

Les rapports de relevance juridique entre les ordres législatifs canadien et international

France Houle* et Noura Karazivan**

Résumé

Alors que le rôle du droit international des droits de la personne dans l'interprétation des instruments constitutionnels est relativement bien connu, l'influence du droit international sur les lois publiques canadiennes demeure floue. Lorsque les tribunaux se penchent sur l'interprétation de ces lois, ils font référence, alternativement, à trois mécanismes de relevance juridique différents, soient celui d'une *présomption* de conformité du droit interne au droit international, d'une *harmonisation* du droit interne avec les valeurs et principes du droit international, ou encore d'une *utilité* facultative du droit international. En conséquence, les sources de droit international conventionnel se voient conférer une valeur tantôt *déterminante*, tantôt une valeur interprétative *forte*, tantôt une valeur purement *informative*. En soulignant les ambiguïtés jurisprudentielles qui ponctuent le débat, les auteurs constatent l'épuisement partiel de la théorie dualiste d'incorporation du droit international en droit interne et la nécessité de dégager de nouveaux rapports de relevance juridique entre les ordres législatifs canadien et international. À cet effet, elles proposent un modèle qui associe à chaque catégorie de normes internationales une force normative spécifique.

Abstract

While the role of international human rights conventions in Charter interpretation is relatively well documented, the impact of international law on domestic legislation has yet to be clearly understood. When courts engage in statutory interpretation and consider the impact of international law, they tend to refer to three different mechanisms of legal relevance: they may apply a *presumption* of conformity; they may seek the *harmonization* of domestic law with international law; or they may simply consider international law in terms of its *usefulness*. Accordingly, international instruments sometimes have a *determinative* value, sometimes a *strong* interpretive value or merely an *informative* value. After outlining the ambiguities found in the relevant Supreme Court of Canada case law, the authors demonstrate that the current dualist system is ill-equipped to deal with the changing rules of interpretation and that new guidelines must be provided to assist judges and practitioners in their tasks. In light of these observations, the authors propose an analytical framework which associates each of the categories of international norms with a specific weight.

INTRODUCTION

À de multiples reprises, la littérature juridique canadienne s'est penchée sur l'effet du droit international en droit canadien. Plus précisément, c'est l'effet du droit international des droits de la personne sur l'interprétation de nos instruments canadiens relatifs aux droits et libertés de la personne (chartes et codes sur les droits humains) qui a retenu l'attention, et ce, depuis les toutes premières manifestations d'intérêt pour le droit international dans ce domaine par la Cour suprême du Canada¹. Pour cette raison, nous connaissons relativement bien l'influence de ce droit international sur ces sources du droit constitutionnel canadien : lorsque la source est pertinente, le juge peut lui accorder une valeur persuasive s'il l'estime indiqué dans un cas particulier². Ainsi, la Cour a établi le fondement du rapport de *relevance juridique* entre l'ordre international et l'ordre constitutionnel canadien en ce qui a trait aux droits et libertés de la personne³.

En revanche, l'influence du droit international sur les sources du droit administratif canadien, et plus particulièrement sur l'interprétation de nos lois publiques canadiennes, demeure plus floue. Le but de ce texte est de clarifier ces questions. Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, il est utile d'apporter à ce stade-ci trois précisions méthodologiques.

Premièrement, bien que nous évoquions l'effet de la coutume internationale en droit interne, qui est en lui-même un sujet complexe surtout en raison des difficultés inhérentes à la preuve de l'existence de telles coutumes, nous nous intéressons principalement à l'effet du droit international conventionnel. Deuxièmement, nous nous pencherons seulement sur les instruments internationaux qui sont pertinents juridiquement lors du processus d'interprétation d'une loi publique, qu'ils aient ou non été incorporés en droit interne. Ceci dit, précisons que nous n'examinerons pas les problèmes soulevés par les diverses formes

¹ Voir par exemple, Anne Warner La Forest, "Domestic Application of International Law in Charter Cases: Are We There Yet?", (2004) 37 U.B.C. L. Rev. 157; Bijon Roy, "An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation", (2004) 62 U.T. Fac. L. Rev. 99. Voir aussi William A. Schabas & Stéphane Beaulac, *International Human Rights and Canadian Law: Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 84-102.

² *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 R.C.S. 313, par. 57 (juge Dickson dissident); voir aussi *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p.1052-1053; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 79; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 60; *R. c. Hape*, [2007] C.S.C. 26 [*Hape*].

³ Afin de dégager les nouveaux rapports entre le droit international et le droit interne, nous empruntons à Santi Romano, juriste italien et auteur de l'un des premiers traités de sociologie du droit, la notion de « *relevance juridique* » : Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975. Pluraliste, Romano considérait en effet qu'il y a « autant d'ordres juridiques que d'institutions » (à la p. 77) et que l'État n'est qu'un ordre juridique parmi d'autres. Afin de rendre compte des relations entre ces divers ordres juridiques, Romano emploie la notion de *relevance juridique* : lorsque l'existence ou l'efficacité d'un ordre juridique est conforme aux conditions mises en place par un autre ordre juridique, il y a *relevance* (à la p. 106). Pour cet auteur, le droit national, par exemple, est une condition de l'existence même du droit international (à la p. 115).

d'incorporation des traités et conventions en droit interne⁴, un sujet qui mérite certainement d'être l'objet de recherches empiriques et jurisprudentielles futures. Troisièmement, nous faisons référence au concept de «mécanisme de relevance» des instruments internationaux afin d'examiner comment les juges de la Cour suprême du Canada justifient le recours à ces instruments lors du processus interprétatif. Nous distinguons d'abord entre trois mécanismes : la présomption, l'harmonisation et la pertinence. Ensuite, nous montrons que l'usage de l'un ou l'autre mécanisme par la Cour suprême est empreint de confusion et ne permet pas de dégager des lignes directrices claires. Finalement, nous proposons une démarche aux praticiens et juges qui servira, nous l'espérons, de fondement au développement de pratiques plus cohérentes relatives à l'analyse des rapports de relevance juridique entre les ordres législatifs canadien et international.

1. Le choix du mécanisme de relevance : présomption, harmonisation ou pertinence

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la Cour suprême applique le critère de la pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer si une source du droit international peut être utilisée pour interpréter nos lois constitutionnelles et quasi-constitutionnelles relatives aux droits et libertés de la personne. Cependant, lorsqu'elle utilise une source du droit international pour interpréter les lois publiques, la Cour emploie plusieurs mécanismes de relevance : tantôt, elle fera référence au mécanisme de présomption ; ailleurs, à celui d'harmonisation ou encore, à celui de pertinence.

Il y a des différences significatives entre ces trois mécanismes. Entre présumer qu'une loi respecte les normes du droit international, harmoniser les valeurs et principes de ces deux ordres juridiques (en adoptant des interprétations des lois publiques qui correspondent aux valeurs et principes du droit international) ou estimer pertinent le droit international pour interpréter les lois publiques, les conclusions qu'un juge peut tirer et le poids qu'il peut accorder à ces instruments lors du processus interprétatif, selon qu'il utilise l'un ou l'autre mécanisme, ne sont pas les mêmes.

La présomption est un raisonnement inductif qui permet de tirer des conclusions à partir de faits connus et non discutés, jusqu'à preuve du contraire⁵. Ainsi si aucune preuve contraire n'est faite (c'est-à-dire que le juge ne peut pas recourir aux instruments internationaux pour interpréter nos lois publiques pour des raisons données), la présomption s'applique. Il *doit* présumer que le législateur a l'intention de respecter le droit international. Cette conclusion s'impose à lui. Par conséquent, lorsque la présomption s'applique, les instruments internationaux incorporés en droit interne ont un poids très lourd dans le processus interprétatif, voire *déterminant*.

⁴ Voir, sur ce point, le jugement de la Cour d'appel du Québec dans *UL Canada Inc. c. Procureur général du Québec et Fédération des producteurs de lait du Québec*, [2003] R.J.Q. 2729 (C.A.), appel rejeté [2005] 1 R.C.S. 143. La Cour d'appel distingue entre l'approbation parlementaire d'un traité dans une loi de mise en œuvre, et son incorporation claire et sans ambiguïté.

⁵ Québec, Office de la langue française, *Grand dictionnaire terminologique*, sous «présomption», en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/>

L'harmonisation est une «opération qui consiste à adapter ou à modifier des lois existantes en vue de les rendre conformes à un ensemble législatif donné»⁶. Avant de vouloir harmoniser les normes de deux systèmes juridiques, il faut d'abord qu'il y ait parenté réelle ou potentielle entre les normes, valeurs et principes contenus dans ces deux systèmes. De plus, lorsque le régime institué par une loi publique canadienne est plus avantageux que celui offert en droit international, il n'y a pas de bonnes justifications, du moins théoriquement, à faire valoir pour harmoniser les deux systèmes⁷. Le droit interne doit prévaloir : notre système constitutionnel fondé sur la démocratie et le libéralisme exige qu'une telle conclusion prévale. En revanche, lorsque l'harmonisation s'impose comme solution au problème interprétatif, la valeur normative du droit international sera également forte. En effet, le juge privilégiera une interprétation de nos lois publiques qui corresponde aux normes, valeurs et principes du droit international. Si le juge conserve une certaine discrétion quant à l'utilisation du droit international conventionnel, il n'est pas non plus tout à fait libre de refuser d'harmoniser le droit interne lorsque cela s'avère justifiable. Ces instruments auront alors une valeur *interprétative forte, sans être déterminante*.

Enfin, lorsqu'un juge postule que le droit international est pertinent pour interpréter les lois publiques, c'est qu'elle est d'avis qu'il *peut* servir à faire progresser le processus interprétatif. On parle donc ici d'utilité fonctionnelle du droit international, c'est-à-dire de son «aptitude à accomplir la fonction à laquelle il est destiné»⁸. En fait, le mot *utilité* est sans doute la notion qui se rapproche le plus de la *pertinence* puisqu'elle implique aussi l'idée de fonctionnalité : un élément pertinent est celui «qui se rattache à ce que l'on veut démontrer»⁹. Ici, même si la juge estime la norme de droit international pertinente, *aucune conclusion* ne s'impose à elle eu égard à l'interprétation d'une disposition d'une loi publique à l'aide des normes, valeurs et principes issus des instruments internationaux. Ces derniers ne seront qu'un facteur interprétatif parmi d'autres. Ils pourront notamment servir à confirmer ou à infirmer une thèse interprétative. En effet, lorsque le critère de la pertinence s'applique, le juge conserve entière discrétion pour attribuer au droit international le poids qu'il estime opportun en l'espèce : tantôt le droit international influencera fortement le juge ; tantôt, faiblement. Dans d'autres cas, il n'exercera aucune influence. En somme, le juge est libre d'y recourir, ce qui signifie qu'il peut tout simplement écarter le droit international s'il l'estime inutile ou non pertinent pour résoudre le problème interprétatif. Le droit international aura une valeur *informative* qui variera dans chaque litige.

Ces trois mécanismes de relevance du droit international en droit interne proviennent de la jurisprudence de la Cour suprême, mais les juges en font un usage ambigu lorsqu'ils y réfèrent pour interpréter nos lois publiques. L'impression qui se dégage de ces jugements est que ces mécanismes sont utilisés indistinctement. C'est pour cette raison qu'ils orientent difficilement les praticiens et les juges des cours inférieures lorsque ces derniers font appel à ces instruments afin de donner un sens à des dispositions législatives

⁶ *Ibid.*, sous «harmonisation».

⁷ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, par. 73 [*Maksteel Québec inc.*].

⁸ *Grand dictionnaire terminologique*, *supra* note 5, sous «utilité fonctionnelle».

⁹ *Ibid.*, sous «pertinence».

canadiennes. La revue de la jurisprudence qui suit a pour objectif de faire état des ambiguïtés qui persistent lors de l'application de ces mécanismes par les juges de la Cour suprême.

2. Les ambiguïtés jurisprudentielles sur le choix du mécanisme de relevance

La jurisprudence de la Cour suprême relative à l'utilisation des instruments internationaux pour interpréter nos lois publiques commence véritablement à se développer avec l'arrêt *Baker*¹⁰. Cet arrêt comporte une particularité qui le distingue de la jurisprudence antérieure de cette Cour. Il autorise clairement les juges canadiens à tenir compte d'instruments internationaux *non incorporés* en droit interne pour interpréter nos *lois publiques*. Rappelons que, selon la théorie dualiste formelle, seuls les traités ratifiés par le Canada et incorporés par voie législative ont force de loi. Dans l'arrêt *Baker*, la Cour utilisa la *Convention relative aux droits de l'enfant*, une convention ratifiée par le Canada mais non incorporée en droit interne, pour interpréter l'art. 114 de la *Loi sur l'immigration, 1978*¹¹ et son règlement d'application¹².

C'est cette particularité qui a propulsé ce jugement au niveau d'un arrêt fondateur : l'arrêt *Baker* est une véritable jurisprudence¹³. Mais comme tout jugement fondateur, les paramètres d'application qui y sont énoncés sont vagues. Le plus important flou qui ressort des motifs de l'arrêt *Baker* porte justement sur le mécanisme de relevance de cet instrument international utilisé par la Cour pour interpréter la loi et le règlement en cause. En vérité, la Cour fait référence à tous les mécanismes.

Dans ses motifs, la juge L'Heureux-Dubé écrit d'abord que 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.»¹⁴ En faisant l'usage du verbe *pouvoir* [tenir compte du droit international] plutôt que du verbe *devoir*, la juge semble favoriser le mécanisme de pertinence, qui laisse une plus grande discrétion au juge, repoussant ainsi l'idée qu'une présomption puisse s'appliquer.

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

¹¹ *Loi sur l'immigration, 1978*, L.R.C. 1985, c. I-2. Cette loi a été abrogée et remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

¹² *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2.1.

¹³ À titre de rappel, les faits de l'arrêt *Baker* sont les suivants. Madame Baker, citoyenne de la Jamaïque, reçoit en 1992 un ordre d'expulsion lorsque les agents d'immigration découvrent qu'elle a séjourné et travaillé au Canada illégalement depuis 1981. Elle fait alors une demande pour être exemptée, pour des raisons d'ordre humanitaire, de l'obligation de soumettre une demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada. Une des raisons d'ordre humanitaire que Mme Baker soumet est qu'elle est la seule à pouvoir prendre soin de ses enfants nés au Canada. Elle plaide, entre autres, que le meilleur intérêt de ses enfants commande sa présence auprès d'eux. L'agent d'immigration refuse la demande de Mme Baker et ses motifs indiquent qu'il n'a pas tenu compte de l'intérêt de ses enfants lorsqu'il a pris sa décision. La juge L'Heureux-Dubé décide que la décision de l'agent est déraisonnable puisqu'une interprétation raisonnable de la *Loi sur l'immigration* exige que les agents tiennent compte de l'intérêt des enfants lorsqu'ils prennent des décisions d'ordre humanitaire. Pour interpréter la loi, la juge L'Heureux-Dubé s'appuie sur la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

¹⁴ *Baker*, *supra* note 10, par. 70.

Toutefois, immédiatement après avoir écrit cette ligne, la juge cite avec approbation l'extrait tiré de la troisième édition du *Driedger on the Construction of Statutes*¹⁵ :

[TRADUCTION] [L]a législature est *présumée* respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, *il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent* à ces valeurs et à ces principes. [Je souligne.]¹⁶

Dans cet extrait, l'auteure, Ruth Sullivan, fait clairement référence aux mécanismes de présomption et d'harmonisation. On peut donc en déduire que la juge L'Heureux-Dubé soutient à la fois les mécanismes de pertinence, d'harmonisation et de présomption.

Ce va-et-vient entre ces trois mécanismes de relevance, sans que des distinctions de nature formelle ou matérielle n'aient été faites par la Cour, ne cessera pas au fil des jugements ultérieurs, augmentant ainsi la confusion entourant l'usage qu'il peut être fait du droit international pour interpréter nos lois publiques. Mais avant de présenter nos résultats qualitatifs, précisons les paramètres de notre recherche.

Pour les fins de nos analyses, nous avons fixé une limite chronologique afin de déterminer notre échantillon de recherche. Notre échantillon comprend les jugements de la Cour suprême ultérieurs à l'arrêt *Baker*, soit ceux rendus après le 9 juillet 1999. Cependant, il faut préciser que nous traitons aussi d'arrêts antérieurs mais uniquement dans la mesure où ils ont été cités par la Cour suprême dans les motifs des jugements qui font partie de notre échantillon. De plus, nous n'avons retenu que les décisions dans lesquelles la Cour utilise le droit international pour interpréter les lois publiques ordinaires et non les textes constitutionnels. Nous avons donc exclu de notre échantillon les décisions portant sur l'interprétation des chartes et codes de droits humains, à l'exception des arrêts dans lesquels la Cour suprême du Canada examine le but d'une disposition législative dans le cadre d'un examen de validité constitutionnelle. Finalement, seules les décisions qui comportent une analyse du rôle du droit international conventionnel ont été retenues.

La première de ces décisions est *R. c. Sharpe*¹⁷. Dans cette affaire, l'accusé fait l'objet de deux chefs d'accusation de possession de pornographie juvénile en vue de la distribution ou de la vente, ainsi que de deux chefs de simple possession de pornographie juvénile en violation du par. 163.1(4) du *Code criminel*. L'accusé conteste la constitutionnalité de cette disposition du Code. C'est donc dans le contexte de l'évaluation de l'article premier de la Charte que la juge L'Heureux-Dubé, signant les motifs concurrents, fait référence aux instruments internationaux, dont la *Convention relative aux droits de l'enfant*, pour déterminer si le but visé par le législateur répond à un objectif social important et réel.

¹⁵ Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1994, p. 330.

¹⁶ *Baker*, *supra* note 10, par. 70.

¹⁷ [2001] 1 R.C.S. 45.

Dans ses motifs, la juge L'Heureux-Dubé prend plus clairement position sur le mécanisme de relevance du droit international. En effet, elle écrit : «Même si notre Cour reconnaît qu'en général elles ne lient pas les tribunaux en l'absence d'une mise en œuvre législative, les normes internationales sont une source utile d'interprétation des droits sur le plan national [...]»¹⁸. Pour appuyer l'usage de ce critère d'utilité, elle cite entre autres les motifs dissidents du juge Dickson dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alberta)*¹⁹. À première vue, nous aurions pu conclure de ce motif que la juge cherchait à aligner cette jurisprudence, relative à l'interprétation des lois publiques à la lumière du droit international, avec celle portant sur les chartes lorsque cette interprétation avait lieu dans le cadre d'un litige constitutionnel. Dans les deux cas, le mécanisme de relevance aurait été le même : celui de la pertinence.

Toutefois, l'arrêt *Canadian Foundation for Children*, qui porte également sur le rôle de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, vient contredire cette thèse²⁰. Dans cette affaire, il s'agissait aussi d'interpréter le but d'une disposition législative dans le cadre d'un examen de constitutionnalité. Il était entre autres plaidé que l'article 43 du *Code criminel* ne satisfaisait pas la norme de précision requise en vertu de l'article 7 de la Charte canadienne. Cette disposition du Code prévoit que «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.» Plus précisément, il a été argumenté que l'expression «force raisonnable dans les circonstances» ne remplissait pas l'exigence de précision au sens constitutionnel²¹.

Afin de déterminer si l'expression «force raisonnable» était suffisamment précise, la majorité de la Cour utilise entre autres la *Convention relative aux droits de l'enfant*²². Avant de faire cette analyse, elle précise d'abord que «les obligations découlant des traités internationaux peuvent permettre de préciser davantage ce qui est raisonnable dans les circonstances».²³ Elle semble laisser entendre que c'est au critère de la pertinence qu'elle fait référence, tout comme dans l'arrêt *Sharpe*. Toutefois, la majorité ajoute la ligne suivante : «Les lois doivent être interprétées d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada»²⁴. Elle termine en écrivant que les «engagements internationaux du Canada confirment que le châtement corporel préjudiciable à l'enfant ou dégradant pour lui est déraisonnable»²⁵. La majorité reprend ainsi une terminologie plus proche du mécanisme de la présomption que de la pertinence. Mais ce n'est pas tout. Ce

¹⁸ *Ibid.* au para. 175.

¹⁹ *Supra* note 2.

²⁰ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76 [*Canadian Foundation for Children*].

²¹ Depuis l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 639-640, une règle de droit peut être jugée imprécise lorsqu'elle «ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire» et qu'elle «ne délimite pas suffisamment une sphère de risque» ou qu'elle «n'est pas intelligible». Voir aussi *Canadian Foundation for Children*, *supra* note 20, par. 15.

²² *Canadian Foundation for Children*, *supra* note 20, par. 40.

²³ *Ibid.*, par. 31.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

qui est encore plus significatif, c'est le jugement sur lequel la majorité appuie cet énoncé. Elle s'appuie en effet sur l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*²⁶, une décision qui précède l'arrêt *Baker*. Résumons brièvement ce jugement.

Succession Ordon porte sur le délai de prescription applicable aux demandes de réparation du préjudice résultant d'un accident mortel à la suite d'un accident maritime. La *Loi sur la marine marchande du Canada*²⁷ prévoyait deux délais de prescription qui auraient pu s'appliquer en l'espèce : l'article 572(1) fixait un délai de deux ans; l'article 649, un délai d'un an. Pour résoudre ce litige, la Cour a fait appel à la Convention de Bruxelles et a conclu, à la suite d'une analyse historique de la loi canadienne, que la prescription de deux ans concordait avec les normes établies dans la Convention qui avait, par ailleurs, été incorporée en droit interne²⁸. Tout d'abord, la Cour précisa que le délai d'un an prévu à l'article 649 de la loi ne pouvait pas être envisagé sous l'angle d'une possible incorporation d'une norme contenue dans la Convention, puisque celle-ci avait trait aux collisions des navires au long cours²⁹, alors que l'article 649 était relatif à «toute demande en réparation résultant d'un accident mortel présentée par une personne à charge»³⁰. Donc, la Convention et l'article 649 visaient des objets distincts. La Cour poursuivit son raisonnement en expliquant qu'elle ne pouvait pas appliquer l'article 649 au cas en l'espèce parce que cela engendrerait en quelque sorte une violation indirecte du droit international³¹. Cette violation serait indirecte puisque l'article 649 ne constitue pas une incorporation du droit international en droit interne. C'est dans ce contexte qu'elle écrit :

Bien que le droit international ne lie pas le Parlement ni les législatures provinciales, le tribunal doit présumer que la législation est conçue de manière qu'elle respecte les obligations qui incombent au Canada en vertu des instruments internationaux et en sa qualité de membre de la communauté internationale. En choisissant parmi les interprétations possibles celle qu'il doit donner à une loi, le tribunal doit éviter les interprétations qui entraîneraient la violation par le Canada de telles obligations : voir *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 330³².

Par conséquent, puisque c'était l'application de la prescription de deux ans édictée à l'article 572(1) qui était, en somme, conforme au droit international, c'était celle-ci que la Cour devait appliquer et non le délai prescrit par l'article 649.

On peut se demander pourquoi la Cour s'est cru obligée de prendre ce chemin argumentatif, alors que le motif de l'incorporation du délai de prescription de deux ans en droit interne semblait largement suffisant. Nous ne réglerons pas cette question ici puisque, de toute façon, la réponse à laquelle nous arriverions ne nous aiderait pas à éclairer la référence à cet arrêt à titre d'autorité jurisprudentielle dans *Canadian Foundation for Children* pour

²⁶ [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137 [*Succession Ordon*].

²⁷ *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. 1985, ch. S-9, articles 572(1) et 649.

²⁸ *Succession Ordon*, *supra* note 26, par. 134.

²⁹ *Ibid.*, par. 138.

³⁰ *Ibid.*, par. 135.

³¹ *Ibid.*, par. 137-138.

³² *Ibid.*, par. 137.

justifier le recours aux normes, principes et valeurs contenus dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*. En effet, il est utile de répéter que cette Convention a été ratifiée par le Canada, mais qu'elle n'a pas fait l'objet d'une loi de mise en œuvre³³.

Ce qu'il importe de faire ressortir de l'arrêt *Canadian Foundation for Children*, c'est le fait que la Cour n'utilise pas le même mécanisme de relevance que dans l'arrêt *Sharpe*. Du mécanisme de pertinence, elle nous fait passer à celui plus contraignant de présomption (ou peut-être d'harmonisation, l'arrêt n'est pas plus clair sur cette question), mais sans que des justifications explicites et précises ne soient fournies sur les raisons qui sous-tendent ce choix.

Dans les trois décisions qui suivent, certaines oscillent plutôt vers l'adoption du mécanisme d'harmonisation, d'autres vers celui de la présomption.

En premier lieu, citons l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*³⁴. Dans ce jugement, la Cour écrit que «même si elles ne lient pas les tribunaux en l'absence d'une mise en œuvre législative, les normes internationales sont utiles pour l'interprétation des droits sur le plan national»³⁵. Elle cite l'arrêt *Sharpe* pour appuyer son argument, mais elle ne s'arrête pas là. Elle poursuit en écrivant que le «Parlement est présumé légiférer sans porter atteinte à un traité, à la courtoisie entre les États ou aux principes du droit international.»³⁶ Donc, il y a une référence à deux critères : celui de la pertinence (utilité) et celui de la présomption. Mais ce qu'il importe de mentionner, c'est que la Cour ne réfère pas à la présomption de conformité mais plutôt à une présomption de non contrariété qui nous semble relever davantage de l'harmonisation.

En second lieu, dans l'affaire *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*³⁷ de 2005, la Cour utilise explicitement le terme «harmonisation», mais dans un contexte où il nous apparaît qu'elle aurait plutôt dû appliquer la présomption de conformité. En effet, elle fait référence au principe selon lequel l'interprétation des dispositions du Code civil (qui étaient en cause) doit «nécessairement s'harmoniser avec les engagements internationaux du Canada et du Québec»³⁸. À l'appui, elle cite entre autres les arrêts *Succession Ordon* et *Canadian Foundation for Children*. Toutefois, il y avait eu ratification et incorporation du droit international privé en cause dans cette affaire. Il devenait donc source formelle de droit interne, ce que la Cour admet explicitement d'ailleurs³⁹. Elle aurait dû conclure qu'elle était tenue d'appliquer la présomption de conformité au droit international (dans la mesure

³³ Dans *R. c. R.C.*, [2005] 3 R.C.S. 99, la Cour indique que la *Convention relative aux droits de l'enfant* est incorporée par renvoi dans la *Loi sur le système de justice pénale des adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (par. 41).

³⁴ [2004] 2 R.C.S. 427 [*Société canadienne des auteurs*].

³⁵ *Ibid.*, par. 150.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ [2005] 2 R.S.C. 401 [*GreCon Dimter*].

³⁸ *Ibid.*, par. 39.

³⁹ *Ibid.*, par. 41.

où les conditions d'application de la présomption sont remplies, ce dont nous reparlerons dans la troisième partie de ce texte)⁴⁰.

Enfin, en 2005, la Cour livrait ses motifs dans l'arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁴¹. Dans cette affaire, les juges devaient interpréter les paragraphes 318(1) et (2) du *Code criminel* relatifs au crime de génocide. Tout d'abord, les juges reconnaissent que le «droit international se trouve à l'origine du crime de génocide»⁴². Pour cette raison, il est «donc appelé à jouer un rôle décisif dans l'interprétation du droit interne»⁴³. Ensuite, ils citent l'arrêt *Baker* et écrivent : «[...] notre Cour a souligné l'importance d'interpréter le droit interne conformément aux principes du droit coutumier international et aux obligations conventionnelles du Canada»⁴⁴. La Cour utilise une terminologie se rapprochant du mécanisme de la présomption de conformité, ce qui était justifié en l'espèce puisque, d'une part, «le par. 318(1) du *Code criminel* reprend presque textuellement la définition de génocide figurant à l'art. II de la *Convention sur le génocide*»⁴⁵ et que, d'autre part, elle prend acte que «les principes juridiques qui sous-tendent la *Convention sur le génocide* font partie du droit international coutumier». Or selon une majorité d'auteurs la coutume internationale n'a pas besoin d'être explicitement incorporée en droit interne pour produire des effets directs dans notre système juridique. Sur le plan constitutionnel, le Canada a opté pour la théorie dualiste pour donner effet aux obligations d'origine conventionnelle en droit interne et à la théorie moniste pour donner effet aux obligations d'origine coutumière⁴⁶.

En résumé, cette courte histoire jurisprudentielle montre que les arrêts de la Cour suprême sont ambigus et même quelquefois confus sur l'application des mécanismes de relevance des instruments internationaux pour interpréter nos lois publiques. En 2007, la majorité de la Cour a semblé vouloir faire un effort de clarification sur cette question dans l'arrêt *Hape*⁴⁷ que nous examinons dans la partie qui suit. Le manque de clarté dans la jurisprudence de la Cour suprême sur l'application des mécanismes de relevance est compréhensible dans la mesure où la réflexion sur les rapports juridiques entre les ordres législatifs canadien et international se pose en termes nouveaux en droit contemporain. Pour cette raison, nous devons construire des rapports de relevance juridique plus sophistiqués que ceux proposés par la théorie dualiste, ce que plusieurs auteurs ont fait après l'arrêt *Baker*. Certaines de ces suggestions ont déjà été examinées dans un autre

⁴⁰ Voir la note 61 du présent texte. La formulation classique de cette présomption de conformité provient de l'arrêt *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116, p. 143-144 (Lord Diplock). Cette définition de la présomption a été reprise dans *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defense*, [2007] U.K.H.L. 26, au par. 12-13.

⁴¹ [2005] 2 R.C.S. 100.

⁴² *Ibid.*, par. 82. [notre usage de l'italique]

⁴³ *Ibid.* [notre usage de l'italique]

⁴⁴ *Ibid.* [notre usage de l'italique]

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 183; Jutta Brunnée & Stephen J. Toope, «A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts», (2002) *Can. Yearbook Int'l. Law* 3, 42.e. Plus récemment, l'arrêt *Hape* a clarifié l'état du droit sur ce point, en confirmant l'application de la doctrine de l'adoption automatique de la coutume en droit interne canadien (au par. 39)

⁴⁷ *Hape*, *supra* note 2.

texte⁴⁸. Notre propos n'est pas de reprendre ces analyses, mais de contribuer à la construction de ses rapports de relevance juridique en proposant un cadre d'analyse intégrant les trois mécanismes de relevance des instruments internationaux auxquels la Cour suprême réfère dans ses jugements.

3. La reconnaissance de nouveaux rapports de relevance juridique

La question de départ à cette réflexion est : comment réformer la théorie dualiste en droit constitutionnel canadien ? À titre de rappel, cette théorie exige que les traités et conventions internationales soient incorporés par une loi avant de pouvoir produire des effets en droit interne⁴⁹.

Avant l'arrêt *Baker*, la théorie dualiste s'appliquait généralement sans que des distinctions ne soient faites, du moins clairement, entre les effets directs et indirects des instruments internationaux en droit interne et plus précisément sur nos lois ordinaires⁵⁰. Depuis l'arrêt *Baker*, la Cour suprême s'est éloignée d'une application stricte de la théorie dualiste : elle cherche maintenant à développer des rapports de relevance juridique plus nuancés. Un exemple récent de cet effort intellectuel se trouve dans l'arrêt *Hape* dans lequel la Cour suprême tente d'interpréter la portée territoriale de l'article 32(1) de la Charte. Parmi les principes d'interprétation qu'elle analyse, la Cour identifie le principe « bien établi » selon lequel « une loi est réputée conforme au droit international »⁵¹. Au soutien de ce principe, le juge LeBel, rédigeant les motifs de la majorité, reprend avec approbation les propos de Ruth Sullivan dans la 4^e édition du *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*⁵². Sullivan écrit en effet que la présomption de conformité comporte deux volets : une présomption d'action conforme au droit international et une présomption de respect des principes et valeurs du droit international⁵³. Nous examinerons cette distinction plus loin, mais pour le moment, qu'il suffise de dire que cet effort de rationalisation est intéressant, mais insuffisant, car ni l'auteur, ni la Cour ne distinguent entre les types de rapports de relevance juridique. C'est sur ce point que nous désirons ajouter notre contribution.

⁴⁸ France Houle, «La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes du droit international des droits de la personne en droit interne canadien», (2004) 45 Les Cahiers de Droit 295-326.

⁴⁹ Arbour, *supra* note 46, p. 161.

⁵⁰ *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, p. 621; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 172 et 173. Dans l'arrêt *Baker*, *supra* note 10, par. 69, la juge L'Heureux-Dubé écrit : «Je suis d'accord avec l'intimé et la Cour d'appel que la Convention n'a pas été mise en vigueur par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada.»

⁵¹ *Hape*, *supra* note 2, par. 53.

⁵² Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4e éd., Markham, Ontario, Butterworths, 2002, p. 422. Rappelons que c'est ce même extrait qui avait été cité dans l'arrêt *Baker*. Toutefois, contrairement à la juge l'Heureux-Dubé, le juge LeBel, dans *Hape*, en reprend les deux aspects, et non seulement la deuxième partie.

⁵³ *Hape*, *supra* note 2, par. 53.

Le modèle que nous proposons est formaliste et s'inspire du modèle avancé par les professeurs Jutta Brunnée et Stephen Toope⁵⁴. Cependant, contrairement à ces auteurs, qui proposent d'étendre la présomption de conformité non seulement aux traités mis en œuvre au Canada, mais aussi à tous les traités ratifiés par le Canada, notre modèle reprend la distinction posée au début de cet article entre les mécanismes de présomption, d'harmonisation et de pertinence. Ainsi, alors que Brunnée et Toope proposent que tous les instruments internationaux qui ont été ratifiés aient un poids déterminant, et que seuls les instruments qui ne lient pas le Canada sur la scène internationale, notamment le droit international mou (*soft law*)⁵⁵, aient une valeur purement persuasive en droit interne, notre modèle confère au droit international un poids interprétatif qui varie entre la valeur déterminante, la valeur interprétative forte et la valeur informative des instruments. Au fur et à mesure des développements dans cette partie, nous préciserons les raisons qui nous amènent à rejeter partiellement leur classification. À titre de rappel, soulignons que les rapports de relevance juridique entre le droit interne et la coutume ne sont pas analysés dans ce texte.

Le premier type de rapport que nous analysons est celui engendré par l'utilisation par les juges de normes internationales incorporées en droit interne dans une loi. Le deuxième est celui généré par les traités liant le Canada sur la scène internationale, mais qui n'ont pas été incorporés en droit interne. Le troisième type de rapport est celui produit par les traités qui ne lient pas le Canada sur la scène internationale. Quant au droit international mou, nous n'en discutons pas dans ce texte⁵⁶. Dans les développements qui suivent, nous désirons faire des distinctions quant aux mécanismes de relevance applicables à chaque type de rapport, au poids des normes, principes et valeurs du droit international en droit interne. Nous proposons aussi quelques justifications sous-jacentes à ces distinctions.

3.1 Les instruments incorporés en droit interne

Cette catégorie de normes internationales comprend : 1. les normes conventionnelles explicitement incorporées en droit interne par une loi d'incorporation ; 2. les normes conventionnelles *implicitement* incorporées dans une loi adoptée après que le traité soit entré en vigueur⁵⁷. Contrairement à Brunnée et Toope, nous excluons de cette catégorie les

⁵⁴ Brunnée et Toope, *supra* note 46.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 50 à 52.

⁵⁶ Disons tout simplement que nous penchons, pour le moment, vers une solution intégrative de ce droit mou. Par exemple, le droit mou peut être utilisé à titre informatif lorsque les normes qui en sont issues sont reliées à celles provenant de traités (le droit dur). Elles font alors partie de la même chaîne hiérarchique que le traité puisqu'elles sont rattachées quant au fond aux normes contenues dans ce traité (de même que la jurisprudence et autres documents issus des instances internationales et nationales et rattachés aux normes contenues dans le traité).

⁵⁷ *National Corn Growers c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p.1371 [*National Corn Growers*]. Dans cette affaire, la loi en cause était la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* qui a été adoptée en 1984 par le Canada (L.C. 1984, c. 25) et le GATT qui est entré en vigueur en 1948. Nous estimons que cet arrêt est pertinent pour illustrer cette catégorie d'incorporation implicite pour la raison suivante. En effet, il avait été demandé à la Cour si le tribunal avait commis une erreur en utilisant les normes contenues dans l'accord du GATT pour interpréter l'art. 42 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. 1985, ch. S-15. Bien qu'il y ait des références éparses dans la loi à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le

incorporations implicites qui auraient pu naître d'une loi adoptée antérieurement à un traité liant le Canada sur la scène internationale⁵⁸. Nous nous appuyons sur l'arrêt *Baker* pour exclure de cette catégorie les incorporations implicites antérieures au traité et pour faire entrer ces rapports dans notre deuxième catégorie⁵⁹. En conséquence, cette exclusion ne signifie pas qu'un juge ne puisse pas tenir compte du droit international lorsque celui-ci est postérieur à l'adoption d'une loi⁶⁰. Toutefois, il nous apparaît que les analyses portant sur les incorporations implicites par des lois antérieures risquent trop souvent de relever de la pure spéculation interprétative pour qu'elles puissent mener à l'application du mécanisme de présomption.

Les normes internationales incorporées en droit interne constituent des sources formelles de droit au Canada. Toutefois, les juges hésitent à donner aux normes incorporées implicitement un statut hiérarchique au moins équivalent au droit interne, à moins que le législateur n'ait laissé aucun doute quant à ses intentions sur les effets du droit international en droit interne. En effet, c'est dans ce contexte que les cours de justice ont développé le mécanisme de la présomption de conformité du droit interne au droit international⁶¹.

commerce (communément appelé le GATT), elles sont spécifiques à l'application de dispositions législatives précises. Par conséquent, la question de savoir si ces références équivalaient à une incorporation législative explicite du GATT se posait, mais la Cour n'a pas résolu cette question. Le juge Gonthier écrit à la p. 1371: «La première question à trancher est celle de savoir s'il était manifestement déraisonnable pour le Tribunal de se référer au GATT pour interpréter la LMSI. Je souligne relativement à cette question qu'il n'a été contesté devant ni l'un ni l'autre tribunal d'instance inférieure que la loi canadienne était destinée à faire en sorte que soient remplies les obligations du Canada découlant du GATT. Comme je suis prêt à accepter que c'est le cas, nous n'avons vraiment à aborder que la question de la mesure précise dans laquelle on peut avoir recours au GATT pour interpréter l'art. 42. Mes observations sur ce point seront brèves puisqu'aucune partie aux présents pourvois n'a laissé entendre que le Tribunal a agi déraisonnablement en se référant à la convention internationale.» Toutefois, le juge poursuit: «Je tiens à souligner en premier lieu que je partage le point de vue des appelantes selon lequel il est raisonnable, dans des circonstances où la loi nationale manque de clarté, d'examiner toute convention internationale sous-jacente.» [nos italiques].

⁵⁸ Brunnée et Toope, *supra* note 46, p. 51.

⁵⁹ Dans *Baker*, *supra* note 10, la *Loi sur l'immigration* avait été adoptée bien avant que la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'ait été ratifiée par le Canada. Selon notre lecture, la Cour suprême n'a pas appliqué le mécanisme de présomption de conformité dans cette affaire.

⁶⁰ Voir, sur ce point, l'opinion dissidente du juge Bastarache dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533 [*Bristol-Myers*]. Dans cette affaire, le juge Bastarache a refusé de considérer les procédures et déclarations du Canada devant l'Organisation Mondiale du Commerce, sous prétexte que ces procédures et déclarations ont eu lieu *après* que la *Loi sur les Brevets* ait été adoptée (au par. 158), et donc, qu'elles ne faisaient pas partie du contexte d'adoption de la loi.

⁶¹ Dans l'arrêt *Al-Skeini* de juin 2007, précité, note 40, Lord Bingham, en définissant la présomption de conformité en droit anglais, cite l'arrêt *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise* [1967] 2 QB 116, p. 143-146: «*Where, by a treaty, Her Majesty's Government undertakes either to introduce domestic legislation to achieve a specified result in the United Kingdom (...), the treaty, since in English law it is not self-operating, remains irrelevant to any issue in the English courts until Her Majesty's Government has taken steps by way of legislation to fulfil its treaty obligations. Once the government has legislated, (...), the court must in the first instance construe the legislation (...). If the terms of the legislation are clear and unambiguous, they must be given effect to, whether or not they carry out Her Majesty's treaty obligations (...)*». L'arrêt *Salomon* est l'une des trois

Comme toute présomption réfragable, elle peut être renversée par une preuve explicite ou implicite d'une intention contraire du législateur⁶². Lorsqu'une telle preuve est faite, le juge n'est pas tenu de donner effet à ces normes en droit interne.

Cette preuve contraire peut être faite en deux temps. 1. Est-ce que la loi comporte une ambiguïté réelle ou latente⁶³? 2. Si tel est le cas, est-ce que le législateur voulait véritablement donner directement effet aux normes contenues dans cette convention ou coutume et ainsi leur permettre d'être créatrices de droits et d'obligations pour tous ? Pour y répondre, le juge doit procéder à une enquête en deux temps : a. Il doit d'abord se demander, comme nous le précisons plus haut, si la loi a été adoptée avant ou après la signature d'un traité ou d'une convention. Rappelons que seule celle adoptée après qu'une preuve de consentement à être lié par le Canada ait été fournie peut bénéficier de l'application de la présomption de conformité. b. Lorsque cette condition est remplie, le juge doit s'interroger à savoir s'il existe des traces législatives laissant croire que le législateur veut ou ne veut pas se conformer au droit international : avait-il l'intention de leur donner un effet direct en droit interne ?

Comme pour toute question d'interprétation, c'est maintenant la méthode contextuelle ou méthode moderne d'interprétation qui s'applique en droit canadien⁶⁴. Le juge doit donc

autorités sur lesquelles s'appuie Ruth Sullivan pour justifier sa formulation de la présomption de conformité: voir R. Sullivan, *supra* note 15 à la p. 330.

⁶² Au sujet du renversement de la présomption, voir par exemple *Société canadienne des auteurs*, *supra* note 34, par. 144.

⁶³ Dans l'arrêt *National Corn Growers*, *supra* note 57, p. 1371, le juge Gonthier a élargi le critère de l'ambiguïté législative pour englober les ambiguïtés latentes, et non plus seulement les ambiguïtés manifestes : «En deuxième lieu, et plus précisément, il est raisonnable de se référer à une convention internationale dès l'ouverture de l'enquête pour déterminer si la loi nationale renferme une ambiguïté, fût-elle latente. L'assertion de la Cour d'appel que le recours à un traité international n'est permis que dans un cas où la disposition de la loi nationale est ambiguë à première vue est à écarter. Comme le dit I. Brownlie, à la p. 51 de *Principles of Public International Law* (3e éd. 1979): [TRADUCTION] S'il est permis d'avoir recours à la convention conformément au principe correct suivant lequel la loi est destinée à assurer l'application de cette convention, alors il s'ensuit que celle-ci devient une aide légitime à l'interprétation et, plus particulièrement, qu'elle peut faire ressortir une ambiguïté latente dans le texte de la loi, même si cette dernière est "claire en soi". D'autre part, le principe ou la présomption voulant que Sa Majesté n'ait pas l'intention de violer un traité international doit comporter comme corollaire que le texte de l'instrument international représente une source principale du sens ou de "l'interprétation". Les tribunaux ont reconnu dernièrement la nécessité de se référer au traité pertinent même lorsque le texte législatif, pris isolément, ne contient aucune ambiguïté.» Voir aussi le juge Estey dans *Schavernoich c. Canada (Commission des réclamations étrangères)*, [1982] 1 R.C.S. 1092, p.1098 : «Si l'on pouvait invoquer une ambiguïté manifeste ou latente dans le Règlement, une cour pourrait peut-être alors justifier un recours à des sources extrinsèques au Règlement pour l'interpréter. Toutefois, puisque je suis d'avis que l'extrait précité du Règlement ne crée aucune ambiguïté, il n'existe aucune autorité qui permette à une cour, et personne n'en a cité au cours des débats, d'avoir recours soit à une convention internationale pertinente, soit à des ouvrages de doctrine portant sur le droit international relativement à la négociation de conventions, ou à des rapports faits au gouvernement du Canada par des personnes qui ont participé aux négociations mentionnées dans le Règlement.»

⁶⁴ *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; voir aussi : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.S.C. 401, par. 186-187; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 R.C.S. 47, par. 54; *Harvard College v. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, par. 154. La méthode moderne

tenir compte du texte et du contexte législatif interne et externe⁶⁵. Cependant, lorsque le mécanisme de présomption est en cause, l'interprétation du contexte législatif (le contexte interne) aura un poids déterminant dans l'affaire. Ainsi, par exemple, l'usage de mêmes termes dans la loi et les instruments internationaux est un indicateur très fort que le législateur a l'intention de se conformer au traité ou à la coutume. En revanche, l'existence d'un conflit de normes militera en faveur de la conclusion contraire.

En somme, la 'présomption de conformité' est un concept qui relève clairement de la hiérarchie des normes contenues dans un même système juridique : la loi est supérieure aux conventions internationales, à moins que ces dernières n'aient été incorporées explicitement ou implicitement dans notre système juridique. De ce constat découlent deux conséquences. La première conséquence est que, dans la mesure où le législateur n'a pas donné d'indications claires selon lesquelles il ne voulait pas que les règles internationales aient un effet direct en droit interne (en tout ou en partie), les juges doivent présumer que le législateur veut s'y conformer. *Le juge n'a pas le choix*. Il ne peut pas exercer une discrétion pour choisir l'interprétation qui lui semble la meilleure : il doit choisir celle qui est conforme au droit international. Par conséquent, ces règles internationales conventionnelles ont une valeur *déterminante* dans notre système juridique lorsque la présomption de conformité s'applique. La deuxième conséquence est que le droit international agit comme le plus petit dénominateur commun. Le juge a l'obligation de donner aux lois un sens et une portée qui satisfont ces normes minimales. Il ne peut pas aller en-deçà des normes contenues dans le traité, mais il peut aller au-delà de ce minimum⁶⁶. Finalement, il faut souligner que les cas où la présomption serait renversée devraient être très rares. Il faudrait que le législateur exprime son intention de façon claire et explicite dans la loi, ce qu'il ne ferait pas sans assumer un certain coût politique⁶⁷.

Dans l'état actuel de notre jurisprudence, les juges n'ont pas donné d'indication selon laquelle la théorie dualiste n'avait plus d'application en droit canadien. Bien au contraire. Pour cette raison, il faut préserver un statut distinct aux rapports de relevance juridique entre le droit interne et les normes conventionnelles formellement incorporées en droit

a aussi été appliquée par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, *supra* note 10, par. 67 pour justifier le recours au droit international opérant ainsi une unité quant à la méthode d'interprétation que le juge tient compte ou non du droit international.

⁶⁵ *Bristol-Myers*, *supra* note 60, les opinions des juges Binnie et Bastarache sont toutes deux intéressantes à lire sur cette question. L'interprétation moderne s'impose en droit contemporain compte tenu du fait qu'il est largement accepté que le textualisme comme méthode d'interprétation fonctionne comme théorie d'interprétation uniquement si l'on accepte la métaphore du langage comme conduit. En d'autres termes, la norme n'est pas dans le texte.

⁶⁶ Pour une référence à ce principe, voir *Maksteel Québec inc.*, *supra* note 7, par. 73

⁶⁷ En effet, il ne faut pas oublier que nous nous trouvons dans le contexte où le législateur a incorporé explicitement ou implicitement un traité en droit interne. Il serait pour le moins contradictoire de dire à la fois que le législateur signifie son intention de donner effet au traité en droit (en disant qu'il a été incorporé) et, du même souffle, qu'il signifie son intention contraire. Selon nous, ce genre de situation pourrait survenir dans le cas où le législateur rejette une ou quelques dispositions particulières d'un traité (et non en totalité, sinon on comprend mal pourquoi il adopterait une loi d'incorporation explicite ou dans laquelle des rapports implicites existeraient entre la loi et le traité – sur ce point le juge n'aurait tout simplement qu'à ne pas reconnaître qu'il y a eu incorporation implicite)

interne puisque nos gouvernements et législatures sont liés par ces normes sur les scènes internationale et nationale. Ces normes occupent une place particulière dans notre droit. Elles font partie de notre système juridique. Elles constituent des sources formelles de droit positif au Canada. Ainsi, les rapports de relevance juridique entre ces différentes sources de droit canadien sont très étroits. Pour souligner l'existence de rapports privilégiés entre ces règles de droit, il convient de nommer cette relation particulière par un concept *exclusivement* réservé pour la désigner : celui de la présomption de conformité remplit ce rôle. À cet égard, nous endossons les propos d'Irit Weiser qui conclut que la présomption de conformité «does not currently exist with respect to statutes other than implementing legislation.»⁶⁸ Selon elle, en effet, en omettant d'invoquer la présomption de conformité dans la vaste majorité des cas où des instruments internationaux sont en jeu, la Cour suprême a implicitement limité l'application de la présomption de conformité aux traités incorporés en droit interne.

3.2 Les instruments liant le Canada sur la scène internationale

Le deuxième type de rapport de relevance juridique est celui créé entre le droit interne et les instruments liant le Canada sur la scène internationale, mais n'ayant pas été incorporés en droit interne (incluant les lois qui ont été adoptées avant qu'un traité n'entre en vigueur). C'est surtout la construction de ces rapports qui pose le plus problème à la Cour suprême du Canada, et pour cause. Outre des difficultés liées aux principes fondamentaux de notre organisation constitutionnelle, notamment le parlementarisme, la démocratie et le fédéralisme, qui soulèvent la question de la légitimité du juge à se servir d'instruments qui n'ont pas reçu l'approbation législative⁶⁹, il faut aussi citer celles relatives aux modes d'expression du consentement à être lié par un traité⁷⁰.

Selon les termes mêmes d'un traité, la signature, la ratification ou l'adhésion peuvent avoir des significations distinctes ou similaires sur le plan de l'expression à être lié sur la scène internationale eu égard au respect des droits et obligations contenus dans ce traité. Par conséquent, la signature peut, selon les termes du traité, signifier tout simplement que l'État signataire authentifie le texte, mais elle peut aussi signifier l'expression d'un consentement à être lié par les normes conventionnelles sur la scène internationale. Ce n'est que lorsque le Canada a véritablement signifié son intention d'être lié par des normes internationales sur la scène internationale *et que ces normes sont en vigueur pour le Canada*, que des

⁶⁸ Irit Weiser, «Undressing the Window : A Proposal for Making International Human Rights Law Meaningful in the Canadian Commonwealth System», (2004) 37 U.B.C. L. Rev. 113, par. 44 à la note 72.

⁶⁹ Voir, sur ce point, René Provost, « Le juge mondialisé : légitimité judiciaire et droit international au Canada », in Marie-Claire Belleau & François Lacasse eds., *Mélanges Claire L'Heureux-Dubé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 569 et René Provost, « Judging in Splendid Isolation », (2008) 56 Am. J. Comp. L. 125.

⁷⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, [1969] 1155 *Recueil des Traités*, p. 331, art. 11 : «Le consentement d'un État à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu.» Pour avoir une vue d'ensemble des conditions d'application de chacun de ces modes d'expression, il faut lire les articles 12 à 15 de la Convention.

rapports de relevance juridique du deuxième type pourront être reconnus en droit interne. Dans le cas contraire, nous classons ces rapports dans la troisième catégorie.

Une fois que le juge a conclu que le traité lie le Canada sur la scène internationale, la conclusion emporte le devoir pour l'État canadien d'exécuter le traité de bonne foi. En conséquence, il ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité⁷¹ : l'État canadien ne doit pas adopter des lois contraires au traité et doit abroger celles qui y sont contraires. Il s'agit donc ici pour l'État canadien de s'assurer que son droit interne n'est pas en conflit avec les normes contenues dans le traité. Il s'agit donc en quelque sorte d'une obligation négative. Il n'a pas à rendre son droit interne positivement conforme au droit international, à moins que la loi ne le prévoie explicitement. En droit interne, l'État canadien possède donc une marge de manœuvre (les décisions de la Cour suprême interprétant la *Convention relative aux droits de l'enfant* donnent de bons exemples à cet égard). Cette marge de manœuvre se traduit à la Cour suprême par l'application de deux mécanismes de relevance qu'elle nomme confusément 'présomption d'action conforme' et 'présomption de respect' dans l'arrêt *Hape* :

Dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), à la p. 422, R. Sullivan explique que la présomption comporte deux volets. D'une part, l'organe législatif est *présupposé agir conformément* aux obligations du Canada en tant que signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale. Appelé à choisir entre diverses interprétations possibles, le tribunal doit éviter celles qui emporteraient la violation de ces obligations. D'autre part, *l'organe législatif est présupposé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel*. Le tribunal privilégie donc l'interprétation qui reflète ces valeurs et ces principes, lesquels font partie du contexte d'adoption des lois. La présomption est toutefois réfutable. La souveraineté du Parlement exige que le tribunal donne effet à une loi qui exprime l'intention non équivoque du législateur de manquer à une obligation internationale. Voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd.), p. 466-467.⁷²

Selon nous, afin de donner un sens à ces 'deux volets de la présomption', nous en faisons la lecture suivante. En effet, ces deux volets seraient en somme liés à deux types de traités que nous nommons 'traités de nature exécutoire' et 'traité de nature programmatique'.

Les traités exécutoires sont ceux qui établissent des droits, mais surtout qui imposent des obligations concrètes aux États liés par ceux-ci. L'affaire *Succession Ordon* illustre bien ce cas puisque la *Convention de Bruxelles* prescrivait une règle exécutoire relative à un délai de prescription (2 ans) alors que l'interprétation de la loi donnait ouverture à l'application

⁷¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra*, note 70, art. 26 *Pacta sunt servanda* : Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi; art. 27 *Droit interne et respect des traités* : Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité.

⁷² *Hape*, *supra* note 2.

de deux délais de prescriptions distincts. La Cour a choisi le délai compatible avec celui qui était imposé dans la Convention⁷³. Lorsqu'un traité contient des règles exécutoires, le juge doit éviter d'interpréter le droit interne de manière à placer l'État canadien dans une situation où il violerait ses obligations internationales⁷⁴. Toutefois, si le droit interne est clairement en conflit avec le droit international et qu'il n'y a pas moyen de résoudre le conflit, le droit interne prime sur le droit international.

Dans le cas des traités de nature programmatrice, le principe d'interprétation est différent compte tenu du fait que le traité n'énonce pas des règles exécutoires, mais plutôt de valeurs et principes généraux. Encore une fois, la *Convention relative aux droits de l'enfant* est un bon exemple. Dans les cas où ce sont ces traités qui sont invoqués en cour de justice, les juges interpréteront le droit interne en harmonie avec ces principes et valeurs contenus dans le traité liant le Canada sur la scène internationale, à moins bien sûr qu'une telle harmonisation soit clairement contraire à loi. Toutefois, on peut croire que ces situations où le juge serait incapable d'harmoniser une loi avec de larges principes contenus dans un traité de nature programmatrice seront exceptionnelles en droit canadien.

Lorsque le Canada s'est lié sur la scène internationale, mais non sur la scène nationale, un premier constat doit s'imposer : les obligations contenues dans un traité n'ont pas d'effet direct en droit interne. En revanche, elles peuvent avoir un effet indirect par le jeu de l'interprétation du sens et de la portée des règles de droit canadien. C'est cet effet indirect que la Cour veut souligner lorsqu'elle fait référence aux deux principes d'interprétation que nous avons décrits.

Quant à l'expression qui devrait être privilégiée par les juges pour nommer ces rapports de relevance juridique, nous avons trois observations à faire. La première et la plus évidente est qu'il est inexact de dire que le législateur est lié par les obligations contenues dans le traité en droit interne. Seule l'incorporation de normes internationales conventionnelles engendre des obligations en droit interne. La deuxième est qu'il est également inexact de dire qu'une loi est *réputée* conforme au droit international : en français, le mot *réputé* désigne l'existence d'une présomption irréfragable⁷⁵.

La troisième est qu'il est dangereux d'appliquer la 'présomption de conformité', dans le sens donné plus haut à cette présomption, puisque cela implique qu'en l'absence d'une preuve contraire renversant la présomption, le juge est contraint de donner effet aux normes

⁷³ Voir aussi *Société canadienne des auteurs*, *supra* note 34, par. 65, où la Cour fait référence à l'article 8 du *Traité sur le droit d'auteur* qui confère un droit exécutoire aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques : «[. . .] les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.»

⁷⁴ Sullivan, *supra* note 52, p. 422, cité dans l'arrêt *Hape*, *supra* note 2, par. 53; *Société canadienne des auteurs*, *supra* note 34, par. 150; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 271.

⁷⁵ *Hape*, *supra* note 2, par. 53 : «Une dernière règle générale s'applique pour trancher les questions en litige dans la présente affaire. Selon un principe d'interprétation législative bien établi, une loi est réputée conforme au droit international.»

internationales en droit interne. La crainte que nous éprouvons ici est que la référence à la présomption de conformité, pour qualifier le premier et le second rapport de relevance juridique, nous amène à plus ou moins long terme à l'adoption d'une théorie moniste de réception des traités en droit interne, par assimilation graduelle. Or, les tribulations actuelles entourant la ratification par le Canada du Protocole de Kyoto sont suffisantes pour nous enseigner la prudence à cet égard, du moins avant l'adoption de la *Loi visant à assurer le respect des engagements du Canada en matière de changements climatiques en vertu du Protocole de Kyoto*⁷⁶. Selon nous, il serait avisé, du moins pour le moment, de distinguer les mécanismes de relevance des traités en droit interne selon que ceux-ci aient été incorporés ou non.

Lorsque des instruments internationaux lient le Canada sur la scène internationale, mais qu'ils n'ont pas été incorporés en droit interne, le mécanisme de relevance devrait être celui de l'interprétation harmonieuse ou respectueuse des règles, principes ou valeurs contenus dans le traité. Ces possibilités interprétatives harmonisatrices confèrent au droit international une valeur *forte, mais non déterminante*. Le mécanisme d'harmonisation sera enclenché dès lors que le juge constate qu'il y a parenté réelle ou potentielle entre les normes, valeurs et principes contenus dans les deux systèmes juridiques interne et international⁷⁷. Ce mécanisme reflète d'ailleurs les termes utilisés par la Cour suprême dans l'extrait de l'arrêt *Hape* que nous avons cité plus haut, qui rappelle que le tribunal, lorsqu'il est « appelé à choisir » une interprétation plutôt qu'une autre, « privilégie » l'interprétation qui reflète le droit international. 'Choisir' et 'privilégier' sont des concepts qui ne relèvent pas du même registre que 'présumer'.

Le choix de ce mécanisme d'harmonisation a un triple avantage. D'une part, il décrit plus exactement les rapports de relevance juridique que la Cour suprême semble vouloir développer. D'autre part, en introduisant ce mécanisme de relevance dans la théorie dualiste — pour qualifier ce deuxième type de rapport entre le droit international et le droit interne — celle-ci gagne en nuance : une distinction est faite entre les effets directs (1^{er} rapport) et indirects (2^e rapport). Finalement, ce mécanisme ne repose pas sur le critère de l'ambiguïté législative propre à la présomption de conformité, puisque l'hypothèse d'une harmonisation suppose l'examen de valeurs et de principes généraux.

3.3 Les instruments ne liant pas le Canada sur la scène internationale

Le troisième type de rapport de relevance juridique est celui dont le rattachement avec le système juridique canadien est le plus faible. Il comprend tous les autres traités qui ne lient pas le Canada sur la scène internationale ou ceux auxquels le Canada ne peut tout

⁷⁶ L.C. 2007, c. 30.

⁷⁷ Karen Knop, « Here and There: International Law in Domestic Courts », (2000) 32 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 501. Elle fait cependant une distinction importante et très intéressante entre les méthodologies du droit international et du droit comparé : le projet du droit international est celui de la gouvernance, celui du droit comparé tient son fondement dans le projet de la compréhension interculturelle. Elle cite le très intéressant texte de David Kennedy, « New Approaches to Comparative Law : Comparativism and International Governance », (1997) Utah L. Rev. 545, p. 554; voir aussi David Kennedy, « The Disciplines of International Law and Policy », (1999) 12 Leiden J. Int'l L. 9, p. 62-82

simplement pas se lier parce qu'il s'agit d'instruments qui ne le concernent pas directement (les conventions européennes ou africaines, par exemple). Dans ce cas, l'harmonisation n'est pas un objectif que le juge peut imposer au législateur, sous peine de clairement outrepasser son rôle dans notre organisation constitutionnelle. En revanche, le juge peut estimer ces normes, principes ou valeurs utiles dans le processus interprétatif à titre de normes faisant partie du contexte externe selon la méthode moderne d'interprétation. Il peut ainsi s'autoriser à en prendre connaissance tout comme il peut s'informer du droit interne d'États étrangers pour interpréter les lois canadiennes.

Par exemple, le juge peut utiliser les normes, principes ou valeurs du droit international pour confirmer ou infirmer une interprétation à laquelle il est déjà arrivé à la suite de son interprétation du contexte interne de la loi (loi, règlement, jurisprudence, doctrine). Il peut ainsi comparer le libellé des normes internes et internationales, selon qu'ils offrent des similitudes ou différences importantes. Ces indices provenant du contexte externe pourront le guider dans le processus interprétatif⁷⁸. Il est également possible que tous les éléments du contexte interne d'une loi n'offrent pas de piste interprétative pour dégager le sens et la portée de ces dispositions législatives. Dans ce cas, le juge peut se donner des outils interprétatifs en puisant dans le droit international. Dans les deux cas, cependant, le parcours interprétatif peut être plus périlleux compte tenu que la Cour n'a pas encore développé une théorie de la hiérarchie des sources du droit international.

En ce qui a trait au poids des normes ne liant pas le Canada sur la scène internationale, il est variable. En effet, le juge possède entière discrétion d'accorder un poids à ces normes. Ces normes n'ont qu'une valeur informative.

CONCLUSION

Depuis l'arrêt *Baker*, la question pertinente qui occupe la doctrine est de savoir comment penser ces rapports de relevance juridique de manière nuancée, c'est-à-dire de manière à tenir compte de la diversité des formes et des contenus du droit international? La théorie dualiste veut prévenir l'empiètement sur le partage des pouvoirs entre les différents organes étatiques en garantissant le respect du partage des compétences législatives. Mais surtout, elle postule l'existence d'un ordre juridique interne étanche, dans une large mesure, aux normes provenant des autres ordres juridiques, notamment de l'ordre international. C'est ce postulat qui est fortement contesté par les auteurs s'intéressant à la question. Si l'on souhaite que la Cour suprême développe de nouveaux rapports de relevance juridique entre le droit interne et le droit international, c'est non seulement afin que la Cour rende plus exactement compte de l'importance du droit international en droit contemporain, mais c'est aussi afin qu'elle apporte une certaine prévisibilité et certitude au droit.

⁷⁸ Pour un exemple de cette utilisation, voir l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, aux paras 29-37 où la Cour a référé à l'article 11 de la *Convention européenne sur l'immunité des États* et à l'article 12 du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* [Projet d'articles] pour s'informer de l'existence d'une distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. Voir aussi le par. 47 dans lequel la Cour fait aussi référence au *Projet d'articles* pour faire l'examen de certaines exceptions au principe d'immunité des États.

À cet égard, nous avons proposé une classification tripartite des rapports de relevance juridique entre le droit interne et le droit international. Le premier rapport inclut les instruments incorporés en droit interne et auxquels une valeur déterminante serait attribuée lorsque la présomption de conformité trouverait application. Le deuxième rapport vise les instruments liant le Canada seulement sur la scène internationale. Pour ces instruments, le juge serait autorisé à leur attribuer une valeur interprétative forte lorsque l'harmonisation entre les ordres législatifs canadien et international pourrait être réalisée. Le troisième rapport concerne les instruments ne liant pas le Canada sur la scène internationale et auxquels une valeur informative pourrait être accordée lorsque cela serait utile à l'interprétation du droit canadien. Bien sûr, cette proposition ne constitue que les premiers jalons pour construire des rapports de relevance juridique plus nuancés entre les ordres législatifs canadien et international. Une analyse systématique des divers types d'instruments internationaux reste à faire afin de développer de bonnes justifications pour expliquer les multiples ramifications et les liens qui existent entre les ordres international et interne ainsi que le poids qu'il faille accorder aux normes, principes et valeurs du droit international conventionnel en droit interne.