Document généré le 11 oct. 2024 22:56

Les Cahiers de droit

L'influence des traités internationaux des droits de la personne sur le droit fédéral australien

Alain Vallières

Volume 42, numéro 2, 2001

URI : https://id.erudit.org/iderudit/043637ar
DOI : https://doi.org/10.7202/043637ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Vallières, A. (2001). L'influence des traités internationaux des droits de la personne sur le droit fédéral australien. *Les Cahiers de droit*, *42*(2), 281–314. https://doi.org/10.7202/043637ar

Résumé de l'article

Le Canada et l'Australie partagent plusieurs points communs rendant l'étude du droit australien intéressante pour le juriste canadien. Les deux pays sont d'anciennes colonies de la Couronne britannique dont le processus d'indépendance a évolué en parallèle et a même été lié à certaines occasions. Cette filiation a naturellement créé des points communs dans leurs systèmes juridiques et dans le contenu de leur droit. Il est aisé de comprendre dans ces conditions que leur système constitutionnel présente de nombreuses similitudes, notamment une approche dualiste du droit international. En conséquence, dans les deux pays, le droit international ne peut être intégré au droit national qu'après avoir été transformé par une loi. Lorsque les relations entre le droit national et le droit international sont ainsi exprimées, il serait logique de penser que les deux systèmes sont hermétiques et que la seule porte d'entrée est celle du Parlement.

Dans le présent article, l'auteur étudie l'influence du droit international de la personne sur le droit interne australien. Il constate d'abord qu'il y a eu une influence sur le législateur qui a fait référence au droit international dans quelques articles de lois. Le législateur a ainsi donné des instructions à certains organes de l'Administration en vue de tenir compte des normes internationales des droits de la personne dans leurs activités. Ces instructions laissent parfois une grande latitude à ces corps dans la sélection des normes auxquelles ils peuvent se référer. Cette influence s'est aussi manifestée dans la rédaction des lois. Le législateur a transformé et incorporé plusieurs règles de droit international par l'entremise de trois types de lois. Le premier groupe se compose des lois adoptées expressément pour la transformation d'un traité, le deuxième est celui dont les textes ont pour objet d'incorporer une partie de texte avec ou sans référence explicite au droit international et le troisième regroupe les lois pour la rédaction desquelles le législateur a trouvé inspiration dans les textes internationaux sans toutefois l'indiquer. Bien que l'auteur ait mis en évidence plusieurs groupes, il faut toutefois constater que les effets du droit international sur les lois sont les mêmes.

Cette étude permet aussi d'observer que les tribunaux ont également élaboré plusieurs règles sous l'influence du droit international. Ils ont établi un principe d'interprétation suivant lequel le législateur est réputé vouloir respecter ses obligations internationales. Ils ont de plus imposé aux tribunaux administratifs l'obligation de tenir compte des traités internationaux signés, même s'ils n'ont pas encore été ratifiés par l'État, lorsqu'ils doivent prendre une décision impliquant un justiciable. L'auteur conclut donc de toutes les utilisations du droit international dont il fait la démonstration dans son article qu'il est légitime de se questionner sur la réalité de l'hermétisme du dualisme dans le domaine des droits de la personne.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2001

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

L'influence des traités internationaux des droits de la personne sur le droit fédéral australien

Alain VALLIÈRES*

Le Canada et l'Australie partagent plusieurs points communs rendant l'étude du droit australien intéressante pour le juriste canadien. Les deux pays sont d'anciennes colonies de la Couronne britannique dont le processus d'indépendance a évolué en parallèle et a même été lié à certaines occasions. Cette filiation a naturellement créé des points communs dans leurs systèmes juridiques et dans le contenu de leur droit. Il est aisé de comprendre dans ces conditions que leur système constitutionnel présente de nombreuses similitudes, notamment une approche dualiste du droit international. En conséquence, dans les deux pays, le droit international ne peut être intégré au droit national qu'après avoir été transformé par une loi. Lorsque les relations entre le droit national et le droit international sont ainsi exprimées, il serait logique de penser que les deux systèmes sont hermétiques et que la seule porte d'entrée est celle du Parlement.

Dans le présent article, l'auteur étudie l'influence du droit international de la personne sur le droit interne australien. Il constate d'abord qu'il y a eu une influence sur le législateur qui a fait référence au droit international dans quelques articles de lois. Le législateur a ainsi donné des instructions à certains organes de l'Administration en vue de tenir compte des normes internationales des droits de la personne dans leurs activités. Ces instructions laissent parfois une grande latitude à ces corps dans la sélection des normes auxquelles ils peuvent se référer. Cette influence s'est aussi manifestée dans la rédaction des lois. Le législateur a transformé et incorporé plusieurs règles de droit international par l'entremise de trois types de lois. Le premier groupe se compose des lois adoptées expressément pour la transformation d'un traité, le deuxième

* Avocat, Barreau du Québec ; doctorant, Université Robert-Schuman (Strasbourg III).

Les Cahiers de Droit, vol. 42, n° 2, juin 2001, pp. 281-314

est celui dont les textes ont pour objet d'incorporer une partie de texte avec ou sans référence explicite au droit international et le troisième regroupe les lois pour la rédaction desquelles le législateur a trouvé inspiration dans les textes internationaux sans toutefois l'indiquer. Bien que l'auteur ait mis en évidence plusieurs groupes, il faut toutefois constater que les effets du droit international sur les lois sont les mêmes.

Cette étude permet aussi d'observer que les tribunaux ont également élaboré plusieurs règles sous l'influence du droit international. Ils ont établi un principe d'interprétation suivant lequel le législateur est réputé vouloir respecter ses obligations internationales. Ils ont de plus imposé aux tribunaux administratifs l'obligation de tenir compte des traités internationaux signés, même s'ils n'ont pas encore été ratifiés par l'État, lorsqu'ils doivent prendre une décision impliquant un justiciable. L'auteur conclut donc de toutes les utilisations du droit international dont il fait la démonstration dans son article qu'il est légitime de se questionner sur la réalité de l'hermétisme du dualisme dans le domaine des droits de la personne.

Canada and Australia share much in common, which makes the study of Australian law interesting for the Canadian legal scholar. Both countries are former colonies of the British Crown whose march to independence has evolved over parallel paths, which at certain times have even crisscrossed one another. This relationship obviously created a common ground in their legal systems and in the content of their legal proceedings. It is easy to understand how in these circumstances their constitutional system offers many similitudes, especially in the dualistic approach to international law. As such, in both countries international law can only be integrated into national law after undergoing statutory transformations. When the relationship between national law and international law are expressed in such a manner, it would be logical to think that both systems are hermetically closed and that the only window to the outside is through parliament.

In this paper, the author studies the influence of international human rights on domestic Australian law. He first notes that there has been an influence on the legislator who refers to international law in several sections of statutes. The Legislature thereby has given instructions to various administrative bodies to take international standards governing

human rights into account in their activities. These instructions sometimes leave considerable leeway to these bodies in the selection of the standards to which they may refer. This influence may also be found in legislative drafting. The Legislature has transformed and incorporated several international legal rules through three types of statutes. The first group is made up of laws expressly adopted for « domesticating » a treaty. The second one has as its purpose to « naturalize » a given portion of text with or without explicit reference to international law. Finally, the third set brings statutes together whose drafting by the legislator has been inspired by international texts without necessarily quoting or referring to them. Although the author has highlighted several groups, it must be noted that the effects of international law on the statutes are the same.

This study also makes it possible to observe that the courts also have developed several rules derived from the influence of international law. They have established a principle of interpretation by which the legislator is deemed to want to comply with his international obligations. They have, in addition, imposed upon administrative tribunals when making rulings involving citizens, the obligation to take into account signed international treaties, even if they have not yet been ratified by the State. The author concludes therefore from all the uses of international law that he demonstrates in his paper that it is legitimate to wonder about the reality of the dualistic hermeticism in the field of human rights.

Pages

1 L'utilisation des textes internationaux des droits de la personne par le législateur australien 286

1.1 L'influence des normes internationales de protection des droits de la personne sur la rédaction des lois fédérales australiennes 288

1.1.1 La loi spéciale servant à transformer l'ensemble d'un traité 288

1.1.2 La loi spéciale ou générale servant à transformer une partie d'un traité avec lequel un lien est établi 290

1.1.3 Une loi pour laquelle le législateur s'inspire d'un traité sans le citer ni le reproduire 295

1.2 La portée des méthodes utilisées par le législateur australien 297

2 L'influence des textes internationaux sur les décideurs australiens 299

2.1 Les textes internationaux et les actes de l'Administration 300

2.1.1 Les lois contenant des instructions sur les critères devant être considérés par certains organes administratifs 300

2.1.2 Les tribunaux administratifs et l'attente légitime des administrés 302

2.2 Les tribunaux judiciaires et les textes internationaux 305
2.2.1 Les lois contenant des instructions sur l'utilisation des normes internationales des droits de la personne 305
2.2.2 Les conventions internationales et l'interprétation du droit national.... 306
Conclusion 312

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la protection des droits de la personne est un sujet d'importance majeure pour la communauté internationale et les pays la composant. De nombreux textes internationaux à caractère universel ou régional ont été élaborés dans le but de protéger les droits fondamentaux, alors que parallèlement les chartes constitutionnelles se multipliaient[1]. Plusieurs de ces textes nationaux sont d'ailleurs directement inspirés des documents universels, certains contenant même un renvoi vers ces derniers. Il demeure toutefois des pays n'ayant pas adopté de charte nationale, parmi lesquels l'Australie. L'absence de texte à valeur constitutionnelle ne signifie par ailleurs nullement que les droits reconnus dans les instruments internationaux n'y sont pas protégés. D'ailleurs, il appartient à chaque État de choisir la méthode qu'il juge appropriée pour exécuter sur son territoire ses obligations internationales[2]. Même le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[3] avec lequel la communauté internationale cherchait pourtant à conférer un caractère obligatoire[4] aux droits fondamentaux contenus dans la *Déclara-*

---

1. La République fédérale d'Allemagne a adopté le 23 mai 1949 une constitution (Loi Fondamentale) contenant aux articles 1 à 19 une charte dans laquelle sont reconnus les droits fondamentaux. La Constitution avait déjà fait de même le 27 décembre 1947. Puisque nous étudions la situation d'un pays du Commonwealth, nous pouvons également citer en exemple les pays qui étaient anciennement des colonies britanniques et qui, au moment de leur indépendance, ont pour la plupart enchâssé une charte dans leur constitution largement inspirée de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Parmi plusieurs, notons la *Constitution de la Jamaïque* (ordre en conseil de 1962) qui est entrée en vigueur le 25 juillet 1962 et la *Constitution du Sierra Leone*, annexe II de l'*Ordre en conseil de 1961 relatif à la Constitution du Sierra Leone*, Statutory Instruments, 1961, n° 741 du 14 avril 1961.
2. G.G. PERRIN, *Droit international public*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p. 822.
3. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 *R.T.N.U.* 171 (ci-après cité : « Pacte international »).
4. L'article 2 du Pacte international dispose que les « [É]tats parties [...] s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le [...] Pacte ».

tion universelle des droits de l'homme[5] est soumis à cette règle. Les États signataires se sont engagés « à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du [...] Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le [...] Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur ». Aucune méthode particulière n'a été imposée et chaque pays membre conserve la liberté de choisir les moyens d'application qu'il juge opportuns[6]. Pour se conformer au Pacte international, un État n'est donc pas obligé, et ce n'est de toute façon pas suffisant, de rédiger une charte constitutionnelle, ou un document à valeur supralégislative, reproduisant le contenu des textes internationaux. La protection des droits de la personne doit être véritablement assurée et ne pas demeurer théorique, aussi le Comité des droits de l'homme des Nations unies s'assure-t-il que les justiciables bénéficient véritablement des droits et libertés énoncés dans le Pacte international. Ainsi, le droit à la vie impose aux États une obligation d'enquête efficace devant permettre de reconnaître et de punir les personnes y ayant porté atteinte. Ceux-ci doivent donc adopter les lois nécessaires et mettre sur pied des mécanismes d'enquête pour respecter leurs obligations internationales.

L'Australie a ratifié[7] le Pacte international ainsi que d'autres conventions de protection des droits de la personne. Toutefois, en raison de l'appréhension dualiste des systèmes de droit, aucun traité n'a d'effet direct en droit interne[8]. Le système national demeure imperméable aux normes internationales. Celles-ci doivent être transformées par un acte du Parlement leur accordant le statut de droit interne[9]. Le législateur australien a

5. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. off. A.G. rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948) (ci-après citée : « Déclaration universelle »).
6. COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, « Observation générale 3/13 », dans *Annuaire des droits de l'homme pour 1981*, New York, Nations unies, 1992, p. 263, à la page 263 : « Le Comité note que, d'une manière générale, l'article 2 du Pacte laisse les États parties libres de choisir leur méthode d'application dans leur territoire, dans le cadre fixé par ledit article. Il reconnaît en particulier que l'application ne dépend pas seulement de l'adoption de dispositions constitutionnelles ou législatives qui en elles-mêmes sont souvent intrinsèquement insuffisantes. »
7. L'Australie a signé le Pacte international le 18 décembre 1972. Celui-ci est entré en vigueur le 13 août 1980.
8. G.G. PERRIN, *op. cit.*, note 2, p. 809.
9. En Australie et au Canada, le pouvoir de conclure des traités est une prérogative royale illimitée exercée par le pouvoir exécutif. Voir P. HANKS, *Constitutional Law in Australia*, 2e éd., Sydney, Butterworths, 1996, p. 418 ; M.W. TAYLOR, « Trick or Treaty an Australian Perspective », Toowoomba, University of Southern Queensland, 28 novembre 1996, conférence prononcée devant l'Internationalizing Communities Conference.

choisi d'intégrer les normes internationales par l'entremise de plusieurs lois ordinaires s'appliquant à des situations ou domaines particuliers. L'étude du droit de ce pays permet de constater l'étendue des moyens utilisés par un rédacteur de la tradition de Westminster pour transformer le droit international traditionnel.

Notre étude permet aussi de mesurer l'étanchéité véritable du système dualiste. Une interprétation orthodoxe du principe peut conduire à la conclusion que tout y est binaire, noir ou blanc, qu'il ne peut exister que deux situations quant à l'intégration des textes internationaux : l'incorporation ou l'exclusion. Nous verrons dans le présent article que les intervenants australiens ont fait preuve d'une plus grande créativité, d'où il ressort un caractère beaucoup plus complexe du principe dans le domaine des droits fondamentaux. Nous constaterons que les textes internationaux des droits de la personne peuvent avoir une influence indirecte et guider les rédacteurs nationaux (section 1) aussi bien que les interprètes (section 2). L'existence même de cette influence dans un système réputé hermétique nous force à nous questionner sur la justesse d'une classification bipolaire des relations entre le droit international et le droit national dans le domaine des droits de la personne.

1 L'utilisation des textes internationaux des droits de la personne par le législateur australien

En février 1988, lors d'une conférence organisée par le Secrétariat du Commonwealth, le juge Lallah, de la Cour suprême de Maurice, indiquait

---

Pour le Canada, voir : C. EMANUELLI, *Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, n° 205, p. 90. En raison de la séparation des pouvoirs, les traités ne peuvent avoir d'effet direct en droit interne puisque ce serait permettre au pouvoir exécutif d'exercer un pouvoir législatif. Les textes internationaux signés par ces deux pays doivent être « transformés » par une loi pour avoir une force obligatoire pouvant être sanctionnée par les tribunaux ; *Dietrich* c. *The Queen*, [1992] 177 C.L.R. 292, F.C. No. 92/044 du 13 novembre 1992, par. 17 (J. en chef Mason et J. McHugh) ; C. WARD, « Applicant A v. Minister for Immigration and Ethic Affairs (1997) 142 A.L.R. 331 : Principles of Interpretation Applicable to Legislation Adopting Treaties », (1998) 26 *F.L.R.* 207. La Constitution australienne attribue au Parlement du Commonwealth le pouvoir de légiférer dans le domaine des affaires extérieures : *An Act to constitute the Commonwealth of Australia*, 9 juillet 1900, art. 51 (xxix) (ci-après citée : « Constitution australienne »). Le Parlement fédéral peut utiliser ces pouvoirs pour mettre en application des obligations contenues dans un traité régissant un nouveau domaine non attribué par la Constitution à un palier gouvernemental. Le contenu de la Convention internationale doit être suffisamment clair pour que l'obligation soit reconnaissable. Il ne peut s'agir par exemple d'un simple programme, tel que la promotion du plein emploi : voir M.W. TAYLOR, *loc. cit.*, note 9.

trois méthodes utilisées par les États pour introduire les normes du Pacte international en droit interne :

> (a) Direct incorporation of the rights recognised in the Covenant into what may be called a « bill of rights » in the national legal order ;
>
> (b) Enactment of different legislative measures in the civil, criminal and administrative laws to give effect to the different rights recognised in the Covenant ;
>
> (c) Self-executing operation of the Covenant in the national legal order[10].

Bien que les propos du juge aient porté sur le Pacte international, nous croyons qu'ils s'appliquent également à tous les traités de protection des droits fondamentaux.

La première méthode n'a pas trouvé d'écho en Australie où il n'existe pas de charte de niveau constitutionnel ou législatif des droits fondamentaux, alors que la troisième y est inconnue puisqu'elle est propre aux systèmes monistes de droit[11]. Il reste le deuxième procédé consistant en l'élaboration de plusieurs lois ou dispositions donnant effet aux droits reconnus dans le Pacte.

Le législateur devant adopter diverses lois dans une variété de domaines, la forme pourra également varier. Nous en retiendrons trois :

a) la loi spéciale servant à transformer l'ensemble d'un traité ;

b) la loi spéciale ou générale ayant pour effet de transformer une partie d'un traité ;

c) la loi générale ne faisant aucune mention des textes internationaux dont le législateur s'est inspiré lors de la rédaction[12].

La lecture de cette classification laisse voir le passage du global au particulier et, dans un même temps, le fait que les sources sont de plus en plus difficiles à reconnaître. En effet, si dans la première catégorie le lien existant entre le texte international et la loi nationale est simple à établir, puisque cette dernière n'est adoptée qu'en réaction à la ratification du premier, dans la troisième et dernière catégorie les indications sur la motivation du législateur sont tout simplement absentes.

---

10. R. LALLAH, « International Human Rights Norms », dans Judicial Colloquium in Bangalore, *Developing Human Rights Jurisprudence. The Domestic Application of International Human Rights Norms*, Londres, Commonwealth Secretariat, 1988, p. 1, à la page 20.
11. Précisons que dans les pays de common law les règles de droit international coutumier font partie du droit interne et sont, de ce fait, applicables sans transformation sous certaines réserves. Toutefois, notre propos se limite aux traités internationaux qui nécessitent d'être transformés.
12. Pour une étude sur la situation canadienne, voir : C. EMANUELLI, *op. cit.*, note 9, n°s 202 et 203, p. 88 et 89.

Nous adopterons cette classification pour étudier les lois australiennes servant à transformer les traités internationaux (1.1) et vérifier leur effet véritable pour incorporer les traités (1.2).

1.1 L'influence des normes internationales de protection des droits de la personne sur la rédaction des lois fédérales australiennes

Nous avons établi que les rédacteurs traduisent en trois modèles de lois l'inspiration qu'ils puisent dans les instruments internationaux, allant de l'intégration complète à la reproduction discrète sans référence.

1.1.1 La loi spéciale servant à transformer l'ensemble d'un traité

Cette méthode a pour objet de transformer l'intégralité d'un document international en droit national. Elle ne peut être utilisée dans le cas de tous les textes internationaux pour diverses raisons que nous verrons ci-après.

Le Parlement australien a appliqué cette méthode lors de l'adoption de la *Loi sur la Convention sur le génocide 1949*[13]. Cette dernière est composée de cinq articles et d'une volumineuse annexe reproduisant le texte de la Convention. Il y est prévu que le dépôt d'un instrument de ratification est approuvé[14] ainsi que celui d'un instrument étendant l'application de la Convention sur tous les territoires dont l'Australie est responsable des relations internationales[15]. Aucune des dispositions ne crée de crime en droit australien ni n'établit de mécanisme de mise en application des dispositions de la Convention. Il semble que le but poursuivi avec l'adoption de cette loi ait été principalement de permettre la ratification de la *Convention sur le génocide*. Il paraît ainsi logique de considérer que cette convention n'a pas acquis le caractère de droit interne puisque l'acte de la

13. *An Act to Approve of Ratification by Australia of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and for Other Purposes*, n° 27 de 1949. Il existe aussi au Canada un exemple de loi en vertu de laquelle la ratification d'un traité international est agréée : *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), c. G-3. Le législateur canadien y a spécifié à l'article 2 (1) que « sont approuvées les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre, signées à Genève le 12 août 1949 et reproduites aux annexes I à IV ». L'article 2 (2) fait de même pour le *Protocole additionnel aux conventions relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, Haut Commissariat des Nations unies, 8 juin 1977, et le *Protocole relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, Haut Commissariat des Nations unies, 9 octobre 1981, dont les textes figurent respectivement aux annexes V et VI de la loi. L'expression « approuvée » est d'ailleurs malheureuse, car les conventions ne nécessitaient certainement pas une approbation à ce stade pour entrer en vigueur.
14. *An Act to Approve of Ratification by Australia of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and for Other Purposes*, précitée, note 13, art. 4.
15. *Id.*, art. 5.

ratification ne donne pas force de loi aux instruments internationaux. Le principe demeure même lorsque l'approbation du Parlement a été obtenue[16].

L'absence de transformation de la Convention a d'ailleurs été confirmée récemment par la Cour fédérale d'Australie. Ainsi, selon cette jurisprudence, les termes employés dans une loi doivent être clairs pour que les tribunaux reconnaissent l'intégration en droit national d'une convention internationale[17] ou, tout au moins, pour qu'ils acceptent de sanctionner un crime. La loi nationale doit créer ce dernier et prévoir la sanction applicable[18]. Les tribunaux n'ayant plus le pouvoir en droit australien de concevoir de nouveaux crimes de common law, ils ne peuvent s'inspirer d'un texte international pour obvier au manquement du législateur, même si ledit crime est universellement reconnu et le droit violé de la nature d'un *jus cogens*[19].

Il existe au Québec un exemple de loi déclarant un accord international en vigueur dans la *Loi concernant la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*[20]. Celle-ci est constituée de deux articles. L'essence se trouve dans le premier que nous reproduisons ici : « 1. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, reproduite en annexe, a force de loi au Québec et elle a effet à compter de la date déterminée en application de ses dispositions. »

Le second article désigne le ministre de la Justice comme responsable de l'application. La plus grande partie du contenu de la Loi se trouve en annexe où est reproduite la *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Les termes sont univoques et la volonté du législateur, limpide. Les tribunaux n'ont d'autre choix que d'appliquer la Convention qui, du fait de la loi provinciale, n'est plus texte international mais loi nationale. Le fait qu'elle se trouve en annexe d'une loi composée de deux paragraphes n'y change rien, la *Charte canadienne des droits et libertés*[21] étant d'ailleurs un excellent exemple de l'opposabilité d'un texte ainsi adopté.

---

16. *Buzzacott* c. *Hill, Minister for the Environment et al.*, C.F.A., Sydney (audition à Canberra), n° S23 de 1999, 1er septembre 1999, par. 20 (J. Wilcox).
17. *Ibid.*
18. *Id.*, par. 26 (J. Wilcox).
19. *Id.*, par. 53 et 54 (J. Whitlam).
20. *Loi concernant la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.R.Q., c. C-67.01.
21. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après citée : « Charte canadienne »).

L'utilisation de la méthode consistant à déclarer qu'un traité a force de loi demeure exceptionnelle. Nous n'avons d'ailleurs trouvé en droit australien des droits de la personne qu'un seul exemple peu concluant. Certains législateurs peuvent répugner à son utilisation pour des raisons de logique rédactionnelle. À titre d'exemple, s'il peut être normal d'intégrer en droit national les dispositions de la troisième partie du Pacte international dans lesquels sont énumérés les droits fondamentaux, la nécessité de transformer les articles sur le Comité des droits de l'homme peut poser problème[22].

Nous étudierons maintenant la méthode qui est au contraire la plus utilisée par le Parlement australien.

1.1.2 La loi spéciale ou générale servant à transformer une partie d'un traité avec lequel un lien est établi

L'intitulé même de la présente section indique la distinction que nous établissons avec les lois étudiées précédemment. Il s'agit en effet dans ce qui suit des lois n'ayant pour objet que la transformation d'une partie d'un traité. Nous les avons divisées en deux groupes. Le premier se compose des lois que nous disons « spéciales », puisqu'elles ne sont adoptées que dans le but de transformer les normes internationales, et le second regroupe les lois qui n'ont pas été rédigées dans ce seul but mais dans lesquelles des articles de transformation ont été intégrés. Les deux groupes à l'étude partagent toutefois la caractéristique d'avoir un lien clair avec le texte international dont ils tirent leur source. Il est ainsi possible de trouver une référence dans le titre de la loi, dans l'introduction, dans les articles qui renvoient à certaines dispositions d'un traité ou dans le document international reproduit en annexe.

Cette méthode permet au législateur de jouir d'une grande souplesse. Il peut diviser les obligations contenues dans un seul texte international entre plusieurs lois nationales spécialisées et les transformer à différents moments jugés opportuns pour des raisons politiques[23].

---

22. Le législateur anglais n'a pas jugé bon d'intégrer au droit interne toutes les dispositions de la *Convention européenne des droits de l'homme* dans la *Human Rights Act 1998*, 1998, c. 42. Il a prévu dans l'article 1 (1) a) de cette loi que les droits pouvant être utilisés par les tribunaux sont ceux qui sont contenus dans les articles 2 à 12 et dans l'article 14. Notons que l'article 13 (droit à un recours effectif) ne peut être invoqué par les justiciables.

23. Cette parcellisation est utilisée en Australie et au Canada. Citons en exemple les lois respectives sur les conventions de Genève. Il s'agit en Australie de la loi intitulée *The Geneva Conventions Act 1957-1973*, n° 103 de 1957, et au Canada de la *Loi sur les*

Le degré de précision dans le découpage permis par cette méthode rend possible la transformation d'une fraction d'article. Le législateur australien a adopté la *Loi sur les conduites sexuelles* dont le titre complet est : *An Act to Implement Australia's International Obligations under Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights*[24]. La nécessité d'adopter ce texte est apparue à la suite de la constatation par le Comité des droits de l'homme des Nations unies[25] d'une discrimination fondée sur le sexe créée par une loi tasmanienne interdisant les relations sexuelles anales entre hommes[26]. La Tasmanie ayant tardé à modifier les dispositions de son code criminel, le Commonwealth a réagi avec l'adoption de cette loi fédérale. Malgré ce que peut laisser supposer le titre, la volonté du Parlement n'était pas de transformer tout le contenu de l'article 17 du Pacte international, mais uniquement de permettre les relations sexuelles entre adultes mâles consentants[27].

Il est établi à l'article 4 de la loi fédérale qu'aucune loi fédérale ou étatique ne peut rendre illégal un acte de manière à constituer une interférence arbitraire avec la vie privée *au sens de l'article 17 du Pacte international.* Ce renvoi est d'autant plus intéressant que la notion de « vie privée » n'a pas la même signification dans la common law britannique ou australienne qu'en droit romano-germanique ou tel que cela est entendu dans le Pacte international[28]. La common law protège la vie privée par un ensemble de règles en vue d'assurer que les lieux dont est propriétaire un individu ne sont pas physiquement violés[29]. La seule protection qu'offrait la common

---

Conventions de Genève, précitée, note 13. Malgré les nombreuses obligations contenues dans les conventions, seules certaines dispositions dans lesquelles sont définis les actes répréhensibles ont été instituées en infractions nationales. Les conventions de Genève prévoient aussi, entre autres éléments, que les pays doivent interdire l'utilisation des signes distinctifs de la Croix-Rouge à des fins non admises (*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, (1931-32) 118 R.T.S.D.N. 303, art. 53). Au Canada, les emblèmes de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge sont protégés par l'article 9 (1) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13.

24. *Human Rights (Sexual Conduct) Act 1994*, n° 179 de 1994.
25. *Toonen* c. *Australia*, 5e session, n° 488/1992, 31 mars 1994, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, constatations du Comité des droits de l'hommes des Nations unies.
26. *Criminal Code Act 1924 (Tas)*, loi n° 69 de 1924, art. 122 et 123.
27. *Human Rights (Sexual Conduct) Act 1994*, précitée, note 24, art. 4.
28. P. BAILEY, *Human Rights. Australia in an International Context*, Adelaide, Butterworths, 1990, p. 272.
29. Il existe en Australie une loi concernant la protection de la vie privée (*Privacy Act 1988*, n° 119 de 1988). Malgré son nom toutefois, elle ne protège que les données personnelles détenues par les entreprises.

law était probablement celle qui était rattachée à la notion de propriété qui empêchait, dans une certaine mesure, un policier de pénétrer dans une maison sans invitation pour constater la violation de la loi[30]. Dans ces conditions, il est fort douteux qu'une personne hospitalisée ou résidant pour une nuit dans un hôtel puisse invoquer le droit à la vie privée de la common law pour protéger son intimité[31]. Le renvoi à l'article 17 du Pacte international a eu pour effet de recentrer la protection sur les personnes. En vertu de cette loi, il ne peut exister une loi fédérale, ou étatique, interdisant les relations sexuelles anales entre adultes consentants. Cette protection existe sans égard au lieu des ébats.

Il est également possible que le Parlement du Commonwealth ait jugé bon de citer l'article 17 du Pacte dans le titre de la Loi afin d'en justifier l'adoption. En Australie, le droit criminel est de compétence étatique. En conséquence, le législateur fédéral ne pouvait normalement adopter une loi dans ce domaine qui est hors de son champ d'action. Il est possible de supposer qu'il a tenu à préciser qu'il agissait en vertu de ses pouvoirs dans le domaine des affaires extérieures, et ce, dans le but de donner une assise à la Loi. Il a d'ailleurs été reconnu depuis que l'adoption de cette loi pouvait s'appuyer sur l'article 51 (xxix) de la Constitution[32].

Une transformation parcellaire d'un texte international n'empêche pas le rédacteur de reproduire en annexe la totalité de l'instrument. En Australie, le législateur a toutefois concentré la majorité des conventions sur les droits de la personne dans une seule loi qui constitue la pierre angulaire du système de protection. Il s'est contenté dans les autres textes internes ou

---

30. Par exemple, un policier américain ayant été invité à entrer dans un appartement pour remettre une contravention a découvert deux hommes ayant des relations sexuelles anales dans une autre pièce. Une action a été instituée après dénonciation du policier.
31. P. BAILEY, *op. cit.*, note 28, p. 273.
32. *Report by the Senate Legal and Constitutional Committee. Human Rights (Sexual Conduct) Bill 1994 (December 1994)*, par. 1.72. L'article 51 de la Constitution énumère les pouvoirs du Parlement fédéral :
The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to :
(i.) Trade and commerce with other countries, and among the States :
(ii.) Taxation ; but so as not to discriminate between States or parts of States
[...]
(xxvi.) The people of any race, for whom it is deemed necessary to make special laws
[...]
(xxvii.) Immigration and emigration
[...]
(xxviii.) The influx of criminals
[...]
(xxix.) External Affairs [...].

nationaux d'une annotation indiquant où trouver la reproduction de l'instrument international[33]. L'indication peut même prendre parfois la forme d'une simple note explicative ajoutée en *nota bene* après le texte de l'article[34].

Le texte fondamental de protection des droits fondamentaux en Australie est la *Loi sur la Commission des droits de la personne et de l'égalité des chances*[35]. Elle établit et définit les activités et pouvoirs de la Commission chargée de l'application de nombreuses lois adoptées pour assurer la jouissance des droits de la personne dans le pays[36]. Pas moins de cinq textes internationaux y sont annexés, ce qui témoigne de son caractère particulier[37]. La Commission a notamment pour fonction d'enquêter sur les allégations de violation des droits de la personne[38] et sur la compatibilité des lois ou, lorsqu'un ministre le requiert, des projets de loi avec ces droits[39]. Dans ce dernier cas, elle remet un rapport au ministre sur la compatibilité des lois, dans lequel elle doit faire les recommandations qu'elle juge opportunes pour rendre les textes conciliables[40]. Son rôle n'est donc que consultatif[41].

L'influence du droit international sur les activités de la Commission découle en grande partie de ce que la Loi ne contient aucune définition du contenu des « droits de la personne ». La Loi renvoie en effet à divers textes, et plus particulièrement au Pacte international, et permet en outre à la Commission d'utiliser tout autre instrument international pertinent par rapport au domaine à l'étude[42]. La liberté de la Commission quant au choix

---

33. *Privacy Act 1988*, précitée, note 29 ; *Crimes (Amendment) Ordinance (No. 2) 1990*, n° 2 de 1990.
34. *Civil Evidence Act 1995*, n° 25 de 1995, art. 138.
35. *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986*, n° 125 de 1986 (ci-après citée : « *Loi australienne sur la Commission des droits de la personne* »).
36. *Racial Discrimination Act 1975*, n° 52 de 1975 ; *Sex Discrimination Act 1984*, n° 4 de 1984 ; *Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection Act 1984*, n° 79 de 1984 ; *Disability Discrimination Act 1992*, n° 135 de 1992.
37. *Discrimination (Employment and Occupation) Convention (ILO No. 111), 1958* ; Pacte international ; *Déclaration des droits de l'enfant*, A.G. rés. 1386 (XIV), Doc. N.U. A/4354 (1959) ; *Déclaration des droits du déficient*, A.G rés. 2856 (XXVI), Doc. N.U. A/8429 (1971) ; *Déclaration des droits des personnes handicapées*, A.G. rés. 3447 (XXX), Doc. N.U. A/10034 (1975).
38. *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986*, précitée, note 35, art. 20 (1) b) et 35 (2).
39. *Id.*, art. 11 (1) e) et 31.
40. *Id.*, art. 29 (1) et 35 (1).
41. *Id.*, art. 29 (2) f).
42. *Id.*, art. 3 : « human rights means the rights and freedoms recognized in the Covenant, declared by the Declarations or recognized or declared by any relevant international instrument ».

des instruments est totale. Il paraît logique dans ces conditions de penser que l'influence des traités internationaux sur l'activité de la Commission peut être importante mais variable. Celle-ci n'est pas limitée non plus quant à l'utilisation qu'elle peut faire du droit international. Elle peut donc se laisser guider par la lettre des textes mais aussi par les principes sous-jacents aux documents internationaux. Ainsi, le seul fait qu'il existe plusieurs traités internationaux sur la protection des droits de l'enfant doit déjà orienter les travaux de cet organisme qui prend conscience de l'intérêt universel pour la protection des enfants. Plus indirectement, la capacité pour la Commission de jauger la compatibilité des textes nationaux avec les instruments internationaux force sans doute les rédacteurs des projets de loi à tenir compte de ces dernières avant de soumettre le fruit de leur travail à la Commission pour éviter de subir les affres d'un avis d'incompatibilité.

Une telle description de l'influence du droit international pourrait laisser croire que les documents internationaux sont indirectement intégrés au droit interne avec une valeur supralégislative. Toutefois, nous verrons ci-après que les tribunaux ont jugé qu'ils ne sont pas transformés, ce qui rend leur véritable autorité toute relative.

Le rôle du Pacte international et son influence ont été fondamentaux dans la rédaction de la loi australienne sur la Commission des droits de la personne. On trouvait d'ailleurs dans le préambule de la version de 1981[43] l'attendu suivant :

> WHEREAS it is desirable that the laws of the Commonwealth and the conduct of persons administering those laws should conform with the provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Declaration of the Rights of the Child, the Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons and the Declaration on the Rights of Disabled Persons and other international instruments relating to human rights and freedoms [...].

Cette loi contenait à l'époque trois des quatre modèles de liens avec le droit international dont nous avons fait état : une mention dans les attendus de l'introduction, des renvois dans les articles et divers textes internationaux en annexe.

Il existe même un exemple en droit australien dans lequel le Parlement a accordé, dans une certaine mesure, une valeur prépondérante au texte international dont il s'était inspiré pour la rédaction d'une loi. La *Loi criminelle sur la torture*[44] a été adoptée en 1988 pour transformer les dispositions de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements*

43. *Human Rights Commission Act 1981*, n° 24 de 1981.
44. *Crimes (Torture) Act 1988*, n° 148 de 1988, art. 3.

cruels, inhumains ou dégradants[45]. L'article premier de la Convention dans lequel est définie la torture est reproduit presque *in extenso* dans la Loi. Il est de plus précisé que, sauf si une intention contraire appert du texte de la loi, il faut accorder aux expressions employées dans les deux documents un sens identique, et ce, même en l'absence de définition particulière dans ladite convention[46]. Le législateur australien a subordonné le texte interne au texte international et à ses interprètes puisque la définition des termes de la Loi doit être celle de la Convention, même en l'absence de définition dans le texte. Elle ne peut donc venir que des interprétations faites de l'instrument international.

Le législateur australien n'hésite donc pas à créer ouvertement des liens avec le droit international, offrant de la sorte à l'exégète un outil d'interprétation et de rhétorique. Toutefois, l'utilisation des textes internationaux par les rédacteurs n'est pas toujours synonyme de renvoi ou de citation du texte d'inspiration. Nous verrons en effet dans les lignes qui suivent que le législateur transforme parfois des normes de droit international sans l'indiquer dans la loi.

1.1.3 Une loi pour laquelle le législateur s'inspire d'un traité sans le citer ni le reproduire

Nous avons vu que les législateurs peuvent intégrer les normes internationales dans une loi nationale sans en indiquer la source. Il n'y a d'ailleurs pas toujours lieu de le faire puisque les États ratifient chaque année un nombre important de traités internationaux bilatéraux ou multilatéraux dont certains portent sur des questions techniques[47]. Les États

---

45. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, rés. 39/46, Doc. N.U. A/39/51, p. 197 (1984) (ci-après citée : « Convention contre la torture »).
46. *Crimes (Torture) Act 1988*, précitée, note 44, art. 3.
47. L'Australie est partie à un grand nombre de traités. Pour l'année 1996-1997 seulement, l'État a adopté les lois suivantes pour honorer ses obligations internationales : *Dairy Produce Amendment Act 1996*, n° 3 de 1996 ; *Hazardous Waste (Regulation of Exports and Imports) Act 1996*, n° 7 de 1996 ; *Customs Tariff (Miscellaneous Amendments) Act 1996*, n° 15 de 1996 ; *Primary Industries and Energy Legislation Amendment Act (No. 1) 1996*, n° 18 de 1996 ; *Australian Sports Drug Agency Amendment Act 1996*, n° 20 de 1996 ; *Telecommunications (Carrier Licence Fees) Amendment Act 1996*, n° 26 de 1996 ; *Crimes Amendment (Controlled Operations) Act 1996*, n° 28 de 1996 ; *Australian Law Reform Commission Act 1996*, n° 37 de 1996 ; *Taxation Laws Amendment (International Tax Agreements) Act 1996*, n° 39 de 1996 ; *Mutual Assistance in Criminal Matters Legislation Amendment Act 1996*, n° 40 de 1996 ; *Airports Act 1996*, n° 42 de 1996 ; *Primary Industries and Energy Legislation Amendment Act (No. 2) 1996*, n° 59 de 1996 ; *Workplace Relations and Other Legislation Amendment Act 1996* ; n° 60 de 1996 ; *Law*

parties, sauf précision en ce sens dans le document international, n'ayant pas d'obligation de reproduire les textes internationaux dans leur droit interne, cette méthode suffit à honorer les obligations contractées. Précisons tout de même que cette façon de procéder n'empêche pas le Parlement d'employer les mots ou phrases indiqués dans le texte international.

L'article 23Q de la *Crimes (Investigation of Commonwealth Offences) Amendment Act 1991 (Cth)* est un exemple de transformation « discrète ». Il énonce qu'« une personne sous arrestation doit être traitée avec humanité et avec respect pour la dignité humaine, et ne doit pas être sujette à des traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Or, la même expression se trouve dans l'article 7 du Pacte international et dans de nombreuses chartes des droits, tel le huitième amendement de l'*American Bill of Rights*. Il est donc facile dans ce cas de supposer l'existence d'une influence internationale. Toutefois, et c'est ici la distinction principale par rapport à la méthode précédente, aucune indication n'existe à ce sujet dans le texte de la loi. Si le lien semble clair dans le présent exemple, dans d'autres cas il est impossible de l'établir puisque la loi ne comporte pas les mots employés dans le texte international. Parfois, seul le principe général ayant mené à la rédaction d'un traité servira à inspirer le rédacteur national qui, pour diverses raisons, notamment de logique rédactionnelle ou de style national, ne se servira pas de la formulation internationale.

Comme nous le savons, cette méthode n'est en rien répréhensible quant aux obligations internationales de l'Australie. Elle comporte toutefois le désavantage de compliquer les recherches des plaideurs qui pourraient être tentés d'utiliser le lien existant comme moyen de rhétorique.

En conclusion, l'influence des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux sur la législation australienne est évidente. Le législateur a en effet utilisé ces textes de plusieurs façons démontrant

---

and Justice Legislation Amendment Act 1997, n° 34 de 1997 ; *Telecommunications Act 1997*, n° 47 de 1997 ; *Telecommunications (Carrier Licence Fees) Termination Act 1997*, n° 50 de 1997 ; *Telecommunications (Transitional Provisions and Consequential Amendments) Act 1997*, n° 59 de 1997 ; *International Transfer of Prisoners Act 1997*, n° 75 de 1997 ; *Natural Heritage Trust of Australia Act 1997*, n° 76 de 1997 ; *International Tax Agreements Amendment Act (No. 1) 1997*, n° 80 de 1997 ; *Environment, Sport and Territories Legislation Amendment Act 1997*, n° 118 de 1997 ; *Fisheries Legislation Amendment Act 1997*, n° 120 de 1997 ; *Carriage of Goods by Sea Amendment Act 1997*, n° 123 de 1997 ; *Multilateral Investment Guarantee Agency Act 1997*, n° 126 de 1997 ; *International Monetary Agreements Amendment Act 1997*, n° 127 de 1997 ; *Transport Legislation Amendment (Search and Rescue Service) Act 1997*, n° 130 de 1997 ; *Foreign Affairs and Trade Legislation Amendment Act 1997*, n° 150 de 1997 ; *Customs Tariff Amendment Act (No. 2) 1997*, n° 192 de 1997.

que le cadre législatif dualiste ne limite pas les possibilités rédactionnelles. Pour qui veut faire preuve d'une certaine originalité, il est même possible de soutenir l'idée opposée puisque le Parlement, étant omnicompétent, peut agir suivant son gré. Il peut ainsi ordonner à un organe de tenir compte dans ses travaux de textes qui ne peuvent être ratifiés par l'Australie. Les systèmes dualistes de droit ne se caractérisent donc pas par la fermeture au droit international et par l'absence d'utilisation des textes internationaux, mais plutôt par le contrôle complet conservé par le Parlement sur leur utilisation.

Après avoir fait cette constatation, nous devons toutefois vérifier les effets que les liens ont créés entre les textes nationaux et internationaux. Est-il possible de considérer que le document auquel le renvoi est fait est intégré au droit australien ? L'opération ainsi réalisée peut-elle être qualifiée de transformation ? Certaines méthodes de rédaction permettent-elles une plus grande utilisation du texte international ayant servi de guide ?

1.2 La portée des méthodes utilisées par le législateur australien

En Australie, comme au Canada, peu importe le type de loi dont il est question, certains principes demeurent. En premier lieu, seule la loi peut être appliquée par les tribunaux nationaux. S'il y a incompatibilité entre les deux textes, la loi prévaudra, et ce, même s'il appert qu'elle avait pour finalité de transformer le texte international auquel elle s'oppose. *A fortiori*, la loi nationale aura préséance sur le texte international lorsqu'elle le prévoit clairement[48].

Le droit international ne s'impose donc pas au droit interne d'une façon mécanique comme le font les lois à l'égard des règlements[49]. Le Parlement est omnicompétent et le demeure même lorsqu'une loi a été adoptée pour intégrer dans la législation nationale un droit reconnu dans un document international. Le législateur peut donc à tout moment modifier sa loi, lors même qu'elle deviendrait de ce fait incompatible avec le traité[50]. Il serait inconstitutionnel pour les tribunaux d'adopter un principe d'interprétation suivant lequel les lois doivent respecter les principes des traités internationaux mis en application par des lois antérieures[51]. Le Parlement ne pouvant se lier pour le futur, il ne peut abandonner ses pouvoirs

48. *Chu Kheng Lim and Others* c. *The Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs and Another*, [1992] 176 C.L.R. 1 F.C. 92/051, par. 36 (J. Toohey).
49. *Sinanovic* c. *The Queen*, [1998] H.C.A. 40.
50. *Chu Kheng Lim and Others* c. *The Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs and Another*, précité, note 48, par. 52 (J. McHugh).
51. *Ibid.*

en transformant un document international. La Haute Cour d'Australie a jugé que le Parlement peut modifier comme il l'entend une loi ayant été adoptée en vertu du pouvoir de légiférer dans le domaine des affaires étrangères, puisque les lois d'application n'ont pas à transformer l'ensemble de l'instrument international dont elles s'inspirent[52].

La référence ou la reproduction d'un traité international en annexe d'une loi ne le transforme pas en droit national. Les droits dont jouissent les justiciables sont ceux qui sont reconnus dans la loi. Le traité ne peut servir de base à une action en justice. Cela ne signifie toutefois pas qu'il soit sans utilité pour les tribunaux. Ceux-ci doivent favoriser une interprétation compatible avec les obligations internationales issues des traités auxquels le pays est partie[53], tout au moins lorsque le texte national ou interne a été adopté après la ratification du document international ou en réaction à celle-ci. Il existe en effet une présomption que le Parlement veut respecter les obligations internationales liant le pays. Même en l'absence de directive dans la loi, les juges peuvent utiliser les instruments internationaux pour interpréter les textes internes reproduisant les mêmes mots[54]. Ils peuvent se servir de normes de droit international des droits de la personne lors de l'interprétation des textes de loi ou des normes secondaires qu'ils considèrent comme « ambiguës ». La Haute Cour a même invité les tribunaux inférieurs à ne pas être trop exigeants sur le caractère « ambigu » d'une disposition interne pour faire usage des normes internationales dans leur interprétation[55] afin d'assurer, autant que faire se peut, la compatibilité entre les deux niveaux de lois. Dans le cas particulier du Pacte international, les tribunaux peuvent même s'appuyer sur les décisions du Comité des droits de l'homme[56]. Il demeure qu'ainsi formulé ce principe n'est qu'un canon d'interprétation et n'a pas pour effet de transformer les traités en droit national[57].

En pratique, la connaissance du juge ou du plaideur de cette similitude des termes ou du lien existant entre la loi et le document international peut être un facteur important de l'utilisation des traités internationaux. Le travail est naturellement facilité lorsque le traité est reproduit en annexe,

---

52. *Id.*, par. 54 (J. McHugh).
53. S. GARKAWE, « The Criminal Justice System ; International Influences », (1997) 70 *Reform* 9.
54. *Qantas Airways Limited* c. *Christie*, [1998] H.C.A. 18 (J. en chef Brennan, JJ. Gaudron, McHugh, Gummow et Kirby).
55. *Id.*, par. 28.
56. *Director of Public Prosecutions* c. *B*, [1998] H.C.A. 45, par. 3 (J. Kirby).
57. *Qantas Airways Limited* c. *Christie*, précité, note 54, par. 27.

mais il peut être plus difficile lorsque la loi ne contient aucune mention particulière. Il appartiendra à l'exégète d'effectuer les recherches nécessaires. Dans ce cas, l'utilisation du traité international sera tributaire de la sensibilité de l'avocat à la chose internationale, à ses talents de chercheur et aux moyens physiques et financiers dont il dispose pour effectuer le travail. Il n'y aura de plus aucune certitude que le juge acceptera de considérer la norme internationale et, le cas échéant, de l'appliquer. Dans un système dualiste, les juges ne sont pas à l'aise lors de l'emploi de normes réputées issues d'un système extérieur et qui ne constituent pas du droit national.

Même lorsqu'une loi australienne indique dans son préambule qu'il est souhaitable pour les décideurs d'appliquer les normes internationales des droits de la personne, il n'y a pas intégration des textes internationaux qui y sont cités. Cette formulation ne crée pas d'obligation de se conformer aux dispositions des traités énumérés[58].

Force est de conclure que le système juridique australien demeure dualiste. L'utilisation régulière des textes internationaux et les importants renvois à ces documents contenus dans les lois prouvent toutefois une volonté du législateur de tenir compte des normes internationales de protection des droits de la personne. Il semble que les tribunaux aient compris cette volonté puisqu'ils ont établi une présomption suivant laquelle le Parlement voudrait rédiger des lois compatibles avec les traités internationaux[59]. Il demeure que l'influence des documents internationaux repose en partie sur des principes d'interprétation des lois. Il nous faut donc nous tourner vers les exégètes pour connaître l'utilisation véritable qui est faite du droit international.

2 L'influence des textes internationaux sur les décideurs australiens

Nous employons l'expression « décideurs » parce que nous étudierons dans les pages qui suivent l'influence des textes internationaux sur les personnes devant apprécier le droit national. Nous trouverons naturellement dans cette catégorie les tribunaux judiciaires qui sont les premiers interprètes de la loi, mais nous nous attarderons également sur divers corps de l'Administration dont les activités peuvent avoir une influence plus ou moins directe sur les droits fondamentaux des individus.

---

58. *Kioa* c. *West*, [1985] 159 C.L.R. 550, par. 21.
59. *Supra*, note 5 et suiv.

2.1 Les textes internationaux et les actes de l'Administration

Nous distinguons deux catégories d'organes de l'Administration dont l'activité est susceptible d'atteindre les droits fondamentaux de la personne. La première catégorie n'agit qu'indirectement sur les justiciables puisqu'elle se compose des corps consultatifs dont l'application des conclusions repose sur la volonté d'un corps politique. La seconde catégorie, par contre, agit directement sur les droits des personnes puisqu'elle regroupe les tribunaux administratifs.

Les activités de tous ces corps ont en commun d'être régies par la loi et par la jurisprudence développée par les tribunaux judiciaires, qui contient aussi des normes qu'ils doivent respecter sous peine de voir leurs jugements annulés. En conséquence, l'utilisation du droit international par les organes de l'Administration peut être imposée par la loi et la jurisprudence des tribunaux judiciaires.

2.1.1 Les lois contenant des instructions sur les critères devant être considérés par certains organes administratifs

La situation la plus simple est celle où le texte de loi prévoit une obligation pour les fonctionnaires de considérer les instruments internationaux dans leur processus décisionnel. Certaines lois se limitent toutefois à offrir cette possibilité. Ainsi, le commissaire aux affaires sociales des aborigènes et Torres doit tenir compte dans ses fonctions, s'il le juge approprié, de la Déclaration universelle, du Pacte international, du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*[60], de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*[61], de la *Convention relative aux droits de l'enfant*[62] et de tout autre instrument concernant les droits de la personne qu'il juge pertinent[63]. Les termes employés offrent une grande liberté à ce commissaire. Cette possibilité qui lui est donnée d'utiliser les traités internationaux s'inscrit dans une certaine logique puisqu'il est membre de la Commission sur les droits de la personne et de l'égalité des chances[64]. Les autres fonctions du

60. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 999 *R.T.N.U.* 171.
61. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, (1969) 660 *R.T.N.U.* 195.
62. *Convention relative aux droits de l'enfant*, A.G. rés. 44/25, annexe, Doc. N.U. A/44/49 (1989).
63. *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986*, précitée, note 35, art. 46c (4) a) et b).
64. *Id.*, art. 8.

commissaire consistent principalement à soumettre au ministre chaque année un rapport sur la jouissance et l'exercice des droits fondamentaux des aborigènes dans lequel il devra faire part de ses recommandations sur les mesures à prendre pour leur en assurer la jouissance[65]. Il doit également rédiger un rapport sur le contenu des règlements qui doivent reconnaître aux aborigènes la jouissance de leurs droits fondamentaux[66].

La Commission de révision des lois est un autre organe australien à qui une mission de révision des lois australiennes a été attribuée. Elle doit s'assurer au cours de ses travaux que les textes de loi, les projets de loi et les recommandations ne violent pas les droits et libertés ni ne les rendent indûment dépendants des décisions de l'Administration plutôt que des tribunaux judiciaires[67]. Elle doit également vérifier que les textes sont, autant que faire se peut, compatibles avec les obligations internationales pertinentes de l'Australie[68], et plus particulièrement avec le Pacte international[69]. Elle remet, au terme de ses études et analyses, un rapport au procureur général dans lequel elle peut inclure les recommandations qu'elle juge opportunes[70].

Tous ces organes ont en commun de bénéficier pour leur travail d'une grande latitude dans le choix des instruments internationaux. Ils n'ont toutefois aucune obligation d'y recourir. Également, ils remettent leur rapport à un corps politique qui demeure naturellement libre de faire siennes les conclusions. La liberté des destinataires est d'autant plus grande que les obligations légales de publier le rapport sont minimales. Ainsi, la Commission sur la réforme du droit doit remettre au procureur général chacune de ses expertises qui doivent être mises à disposition dans chaque chambre du Parlement. De plus, les discussions des membres des commissions ayant précédé la rédaction du rapport sont secrètes. Il est donc impossible de savoir s'ils ont utilisé les textes internationaux et, le cas échéant, de quelle façon.

La loi australienne comporte un autre exemple de référence aux textes internationaux de nature à toucher directement les droits des individus. Il est permis au ministre des Affaires étrangères de refuser ou de retirer un passeport à une personne qui contreviendrait aux droits et libertés d'autrui reconnus dans le Pacte international[71]. À l'instar de ce que nous avons vu

65. *Id.*, art. 46 G (1) a).
66. *Id.*, art. 46 G (1) d).
67. *Australian Law Reform Commission Act 1996*, précitée, note 47, art. 24 (a).
68. *Id.*, art. 24 (2).
69. *Id.*, art. 24 (1) b).
70. *Id.*, art. 21 (2).
71. *Passports Act 1938*, n° 15 de 1938, art. 7 et 8.

précédemment, l'exercice de cette possibilité offerte au ministre est discrétionnaire. Dans ce cas particulier, le pouvoir accordé relève autant de la protection de l'ordre public que de la protection des droits et libertés des tiers. Il y a de plus de fortes chances pour que w‡s derniers résident à l'extérieur du territoire national puisque les passeports servent normalement lors des voyages à l'étranger.

Il n'existe pas de loi exigeant des tribunaux administratifs ou des organes de l'Administration qu'ils utilisent les normes internationales de protection des droits de la personne. Seules quelques lois prévoient pour certains organismes une possibilité de faire usage des textes internationaux, cette faculté semblant plus impérative dans le cas de la Commission de révision des lois. Il est tout de même possible de supposer que la Commission australienne des droits de la personne, dont la tâche consiste à protéger les droits fondamentaux, se sert largement des instruments internationaux. Quoi qu'il en soit, dans tous les cas le rôle de l'organe visé n'est que consultatif. De plus, même si les fonctions de ces corps sont importantes, leur nombre demeure limité par rapport à la quantité de personnes dont les tâches consistent à définir les droits des individus.

Nous devons donc vérifier si la jurisprudence des tribunaux judiciaires, et plus particulièrement de la Haute Cour d'Australie, a créé une obligation plus contraignante pour les tribunaux administratifs d'utiliser le droit international.

2.1.2 Les tribunaux administratifs et l'attente légitime des administrés

La Haute Cour a institué en obligation pour les décideurs de tenir compte des textes internationaux des droits de la personne signés par l'Australie, même s'ils n'ont pas été ratifiés. La majorité des juges de la Haute Cour ayant siégé dans l'affaire *Teoh*[72] a décidé qu'il est légitime pour les justiciables de penser que l'Administration tiendra compte des traités internationaux signés par leur pays. Les juges ont estimé que la signature d'un texte international n'est pas un acte stérile et que des effets doivent en découler, même en l'absence de ratification ou d'intégration au droit national. Les juges de la Haute Cour accordent d'ailleurs une valeur particulière à la signature des traités dans le domaine des droits fondamentaux universellement reconnus[73]. La signature d'un document équivaut à une déclaration à l'égard de la communauté internationale et de la population

72. *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs* c. *Ah Hin Teoh*, F.C. No. 95/013 [1995] 128 A.L.R. 353 (ci-après cité : « affaire *Teoh* »).
73. *Id.*, par. 34 (J. en chef Mason et J. Deane).

nationale, selon laquelle l'exécutif et ses agents se conformeront à ses dispositions[74]. Cette expression de volonté peut justifier, en l'absence de loi ou d'indications contraires, une attente légitime chez les justiciables que l'État et ses agents, y inclus les tribunaux administratifs, s'y conformeront[75]. Pour en juger, il faut évaluer objectivement le comportement de l'autorité ou du gouvernement et les espoirs qu'il a pu faire naître. L'appréciation ne se fait donc pas à l'échelle de l'individu en cause, qui n'est pas tenu d'avoir une connaissance particulière des documents signés par le pays[76]. Ainsi, lorsqu'une décision concerne un enfant, il est légitime de croire qu'un décideur tiendra compte de son intérêt supérieur tel que cela est prévu dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*[77] des Nations unies.

Précisons que l'« attente légitime » ne signifie pas que les textes internationaux s'imposent aux décideurs ou encore moins, comme un auteur l'a prétendu, qu'ils sont incorporés indirectement au droit interne[78]. Il n'est pas possible de considérer qu'il y a transformation de l'ensemble des textes signés par l'Australie, ce qui est d'ailleurs une prérogative appartenant au pouvoir législatif[79]. Il demeure que les décideurs doivent en tenir compte lorsque les textes sont pertinents. S'ils envisagent de ne pas appliquer la norme internationale, les décideurs doivent également, en vertu de l'équité procédurale, notifier cette éventualité au justiciable et lui accorder la possibilité de faire valoir ses arguments[80]. S'il semble ainsi clair que les juges de la Haute Cour ont voulu accorder une valeur aux documents internationaux des droits de la personne dans le droit interne, il appert également qu'ils ont été conscients de ne pouvoir légiférer à la place du législateur. Pour contourner cette limite, ils ont établi une obligation procédurale en vertu de laquelle le décideur doit accorder la possibilité au justiciable d'exposer ses arguments. Néanmoins, le tribunal administratif n'est pas tenu d'appliquer le droit international et il peut décider de ne pas suivre les

74. *Ibid.*
75. *Id.*, par. 34 (J. en chef Mason et J. Deane) et par. 29 (J. Toohey).
76. *Ibid.*
77. *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986*, précitée, note 35.
78. J.-F. FLAUSS, « L'incorporation indirecte des traités de protection des droits de l'homme. Évolutions récentes en Australie et en Grande-Bretagne », (1997) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 35-40.
79. Affaire *Teoh*, précitée, note 72, par. 36 (J. en chef Mason et J. Deane).
80. *Id.*, par. 37 (J. en chef Mason et J. Deane et par. 7 (J. Gaudron). Sur ce point, le juge McHugh, minoritaire, a considéré qu'il n'y avait pas nécessité pour le décideur d'avertir le justifiable qu'il n'entend pas appliquer une règle internationale en l'absence de comportement de sa part ayant pu laisser entendre qu'il le ferait (par. 29 et 30 de ses motifs).

prétentions du justiciable, et ce, même dans l'éventualité où il est convaincu de leur justesse. Le seul droit s'imposant aux tribunaux administratifs demeure le droit national.

L'arrêt *Teoh* a suscité de vives réactions en Australie. Le gouvernement a même présenté un projet de loi pour renverser le principe établi dans cette affaire[81]. Il considérait que le flou créé ne permettrait pas aux décideurs de juger lesquels des 920 traités signés étaient pertinents pour leur décision[82]. Le projet de loi n'a toutefois pas été adopté et l'arrêt *Teoh* représente l'état du droit[83].

Nous en concluons donc qu'en Australie les textes internationaux des droits de la personne peuvent avoir une influence directe sur les décisions des tribunaux administratifs dès leur signature. Nous avons repéré deux sources créant des obligations différentes. En premier lieu, certaines lois offrent la possibilité à des organes particuliers d'utiliser les textes qu'ils jugent appropriés. Nous avons toutefois évalué que la portée de cette obligation est minimale. La seconde source d'influence des textes internationaux est l'arrêt *Teoh* dans lequel la Haute Cour a établi l'existence d'une attente légitime des justiciables suivant laquelle les agents de l'État agiront dans le respect des traités signés. Il est possible de mettre en évidence trois différences entre cette doctrine de la Haute Cour et les lois dont nous venons de faire état dans lesquelles le législateur offrait une possibilité à des organes désignés : premièrement, le champ d'influence de la doctrine concernant l'affaire *Teoh* est plus large puisque celle-ci s'impose à tous les tribunaux administratifs ; deuxièmement, elle est toutefois plus restreinte en ce qu'elle ne concerne que les textes internationaux signés, alors que, théoriquement, le législateur peut ordonner à un organe de tenir compte d'un document que le pays ne peut ratifier ; et, troisièmement, elle est d'une nature différente puisqu'elle n'impose officiellement qu'une obligation procédurale. Il est certainement possible de considérer que la Haute Cour, en développant le principe de l'attente légitime, a atteint les limites que lui impose son rôle d'exégète des lois. Pour compléter notre analyse sur les décideurs australiens, nous étudierons maintenant l'utilisation faite des textes internationaux par les tribunaux judiciaires.

---

81. *Administrative Decisions (Effect of International Instruments) Act 1995*, n° 81 de 1995.
82. M.W. TAYLOR, *loc. cit.*, note 9.
83. *Ibid.*

2.2 Les tribunaux judiciaires et les textes internationaux

La situation des tribunaux diffère de celle des autres décideurs en ce qu'ils sont exégètes et sources de droit en même temps. Ils doivent interpréter la législation et développer la common law. Le pouvoir des tribunaux n'est toutefois pas indéfini puisqu'il est soumis aux limites imposées par le législateur et par la Constitution. L'influence des textes internationaux sur leur activité d'interprète découle, à l'instar de celle des tribunaux administratifs, de deux sources différentes qui sont les textes de loi et la jurisprudence.

2.2.1 Les lois contenant des instructions sur l'utilisation des normes internationales des droits de la personne

À cet égard, la situation des prétoires ne diffère pas de celle des décideurs administratifs. Certaines lois leur ordonnent de tenir compte de textes internationaux particuliers dans des contextes définis.

La *Loi sur la preuve*[84] prévoit que les tribunaux doivent exclure une preuve obtenue en violation de la loi australienne, sauf lorsque le poids des avantages découlant de l'admission est supérieur à celui des inconvénients. Cette loi retient plusieurs critères devant guider les juges. Ils doivent tenir compte de la valeur probante de la preuve et de son importance dans la procédure. Il leur faut également apprécier la gravité de la violation de la loi et son caractère volontaire ou insouciant. Ils peuvent aussi vérifier si le procédé d'obtention de la preuve violait un droit protégé par le Pacte international. Enfin, ils doivent s'assurer qu'il était impossible ou particulièrement difficile d'obtenir la preuve sans contrevenir aux lois australiennes[85].

Une preuve n'est pas automatiquement soustraite du dossier lorsque le juge conclut qu'elle a été obtenue en violation d'un droit reconnu dans le Pacte international. Il ne s'agit que d'un élément dont la cour doit tenir compte. La situation est donc semblable à celle des tribunaux administratifs puisque, en définitive, le poids véritable de l'argument pourra varier d'un juge à l'autre. De plus, les tribunaux ne sont pas tenus de suivre les normes internationales. Les traités internationaux de protection des droits de la personne sont, dans ce contexte, plus un instrument de rhétorique utilisé par le plaideur pour influencer le juge, ou dont ce dernier peut se servir pour justifier ses conclusions, qu'un élément prépondérant guidant le processus décisionnel.

---

84. *Civil Evidence Act 1995*, précitée, note 34, art. 138.
85. *Id.*, art. 138 (3).

En conclusion, il n'existe aucune obligation légale pour les tribunaux d'utiliser les traités internationaux puisqu'ils ne sont pas automatiquement intégrés au droit national. La *Loi sur la preuve* comporte bien sûr une possibilité pour les juges pénaux d'utiliser le Pacte international. Toutefois, la contrainte est minimale et l'influence du document international, incertaine. L'influence potentielle des textes internationaux sur les tribunaux ne peut donc découler que de la jurisprudence, et plus particulièrement des principes qu'ils ont établis pour l'interprétation des lois.

2.2.2 Les conventions internationales et l'interprétation du droit national

En raison du principe de la séparation des pouvoirs, les tribunaux reconnaissent le pouvoir supérieur du législateur d'édicter les lois. Les juges ne se sont pas accordé le pouvoir d'invalider les lois validement adoptées, sauf lorsqu'il y a transgression apparente d'une interdiction ou d'une garantie constitutionnelle. Il existe d'ailleurs une forte présomption *juris temtum*[86] de validité des lois. Même la common law, pourtant développée par les juges, ne peut être renversée par les tribunaux pour des raisons d'opportunité. Cette règle s'applique aussi aux principes importés du droit britannique lors de la colonisation qui ne peuvent être rejetés sous prétexte qu'ils ne répondent plus aux besoins du pays et de la société actuelle[87]. Seules les règles de common law dont l'objet était propre aux conditions de l'Angleterre peuvent être écartées par un juge. Dans les autres cas, il appartient au Parlement de légiférer pour adapter les normes à la réalité présente[88].

À l'heure actuelle, il n'existe aucune obligation pour la common law de se conformer au droit international. Il faut toutefois reconnaître l'existence d'une influence des textes internationaux des droits de la personne[89]. La Haute Cour a indiqué que la common law d'Australie doit être développée ou ré-exprimée de manière à être conciliée avec les normes internatio-

86. *Dowal* c. *Murray*, [1978] 143 C.L.R. 410, 428 (J. en chef A. Gibbs et JJ. Stephen, Jacobs, Murphy et Aickin).
87. *Id.*, par. 18. Dans cet arrêt, un juge dissident a considéré que la Haute Cour devait abandonner la notion de « mort civile » en vertu de laquelle un prisonnier condamné à certains types de peine ne peut ester en justice. Le juge Murphy a cité la Convention européenne et la Déclaration universelle pour considérer que les tribunaux qui avaient créé cette norme de common law pouvaient l'abolir puisqu'elle viole les droits fondamentaux de la personne.
88. *Dugan* c. *Mirror Newspapers Ltd.*, [1978] 142 C.L.R. 583, par. 5 (J. Gibbs).
89. *Mabo and Others* c. *Queensland (No. 2)*, [1992] 175 C.L.R., par. (J. Brennan); *Environment Protection Authority* c. *Caltex Refining Co. Pty. Limited*, [1993] 178 C.L.R. 477 F.C. 93/058, par. 34 (J. en chef Mason et J. Toohey).

nales des droits de la personne contenues dans les traités internationaux et la jurisprudence des organes les interprétant[90]. Cette recherche de compatibilité s'applique également lorsque la common law est incertaine[91]. La Haute Cour juge même qu'une règle de common law qui établit une discrimination injustifiée dans la jouissance des droits civils et politiques reconnus universellement doit être reconsidérée[92]. Cette cour a ainsi accepté de reconnaître les titres de propriété séculaires des aborigènes sur une île australienne en renversant un principe de common law suivant lequel les terres acquises lors d'une colonisation étaient *terra nullius* et, de ce fait, propriété de la Couronne. Les justifications ayant pu être avancées à l'époque de la colonisation n'ont plus cours aujourd'hui et ne peuvent qu'être jugées injustes et discriminatoires[93].

Des principes similaires existent pour l'interprétation des lois. Les tribunaux peuvent évaluer l'opportunité d'utiliser les textes internationaux en vérifiant la nature de la règle internationale, son degré d'acceptation par la communauté internationale, le but qu'elle poursuit et les liens qui peuvent exister avec le droit national[94]. Toutefois, les tribunaux doivent agir avec circonspection quand le Parlement n'a pas jugé nécessaire d'introduire les dispositions d'un traité en droit interne[95]. Le développement du droit opéré par les tribunaux ne doit pas servir à introduire subrepticement des normes internationales rejetées par le pouvoir législatif. Dans l'éventualité où les tribunaux constatent une incompatibilité entre un instrument international et un texte législatif, ils ne pourront qu'attirer l'attention du législateur sur la situation pour qu'il y obvie.

La possibilité d'utiliser le droit international comme outil d'interprétation a été acceptée plus rapidement pour les textes statutaires que pour la common law. Au départ, certains juges de la Haute Cour distinguaient entre ces deux sources de droit et hésitaient à se servir des instruments internationaux pour interpréter la common law alors qu'ils admettaient l'existence d'un principe à cet effet pour les lois[96]. La situation a nettement évolué depuis le milieu des années 90 et les doutes se sont écartés. Le juge

---

90. *R.* c. *Swaffield*; *Pavic* c. *The Queen*, [1998] H.C.A. 1.
91. *Environment Protection Authority* c. *Caltex Refining Co. Pty. Limited*, précité, note 89, par. 19 (J. en chef Mason et J. McHugh); *Dietrich* c. *The Queen*, précité, note 9, 360 (J. Toohey).
92. *Mabo and Others* c. *Queensland (No. 2)*, précité, note 89, par. 42 (J. Brennan).
93. *Ibid.*
94. Affaire *Teoh*, précitée, note 72, par. 28 (J. en chef Mason et J. Deane).
95. *Qantas Airways Limited* c. *Christie*, précité, note 54.
96. *Dietrich* c. *The Queen*, précité, note 9, par. 24 (J. Dawson); *contra* : dans le même arrêt, le juge Toohey au paragraphe 24 de ses motifs.

Kirby de la Haute Cour en est même à proposer qu'il soit maintenant possible pour les juges de prendre connaissance d'office des traités internationaux, et plus particulièrement de ceux qui relèvent du domaine de la protection des droits de la personne auxquels l'Australie est partie[97]. Ce principe aurait pour effet de mettre les tribunaux judiciaires dans une position à peu près similaire à celle qu'ils ont créée pour les tribunaux administratifs avec l'adoption du principe de l'« attente légitime[98] ».

Sans vouloir déconsidérer le travail effectué par les tribunaux australiens, nous devons toutefois souligner que la recherche de compatibilité avec les textes universels de protection des droits fondamentaux s'explique partiellement par la possibilité pour le pays d'être condamné sur la place publique internationale et les arrêts de la Haute Cour commentés dans un forum international[99].

Ces principes étant établis, nous verrons maintenant l'utilisation véritable qui est faite par les tribunaux australiens des textes internationaux[100].

Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour comprendre que les traités internationaux peuvent être utilisés de deux façons par les cours nationales. En premier lieu, les juges peuvent tirer profit de l'existence même d'un traité pour étayer leur argumentation. Ils traitent alors de l'objet du texte plutôt que de la lettre. À l'inverse, les tribunaux nationaux peuvent employer le contenu du document en citant des dispositions précises comme ils le feraient pour toute autre loi.

Les juges de la Haute Cour pratiquent les deux méthodes. D'abord, ils citent régulièrement les instruments internationaux pour souligner l'importance du sujet ou du droit dont ils traitent. Ils veulent de la sorte faire ressortir le caractère particulier de la matière en montrant que les États membres de la communauté internationale ont rédigé un ou des textes dans le domaine. La Haute Cour fait ainsi appel aux instruments internationaux pour souligner l'importance des droits de la personne en général[101]. À d'autres occasions, les juges cherchent à démontrer que le droit national partage les valeurs de certains instruments internationaux. La Haute Cour a souligné que le droit australien, à l'instar de certains documents

97. *AMS* c. *AIF et AIF* c. *AMS*, [1999] H.C.A. 26 (J. Kirby).
98. *Supra*, note 73 et suiv.
99. *Mabo and Others* c. *Queensland (No. 2)*, précité, note 89, par. 42 (J. Brennan).
100. Précité, note 90 ; *Mabo and Others* c. *Queensland (No. 2)*, précité, note 89, par. 42 (J. Brennan) ; *Chakravarti* c. *Advertiser Newspapers Limited*, [1998] H.C.A. 37 (J. Kirby).
101. *Koowarta* c. *Bjelke-Petersen*, [1982] 153 C.L.R. 168, par. 38 (J. en chef Gibbs) ; *Chakravarti* c. *Advertiser Newspapers Limited*, précité, note 100.

internationaux, cherche à protéger la dignité humaine[102]. Ce genre d'étude ne conduit pas toujours à l'élargissement des droits de la personne dans le pays. La Haute Cour peut parfois avoir recours aux instruments internationaux pour justifier le bien-fondé des limites prévues par le droit interne. Dans ce cas, le recours au droit international s'accompagne souvent d'une étude de droit comparé[103]. Le but est alors de démontrer l'existence de limitations similaires des droits fondamentaux dans d'autres États démocratiques[104].

Malgré les principes d'interprétation qu'ils ont établis, les juges n'utilisent les instruments internationaux que dans peu de domaines. Un des plus réguliers est le droit à un procès équitable. Bien qu'il soit protégé par la common law et que le principe semble *a priori* clair, il n'existe que peu d'arrêts australiens contenant une définition exhaustive de son contenu. Les instruments internationaux, tels que la Convention européenne et le Pacte international, de même que certaines chartes nationales ont servi aux tribunaux australiens pour en définir la substance[105]. Dans un des arrêts clés en ce domaine, la Haute Cour a dû définir dans quelle mesure la common law protège le droit à la représentation par un avocat. Pour ce faire, la Haute Cour a analysé de nombreux instruments internationaux et étrangers. Elle en a conclu que le Comité des droits de l'homme des Nations unies considère que les accusés ont le droit d'être assistés gratuitement par un avocat dans les affaires pouvant être sanctionnées par la peine capitale[106], alors que la Cour européenne des droits de l'homme juge qu'il faut accorder une attention particulière aux faits de l'espèce pour évaluer les exigences des « intérêts de la justice[107] ». Faisant un choix entre ces deux positions, la Haute Cour a choisi d'aligner la common law australienne sur la jurisprudence de la Cour européenne[108]. Ainsi, en Australie, la nomination d'office d'un avocat par un tribunal repose sur les faits de la cause et sur la constatation que l'accusé ne pourrait pas bénéficier d'un procès équitable sans son assistance. Il n'existe pas de droit à la représentation par un avocat d'office aux frais de la société mais un droit à un procès équitable

102. *Secretary, Department of Health and Community Services* c. *J.W.B. and S.M.B. (Marion's case.)*, [1992] 175 C.L.R. 218 F.C. 92/010, par. 6 (J. Brennan, dissident).
103. Voir, entre autres, *Australian Capital Television Pty. Limited and Others and the State of New South Wales* c. *The Commonwealth of Australia and Another*, [1992] 177 C.L.R. 106 F.C. 92/033, par. 18 (J. en chef Mason), par. 40 (McHugh).
104. *Id.*, par. 40 (J. McHugh).
105. *Dietrich* c. *The Queen*, précité, note 9, par. 8 (J. en chef Mason et J. McHugh).
106. *Id.*, par. 20 (J. en chef Mason et J. McHugh).
107. *Ibid.*
108. *Ibid.*

dont une des facettes est la nomination éventuelle d'un procureur[109]. Dans les affaires de crimes graves, sauf situation exceptionnelle, le procès ne devrait pas se poursuivre sans l'assistance d'un conseiller juridique. Dans les dossiers de délits graves, un délai devrait être accordé pour permettre l'obtention du ministère d'un représentant légal[110].

À cet égard, plusieurs points de l'affaire *Dietrich* méritent d'être soulignés. Premièrement, la Haute Cour a accepté de modifier la common law. S'il s'agit d'un domaine qui lui est propre, soit le fonctionnement de la justice, il n'en demeure pas moins que la décision prise a des répercussions pécuniaires et qu'en général les tribunaux hésitent à rendre ce genre de jugement. Deuxièmement, il faut noter que la Haute Cour a choisi, après analyse, d'adopter la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, le recours aux instruments internationaux de protection des droits fondamentaux est justifié par l'existence d'une présomption suivant laquelle le législateur veut honorer les obligations internationales de l'État. La présente affaire contredit cette justification des tribunaux et laisse supposer que le recours aux traités internationaux par la Haute Cour repose sur d'autres préceptes puisqu'il est difficile de saisir comment l'Australie peut prétendre devenir membre du Conseil de l'Europe. Il faut donc en conclure que l'influence de la Convention européenne[111] repose sur d'autres facteurs. La Haute Cour a préféré la position européenne parce qu'elle est un résumé de l'état du droit dans les pays dont elle a également étudié la situation juridique. Cette analyse de l'état du droit des pays étrangers aurait d'ailleurs permis à la Haute Cour d'arriver à la même conclusion. Il semble toutefois qu'elle ait préféré se couvrir de l'aura de la Cour européenne pour justifier sa solution. De plus, la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies ne pouvait être appliquée en Australie où la peine de mort n'existe pas. Elle n'était donc pas pertinente eu égard à la situation australienne.

La Haute Cour avait déjà statué sur le droit à la représentation par un avocat en 1992 en l'analysant, cette fois, sous l'angle de l'erreur judiciaire. Elle avait jugé que les tribunaux bénéficiaient d'une certaine discrétion pour remettre une audition pénale lorsque le défendeur n'était pas assisté d'un avocat. La Haute Cour avait considéré que le refus de reporter une audition ne constituait pas un déni de justice, même dans une cause de

109. *Id.*, par. 30 (J. en chef Mason et J. McHugh).
110. *Id.*, par. 31 (J. en chef Mason et J. McHugh).
111. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950 (ci-après citée : « Convention européenne »).

viol[112]. Le juge Murphy, dissident, en s'appuyant sur l'article 14 (3) du Pacte international, avait déjà conclu que dans les causes sérieuses le droit à la représentation par un avocat était absolu, même dans l'éventualité où l'accusé n'a pas la possibilité d'engager un procureur[113]. Le juge dissident ayant fait utilisation du Pacte international avait profité de cet arrêt pour inviter les tribunaux australiens à respecter les standards internationaux de justice[114]. Nous avons vu que son appel a été entendu quelques années plus tard.

Un autre aspect du droit à un procès équitable sur lequel la Haute Cour a dû se pencher est la possibilité pour les officiers d'une entreprise de refuser de déposer lors d'une enquête du Tribunal sur les terres et l'environnement en vertu de la protection contre l'autoincrimination. La majorité des juges de la Haute Cour a considéré que le privilège contre l'autoincrimination est un droit qui ne protège que les personnes physiques à l'exclusion des entités légales[115]. Cette particularité découle de ce que ce droit est conçu pour protéger la dignité humaine. Les juges de la Haute Cour en veulent pour preuve que ce droit est inscrit dans l'article 14 (3) g) du Pacte international qui ne protège que les personnes physiques[116]. Nous avons ici un exemple de situation dans lequel la Haute Cour a eu recours au Pacte international pour définir la portée d'un droit national ou interne d'une façon restreinte.

Nous avons vu dans la première partie du présent article que la Haute Cour a adopté des principes d'interprétation larges en vertu desquels les tribunaux peuvent utiliser les traités internationaux pour interpréter les lois nationales. Or, force est de constater que, malgré ces principes sur l'utilisation des pactes internationaux, et plus particulièrement ceux qui portent sur les droits fondamentaux de la personne, ceux-ci n'ont qu'une influence limitée, ou tout au moins difficilement mesurable sur la jurisprudence de la Haute Cour. Les traités semblent avoir plus une utilité rhétorique qu'une influence directe. L'utilisation par la Haute Cour de la Convention européenne et de la jurisprudence des organes de Strasbourg tend d'ailleurs à le

112. *McInnis* c. *The Queen*, [1979] 143 C.L.R. 575 (J. en chef Barwick et JJ. Mason, Aickin et Wilson).
113. *Id.*, par. 10 (J. Murphy, dissident).
114. *Id.*, par. 29 (J. Murphy, dissident).
115. *Environment Protection Authority* c. *Caltex Refining Co. Pty. Limited*, précité, note 91, par. 10 (J. Brennan).
116. *Controlled Consultants Pty. Ltd.* c. *Commissioner for Corporate Affairs*, [1985] 156 C.L.R. 385 (J. Murphy, dissident) ; *Environment Protection Authority* c. *Caltex Refining Co. Pty. Limited*, précité, note 91, par. 21 (JJ. Deane, Dawson et Gaudron).

démontrer[117]. De plus, la Haute Cour ne fait appel aux textes internationaux que dans un nombre limité de domaines, le principal étant le fonctionnement de la justice. Cette dernière caractéristique peut certainement s'expliquer par le fait que la Haute Cour se sent plus libre dans un domaine dont elle est la gardienne du bon fonctionnement. Elle utilise aussi les documents internationaux pour assurer la prééminence des droits de l'enfant. S'il convient de saluer cette position de la Haute Cour, il faut dans le même temps remarquer que la protection des intérêts supérieurs des enfants est une notion très largement reconnue. Il ne s'agit pas là d'une position avant-gardiste de la Haute Cour. Nous en concluons donc que cette dernière ne se sert des instruments internationaux pour interpréter les lois nationales que dans un nombre plus limité de cas que ce que pouvaient laisser espérer les principes d'interprétation qu'elle avait énoncés.

Conclusion

Nous avons voulu aborder dans ce qui précède l'« influence des traités internationaux des droits de la personne », car il nous semblait que les pactes en ce domaine pouvaient avoir une ascendance sur le droit interne sans être transformés. La présente étude nous a permis de confirmer nos hypothèses de base. Ce phénomène est d'autant plus intéressant pour les juristes canadiens que, à l'instar du Canada, l'Australie est un pays de pratique dualiste issu de la tradition de Westminster.

La loi a ainsi attribué à deux organes nationaux le pouvoir de vérifier la compatibilité des textes australiens avec les pactes internationaux de protection des droits fondamentaux. Bien que leurs rapports n'aient aucune force contraignante, nous ne voyons aucune raison de douter qu'il puisse exister une certaine influence des traités. Il y a même lieu de penser que le droit international peut avoir une portée en amont sur les rédacteurs de lois et de règlements qui tiendront compte des droits protégés dans les textes internationaux afin d'éviter que leur loi ne soit un jour critiquée par un des organismes ayant un pouvoir de révision.

Le législateur a également prévu dans quelques lois que certains organes de l'Administration peuvent tenir compte des droits fondamentaux reconnus dans les traités internationaux. C'est aussi le cas des juges siégeant au pénal qui doivent apprécier l'acceptabilité d'une preuve en prenant en considération les droits énoncés dans le Pacte international et

117. Voir entre autres : *Environment Protection Authority* c. *Caltex Refining Co. Pty. Limited*, précité, note 91, par. 10 (J. Brennan) (Canada et États-Unis) ; *Dietrich* c. *The Queen*, précité, note 9, par. 8 (J. en chef Mason et J. McHugh) (Convention européenne, Canada et États-Unis).

l'opinion du ministre des Affaires étrangères qui peut refuser d'attribuer un passeport ou le retirer s'il soupçonne que le titulaire viole les droits d'autrui. Notons que la loi ne crée pas d'obligation générale pour les organes administratifs de faire appel aux traités internationaux et que, par ailleurs, ces corps sont rares au regard du nombre de tribunaux administratifs existant dans une société moderne.

À l'opposé, la Haute Cour a créé une obligation beaucoup plus importante et s'imposant à tous les tribunaux administratifs, soit de tenir compte des traités internationaux. Nous avons en effet vu que la Haute Cour a considéré que les justiciables peuvent légitimement s'attendre que les traités internationaux signés par leur pays soient utilisés par les décideurs pour juger de leur situation personnelle. Contrairement aux lois précédentes, cette jurisprudence s'impose à tous les tribunaux administratifs et concerne tous les documents signés par l'Australie, sans même qu'il y ait besoin pour les personnes de les invoquer dans leur argumentation. Toutefois, les tribunaux administratifs ne sont pas liés par ces pactes, et il ne s'agit, somme toute, que d'une obligation procédurale.

Par ailleurs, la Haute Cour n'a pas encore établi d'obligation aussi contraignante que l'« attente légitime » pour les tribunaux judiciaires. Ceux-ci peuvent tout de même faire appel aux pactes internationaux pour interpréter les lois ambiguës ou encore pour élaborer ou reformuler les principes de la common law. La Haute Cour a adopté en droit interne le principe de droit international suivant lequel le Parlement est réputé vouloir respecter les obligations internationales liant le pays. L'étude de la jurisprudence nous force toutefois à conclure que le plus haut tribunal australien n'utilise que rarement les instruments internationaux et que, en outre, leur influence véritable est limitée. La Haute Cour ne les cite presque exclusivement que dans le domaine du fonctionnement du système judiciaire ou de la protection des enfants. Également, la Haute Cour joint souvent son utilisation des documents internationaux à une analyse de la jurisprudence étrangère. Il n'est ainsi pas rare qu'elle cite la Cour suprême des États-Unis ou du Canada ou le Conseil privé de la reine. L'emploi fait par la Haute Cour des pactes internationaux semble dès lors être plus de la nature d'arguments avancés pour soutenir une décision prise par ailleurs que de la soumission à un texte ayant une valeur contraignante, fût-elle morale. Nous avons même constaté qu'à une occasion la Haute Cour a préféré adopter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme plutôt que celle du Comité des droits de l'homme des Nations unies. Cet appel au droit européen nous semble d'ailleurs incompatible avec la justification avancée pour se référer aux textes internationaux suivant laquelle le Parlement veut respecter ses obligations internationales.

L'exemple australien nous force à nous questionner sur la réalité du dualisme dans le domaine des droits de la personne. Il demeure certain qu'un justiciable ne peut fonder une procédure judiciaire sur un traité international n'ayant pas été transformé en droit national. De plus, les documents internationaux ne sont pas transformés par simple référence ou reproduction en annexe d'une loi, l'expression d'une volonté claire du Parlement étant nécessaire. En ce sens, la notion de dualisme conserve sa signification entière. Toutefois, nous avons constaté que les droits reconnus dans les traités internationaux ont tendance à trouver divers passages vers les forums nationaux. Ces derniers agissent comme s'ils subissaient une pression pour se soumettre aux droits fondamentaux internationalement reconnus. Certes il n'est pas possible de considérer qu'il y a de la sorte transformation des documents en droit interne, mais cela ne signifie pas non plus que le droit australien est totalement hermétique au droit international. Si les systèmes de droit nationaux et internationaux demeurent de nos jours séparés par un mur, de plus en plus d'ouvertures permettent cependant de regarder de l'autre côté.