droit et de l'obligation constitutionnels de décider si, en l'occurrence, la conformité est dans l'intérêt du Canada ou de la province concernée.

Nous concluons que les interprétations fondées sur la présomption de conformité avec le droit international se justifient d'abord par le fait qu'elles permettent d'éviter que des violations du droit international ne surviennent subrepticement ou par inadvertance. En d'autres termes, la présomption de conformité avec le droit international repose en grande partie sur la même justification que la présomption de non-dérogation à la common law.

Comme nous l'avons déjà mentionné, les tribunaux, lorsqu'ils appliquent la présomption de non-dérogation à la common law, établissent une distinction entre les principes du droit constitutionnel et ceux du droit privé. Or, il y a lieu d'opérer une distinction analogue entre le droit international relatif aux droits humains et les autres domaines du droit international⁴⁵. Cela tient, non pas à ce que les tribunaux sont davantage liés par le droit international en matière de droits humains, mais bien à ce que la protection de ces droits est un domaine pour lequel les tribunaux revendiquent une juridiction experte et inhérente. Voici ce qu'en ont dit les juges du Commonwealth dans la *Déclaration de Bangalore* :

[TRADUCTION] 1. Les libertés et les droits humains fondamentaux sont universels [...].

2. L'universalité des droits humains découle du principe moral selon lequel chaque personne a également droit à

[...] si les tribunaux devaient interpréter toutes les lois de manière à faire en sorte qu'elles soient conformes à la Charte, cela perturberait à tort l'équilibre dialogique. Chaque fois que ce principe serait appliqué, il préviendrait tout contrôle judiciaire fondé sur des motifs prévus par la Charte, recours qui permet de profiter des mécanismes internes de pondération que comporte l'article premier. Ainsi, les législateurs seraient en grande partie dépouillés du pouvoir que leur reconnaît la Constitution d'apporter, par voie législative, des restrictions raisonnables aux droits et libertés garantis par la Charte, lesquels posséderaient dès lors un caractère quasi absolu.

⁴⁵ Pour une excellente analyse récente de cette distinction, voir van Ert, cité à la n. 13, ch. 7.

l'autonomie et à la dignité. Ce principe transcende les systèmes politiques nationaux et *relève des tribunaux*⁴⁶.

Dans la mesure où le droit international des droits humains sous-tend les droits et libertés fondamentaux, les tribunaux canadiens sont obligés de le mettre en application non pas parce qu'ils y sont assujettis, mais parce qu'ils ont le devoir de donner effet aux droits humains fondamentaux au Canada.

La dernière catégorie de normes juridiques que nous aborderons est celle des normes émergentes. Dans l'affaire *Willick c. Willick*, la Cour suprême a affirmé qu'il y a lieu de préférer les interprétations qui tendent à déjouer la « féminisation de la pauvreté » aux autres interprétations⁴⁷. Dans *Rizzo & Rizzo Shoes*, elle a déclaré que les interprétations reconnaissant le rôle fondamental de l'emploi dans la vie des particuliers doivent être privilégiées⁴⁸. Les présomptions invoquées dans ces affaires reposent sur les normes sociales, culturelles et politiques ciblées par les rapports de l'administration, les études universitaires et les programmes mis en œuvre par la législation interne.

Le droit international comporte sa part de normes juridiques émergentes. Le raisonnement de la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Spraytech* illustre bien ce recours au droit international⁴⁹. Il s'agissait de décider si la Ville de Hudson avait le pouvoir, en vertu de la *Loi sur les cités et villes* du Québec⁵⁰, de restreindre par règlement l'usage des pesticides à certains lieux et activités. En vertu du paragraphe 410(1) de cette loi, le conseil municipal pouvait prendre des règlements municipaux pour « assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité ». La Cour a jugé que ce pouvoir habilitant de portée générale était suffisamment large pour justifier la prise d'un règlement sur les pesticides. S'exprimant au nom de la majorité, la juge L'Heureux-Dubé a déclaré :

⁴⁶ Passage tiré de van Ert, cité à la n. 13, p. 238.

⁴⁷ [1994] 3 CSC 670.

⁴⁸ [1998] 1 CSC 27.

⁴⁹ *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)* [2001] 2 RCS 241.

⁵⁰ LRQ, c. C-19, art. 410 [am. 1982, ch. 64, a. 5; am. 1996, ch. 2, a. 150].

En conclusion quant à cette partie relative au pouvoir conféré par la Loi, je souligne qu'interpréter le par. 410(1) comme permettant à la Ville de réglementer l'utilisation des pesticides qui correspond aux principes de droits et de politiques internationaux [...]

L'interprétation que je fais ici du règlement 270 respecte le « principe de précaution » du droit international, qui est défini ainsi au par. 7 de la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable* (1990) :

Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement.

Le Canada « a préconisé l'inclusion du principe de précaution » au cours des négociations de la Conférence de Bergen [...]

Des auteurs ont démontré que le principe de précaution est repris [TRADUCTION] « dans pratiquement tous les traités et documents de politique récents en matière de protection et de préservation de l'environnement [...] ». La Cour suprême de l'Inde considère le principe de précaution comme faisant [TRADUCTION] « partie du droit international coutumier [...] ». Dans le contexte des postulats du principe de précaution, les craintes de la Ville au sujet des pesticides s'inscrivent confortablement sous la rubrique de l'action préventive⁵¹.

⁵¹ 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson* (Ville) [2001] 2 RCS 241., p. 266-267.

Cette analyse montre comment le droit international peut être une source de normes juridiques internes. Ce phénomène d'interpénétration se manifeste par 1) l'engagement du Canada à l'égard de la norme; 2) le degré d'acceptation de la norme par la communauté internationale; 3) le fait que la norme corresponde aux préoccupations internes concernant les dangers de la pollution environnementale⁵².

L'affaire *Spraytech* illustre également comment le temps peut faire problème lorsqu'on s'appuie sur le droit international comme source de normes juridiques. L'article 410 de la *Loi sur les cités et villes* a été promulgué bien avant que le principe de précaution ait été formulé en droit international. Dans ce cas, la question est de savoir dans quelle mesure les tribunaux peuvent se réclamer de normes juridiques internationales inexistantes au moment de l'entrée en vigueur du texte à interpréter.

L'interprétation dynamique

La question que nous venons de soulever ne se pose pas uniquement dans le cas des normes internationales; c'est dans la perspective de l'interprétation des textes législatifs au fil du temps qu'elle ressort le mieux. Même s'il s'agit d'un sujet complexe, il existe deux principes de base constituant un point de départ utile. Le premier principe porte que, dans l'interprétation de tout texte juridique, qu'il s'agisse de simples lois ou de règles constitutionnelles, les tribunaux doivent assurer l'équilibre entre les éléments de contexte initial ayant présidé à l'adoption de la loi et les éléments de contexte qui en déclenchent l'application. Le contexte initial comprend l'état du droit au moment de l'élaboration du texte — qu'il s'agisse du droit interne, du droit étranger ou du droit international, et qu'il s'agisse de règles impératives ou non. Le contexte opérationnel comprend le droit positif au moment de l'application du texte, y compris le droit international (règles impératives ou non) et les conventions ratifiées après son entrée en vigueur. Assurer l'équilibre entre ces deux types d'éléments contextuels est au cœur même de la fonction judiciaire d'interprétation des lois, qui consiste à appliquer à des faits

⁵² L'harmonisation constitue une autre norme émergente fondée sur le droit international. Voir par exemple les motifs dissidents du juge Binnie dans *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 C.S.C. 45, par. 12 et s.

survenus à une certaine époque des règles plus ou moins abstraites conçues à une autre époque.

Selon le deuxième principe fondamental, les actes constitutionnels devraient être interprétés de façon « organique » ou dynamique. C'est Lord Sankey qui a le mieux exprimé ce principe dans l'affaire *Edwards*, grâce à la métaphore de l'arbre vivant⁵³. Puisque l'interprétation dynamique est de rigueur, les textes internationaux sont une source de normes juridiques sur lesquelles il convient de s'appuyer pour interpréter la Charte, les droits et libertés qui y sont proclamés⁵⁴ de même que la portée des limites acceptables aux termes de l'article premier⁵⁵. Même si certains de ces textes n'auraient pas été considérés par les rédacteurs de la Charte comme des sources officielles du droit établi par la Charte, ils font partie du contexte opérationnel.

La théorie de l'arbre vivant se justifie principalement par l'importance fondamentale d'une constitution garantissant la stabilité de l'État et la sécurité de ses citoyens, de même que par la difficulté de la modifier. Cette justification ne s'applique pas aux mesures législatives ordinaires qu'on peut (en principe) modifier facilement. Toutefois, il existe d'autres raisons pour lesquelles les tribunaux décident à juste titre d'aborder l'interprétation dans une perspective « organique » ou dynamique : on les associe parfois à l'intention du constituant ou du législateur. Par exemple, lorsqu'une loi devant s'appliquer pendant une période indéfinie est adoptée, surtout si elle met en place une institution administrative ou un cadre réglementaire, l'intention du législateur est que ceux qui l'appliqueront puissent l'adapter aux circonstances, de façon qu'elle continue de permettre la réalisation de ses objectifs initiaux.

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire justifie également, mais de façon plus générale, l'adoption d'une interprétation dynamique. Lorsqu'un pouvoir discrétionnaire est conféré à quiconque est chargé d'appliquer une loi, que ce soit directement, par l'entremise de dispositions habilitantes, ou indirectement, par l'emploi d'un libellé général ou de termes abstraits, il est dans l'intention du législateur que ce

⁵³ [1930] AC 124 (PC).

⁵⁴ Voir van Ert, cité à la n. 13, ch. 7.

⁵⁵ Voir par exemple le raisonnement de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Sharpe* [2001] 1 R.C.S. 45, par. 175 et s. Voir également l'examen que fait van Ert de la question, *ibid.*, p. 240 et s.

pouvoir soit exercé compte tenu des circonstances. Si tel n'était pas le cas, l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire n'aurait aucun intérêt. La juge McLachlin (alors juge puinée) a expliqué ce point dans l'affaire *Tataryn c. Succession Tataryn*⁵⁶, dans laquelle la Cour suprême devait déterminer ce qui serait « convenable, juste et équitable » pour les personnes à charge du testateur, conformément à la *Wills Variation Act* de la Colombie-Britannique. Voici un extrait des motifs de la juge McLachlin :

[TRADUCTION] Le libellé de la Loi confère un pouvoir discrétionnaire général au tribunal. La générosité du texte donne à entendre que le législateur tentait d'élaborer une formule qui permette aux tribunaux de rendre des ordonnances justes dans les circonstances, fondées sur les normes contemporaines. Ce qui signifie, conjointement avec la règle selon laquelle la Loi a vocation permanente [...], que la Loi doit être interprétée à la lumière des valeurs et des attentes modernes. [...] l'objectif est la justice contemporaine⁵⁷.

En ces temps modernes, le droit international est une source importante de valeurs et d'attentes, même si elle n'est pas la seule.

La décision de la juge en chef McLachlin dans *Canadian Foundation for Children Youth and the Law c. Canada*⁵⁸ illustre bien le rôle que peut jouer le droit international dans l'interprétation dynamique d'une loi. En l'espèce, il s'agissait de savoir si l'article 43 du *Code criminel* était conforme aux articles 7, 12 et 15 de la Charte. L'article 43 prévoyait ce qui suit :

43. Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

Avant d'aborder les questions touchant la Charte, il fallait déterminer le sens de la règle établie à l'article 43, en particulier la signification de l'expression

⁵⁶ [1994] 2 R.C.S. 807.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 814-815.

⁵⁸ [2004] 1 R.C.S. 76.

« raisonnable dans les circonstances ». La juge en chef McLachlin a déclaré ce qui suit :

[...] les obligations découlant des traités internationaux peuvent permettre de préciser davantage ce qui est raisonnable dans les circonstances. Les lois doivent être interprétées d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada [...]. Les engagements internationaux du Canada confirment que le châtiment corporel préjudiciable à l'enfant ou dégradant pour lui est déraisonnable⁵⁹.

Elle a également souligné le fait que « ni la *Convention relative aux droits de l'enfant* ni le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* n'exige explicitement que les États parties interdisent toute infliction d'un châtiment corporel à un enfant »⁶⁰. Les conventions que cite la juge dans sa décision ont été élaborées et ratifiées bien après l'entrée en vigueur de l'article 43, mais elles demeurent des indicateurs utiles des normes sur lesquelles les tribunaux nationaux peuvent s'appuyer pour déterminer ce qui est « raisonnable dans les circonstances »⁶¹.

L'affaire *Canadian Foundation* illustre l'interaction entre le droit international et le pouvoir discrétionnaire que confère le libellé général ou abstrait d'une loi à ses interprètes. Dans ce contexte, il importe peu qu'un tribunal justifie le recours au droit international en invoquant la présomption de conformité ou des normes dont la validité et l'importance reposent en partie, en droit interne, sur la reconnaissance du droit international. Toutefois, la question se complique passablement lorsqu'il

⁵⁹ *Ibid.*, par. 31.

⁶⁰ *Ibid.*, par. 33.

⁶¹ Si la majorité se fonde sur le droit international dans son interprétation de l'art. 43 du *Code criminel*, les juges ont procédé de façon sélective. Comme le précisent les motifs dissidents de la juge Arbour, la Convention relative aux droits de l'enfant prévoit la mise en place d'un comité sur les droits de l'enfant. Ce comité s'est montré extrêmement critique à l'endroit de l'art. 43 du *Code criminel* du Canada. Dans son rapport de 2003, la juge Arbour fait remarquer que : « le Comité a noté « avec une profonde préoccupation » que le Canada n'a pris « aucune mesure pour abroger l'article 43 du [Code criminel] » et lui a recommandé d'adopter des textes à l'effet de lever l'autorisation qui existe actuellement de faire usage d'une « force raisonnable » à l'encontre des enfants pour les discipliner [...] ». *Ibid.*, par. 188.

s'agit de pouvoirs discrétionnaires en matière d'établissement de règles et de prise de décisions, pouvoirs souvent conférés à l'exécutif.

De façon générale, les présomptions relatives à l'intention du législateur s'appliquent aux dispositions habilitantes conférant un pouvoir discrétionnaire de telle sorte que, jusqu'à preuve du contraire, les pouvoirs conférés (qu'il s'agisse de pouvoirs législatifs ou administratifs) ne permettent pas de faire échec à ces présomptions⁶². Ainsi, un règlement ou une décision pourrait être déclaré invalide parce qu'il n'est pas conforme au droit international. Cette position est néanmoins troublante parce qu'elle empêche l'analyse nuancée de l'objectif et de la portée de la disposition habilitante. La pertinence et le poids des normes de droit international dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire relatif à l'établissement de règles et à la de prise de décisions devraient être régis non pas par une règle (conformité présumée), mais bien par une démarche pragmatique dans laquelle les normes de droit international ne constituent que l'un des facteurs à considérer par le tribunal.

L'argumentation de la majorité dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁶³ illustre l'application d'une telle démarche. En vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*⁶⁴, le ministre de l'Immigration était habilité à :

accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) [...] ⁶⁵.

Longtemps après l'entrée en vigueur du paragraphe 114(2) en 1976⁶⁶, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui prévoyait (entre autres) que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, [...], l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »⁶⁷.

⁶² Voir Keyes, citée à la note 2, p. 165 et s.

⁶³ Voir note 1.

⁶⁴ L.R.C. 1985, ch. I-2.

⁶⁵ *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, modifié par DORS/93-44.

⁶⁶ C.S. 1976-1977, ch. 52. À noter que, dans ce cas, la date importante pour ce qui est de l'intention du législateur est la date d'entrée en vigueur de la disposition habilitante, non pas celle de l'établissement de la disposition réglementaire.

⁶⁷ Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992, n° 3, art. 1.

M^{me} Baker, l'appelante, a demandé au ministre de lui accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application du règlement qui exigeait que sa demande de résidence permanente soit présentée de l'extérieur du Canada. Si elle était forcée de quitter le Canada, elle serait séparée de ses quatre enfants nés au pays, ce qui porterait préjudice aux enfants et à elle-même. Le ministre n'a pas accordé la dispense et la Cour fédérale a rejeté sa demande de révision judiciaire. Toutefois, le tribunal a reconnu la validité de la question suivante comme fondement pour interjeter appel :

Vu que la *Loi sur l'immigration* n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?

L'appelante a fait valoir que le ministre était tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à la Convention. Ce dernier a soutenu que le fait d'exercer son pouvoir discrétionnaire selon une convention qui n'a pas été mise en œuvre reviendrait à appliquer cette convention, et donc à porter atteinte à la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et l'organe législatif ainsi qu'au partage des compétences entre le fédéral et les provinces.

Dans l'affaire *Baker*, la décision majoritaire ne répond pas vraiment à la question précitée et ne résout pas directement les problèmes soulevés par les parties dans leurs présentations. Toutefois, on peut en tirer certaines conclusions. La Cour a conclu à la majorité que la décision ne tenait pas compte de l'intérêt des enfants de M^{me} Baker, ce qui n'était pas raisonnable parce que le respect des intérêts de l'enfant est une norme importante du droit canadien, principe que l'on peut prouver de plusieurs façons. La juge L'Heureux-Dubé s'est exprimée en ces termes :

L'exercice raisonnable du pouvoir conféré par l'article exige que soit prêté une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants. Les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs d'ordre humanitaire centrales dans la société canadienne. Une indication que l'intérêt des enfants est une considération importante dans

l'exercice des pouvoirs en matière humanitaire se trouve, par exemple, dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux et dans les lignes directrices régissant les décisions d'ordre humanitaire publiées par le Ministre lui-même⁶⁸.

Plus loin, elle approfondit la question de l'importance des textes internationaux pour ce qui est de restreindre le pouvoir discrétionnaire ministériel :

Un autre indice de l'importance de tenir compte de l'intérêt des enfants dans une décision d'ordre humanitaire est la ratification par le Canada de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, et la reconnaissance de l'importance des droits des enfants et de l'intérêt supérieur des enfants dans d'autres instruments internationaux ratifiés par le Canada. Les conventions et les traités internationaux ne font pas parties du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi [...].

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

[...] Les principes de la Convention et d'autres instruments internationaux accordent une importance spéciale à la protection des enfants et de l'enfance, et à l'attention particulière que méritent leurs intérêts, besoins et droits. Ils aident à démontrer les valeurs qui sont essentielles pour déterminer si la décision en l'espèce a constitué un exercice raisonnable du pouvoir en matière humanitaire⁶⁹.

Comme l'illustre cette analyse, la décision majoritaire dans l'affaire *Baker* ne laisse pas entendre que le Ministre était obligé en vertu de la Convention de tenir compte d'abord de l'intérêt supérieur des enfants de l'appelante. Elle ne repose pas non plus sur la présomption de

⁶⁸ Voir n. 1, par. 67.

⁶⁹ *Ibid.*, par. 69-71.

conformité avec le droit international. La *Convention relative aux droits de l'enfant* de même que d'autres conventions ratifiées par le Canada sont invoquées pour justifier l'importance accrue que le ministre doit accorder à l'intérêt des enfants dans l'exercice raisonnable de ses pouvoirs discrétionnaires. Les conventions sont importantes dans la mesure où elles contribuent à éclairer le contenu d'une norme, que la Cour a jugée pertinente pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire et lui confèrent un plus grand poids.

L'intention de l'exécutif

Il va de soi que les tribunaux doivent donner suite à l'intention du législateur dans la mesure où elle peut être établie. En cas d'ambiguïté, ils doivent forcément s'en remettre aux normes juridiques applicables afin de résoudre le problème d'interprétation. La question qui sera examinée dans la présente section est la suivante : dans quelle mesure les tribunaux doivent-ils tenir compte de l'intention de l'exécutif et quel rôle celle-ci peut-elle valablement jouer dans l'interprétation des lois.

La question de l'intention de l'exécutif se pose lorsque celui-ci ratifie une convention internationale, mais ne prend aucune mesure concrète de mise en œuvre, soit en présentant une mesure législative, soit en exerçant un pouvoir délégué ou une prérogative. Une telle situation peut se produire dans plusieurs cas :

- (1) l'exécutif juge qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'État de mettre la convention en œuvre pour le moment (cela peut notamment se produire lors d'un changement de gouvernement);
- (2) il est préoccupé par d'autres sujets, et la mise en œuvre n'est pas une priorité, même si elle est souhaitable;
- (3) il est d'avis que son pendant législatif n'a pas la compétence voulue pour mettre en œuvre la convention et se doit d'obtenir le concours d'autres autorités législatives;
- (4) il est d'avis qu'aucune mesure n'est nécessaire, le droit interne répondant déjà aux engagements pris lors de la ratification.

À supposer qu'on puisse présenter au tribunal une preuve fiable de l'intention de l'exécutif⁷⁰, devrait-elle être tenue pour admissible et pertinente? Selon nous, elle devrait être jugée admissible dans la même mesure qu'une preuve relative à l'intention du législateur. Il n'y a aucune raison pour que les tribunaux adhèrent à l'idée fautive selon laquelle le programme législatif, ainsi que le contenu et la forme des mesures législatives, relève exclusivement du pouvoir législatif. Les tribunaux devraient pouvoir prendre connaissance d'office des rapports réels entre l'organe exécutif et l'assemblée législative au chapitre des pouvoirs et des responsabilités.

Une fois ces rapports reconnus, la pertinence de l'intention de l'exécutif ressort clairement, en particulier dans les cas où l'enjeu tient aux répercussions de l'omission de mettre en œuvre une convention ratifiée. Si l'exécutif a jugé qu'il valait mieux s'abstenir de mettre en œuvre une convention en tout ou en partie, ou estime opportun d'en reporter la mise en œuvre, il n'appartient pas au tribunal de mettre en doute la motivation de cette décision. Les conséquences de l'inaction de l'exécutif relèvent du droit international, non pas du droit national.

Il importe en particulier de connaître le point de vue de l'exécutif lorsque celui-ci décide qu'il n'a pas besoin de procéder à la mise en œuvre parce que la substance de la convention ratifiée a déjà fait l'objet d'une mesure interne antérieure. Certes, ce point de vue ne peut servir à prouver l'intention réelle du législateur, puisqu'il est postérieur à la mesure législative. Toutefois, la convention nouvellement ratifiée fait partie du contexte opérationnel devant servir à l'interprétation de la législation existante. Nous sommes d'avis que, dans la mesure où elle peut être connue, la position de l'exécutif peut constituer un élément probant pour déterminer le sens ou la portée d'une mesure législative ou pour contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'elle confère.

Dans un certain nombre d'instances intentées contre des États du Commonwealth, les plaideurs ont tenté de se fonder sur des conventions ratifiées mais non expressément mises en œuvre pour invoquer la théorie de l'attente légitime. Dans l'affaire *Teoh*, la Cour supérieure de l'Australie

⁷⁰ L'un des principaux problèmes qui surgissent lorsqu'on tente de se fonder sur une intention de l'organe exécutif est la suivante : la plupart des sources fiables susceptibles de prouver une telle intention sont assujetties à diverses restrictions en matière de communication. Voir la n. 9.

a soutenu que la ratification par l'Australie de la *Convention relative aux droits de l'enfant* — convention internationale — prouvait clairement que l'exécutif australien avait l'intention d'adhérer à la Convention⁷¹. Cette façon de voir a depuis été mise en doute par la Cour supérieure de l'Australie⁷², puis fermement écartée dans l'affaire *Baker*, à bon droit selon nous, même si ce n'est pas tout à fait pour les bonnes raisons. Au nom de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé a souligné, sur ce point, que la théorie de l'attente légitime n'emporte pas création de droits substantiels :

[...] la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les « circonstances » touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants⁷³,

Elle ajoute que la ratification de la Convention n'a pas entraîné d'attente légitime relativement à l'application de procédures spéciales autres que les celles généralement appliquées sous le régime du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* lorsqu'une demande est présentée au ministre. Elle n'a pas non plus permis de s'attendre à ce que le Ministre applique des critères particuliers ou arrive à une conclusion favorable :

Cette convention n'est pas, à mon avis, l'équivalent d'une déclaration gouvernementale sur la façon dont les demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire doivent être tranchées, elle n'indique pas non plus que des droits autres que les droits de participation [...] seront accordés [...]. Il n'est pas nécessaire de décider si un instrument international

⁷¹ (1995), 183 C.L.R. 273.

⁷² Voir *Lam*, cité à la n. 1, p. 97 et s.

⁷³ Voir le document cité à la n. 1, par. 26.

ratifié par le Canada pourrait, dans d'autres circonstances, donner lieu à une attente légitime⁷⁴.

Selon nous, la seule ratification d'un texte international ne saurait *en aucun cas*, en l'absence de toute mesure de mise en œuvre, permettre à un citoyen de s'attendre à ce que l'État agisse conformément aux modalités du texte en question. D'abord, la conformité avec un texte international est loin d'être la seule conséquence de la ratification, ni même la plus raisonnable. Selon le droit constitutionnel canadien, une convention internationale ne modifie pas le droit national tant qu'elle n'a pas été mise en œuvre, et les organes exécutif et législatif disposent d'un pouvoir discrétionnaire absolu pour ce qui est de la mise en œuvre d'une convention qui a été ratifiée. Comme nous l'avons précisé, la raison pour laquelle une convention ratifiée n'est pas mise en œuvre peut avoir diverses causes, y compris la simple réticence. Dans ces conditions, on ne peut s'attendre légitimement à ce que la ratification d'une convention ait des répercussions sur le droit interne.

Le droit interne comme source de droit comparé

Ces dernières années, on a discuté abondamment du recours au droit international à des fins comparatives. Il s'agit de considérer le droit international — à l'instar du droit étranger — comme une ressource dont les tribunaux peuvent s'inspirer et à laquelle ils peuvent recourir pour trouver la meilleure solution à un problème juridique⁷⁵. Ainsi, le droit international est perçu comme une source d'idées intéressantes à laquelle il convient d'accorder relativement peu de poids. Stephen Toope et Gibran van Ert s'opposent toutefois à cette démarche⁷⁶, bien leurs objections visent plutôt la conception selon laquelle il s'agit de la seule ou de la principale utilisation du droit international dans l'interprétation du droit

⁷⁴ *Ibid.*, par. 29.

⁷⁵ Voir par exemple Karen Knop, « Here and There: International Law in Domestic Courts » (2000), 32 *New York U. J. International Law and Policy*, p. 501, et Anne LaForest, « Domestic Application of International Law in Charter Cases: Are We There Yet? » (2004), *UBC Law Rev*, n° 37, p. 157.

⁷⁶ Voir par exemple Stephen J. Toope, « The Use of Metaphor: International Law and the Supreme Court » (2001) 80 *Revue du Barreau canadien* 534, p. 540; van Ert document cité à la note 13, p. 256 et s.

interne. Dans le cadre de la présente analyse, le recours au droit international dans une perspective comparatiste ne constitue qu'une démarche parmi d'autres.

L'affaire *Suresh c. Canada*⁷⁷ illustre bien cette démarche. En l'occurrence, l'une des questions consistait à savoir si la mention du terrorisme à l'article 19 de la *Loi sur l'immigration* était nulle pour cause d'imprécision. Cette disposition prévoyait qu'on ne peut admettre une personne au Canada à titre de résident permanent s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle s'est livrée à des actes terroristes ou est membre d'une organisation qui a ou pourrait avoir pris part à de tels actes. La Cour a reconnu que le terme « terrorisme » est imprécis car on peut l'interpréter de diverses façons selon des considérations politiques ou idéologiques. Afin de mieux cerner le terme, elle s'est penchée sur divers textes de droit international, tels que la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, la *Convention sur la protection physique des matières nucléaires* et la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, pour en arriver à la conclusion suivante :

À notre avis, on peut conclure sans risque d'erreur, suivant la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, que le terme « terrorisme » employé à l'art. 19 de la Loi inclut tout « acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ». Cette définition traduit bien ce que l'on entend essentiellement par « terrorisme » à l'échelle internationale. [...] ⁷⁸.

La convention qui sous-tend cette interprétation du terme « terrorisme » est en fait postérieure à l'entrée en vigueur de l'article 19 de la loi. Dans ces conditions, il est impossible de soutenir que l'intention du législateur était d'épouser la définition de « terrorisme » acceptée par les

⁷⁷ [2002] C.S.C. 1.

⁷⁸ *Ibid.*, par. 98.

signataires de la convention. L'adoption de la définition de « terrorisme » au sens de celle-ci pourrait néanmoins se justifier au titre d'une norme juridique — par exemple l'importance d'harmoniser la législation canadienne avec celle d'autres États afin de participer à l'effort international pour faire obstacle au terrorisme. Mais même en l'absence d'une telle norme, la convention demeure utile, et sa mise à profit est justifiée parce qu'elle fixe des limites plausibles à la définition d'un terme imprécis.

Partie 3 : Mesures de mise en œuvre législatives et administratives

Dans la deuxième partie, nous avons examiné comment le droit international peut influencer sur l'interprétation de la législation interne. Dans la présente partie, nous nous pencherons sur les types de mesures, tant législatives qu'administratives, qui peuvent être prises pour mettre en œuvre les obligations internationales du Canada.

Pour prendre de telles mesures, il faut d'abord avoir la compétence requise. Comme nous l'avons déjà mentionné, la compétence permettant de mettre en œuvre des accords internationaux ratifiés par le Canada dépend de l'objet visé au regard du partage des pouvoirs prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁹.

L'État dispose de diverses mesures pour donner effet à un accord international en droit interne. La portée juridique de ces mesures, de même que leur transparence, varie beaucoup. Voici une liste de mesures, allant de la plus explicite à la plus subtile :

- la législation interne, qu'elle soit primaire ou subordonnée, donne force de loi à l'accord (*mise en œuvre directe*);
- la législation interne peut reprendre les dispositions de l'accord (droits, interdictions, exigences) qui, aux termes de celui-ci, doivent faire partie du droit interne (*reprise*);
- de nouveaux pouvoirs (législatifs ou administratifs) peuvent être édictés pour mettre l'accord en œuvre;

⁷⁹ Voir la p. 4.

- des pouvoirs administratifs existants peuvent être utilisés aux mêmes fins.

Ces méthodes peuvent être utilisées individuellement ou collectivement. Nous les passerons en revue dans la présente partie afin de faire ressortir leurs avantages et leurs inconvénients. Nous examinerons également certains aspects des mesures que doit prendre l'État qui décide de dénoncer un accord, afin de mettre fin à sa mise en œuvre. Enfin, en annexe du présent article figure une liste comparative de ces mesures.

Mise en œuvre directe au moyen d'une disposition donnant force de loi à l'accord

La façon la plus directe de donner un effet juridique interne à un accord consiste simplement à énoncer que celui-ci « a force de loi ». Par exemple, l'article 142 de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*⁸⁰ prévoit ce qui suit :

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

Ce libellé incorpore le texte de l'accord au droit interne, en indiquant aux administrés de considérer l'accord comme n'importe quel autre texte ayant force de loi. D'autres libellés sont toutefois possibles. L'affaire *Canada c. Nakane*⁸¹ laisse entendre qu'il suffit de « sanctionner » un texte. Dans cette affaire, l'article 2 de l'*Acte concernant le traité japonais, 1906*⁸² prévoyait simplement ce qui suit :

2. La convention du 31^e jour de janvier 1906, énoncée dans l'annexe du présent acte, est par le présent acte sanctionnée.

Le juge Irving de la Colombie-Britannique concluait ainsi au nom de toute la cour :

⁸⁰ L.C. 2001, ch. 26.

⁸¹ [1908] B.C.J. n° 15; 13 B.C.R. 370 (C.F.).

⁸² S.C. 1906-07, ch. 50.

[TRADUCTION] Cela semble être un moyen très judicieux et adéquat de mettre en vigueur l'ensemble des modalités du Traité au Canada. Si aucune loi ne donnait force exécutoire au Traité, les fonctionnaires de ce pays ne seraient pas tenus d'en respecter les conditions. Le terme « sanction » désigne la ratification d'une décision ou d'une ordonnance (au sens élargi) donnant force exécutoire à une mesure. En soi, cette notion emporte l'idée de l'autorité de la personne qui procède à la sanction. Il s'agit du fait de prêter un nom, une autorité ou une influence de façon à renforcer et à confirmer une mesure⁸³.

Si la « sanction d'un traité » entraîne directement son intégration au droit interne, il semble que ce ne soit pas le cas de l'« approbation » d'un texte. Dans certains pays, dont le Canada, il arrive qu'on intègre à une loi une disposition confirmant l'approbation d'un accord. L'extrait de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada* cité ci-dessus en est un exemple. Au sein des États fondés sur le modèle britannique, le but de cette pratique n'est pas tout à fait clair⁸⁴. Il se peut qu'elle vise simplement à témoigner de la reconnaissance législative des mesures prises par l'exécutif au moment de la conclusion ou de la ratification de l'accord. Une telle « approbation » n'a aucun effet sur le statut de l'accord en droit international, puisque le pouvoir de conclure des accords internationaux est une prérogative exclusive de l'exécutif. Elle n'entraîne pas non plus l'incorporation de l'accord au droit interne, sauf peut-être pour ce qui est d'expliquer les raisons pour lesquelles la législature va de l'avant en donnant force exécutoire à un traité au sein du droit interne, comme dans l'exemple de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*. Dans ce cas, le libellé explicite (« a force de loi ») renforce la conclusion selon laquelle une simple « approbation » ne suffit pas.

C'est également la conclusion adoptée dans l'arrêt *Pfizer c. Canada*⁸⁵, où la Cour d'appel fédérale a tenu compte des dispositions « approuvant » la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC* et

⁸³ Voir le document cité à la n. 81, p. 374-375.

⁸⁴ J. Crawford, « The International Law Standard in the Statutes of Australia and the United Kingdom » (1979), 73 Am. J. of Int. Law 628, p. 629.

⁸⁵ [1999] A.C.F. n° 1122 (1^{re} inst.). Voir aussi *Council of Canadians c. Canada*, [2005] J.O. n° 3422 (C.S.J. Ont.), par. 35-36.

formulant l'objectif de sa mise en œuvre. La Cour a rejeté l'argument voulant que ces dispositions aient eu pour effet d'incorporer l'ensemble de l'accord au droit canadien :

[48] Bref, les moyens invoqués par Pfizer sont mal fondés. Lorsqu'il a déclaré, à l'article 3 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC*, que l'objet de la Loi était de mettre en œuvre l'Accord, le législateur fédéral disait simplement quelque chose d'évident : il prévoyait la mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC selon les modalités d'application de l'ensemble de la Loi, et notamment de celles qui se trouvent à la Partie II, qui porte sur des modifications législatives précises. Lorsqu'il déclare à l'article 8 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'OMC* qu'il approuve l'Accord sur l'OMC, le législateur fédéral n'incorpore pas l'Accord sur l'OMC en droit fédéral. D'ailleurs, il ne pouvait pas le faire, parce que certains aspects de l'Accord sur l'OMC ne pourraient être mis en œuvre que par les provinces en vertu des pouvoirs législatifs constitutionnels qui leur sont conférés par l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 et 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. En approuvant l'Accord, le législateur fédéral a réaffirmé l'importance de l'Accord comme base de sa participation à l'Organisation mondiale du commerce et a affirmé l'adhésion du Canada aux mécanismes de l'OMC tels que le règlement des différends et les modalités de mise en œuvre dans les cas où il est nécessaire de les adapter par voie réglementaire ou juridictionnelle⁸⁶.

Une autre façon, souvent complémentaire, de donner une portée juridique directe à un accord international consiste à indiquer qu'il l'emporte sur toute autre règle de droit incompatible⁸⁷, ou que d'autres lois

⁸⁶ *Ibid.*, par. 48.

⁸⁷ Voir *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, *ibid.*, par. 142(2), qui se lit ainsi :

(2) Les dispositions de la Convention l'emportent sur les dispositions incompatibles de la présente loi et des règlements.

sont modifiées de façon à mettre en œuvre l'accord⁸⁸. Les dispositions à cet effet visent à régler les conflits qui peuvent surgir entre le droit en vigueur et l'accord. Toutefois, elles ne précisent pas les motifs du conflit. Est ainsi mise en lumière l'importance du problème que soulève le fait de donner une portée juridique directe à un accord : il incombe aux justiciables de découvrir les incompatibilités, ce qui suppose la connaissance de l'accord et constitue en soi une tâche difficile étant donné qu'on peut débattre longtemps de ce qui constitue une incompatibilité⁸⁹.

Cette question a été examinée au Canada dans le contexte de la règle de la primauté constitutionnelle en cas de chevauchement des lois fédérales et provinciales : il y a conflit lorsqu'il est impossible de se conformer aux lois des deux ordres de gouvernement à la fois⁹⁰. On a recours à une démarche analogue lorsqu'il s'agit d'établir s'il existe un conflit entre la législation primaire et la législation subordonnée⁹¹. De plus, la Cour suprême du Canada a récemment rétabli un autre aspect de la règle relative aux incompatibilités en reconnaissant qu'un conflit peut également survenir si une loi « entrave la réalisation de l'objet » d'une autre loi⁹². Cette norme est beaucoup moins limitative que le premier élément du critère, car elle se fonde sur la détermination des objectifs, qu'on doit souvent induire des dispositions de la loi ou du cadre de son adoption. La détermination de ces objectifs et de l'effet de certaines dispositions sur leur réalisation mène souvent à des résultats indéterminés, voire subjectifs, en particulier lorsqu'ils ne font pas l'objet d'un énoncé clair⁹³. Se contenter de dire que telle loi ou tel accord l'emporte sur toute disposition incompatible, c'est ouvrir la voie à la confusion et à la contestation.

⁸⁸ *Loi du Traité des eaux limitrophes internationales*, L.R.C. 1985, ch. I-17, art. 3 :
3. Les lois fédérales et provinciales sont modifiées de manière à, d'une part, permettre, autoriser et sanctionner l'exécution des obligations contractées par Sa Majesté aux termes du traité, et, d'autre part, sanctionner et établir les différents droits, devoirs et incapacités imposés par le traité au Canada sur son territoire.

⁸⁹ Voir Sullivan, précité, n. 36, p. 265-266.

⁹⁰ Voir *Spraytech*, précité, n. 49.

⁹¹ *Friends of Oldman River c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 3.

⁹² *Saskatchewan c. Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, [2005] CSC 13.

⁹³ Voir Sullivan, précité, n. 33, p. 230-234.

La mise en œuvre directe peut être limitée à certaines dispositions d'un accord. En effet, le législateur n'est pas tenu de donner force de loi à toutes les dispositions. Comme nous le verrons, il existe d'autres mécanismes de mise en œuvre que l'adoption d'une nouvelle loi⁹⁴.

Un autre aspect important de la mise en œuvre directe concerne les langues dans lesquelles la version officielle de l'accord a été produite. Généralement, l'accord prévoit dans quelles langues il sera rédigé⁹⁵. Si la langue nationale de l'État qui procède à la mise en œuvre de l'accord ne fait pas partie des langues qui y sont mentionnées, les personnes qui y sont assujetties pourraient avoir de la difficulté à le comprendre ou être désavantagées quant à son interprétation. Même s'il existe une traduction, celle-ci n'a pas le même statut que le texte original, qui l'emporte sur la traduction en cas de divergence.

La loi portant mise en œuvre directe comprend généralement un préambule ou une disposition précisant son objet, et parfois les deux. Ces dispositions fournissent des détails qui peuvent avoir d'importantes répercussions sur l'interprétation de la loi. De plus, le texte de l'accord peut être annexé à celle-ci. Il est alors aussi facile de consulter l'accord que la loi elle-même. Étant donné que le texte de l'accord fait partie intégrante de la loi adoptée par l'État qui la met en œuvre, il n'est que raisonnable de le publier de la même façon qu'elle. Bien que certains traités soient accessibles en ligne⁹⁶ et figurent habituellement dans des publications officielles, comme le *Recueil des traités du Canada*⁹⁷ ou la *Collection des traités des Nations-Unies*⁹⁸, rien n'en garantit l'accès au public, car ces publications ne sont pas diffusées partout ou sont assujetties à des frais d'abonnement considérables⁹⁹.

⁹⁴ Voir p. 51.

⁹⁵ Par exemple, l'*Accord sur la station Spatiale internationale* précise six langues officielles. Voir L.C. 1999, ch. 35.

⁹⁶ Voir par exemple la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques à l'adresse : http://unfccc.int/not_assigned/b/items/1417.php.

⁹⁷ Voir le site à l'adresse : http://www.treaty-accord.gc.ca/Treaties_CLF/Section.asp?Page=TS.

⁹⁸ <http://untreaty.un.org/>.

⁹⁹ Par exemple, le prix d'abonnement en ligne au recueil de traités des Nations Unies est de 60 \$US par mois pour les organismes sans but lucratif, y compris les universités et les particuliers : (<http://untreaty.un.org/French/howtoreg.asp>).

L'une des conséquences de la mise en œuvre directe est que l'accord est interprété conformément aux principes du droit international, à moins que la loi de mise en œuvre ne prévoise d'autres exigences¹⁰⁰. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* codifie ces principes. L'article 31 se lit ainsi :

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

La Convention reconnaît également que les accords conclus subséquemment entre les parties et le « sens particulier » dont ils conviendront auront une incidence sur l'interprétation¹⁰¹. L'article 32 poursuit :

32. Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquels le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Toutefois, les bibliothèques de droit de nombreuses universités offrent un accès gratuit à leurs collections, comme c'est le cas de la bibliothèque de droit Nathan Gelber de l'Université McGill : (<http://www.law.library.mcgill.ca/treaties.html>).

¹⁰⁰ *R. c. Palacios* (1984), 7 DLR (4^e) 112 (C.A. Ont.).

¹⁰¹ Les paragraphes 31(3) et 31(4) de la Convention de Vienne se lisent ainsi :

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
 - b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
 - c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Ces dernières années, le droit canadien en matière d'interprétation a évolué dans le même sens et le recours à la Convention de Vienne plutôt qu'au droit interne est susceptible, en pratique, de conduire au même résultat. Toutefois, on peut soutenir que les tribunaux canadiens continuent d'accorder plus de poids au libellé de la loi, notamment en raison de la règle d'interprétation fondée sur le « sens ordinaire »¹⁰².

La mise en œuvre directe pourrait avoir une autre conséquence importante : on pourrait en venir à accorder une plus grande importance à la jurisprudence étrangère dans l'interprétation des traités incorporés. La mise en œuvre directe peut indiquer l'intention d'harmoniser le plus possible le droit canadien avec celui des autres États qui ont ratifié et mis en œuvre la convention. Cela semble avoir été le cas dans l'arrêt *Thomson*, où la majorité de la Cour s'est réclamée de décisions de l'Australie et du Royaume-Uni interprétant la convention en cause¹⁰³.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la loi de mise en œuvre peut tenter d'orienter l'interprétation de l'accord mis en œuvre de façon directe au moyen d'un préambule ou d'un énoncé d'objet. Il existe également une autre façon : l'utilisation de dispositions d'interprétation, comme c'est le cas de l'article 5 de la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*¹⁰⁴. Cet article comprend un ensemble de définitions qui s'appliquent « [par] dérogation à toute convention ou à la loi qui lui donne effet au Canada ». Ce type de disposition a pour effet de restreindre la portée de la mise en œuvre directe au moyen de ce qui équivaut à une forme de reprise, procédé qui sera abordé plus loin.

La mise en œuvre directe est un moyen simple et rapide de mettre en œuvre un accord international, mais son efficacité n'est pas assurée. Le simple fait de déclarer qu'un texte a force de loi ne garantit pas que les personnes qui y sont assujetties s'y conformeront. La plupart des lois sont renforcées par des dispositions pénales et autres dispositions destinées à assurer leur administration et leur contrôle d'application. En général, ces dispositions doivent être adaptées aux organismes ou tribunaux internes chargés de l'application de la loi de même qu'aux lois qui s'y rapportent.

¹⁰² Pour les exemples plus récents, voir *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915 et *R. c. Daoust*, [2004] 1 CSC 217.

¹⁰³ Voir le document cité à la note 27, p. 585-588, 596-597 et 599.

¹⁰⁴ L.R.C. 1985, ch. I-4.

Il est peu probable que le libellé d'un accord puisse convenir dans ses moindres détails aux institutions, aux tribunaux et aux lois de toutes les parties. Il faut, tout au moins, les examiner afin de décider s'il est possible de prendre des mesures d'administration et d'exécution adéquates en vertu des lois en vigueur afin de veiller à la mise en œuvre du contenu de l'accord plutôt qu'à une simple ratification protocolaire. Sinon, il faudra apporter des modifications supplémentaires aux institutions et au droit internes. C'est principalement ce qui explique le recours à une solution de rechange : la reprise.

Reprise d'un accord en droit interne

Cette méthode consiste à reprendre les dispositions d'un accord ou à adopter des dispositions qui satisferont aux exigences de l'accord, soit en adoptant une nouvelle loi, soit en modifiant des lois déjà en vigueur. Il peut s'agir de la législation primaire (les lois) ou subordonnée (règlement, règlement administratif, règle, ordonnance).

La reprise ne consiste pas à simplement recopier les termes de l'accord dans un texte. Des mots ayant un sens donné dans un contexte n'auront pas forcément le même dans un autre. Le contexte législatif interne est un système complexe de lois interreliées, le sens des unes ayant une incidence sur celui des autres. Lorsqu'un accord est ainsi repris, la loi de mise en œuvre est assujettie aux règles d'interprétation internes, par opposition à celles de la Convention de Vienne. Non seulement les systèmes juridiques nationaux diffèrent du contexte juridique international dans lequel l'accord est rédigé, mais ils varient également d'un territoire à l'autre. Compte tenu de ces différences contextuelles, il peut être nécessaire d'employer un vocabulaire différent afin d'obtenir une signification qui mettra efficacement en œuvre l'accord dans le droit interne de toutes les parties.

Les raisons pour lesquelles un accord international est mis en œuvre ont une grande incidence sur le sens de la législation interne. Elles sont parfois exposées dans une disposition interprétative, comme à l'article 3 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* :

3. Il est entendu que la présente loi, les dispositions d'une loi fédérale édictées par la partie II et tout autre texte législatif fédéral qui met en œuvre une disposition de l'Accord ou vise

à permettre au gouvernement du Canada d'exécuter une obligation contractée par lui aux termes de l'Accord s'interprètent d'une manière compatible avec celui-ci¹⁰⁵.

Et comme pour la mise en œuvre directe, la loi de mise en œuvre peut prévoir qu'elle l'emporte sur toute autre loi incompatible¹⁰⁶.

La mise en œuvre directe et la reprise se distinguent surtout par le fait que cette dernière méthode permet d'opérer plus clairement un choix entre les dispositions de l'accord qui seront mises en œuvre. La disposition qui n'est pas mentionnée dans la loi de mise en œuvre reste inopérante en droit interne. Par contraste, la méthode directe exige l'exclusion formelle de toute disposition qu'on ne souhaite pas mettre en œuvre. Toutefois, cela n'empêche pas que la disposition en cause puisse être mise en œuvre, puisqu'elle peut l'être autrement que par l'adoption d'une nouvelle loi. Il importe de vérifier si la législation existante assure déjà, en tout ou en partie, la mise en œuvre du nouvel accord international. Le cas échéant, il est inutile d'adopter des dispositions qui feraient double emploi et n'auraient pour effet que de semer la confusion.

La méthode de la reprise présente un autre avantage : elle permet d'insérer de nouveaux droits et de nouvelles obligations dans une loi existante, ce qui permettra aux utilisateurs de celle-ci de constater en quoi ces nouveaux droits et ces nouvelles obligations modifient les droits et les obligations existants. Cette méthode permet non seulement d'éviter les conflits, mais elle peut également faciliter la compréhension des nouveaux droits et des nouvelles obligations, notamment si on peut en améliorer le libellé. La *Loi de mise en œuvre de la Convention sur les mines antipersonnel*¹⁰⁷ en est un bon exemple. Dans cette Convention, l'obligation principale de détruire les mines antipersonnel est énoncée à l'article 4, mais l'exception à cette règle se trouve à l'article précédent. Lorsque cette convention a été reprise dans la loi, on a d'abord énoncé la règle principale à l'article 9, pour ensuite placer l'exception à l'article 10,

¹⁰⁵ L.C. 1993, ch. 44.

¹⁰⁶ Voir par exemple la *Loi de 1996 pour la mise en œuvre de conventions fiscales*, L.C. 1997, ch. 27, art. 5.

¹⁰⁷ L.C. 1997, ch. 33.

conformément aux pratiques générales de rédaction législative au Canada¹⁰⁸.

Recours à la législation primaire ou subordonnée

Dans les pages qui précèdent, nous avons fait remarquer qu'il était possible d'utiliser soit la législation primaire, soit la législation subordonnée pour donner effet à un accord. Ces deux méthodes sont très différentes quant aux processus de mise en œuvre. La législation primaire est adoptée par les corps législatifs électifs selon une procédure qui fait une grande place à l'examen et à la participation du public. On y a généralement recours dans le cas de mesures d'une certaine importance, comme en témoignent les lignes directrices élaborées par certaines législatures pour établir quelles sont les questions qui doivent être régies par la législation primaire. Par exemple, la *Directive du Cabinet sur l'activité législative* de l'administration fédérale canadienne prévoit ce qui suit :

[L]es éléments fondamentaux de la mesure doivent figurer dans le projet de loi, afin que les parlementaires puissent en prendre connaissance et en débattre. Le projet de loi doit fixer le cadre juridique du pouvoir réglementaire, lequel se limite aux matières qu'il est préférable de laisser aux délégués et aux processus de législation déléguée¹⁰⁹.

Les sujets de nature plus technique, consistant par exemple à préciser les détails du régime législatif établi dans une loi, sont, à juste titre, réservés à la législation subordonnée.

Il peut être tentant d'affirmer que la mise en œuvre d'un accord international est un sujet fondamental méritant d'être traité dans la législation primaire, mais cela dépend de la nature de l'accord. La véritable question est de savoir si l'accord exige des mesures législatives

¹⁰⁸ Voir l'art. 1 du Protocole de rédaction législative de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (composition logique) à l'adresse <http://www.ulcc.ca/>.

¹⁰⁹ Texte accessible à http://www.pco-bcp.gc.ca/default.asp?Page=Publications&Language=F&doc=legislation/directive_f.htm.

qui, en soi, relèvent de la législation primaire. Le fait que ce soit souvent le cas lorsqu'il s'agit d'accords internationaux n'en fait pas une règle absolue. Il existe de nombreux exemples de recours aux pouvoirs réglementaires pour la mise en œuvre d'accords internationaux portant sur des domaines principalement techniques. Par exemple, le paragraphe 35(1) de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*¹¹⁰ prévoit des pouvoirs réglementaires généraux relatifs à la mise en œuvre des diverses conventions internationales sur la marine marchande :

35. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement pris sur recommandation du ministre des Transports :

[...]

d) mettre en œuvre, en tout ou en partie, dans sa version éventuellement modifiée, une convention internationale, un protocole ou une résolution mentionnés à l'annexe 1, y compris :

(i) les mettre en œuvre à l'égard de personnes, de bâtiments ou d'installations de manutention d'hydrocarbures qu'ils ne visent pas,

(ii) établir des normes plus sévères que celles qui y sont prévues,

(iii) établir des normes supplémentaires ou complémentaires à celles qui y sont prévues dans le cas où il est convaincu qu'elles servent les objectifs de la convention, du protocole ou de la résolution [...]

Cette loi confère également au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier la liste des conventions qui figure à l'annexe 1, mais elle exige que tout ajout à la liste soit déposé devant le Parlement pour la saisine du comité compétent :

30. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, modifier l'annexe 1 pour y ajouter toute convention internationale, tout protocole ou toute résolution visés au paragraphe 29(1)

¹¹⁰ L.C. 2001, ch. 26.

et modifier l'annexe 2 pour y ajouter toute convention internationale, tout protocole ou toute résolution visés au paragraphe 29(2).

(2) Le ministre des Transports ou le ministre des Pêches et des Océans, selon le cas, fait déposer un exemplaire du décret de modification des annexes 1 ou 2 – accompagné d'un rapport sur les objectifs de la convention, du protocole ou de la résolution – devant chaque chambre du Parlement dans les dix jours de séance de celle-ci suivant la prise du décret; le comité permanent compétent de chaque chambre en est saisi d'office.

31. Le gouverneur en conseil peut, par décret, retrancher de l'annexe 1 ou 2 une convention internationale, un protocole ou une résolution ou y apporter toute autre modification, sauf s'il estime que celle-ci constitue une modification de fond notable.

Dans ces dispositions, on voit bien la volonté d'équilibrer l'obligation de rendre compte du Parlement et le besoin de souplesse dans la mise en œuvre de ces conventions.

Adoption de pouvoirs non législatifs

Il arrive fréquemment que des obligations internationales ne puissent pas être remplies par la seule adoption de nouvelles règles de droit : ces obligations commandent plutôt des mesures judiciaires ou administratives. Par exemple, la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*¹¹¹ met en œuvre des accords portant sur l'application de la loi. Elle reconnaît que les demandes d'exécution doivent être examinées soigneusement avant que des mesures ne soient prises. Elle confère au ministre de la Justice la responsabilité de son administration et de l'examen des demandes d'exécution avant leur présentation devant les tribunaux canadiens¹¹².

¹¹¹ L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.).

¹¹² *Ibid.*, par. 7 à 9.

Il est également possible de définir des pouvoirs généraux de façon qu'ils soient exercés dans le cadre des nouvelles obligations internationales. Par exemple, le paragraphe 35(3) de la *Loi sur la citoyenneté* prévoit ce qui suit :

(3) Les paragraphes (1) et (2) [limitations de l'acquisition de biens immobiliers par des non-Canadiens] n'ont pas pour effet de permettre au lieutenant-gouverneur en conseil, ou à la personne ou autorité qu'il désigne, de prendre des décisions aux mesures visant à :

[...]

b) faire obstacle à l'exécution des obligations imposées au Canada, sur le plan international, par le droit, la coutume ou une convention [...]¹¹³.

Mise en œuvre par anticipation

Une loi peut être adoptée en prévision de la conclusion d'un accord. Cette méthode est particulièrement utile lorsqu'on prévoit conclure une série d'accords bilatéraux analogues avec d'autres pays. Par exemple, la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*¹¹⁴ vise à favoriser l'application du droit criminel aux personnes qui se trouvent hors du ressort de l'État poursuivant. La loi comprend une définition générale du type de traité dont elle assure la mise en œuvre :

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...] « traité » Traité, convention ou autre accord international dont le but principal ou un élément important est l'entraide juridique en matière criminelle, auquel le Canada est partie et qui est en vigueur.

[...]

¹¹³ L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.).

¹¹⁴ Voir n. 111.

(2) Pour l'application de la définition de « traité » au paragraphe (1), l'entraide juridique en matière criminelle constitue un élément important du traité si celui-ci comporte des dispositions concernant les points suivants :

a) le droit réservé au Canada de refuser d'accorder l'entraide juridique pour des motifs de souveraineté, de sécurité ou d'ordre public;

b) la restriction de l'entraide juridique aux seuls actes qui, s'ils étaient commis au Canada, constitueraient des actes criminels;

c) la confidentialité des renseignements éventuellement transmis par le Canada à un pays étranger en exécution d'une demande d'aide juridique [...]

Il est également possible de prévoir la modification éventuelle d'un traité. Par exemple, la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*¹¹⁵ prévoit la possibilité de modifier la liste des oiseaux protégés. Ces changements doivent être intégrés textuellement dans la loi par un arrêté ministériel à déposer devant le Parlement :

12. (2) Le ministre doit, par arrêté, modifier l'annexe afin d'y incorporer les modifications à la convention dans les meilleurs délais suivant leur entrée en vigueur et il dépose ces modifications devant le Sénat et la Chambre des communes dans les quinze jours de séance suivant la prise de l'arrêté.

Cette disposition vise à concilier la souplesse nécessaire à la mise en œuvre de la convention et l'importance de soumettre les modifications à l'examen du Parlement. Toutefois, elle ne fait guère plus qu'aviser les députés des modifications; elle ne garantit pas que la modification de la convention fera l'objet d'un débat ou d'un examen approfondi.

¹¹⁵ L.C. 1994, ch. 22; <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/k2crc.htm>.

Utilisation de pouvoirs existants

La jurisprudence examinée dans la partie 2¹¹⁶ laisse clairement entendre que les pouvoirs conférés ou reconnus par une loi en vigueur (indépendamment de tout accord international) peuvent également servir à mettre en œuvre les obligations ou les principes du droit international lorsqu'ils sont exercés conformément aux obligations ou aux principes en cause. La possibilité d'y recourir dépend de la nature et de la portée des pouvoirs existants : les mesures de mise en œuvre entrent-elles dans les limites de ces pouvoirs? Cette question comporte deux aspects principaux :

- Les pouvoirs permettent-ils de prendre un type de mesures propres à favoriser la mise en œuvre de l'accord?
- Les objets des pouvoirs sont-ils suffisamment larges pour embrasser ceux de l'accord et de sa mise en œuvre?

Il est rare que ces questions soient abordées expressément dans la jurisprudence, mais leur existence est indéniable. Par exemple, dans l'arrêt *Baker* examiné plus haut¹¹⁷, le pouvoir d'exemption prévu au paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*¹¹⁸ ne visait pas précisément la mise en œuvre d'un accord international. Néanmoins, la Cour suprême a reconnu non seulement qu'il pouvait servir à faire progresser les objectifs de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, mais que celle-ci permettait d'apprécier le caractère raisonnable de son exercice¹¹⁹. Ainsi, un pouvoir général adopté en 1976¹²⁰ sans la moindre mention d'une éventuelle convention (qui est entrée en vigueur le 2 septembre 1990) peut servir à en réaliser les objectifs.

Il existe de nombreux exemples d'utilisation de pouvoirs existants pour la mise en œuvre d'accords internationaux. Dans le domaine des droits de la personne, Irit Weiser a fait remarquer que les obligations internationales [TRADUCTION] « sont généralement respectées parce que

¹¹⁶ *Baker*, voir la note 1, *Spraytech* (voir la note 49) et *Canadian Foundation for Children Youth and the Law* (voir la n. 58).

¹¹⁷ Précité, n. 1, examiné aux p. 35 et s.

¹¹⁸ Voir la n. 24.

¹¹⁹ Voir le texte cité à la n. 1, par. 71.

¹²⁰ L.C. 1976-1977, ch. 52.

les lois existantes sont déjà conformes aux obligations établies par traité et qu'il n'est donc pas nécessaire d'avoir recours à une nouvelle législation de mise en œuvre »¹²¹. C'est également ce qui se produit souvent dans le cas des questions administratives d'ordre général régies par la *Loi sur la marine marchande du Canada*¹²². Même si bon nombre des dispositions habilitantes de cette loi visent expressément la mise en œuvre d'accords ou de textes internationaux, de nombreuses autres dispositions n'en font pas mention. Toutefois, rien n'empêche de les invoquer pour mettre en œuvre des obligations internationales, pourvu que les mesures de mise en œuvre soient par ailleurs conformes aux autres dispositions habilitantes.

Par exemple, le paragraphe 79(1) du *Règlement sur l'armement en équipage des navires*¹²³ a été établi en vertu de dispositions habilitantes réparties sur quatre articles de la *Loi sur la marine marchande du Canada* portant sur la certification des capitaines et des marins (articles 110 et 112), les mesures de sécurité (article 338) et la sécurité de la navigation (article 562.1). Même si aucune de ces dispositions ne mentionne d'accord international, elles confèrent le pouvoir de veiller au respect des normes de sécurité de l'Organisation maritime internationale. De fait, les tribunaux canadiens ont généralement reconnu la validité des règlements qui incorporaient par renvoi les exigences internationales aux fins d'harmonisation avec les régimes législatifs d'autres pays¹²⁴.

Lorsqu'un accord exige l'action d'un État partie (par opposition à un particulier), l'adoption d'une loi de mise en œuvre peut-être superflue puisque l'État est déjà lié par le droit international. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 5 de la *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction* prévoit ce qui suit :

2. Chaque État partie s'efforce d'identifier toutes les zones sous sa juridiction ou son contrôle où la présence de mines antipersonnel est avérée ou soupçonnée et s'assure, dès que

¹²¹ I. Weiser, précité, n. 42, p. 127.

¹²² L.R.C. 1985, ch. S-9. Cette loi a été remplacée par la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, citée à la n. 110.

¹²³ DORS/97-390.

¹²⁴ Voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, n° 3* [1992] 1 R.C.S. 212 et J. Keyes, « Incorporation by Reference in Legislation » (2003), 25 *Statute Law Review* 180.

possible, que toutes les zones minées sous sa juridiction ou son contrôle où se trouvent des mines antipersonnel soient marquées tout au long de leur périmètre, surveillées et protégées par une clôture ou d'autres moyens afin d'empêcher effectivement les civils d'y pénétrer, jusqu'à ce que toutes les mines antipersonnel contenues dans ces zones minées aient été détruites.

Cette obligation n'a pas été incorporée à la *Loi de mise en œuvre de la Convention sur les mines antipersonnel*¹²⁵ puisqu'elle porte sur des activités que l'administration canadienne peut exercer sans pouvoirs législatifs supplémentaires.

L'exemple des mines antipersonnel rappelle bien que la Constitution canadienne reconnaît à l'exécutif de nombreux pouvoirs inhérents. Comme dans d'autres États parlementaires, l'exécutif peut accomplir les mêmes actes juridiques que toute personne morale et dispose également de pouvoirs qui lui sont propres. La portée de ces pouvoirs s'étend du commandement des forces militaires à la délivrance des passeports en passant par la capacité de conclure des marchés et de disposer de biens.

Même si l'utilisation de pouvoirs existants simplifie la mise en œuvre d'accords internationaux dans la mesure où elle dispense le Parlement de légiférer à cet égard, elle fait également l'objet de critiques au motif qu'elle laisse reposer trop de décisions sur l'exécutif, au détriment de la démocratie. Pourtant, lorsque le recours à ces pouvoirs pour la mise en œuvre d'un accord international en l'absence d'une loi de mise en œuvre pose un problème, celui-ci tient à la portée des pouvoirs eux-mêmes, non pas à leur utilisation pour la mise en œuvre de l'accord. Leur utilisation pour d'autres objectifs stratégiques soulèverait-elle les mêmes objections? Si la réponse est négative, qu'est-ce qui rend l'utilisation de ces pouvoirs critiquable pour ce qui est de la mise en œuvre d'accords internationaux?

Selon nous, le manque de transparence qui caractérise souvent l'utilisation de pouvoirs existants, par opposition à l'adoption d'une loi de mise en œuvre, constitue l'objection déterminante. Plutôt que de

¹²⁵ L.C. 1997, ch. 33.

décourager le recours à des pouvoirs existants, il faut s'attarder à trouver des moyens de rendre cette technique plus transparente. Les mécanismes de reddition de compte, comme les rapports ministériels sur les plans et les priorités ou sur le rendement de l'administration fédérale pourraient être utiles à cette fin¹²⁶. Il ne faut pas oublier que la mise en œuvre par la voie législative n'est jamais une panacée du point de vue de la transparence. L'adoption d'une loi n'en garantit pas l'administration et l'application. En général, des dispositions supplémentaires doivent être adoptées à cet effet. La Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et le Protocole de Kyoto en sont des exemples frappants. Les obligations que ces accords imposent aux États sont plutôt simples : réduire les émissions de gaz à effet de serre par rapport aux données de 1990¹²⁷. Ces conventions et les protocoles subséquents portent en grande partie sur les détails relatifs à l'évaluation et à la déclaration des niveaux d'émissions¹²⁸.

L'utilisation de pouvoirs existants soulève une autre question : l'exécutif est-il forcé d'y recourir pour mettre en œuvre des obligations internationales? Il est loin d'être sûr que le recours à des pouvoirs généraux qui n'ont pas été établis pour la mise en œuvre d'un accord est obligatoire pour la mise en œuvre de celui-ci, comme le démontre l'analyse qui précède concernant les attentes légitimes¹²⁹. C'est particulièrement le cas des pouvoirs législatifs délégués, les tribunaux

¹²⁶ Ces rapports doivent être rédigés dans le cadre du processus annuel de prévision budgétaire parlementaire. Dans l'avant-propos du *Guide de préparation – Rapports ministériels sur le rendement 2004-2005*, on précise ce qui suit :

Le Rapport sur les plans et priorités (RPP) et le Rapport ministériel sur le rendement (RMR) sont, pour les ministères, les principaux mécanismes de reddition de comptes au Parlement et, en conséquence, aux Canadiens. Il est donc essentiel de fournir des renseignements clairs, concis, équilibrés et fiables sur ce que prévoit chaque ministère avec les ressources qui lui sont confiées ainsi que les résultats obtenus par rapport aux plans établis. En outre, ces rapports offrent aux parlementaires et aux citoyens la possibilité d'entamer plus efficacement un dialogue fructueux sur les orientations futures du gouvernement. (http://www.fbs-sct.gc.ca/rma/dpr1/04-05/guidelines/guide01_f.asp).

¹²⁷

http://unfccc.int/portal_francophone/essential_background/convention/items/3270.php.

¹²⁸ Voir le site Web du secrétariat de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques à l'adresse suivante : http://unfccc.int/essential_background/kyoto_protocol/items/3145.php.

¹²⁹ Voir le document cité à la p. 40.

hésitant beaucoup à exiger que l'exécutif les exerce, étant donné que ces pouvoirs sont généralement hautement discrétionnaires, quand ils ne portent pas directement sur l'élaboration des orientations¹³⁰.

Méthodes combinées

Rien n'empêche de faire appel à plus d'une méthode pour mettre un accord en œuvre. En fait, dans la plupart des exemples précités, la loi de mise en œuvre était assortie d'autres mesures. Ainsi, la mise en œuvre directe peut s'accompagner de dispositions législatives, comme des définitions, qui adaptent les dispositions de l'accord aux caractéristiques particulières de l'État¹³¹, ou de pouvoirs de réglementation destinés à l'exécution des dispositions de l'accord¹³². Il arrive également que la loi reprenant un accord reproduise textuellement les définitions qu'il contient¹³³.

L'adoption d'une loi nationale dans le but de sanctionner les agissements contraires à l'un accord constitue un bon exemple de mesures combinées. Dans un tel cas, le libellé de l'accord définit la portée de la conduite incriminée, et la loi interne définit le régime pénal applicable. C'est le cas de l'article 3 de la *Loi sur les conventions de Genève*¹³⁴ :

3. (1) Quiconque commet, au Canada ou ailleurs, une infraction grave — au sens des articles 50 de l'annexe I, 51 de l'annexe II, 130 de l'annexe III, 147 de l'annexe IV ou 11

¹³⁰ Voir J.M. Keyes, « La réglementation obligatoire : quand devons-nous recourir à la législation déléguée ? » (2002), 15 *Revue canadienne de droit administratif et de pratique*, p. 319.

¹³¹ Voir par exemple la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, L.C. 1991, ch. 41, et la *Loi sur l'arbitrage commercial* L.R.C. 1985, ch. 17 (2^e suppl.).

¹³² C'est le cas de la plupart des lois canadiennes de mise en œuvre de conventions fiscales, par exemple la *Loi de 2001 pour la mise en œuvre de conventions fiscales*, L.C. 2001, ch. 30.

¹³³ Par exemple, la *Loi de mise en œuvre de la Convention sur les armes chimiques*, L.C. 1995, ch. 25 reprend le libellé de la Convention, à l'exception du paragraphe 2(2) qui confère une portée juridique directe à ces définitions.

¹³⁴ L.R.C. 1985, ch. G-3.

ou 85 de l'annexe V — est coupable d'un acte criminel et passible :

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

En déclarant le délinquant « coupable d'un acte criminel », cette disposition enclenche l'application des dispositions du *Code criminel* pour ce qui concerne l'enquête et les poursuites relatives à l'acte en question¹³⁵. Ainsi, dans ce cas, le droit est formé par la combinaison des conventions de Genève (mise en œuvre directe) et du *Code criminel* (énoncé dans la législation interne).

Annulation de la mise en œuvre

Lorsque la dénonciation total ou partielle de l'accord par le Canada devient vraisemblable, il faut prévoir comment abroger ou modifier les textes législatifs qui en assurent la mise en œuvre. Il est possible d'avoir recours à une autre loi. Toutefois, si l'on doit disposer d'un moyen plus rapide, il est possible de le prévoir dans le texte de mise en œuvre. De plus, les dispositions antérieures peuvent être suspendues plutôt qu'abrogées, ce qui facilite leur remise en vigueur.

Par exemple, nombre des dispositions édictées pour mettre en œuvre l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) se substituaient aux dispositions analogues adoptées relativement à l'*Accord de libre-échange avec les États-Unis*, sans les abroger. En particulier, les modifications apportées au *Tarif des douanes*¹³⁶ n'ont pas abrogé les dispositions relatives au libre-échange avec les États-Unis; elles en ont plutôt suspendu l'application durant toute la période où les nouvelles dispositions allaient être en vigueur. Ainsi, on pourrait rétablir les

¹³⁵ Le par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21 est ainsi rédigé « [...] les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte [...] ».

¹³⁶ L.R.C. 1985, ch. 41 (3^e suppl.), modifié par L.C. 1993, ch. 44, par. 117(1).

dispositions relatives au libre-échange avec les États-Unis en abrogeant les dispositions de mise en œuvre de l'ALENA.

Il va sans dire que les dispositions de ce genre doivent être utilisées avec prudence. Elles peuvent signaler aux autres États parties un engagement insuffisant à l'égard de l'accord et mettre en doute la bonne foi de l'État qui y a recours.

Partie 4 : Conclusion

Dans la première partie, nous avons soulevé certaines questions concernant les rôles des organes législatif, exécutif et judiciaire. En particulier, nous nous sommes demandé si les deux derniers empiètent indûment sur le domaine législatif. Il est évident que le corps législatif a le pouvoir de décider si le droit canadien répond aux obligations internationales et dans quelle mesure. Toutefois, ce pouvoir est limité de deux manières. D'abord, la Constitution et les lois existantes, ainsi que les principes d'interprétation qui en régissent l'application, fournissent de nombreux moyens pour la mise en œuvre des obligations internationales. Ensuite, les corps législatifs ne sont pas plus en mesure de gérer tous les aspects du droit international qu'ils le sont en ce qui concerne les lois internes qu'ils adoptent. Ils doivent s'en remettre à l'exécutif et aux tribunaux non seulement pour appliquer les règles de droit, mais également pour dégager ou élaborer les détails essentiels à l'application efficace de ces règles.

L'usage que font les tribunaux du droit international, non seulement pour ce qui est de donner effet à l'intention du législateur en matière de mise en œuvre ou de codification mais également pour ce qui est de réconcilier les différentes expressions de ces intentions et les contextes dans lesquels la législation doit être interprétée, sont à encourager et non à critiquer. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le respect du droit international ne constitue que l'une des nombreuses considérations qui sous-tendent l'interprétation judiciaire. Enfin, les tribunaux doivent être attentifs aux signes indiquant que le législateur entend mettre en œuvre ou codifier ses obligations internationales de façon partielle ou nuancée.

Pour ce qui est de l'exécutif, son pouvoir de mettre en œuvre le droit international sans passer par la voie législative est préoccupant en

raison du manque de transparence et de l'absence de débat qui entourent son exercice. Lorsque le droit international est mis en œuvre par la voie administrative, il est souvent difficile de voir la nature ou la portée de l'opération. Chose encore plus importante, l'exécutif dispose d'une emprise importante sur les mécanismes de mise en œuvre législatifs et réglementaires. Toutefois, ce contrôle est restreint par un système de freins et de contrepoids de plus en plus important. Les mesures exécutives peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, notamment pour ce qui est de l'interprétation de la législation interne. De plus, la mainmise de l'exécutif sur la fonction législative au Canada se relâche en raison de la réforme démocratique des institutions parlementaires qui se poursuit sans trêve¹³⁷. Enfin, les fonctions de l'exécutif sont assujetties à une transparence de plus en plus grande, notamment en raison de processus de consultation sur les mesures prises à l'échelle nationale¹³⁸. Cette transparence devrait en toute logique s'appliquer également à l'action de l'exécutif en matière de droit international.

Les préoccupations concernant l'exercice du pouvoir et la transparence dans la mise en œuvre des obligations internationales ne devraient pas se limiter aux organes exécutif et judiciaire. L'intérêt croissant des parlementaires à l'égard du droit international et ses répercussions sur le droit national témoignent du rôle grandissant des organes législatifs¹³⁹. Il ne faudrait pas présumer que les institutions et les processus parlementaires existants sont en mesure de répondre à ce nouveau rôle et d'assurer le degré de transparence auquel on est de nos jours en droit de s'attendre de l'exécutif. Cette question mérite d'être examinée avec grand soin au cours des prochaines années.

¹³⁷ Voir « Éthique, responsabilité, imputabilité : Plan d'action pour la réforme démocratique », Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, 4 février 2004 (http://www.pco-bcp.gc.ca/default.asp?Language=E&Page=Publications&doc=dr-rd/dr-rd_doc_f.htm), de même que le site web du Gouvernement du Canada sur la réforme démocratique, à l'adresse <http://www.pco-bcp.gc.ca/dr-rd/>.

¹³⁸ Voir « Lignes directrices concernant les consultations à l'intention des gestionnaires de la fonction publique fédérale », Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, 21 décembre 1992 (<http://www.pco-bcp.gc.ca/raoics-srdc/default.asp?Language=F&page=publications&sub=current>).

¹³⁹ Voir les n. 6 à 8.

Annexe : Liste de contrôle pour la mise en œuvre des obligations internationales

Voici les questions que l'on devrait se poser pour décider des moyens à utiliser pour mettre en œuvre des obligations internationales :

- Quel est le résultat escompté de la mise en œuvre de l'accord?
- L'accord précise-t-il comment remplir ses objectifs?
- La mise en œuvre nécessite-t-elle une mesure de nature juridique?
- Existe-t-il des pouvoirs permettant de prendre cette mesure?
- Doit-on adopter de nouveaux textes législatifs, et, le cas échéant, de quel type :
 - législation primaire;
 - législation subordonnée?
- Doit-on disposer de pouvoirs administratifs?

Voici les critères à utiliser pour évaluer les décisions relatives à la mise en œuvre :

- *démocratie* : la participation au processus décisionnel des personnes touchées par la mise en œuvre est-elle suffisante?
- *transparence* : les mesures de mise en œuvre sont-elles présentées clairement aux personnes touchées?
- *harmonisation avec le droit interne* : doit-on procéder à la modification du droit interne afin d'éviter les incompatibilités?
- *facilité de mise en œuvre* : la mise en œuvre est-elle urgente?
- *faisabilité et efficacité* : les mesures internes de mise en œuvre seront-elles efficaces?
- *harmonisation avec les lois d'autres pays* : les mesures de mise en œuvre seront-elles conciliables avec celles qui sont prises par d'autres pays?
- *souplesse* : avec quelle facilité pourra-t-on réagir aux situations changeantes (modification ou dénonciation de l'accord)?

Bibliographie

1. AUCOIN, P. et L. TURNBULL. « The democratic deficit: Paul Martin and parliamentary reform », *Public Administration*, n° 46 (2003), p. 427.
2. BEAULAC, Stéphane. « National Application of International Law: The Statutory Interpretation Perspective », *Annuaire canadien de droit international* (2003), p. 225.
3. BISSONET, Michel. « La participation des parlementaires aux négociations commerciales », *Revue parlementaire canadienne* (2004), n° 27, p. 10.
4. CRAWFORD, J. « The International Law Standard in the Statutes of Australia and the United Kingdom », *Am. J. of Int. Law*, n° 73 (1979), p. 628.
5. DRIEDGER, E.A. *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983.
6. VAN ERT, G. « The Legal Character of Provincial Agreements with Foreign Governments », *Les Cahiers de Droit* (2001), n° 42, p. 1093.
7. VAN ERT, G. *Using international law in Canadian courts*, New York, Kluwer Law International, 2002.
8. HARRINGTON, J. « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-) Establishing a Role for Parliament », 50 *McGill L.J.* (2005), p. 465.
9. KEYES, J.M. *Executive Legislation*, Toronto, Butterworths, 1992.
10. KEYES, J.M. « La réglementation obligatoire : quand devons-nous recourir à la législation déléguée ? » *Revue canadienne de droit administratif et de pratique*, n° 15 (2002), p. 319.
11. KNOP, Karen. « Here and There: International Law in Domestic Courts », *New York U. J. International Law and Policy*, n° 32 (2000), p. 501.
12. LAFORST, Anne. « Domestic Application of International Law in Charter Cases: Are We There Yet? » *UBC Law Rev.*, n° 37 (2004), p. 157.
13. SCHERRER, S. « La Pratique québécoise en matière de traités, accords et autres instruments internationaux », *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État* (1992), Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992.
14. STROM, T. et P. FINKLE, « Treaty Implementation: the Canadian Game needs Australian Rules », *Revue de droit d'Ottawa*, 1993, n° 25, p. 39.
15. SULLIVAN, R. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto, Butterworths, 2002.

16. TOOPE, Stephen J. « The Uses of Metaphor: International Law and the Supreme Court », *Revue du Barreau canadien*, vol. 80, n° 1 et 2 (2001), p. 534.
17. WEISER, I. , « Undressing the Window: Treating International Human Rights Law Meaningfully in the Canadian Commonwealth System » (2004), *UBCLRev*, n° 37, p. 113.