

La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes du droit international des droits de la personne en droit interne canadien

France Houle

Volume 45, Number 2, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043797ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043797ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Houle, F. (2004). La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes du droit international des droits de la personne en droit interne canadien. *Les Cahiers de droit*, 45(2), 295–326. <https://doi.org/10.7202/043797ar>

Article abstract

Since the *Baker* decision, the issue of enforcing human rights international law in internal law has stimulated new interest. In this paper the author raises four questions around which she structures her analyses and offers avenues of deliberation for jurists in administrative law. 1) To what extent are the conditions of enforcement for the theory of legislative incorporation of international law in Canadian internal law still useful in contemporary administrative law ? 2) Which State institution may have the last word on the issue of knowing to what extent it is possible to assume that the standards under international law may be enforced in Canadian internal law ? 3) Must the discretion of this institution be limited by certain fundamental principles of Canadian law ? 4) Does respect for international standards regarding human rights constitute one of these principles that should, in some cases, take precedence to justify the limitations pertaining to the exercising of discretionary power by this institution ? In light of her analyses, the author concludes, among other things, that this decision heralds sweeping changes in the organization, role and powers of all public institutions in the Canadian State with regard to international law insofar as they may be progressively called upon, each in its own way, to become active figures in the building of a new relationship between international law and internal law.

La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes du droit international des droits de la personne en droit interne canadien*

France HOULE**

Le problème de l'application du droit international des droits de la personne en droit interne suscite un regain d'intérêt depuis l'arrêt Baker. L'auteure soulève ici quatre questions autour desquelles elle articule ses analyses et propose des pistes de réflexion pour les juristes de droit administratif: 1) Dans quelle mesure les conditions d'application de la théorie dualiste d'incorporation du droit international en droit interne canadien sont-elles encore utiles en droit administratif contemporain ? 2) Qui, des institutions étatiques, peut avoir le dernier mot sur la question de savoir dans quelle mesure il est possible de présumer que des normes de droit international peuvent recevoir application en droit interne canadien ? 3) La discrétion de cette institution doit-elle être limitée par certains principes fondamentaux de droit canadien ? 4) Le respect des normes internationales portant sur les droits de la personne constitue-t-il un de ces principes qui devraient avoir, dans certains cas, un poids prépondérant, pour justifier les limitations relatives à l'exercice du pouvoir discrétionnaire par cette institution ? À la suite de ses analyses, l'auteure conclut notamment que cet arrêt est annonciateur de changements profonds dans l'organisation, le rôle et les pouvoirs de toutes les institutions publiques de l'État canadien à l'égard du droit international, dans la mesure où elles peuvent

* La présente étude a bénéficié de l'aide financière du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSHC) et du Fonds québécois de la recherche sur la société et la culture (FQRSC). L'auteure remercie ses assistants de recherche : Frédéric Bérard, pour sa recherche doctrinale, ainsi que Jean-François Lina et Guy-François Lamy, pour la vérification des notes infrapaginales

** Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal.

être progressivement appelées, à leur manière, à devenir des figures actives dans la construction d'un nouveau rapport entre le droit international et le droit interne.

Since the Baker decision, the issue of enforcing human rights international law in internal law has stimulated new interest. In this paper the author raises four questions around which she structures her analyses and offers avenues of deliberation for jurists in administrative law. 1) To what extent are the conditions of enforcement for the theory of legislative incorporation of international law in Canadian internal law still useful in contemporary administrative law? 2) Which State institution may have the last word on the issue of knowing to what extent it is possible to assume that the standards under international law may be enforced in Canadian internal law? 3) Must the discretion of this institution be limited by certain fundamental principles of Canadian law? 4) Does respect for international standards regarding human rights constitute one of these principles that should, in some cases, take precedence to justify the limitations pertaining to the exercising of discretionary power by this institution? In light of her analyses, the author concludes, among other things, that this decision heralds sweeping changes in the organization, role and powers of all public institutions in the Canadian State with regard to international law insofar as they may be progressively called upon, each in its own way, to become active figures in the building of a new relationship between international law and internal law.

| | <i>Pages</i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 1 Les conditions d'application de la présomption de conformité avec le droit international en droit administratif canadien | 300 |
| 1.1 Le caractère non discriminant du critère de l'ambiguïté de la norme législative | 302 |
| 1.2 La diversification des traces étatiques indiquant une volonté de donner effet au droit international | 306 |
| 2 L'émergence de théories de rechange dans la doctrine canadienne | 310 |
| 2.1 La préséance du pouvoir discrétionnaire du gouvernement | 312 |
| 2.2 La préséance du pouvoir discrétionnaire du juge | 314 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3 La place particulière des normes internationales ayant pour objet la protection des droits de la personne | 317 |
| 3.1 La constitution de common law | 318 |
| 3.2 Le droit cosmopolite | 320 |
| Conclusion | 322 |

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

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

-
1. Sur la signification du monisme et du dualisme, voir, entre autres, J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 143-144.
 2. Sur ces différentes techniques, voir S. SCHERRER, « L'effet des traités dans l'ordre juridique interne canadien à la lumière de la jurisprudence récente », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif (2000)*, t. 131, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 57, à la page 62.
 3. Par exemple, voir la *Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.R.Q., c. C-67.01, art. 1.
 4. Pensons, par exemple, à l'article 98 et à l'annexe I de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, qui incorporent les dispositions de la *Convention de Genève sur les réfugiés*, relativement aux motifs d'exclusion (voir l'annexe de la loi). La loi peut également se référer de façon limitée à un traité, notamment à l'intérieur de son préambule. Sur la question de l'incorporation par référence à l'intérieur d'un préambule, voir : *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 127.

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

À défaut d'une telle indication explicite du législateur, et cela arrive fréquemment en raison, notamment, des ramifications complexes et multiples de ces traités sur les ordres fédéral et provincial⁷, le juge peut, lorsque certaines conditions sont remplies, présumer que le législateur désire néanmoins se conformer aux normes internationales conventionnelles. Toutefois, les conditions d'application de la présomption de conformité avec le droit international se sont considérablement obscurcies dans la jurisprudence issue de la Cour suprême du Canada depuis une dizaine d'années (section 1). Dans la tradition de common law, cette opacité grandissante des jugements est porteuse de changements, car elle crée un espace pour le dialogue entre le juge et le juriste. Par des débats riches et animés dans la doctrine canadienne, les contours d'assises théoriques de rechange gouvernant les rapports entre le droit international et le droit interne canadien émergent. Elles mettent en évidence les tensions entre deux perspectives théoriques sur le concept de la primauté du droit : l'une donne préséance au principe de la séparation des pouvoirs ; l'autre, aux droits fondamentaux de la personne. Ces perspectives ramènent à la surface le problème de la légitimité constitutionnelle de l'incorporation du droit international en droit interne. Toutefois, pour en rendre compte, il faut distinguer les niveaux descriptif (sociologique) et normatif (philosophique) du débat.

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

6. Voir la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q., c. A-23.01, qui adapte les dispositions de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, *Convention no 28*, conclue le 25 octobre 1980, La Haye, Conférence de La Haye de droit international privé. Le texte de la convention est disponible à l'adresse électronique suivante : <http://www.hcch.net/ff/convention/text28f.html>.

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

Sur le plan d'une sociologie de la légitimité⁸, les deux perspectives théoriques sur le concept de la primauté du droit reflètent deux types idéaux de la légitimité : la légitimité décisionniste et la légitimité normative. Proposée par Michel Coutu, qui s'est inspiré en partie des travaux classiques de Max Weber⁹, la construction de ces deux types idéaux met en relief « le conflit potentiel entre l'État juridictionnel et l'État gouvernemental¹⁰ » (section 2). Sur le plan d'une philosophie de la légitimité, la discussion doctrinale porte sur la protection des droits de la personne, et la question centrale est de savoir si une place particulière doit être accordée aux normes internationales ayant pour objet la protection des droits de la personne dans l'ordre constitutionnel canadien. À cet égard, les auteurs que nous avons étudiés analysent ce problème en adoptant une perspective qui n'est pas sans rappeler celle de Ronald Dworkin et de son concept d'intégrité (section 3)¹¹. Il est ainsi possible de parler d'une institution intègre « dans la mesure où elle agit de façon constante en suivant des convictions et des principes de morale politique, c'est-à-dire en faisant valoir des idéaux normatifs, tels l'égalité, la distribution équitable des ressources, etc. Ces idéaux lui servent alors à la fois de guides et de justifications de ses interventions¹². »

8. La signification du concept de légitimité que nous utiliserons dans nos développements est la même que celle qui a été proposée par M. COUTU, « Légitimité et constitution. Les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », (2004) 56-57 *Droit et société* à paraître : « Par *légitimité* nous entendons, en première analyse, une prétention à la validité de la part d'une autorité déterminée quant à l'orientation de son action, le critère de la validité étant celui de la reconnaissance de facto du bien-fondé de l'action par les acteurs concernés par cette autorité (qu'il y ait par ailleurs conformité ou non de leur activité aux prescriptions émises par l'autorité et quels que soient les motifs de cette reconnaissance). »

9. *Id.*, 3 et suiv. : M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5^e édition, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1972, p. 17 et suiv. ainsi que p. 395 et suiv. ; traduction française partielle : *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 30 et suiv. ; et traduction française complète : *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 41 et suiv.

10. M. COUTU, *loc. cit.*, note 8.

11. R.M. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, chap. V, VI et VII. Pour reprendre les mots de L. BÉGIN et Y. VACHON, « L'interprétation contextuelle : pour le meilleur et pour le pire ? », colloque international *Les normes internationales au 21^e siècle : science politique, philosophie, droit*, Aix-en-Provence, 11-14 septembre 2003 : la notion d'intégrité « est normative dans son essence même. [Elle] appartient d'emblée à l'univers de la moralité. (...) ».

12. L. BÉGIN et Y. VACHON, *loc. cit.*, note 11.

1 Les conditions d'application de la présomption de conformité avec le droit international en droit administratif canadien

Lorsqu'une loi de mise en œuvre du droit international n'a pas été édictée, le juge peut néanmoins donner un effet indirect aux normes internationales en droit interne en les utilisant comme outil d'interprétation des règles de nature législative¹³. Pour appliquer la présomption, deux conditions doivent cependant être remplies : le texte de la norme de droit interne doit être ambigu et des traces indiquant une volonté législative de donner effet à des normes internationales doivent exister¹⁴. Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁵, qui a été l'un des arrêts les plus discutés par les chercheurs en droit au Canada au cours des dernières années¹⁶, la Cour suprême du Canada a donné effet à la présomption de conformité avec le droit international dans le contexte d'un litige à l'égard duquel les arguments de la majorité sont particulièrement vagues sur l'application de ces deux critères.

En l'espèce, il s'agissait d'interpréter la portée d'un large pouvoir discrétionnaire attribué au ministre de l'Immigration par l'article 114 (2) de la *Loi sur l'immigration*¹⁷, qui édicte que « [le] gouverneur en conseil peut, par règlement, accorder une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou à faciliter l'admission de toute autre manière »,

-
13. R. SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Markham, Butterworths, 1994, p. 330 ; P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 466-468. La présomption de conformité avec le droit international tire sa source du principe de droit international coutumier *pacta sunt servanda*, codifié à l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, R. T. Can. 1980, no 37. Voir également l'article 27 de cette convention.
 14. *Capital Cities Communications Inc. c. Canada (Conseil de la Radio-Télévision canadienne)*, [1978] 2 R.C.S. 141, 173 ; *Schavernoch c. Canada (Commission des réclamations étrangères)*, [1982] 1 R.C.S. 1092, 1098.
 15. *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (ci-après cité : « arrêt *Baker* »).
 16. Voir aussi : *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 (ci-après cité : « arrêt *Suresh* ») ; *Ahani c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72 ; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241 ; *Pushpanathan c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.
 17. *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2. Cette loi est maintenant abrogée et a été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 4.

et par l'article 2.1 du *Règlement sur l'immigration*¹⁸. Ainsi, par le jeu des dispositions législative et réglementaire, le ministre de l'Immigration peut dispenser un requérant qui invoque des raisons d'ordre humanitaire de faire une demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada. M^{me} Baker, qui vivait illégalement sur le territoire canadien depuis onze ans, a fait une telle demande en invoquant, entre autres, l'intérêt de ses enfants mineurs nés au Canada. En 1994, le ministre refuse la demande de M^{me} Baker et les notes de l'enquêteur révèlent que ce dernier n'a pas tenu compte de l'intérêt des enfants de la requérante. M^{me} Baker réclame alors le contrôle judiciaire de cette décision auprès de la Cour fédérale du Canada. Elle estime que la décision de l'agent d'immigration est contraire aux articles 3, 9 et 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁹. Cette convention a été ratifiée par le Canada, mais elle n'a pas été explicitement incorporée en droit de l'immigration. À la suite d'une interprétation contextuelle des pouvoirs de l'Administration, la majorité de la Cour a conclu au bien-fondé de l'argument de la requérante et a annulé la décision de l'Administration.

Les textes juridiques pertinents dans cette affaire illustrent bien les limites des deux conditions qui doivent être satisfaites afin que le juge puisse appliquer la présomption de conformité en droit public canadien, plus précisément en droit administratif. En effet, ils montrent que le critère de l'ambiguïté du texte législatif n'est pas un élément discriminant particulièrement utile dans un contexte normatif fortement marqué par l'attribution de pouvoirs discrétionnaires (1.1). Quant à l'examen de l'incorporation législative formelle des normes conventionnelles de droit international en droit interne, il n'occupe plus une place centrale lors de l'examen de conformité puisque la majorité de la Cour a délaissé la méthode téléologique d'interprétation des lois (axée sur la stricte recherche du but du législateur à partir des textes juridiques et de sources historiques) pour adopter une approche plus englobante : la méthode contextuelle²⁰, favorisant ainsi une

18. *Règlement sur l'immigration*, DORS/78-172, modifié par DORS/93-44, art. 2.1 : « Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114 (1) de la Loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière. » Ces règlements sont également abrogés. Ils ont été remplacés par le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, 11 juin 2002.

19. *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992, no 3. Cette convention a été ratifiée par les autorités canadiennes le 13 décembre 1991 et, sur le plan international, l'entrée en vigueur a été fixée le 12 janvier 1992 pour le Canada.

20. Sur l'utilisation par la Cour suprême, et notamment par la juge L'Heureux-Dubé, de l'interprétation contextuelle, voir L. BÉGIN et Y. VACHON, *loc. cit.*, note 11.

perspective « non originaliste » d'interprétation des lois²¹. Selon cette perspective, l'interprète analyse les dispositions législatives conformément au but qui convient le mieux « aux besoins, aux valeurs publiques ou aux idéaux de justice et de bien commun qui animent la société contemporaine²² ». Il envisage les sources sous un angle dynamique, « compte tenu des meilleures sources et considérations contemporaines pertinentes et crédibles (perceptions changeantes, nouvelles attentes liées à des changements sociaux, technologiques, politiques, culturels ou économiques, par exemple)²³ ». Il résulte de ce changement de méthode interprétative que toutes les traces étatiques indiquant une volonté de donner effet aux normes conventionnelles de droit international peuvent être prises en considération (1.2).

1.1 Le caractère non discriminant du critère de l'ambiguïté de la norme législative

Selon son sens ordinaire en interprétation des lois, l'ambiguïté signifie que la simple lecture du texte de la norme ne suffit pas pour en comprendre sa signification : deux ou plusieurs interprétations du texte sont possibles et raisonnables. Le rôle de l'interprète est de mettre en évidence la signification qui, selon la dogmatique positiviste, lui semble correcte en tenant compte de la volonté du législateur, par exemple, celle qui apparaît être exprimée dans le texte de la norme (interprétation littérale) ou dans le but du législateur, soit celui qui peut être vraisemblablement inféré à la lecture du texte de loi dans son entier et de sources historiques (interprétation téléologique). Cette façon de concevoir l'ambiguïté se comprend relativement bien lorsqu'elle est appliquée aux règles primaires, c'est-à-dire celles qui confèrent des droits et imposent des obligations aux personnes, pour reprendre la typologie de Hart. L'exemple classique est celui qui concerne l'utilisation d'un véhicule dans un parc. Un Nord-Américain comprend

21. Les termes « originaliste » et « non originaliste » sont directement empruntés au vocabulaire élaboré en théorie constitutionnelle américaine : P. BREST, « The Misconceived Quest for the Original Understanding », (1980) 60 *B.U.L. Rev.* 204, 204-205.

22. L.B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique : une approche cohérentiste et constructiviste », dans *7 Congreso Internacional de metodología jurídica*, Ministerio de administraciones Públicas et Instituto Nacional de Administración Pública d'Espagne, 2001, p. 2. Voir aussi : L.B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 459 ; K.-M. GEBBIA-PINETTI, « Statutory Interpretation, Democratic Legitimacy and Legal-System Values », (1997) 21 *Seton Hall Legislative J.* 233.

23. L.B. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 22, 2.

clairement que les véhicules à moteur sont visés par l'interdiction. Il comprend aussi que les landaus ou poussettes sont autorisés. Entre ces deux balises externes, d'autres situations sont plus ambiguës : La circulation à bicyclette est-elle permise ou interdite ? Dans la ville de Montréal (notamment dans l'arrondissement d'Outremont), un panneau indique aux entrées de chacun des parcs si les bicyclettes peuvent ou non y circuler. Ainsi, l'ambiguïté est dissipée.

Afin de déterminer si le législateur veut donner effet au droit international en droit interne, le concept d'ambiguïté est un élément discriminant utile, du moins en théorie, lorsque le législateur a clairement fixé les balises externes d'application des règles, comme dans le cas des règles primaires d'obligation. Toutefois, lorsque l'interprète fait face à des règles secondaires (de reconnaissance²⁴, de changement²⁵ ou de décision²⁶), le concept d'ambiguïté n'est plus un élément discriminant utile parce que ce type de règles est ambigu en soi : deux ou plusieurs interprétations sont nécessairement possibles, notamment parce que les frontières externes des normes ne sont pas fixées dans le temps. Pour délimiter les paramètres des règles secondaires, l'interprète ne peut pas simplement tenir compte du texte et du contexte législatif de la règle (y compris son histoire), car ces données figent sur le plan temporel les significations possibles de la norme, alors que le propre des règles secondaires est leur capacité d'évoluer dans le temps. Voyons deux exemples.

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

24. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 120 : en effet, les règles de reconnaissance déterminent « un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle [primaire] visée qui les possède » est valide.

25. *Id.*, p. 121 : les règles de changement habilitent « un individu ou un corps de personnes à introduire de nouvelles règles primaires pour la direction de la vie du groupe, ou d'une catégorie au sein de celui-ci, et à éliminer les règles anciennes ».

26. *Id.*, p. 122 : les règles de décision autorisent des « individus à résoudre d'autorité la question de savoir si, en des circonstances particulières, une règle primaire s'est trouvée transgressée ».

prend-il le droit à l'avortement²⁷ ? En droit constitutionnel canadien, la Cour suprême utilise une méthode évolutive d'interprétation, l'allégorie de l'arbre vivant, afin d'éviter de figer temporellement la signification des lois constitutionnelles de 1867 et 1982.

Dans le cas de la norme spongieuse, la difficulté d'interprétation réside dans le fait qu'il s'agit de normes qui absorbent les changements factuels et axiologiques extérieurs. Ces normes sont conçues de manière qu'elles puissent s'adapter aux situations spécifiques des individus. Les normes secondaires de décision, notamment celles qui confèrent des pouvoirs discrétionnaires à l'Administration, en sont un exemple. Pour déterminer si l'autorité administrative a correctement exercé sa discrétion et, par conséquent, validement interprété le sens de la norme²⁸, la compréhension du contexte factuel est un élément incontournable. Certes, son importance varie en fonction du degré de discrétion conféré à l'organisme administratif, mais les décideurs ne peuvent pas ne pas en tenir compte. De plus, tant et aussi longtemps que le contexte factuel n'est pas connu, le sens

27. En droit administratif canadien, les organismes administratifs peuvent, lorsqu'ils rendent des décisions individuelles (c'est le cas, par exemple, des commissions administratives, des tribunaux administratifs et des organismes de régulation économique), se pencher sur la validité constitutionnelle des lois qu'ils appliquent et les déclarer inopérantes en vertu de l'article 52 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)]. Comme la Cour suprême l'a décidé dans une trilogie d'arrêts, tous les organismes administratifs qui ont la compétence d'interpréter le droit en vertu de leur loi constitutive ont également le pouvoir de déclarer les règles de droit inconstitutionnelles : *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 (collèges) ; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission canadienne des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5 ; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Cependant, voir l'opinion du juge Lamer dans *Cooper c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Dans cet arrêt, le juge Lamer invitait la Cour suprême à remettre en cause l'attribution de cette compétence aux tribunaux administratifs, mais celle-ci n'a pas répondu à l'invitation et est revenue aux enseignements de la trilogie : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin* ; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 3.

28. Notons que la majorité de la Cour suprême a souligné dans l'arrêt *Baker*, précité, note 15, par. 53-55, qu'il n'était plus nécessaire de distinguer entre l'exercice de la discrétion par l'Administration et son interprétation des paramètres du pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré par la loi aux fins du contrôle judiciaire de la validité des décisions de cette dernière. Voici les passages pertinents de la décision *Baker* : par. 53 : « Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le principe est qu'on ne peut exercer un contrôle judiciaire sur les décisions discrétionnaires que pour des motifs limités, comme la mauvaise foi des décideurs, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but incorrect, et l'utilisation de considérations non pertinentes [...] »

de la norme peut et doit demeurer relativement indéterminé. En effet, l'incertitude entourant ce type de norme ne peut jamais être définitivement résolue, car cela aurait pour effet d'entraver l'exercice de la discrétion (*fettering of discretion*), ce qui irait à l'encontre de la volonté même du législateur. À cet égard, le cas des normes qui se situent à l'extrémité du discrétionnaire (comme celles qui sont en jeu dans l'arrêt *Baker*) est particulièrement intéressant puisque le texte de ce type de normes n'est pas significatif en soi. À titre de rappel, la Cour avait à interpréter la portée de l'article 114 (2) de la *Loi sur l'immigration* qui conférait au ministre de l'Immigration le pouvoir d'accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement.

Les multiples significations de cette norme subissent l'influence de plusieurs variables. Elles fluctuent selon le type de dispense d'application d'un règlement (et ces règlements font souvent l'objet de modifications), de la situation personnelle de l'administré et du facteur temporel qui influe sur le champ des valeurs qui, lui-même, surdétermine la norme. Lorsque l'article 114 (2) a été adopté en 1978, l'intérêt des enfants d'un requérant, nés au Canada, n'était pas un facteur pertinent en vue de déterminer s'il y avait un motif humanitaire pour accorder une dispense d'application d'un règlement au requérant. En vérité, le concept de l'« intérêt des enfants » était au mieux en émergence au Canada à cette époque. Il ne faisait donc pas encore partie du champ des valeurs de référence de cette norme. Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême devait déterminer si la décision

À mon avis, ces principes englobent deux idées centrales — qu'une décision discrétionnaire, comme toute autre décision administrative, doit respecter les limites de la compétence conférée par la loi, mais que les tribunaux devront exercer une grande retenue à l'égard des décideurs lorsqu'ils contrôlent ce pouvoir discrétionnaire et déterminent l'étendue de la compétence du décideur [...] Toutefois, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d'une interprétation raisonnable de la marge de manœuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121), suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038) » ; par. 54 : « J'estime qu'il est inexact de parler d'une dichotomie stricte entre les décisions « discrétionnaires » et les décisions « non discrétionnaires ». La plupart des décisions administratives comportent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implicite relativement à de nombreux aspects de la prise de décision » ; par. 55 : « La démarche « pragmatique et fonctionnelle » reconnaît qu'il y a une large gamme de normes de contrôle judiciaire des erreurs de droit, certaines décisions exigeant plus de retenue, et d'autres moins [...] Je suis d'avis que la norme de contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagée dans ce cadre, compte tenu particulièrement de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. »

de l'agent de l'immigration prise en 1992, dans laquelle il refusait la demande de la requérante, était nulle en raison du fait qu'il n'avait pas tenu compte de l'intérêt des enfants Baker. Bien que la décision du fonctionnaire ait été conforme à la pratique canadienne d'immigration en 1992 à cet égard, elle était incompatible avec les obligations contenues dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* que le Canada avait ratifiée. De plus, lorsque la Cour suprême a annulé la décision en 1999, la décision de l'agent était alors devenue incompatible avec les représentations du gouvernement canadien sur la scène internationale relatives à la mise en œuvre de la Convention dans son droit de l'immigration et avec les changements que le ministre de l'Immigration avait apportés aux directives guidant l'exercice de la discrétion des fonctionnaires lors de l'application de l'article 114 (2) de la loi.

En résumé, les normes secondaires sont des normes qui peuvent généralement être qualifiées d'ambiguës. Par conséquent, la condition préliminaire d'ambiguïté nécessaire, disent les juges, pour appliquer la présomption de conformité avec le droit international peut être aisément satisfaite en droit administratif puisque ce sont principalement des normes secondaires qui gouvernent les actes de l'Administration. Il en résulte que le caractère discriminant de cette condition perd, dans le contexte du droit administratif (et du droit public plus généralement), son utilité. Cette conclusion trouve d'ailleurs appui dans l'arrêt *National Corn Growers*²⁹ puisque la Cour suprême a écarté le critère de l'ambiguïté manifeste du texte de la norme pour justifier le recours au droit international comme source d'interprétation d'une disposition législative. La Cour a jugé que l'ambiguïté pouvait également être latente³⁰.

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

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

La présomption de conformité du droit interne avec le droit international est une présomption simple qui peut être renversée par une argumentation contraire. Si la loi a vu le jour *après* la convention et que l'interprète

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

30. *Id.*, 1371.

conclut qu'elle en découle, à cause, par exemple, d'une similarité entre les concepts utilisés dans la loi et dans le droit international³¹, il est alors logiquement pertinent d'appliquer la présomption. En effet, cette dernière existe parce qu'il est postulé que les principes du droit international, « dans la mesure où il[s] constitu[ent] un élément du contexte d'adoption de la loi nationale³² », font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et doivent, à ce titre, être examinés.

En revanche, si la loi a vu le jour *avant* la création d'un instrument international, l'application de la présomption de conformité avec le droit international perd son sens lorsque l'analyse est axée sur la recherche de la volonté du législateur³³. Ces situations sont fréquentes en droit canadien. Pour éviter d'engager la responsabilité internationale du Canada, en raison d'un défaut de mettre en œuvre les obligations auxquelles il a librement consenti par convention internationale³⁴, les juges de la Cour suprême ont modifié l'approche interprétative. Ils favorisent une méthode d'interprétation dynamique et évolutive des lois ordinaires, ce qui leur permet de tenir compte d'éléments extérieurs au texte de loi. Cette transition est significative puisque le juge peut maintenant chercher des traces d'une réception du droit international en droit interne en prenant en considération non seulement le texte, mais également le contexte axiologique et empirique de la norme.

L'approche contextuelle d'interprétation veut permettre de trouver le sens des termes d'une loi en tenant compte de son contexte global. Ce dernier comprend le sens ordinaire et grammatical s'harmonisant avec l'esprit

-
31. C'est d'ailleurs un des arguments que le juge Dickson a utilisés dans sa dissidence dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 348. En matière de droits de la personne, c'est généralement la conclusion tirée par l'État canadien. Pour des exemples d'adoption par le législateur fédéral de normes conventionnelles en matière de droits de la personne, voir W.A. SCHABAS, *Précis de droit international des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 259-266.
 32. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 13, p. 467 ; R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 13, p. 330, citée avec approbation par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, précité, note 15, par. 70.
 33. Telle était la difficulté dans l'arrêt *Baker*. Comme nous l'avons déjà été mentionné, les dispositions législative et réglementaire avaient été adoptées en 1978 dans un contexte où le concept « intérêts des enfants » n'était, au mieux, qu'en émergence en droit canadien.
 34. Sur les difficultés que cette situation peut engendrer sur le plan de la responsabilité internationale de l'État canadien, voir : G.L. MORRIS, « The Treaty-making Power : A Canadian Dilemma », (1967) 45 *Can. Bar Rev.* 478 ; A. PATRY, « La capacité internationale des États fédérés », dans J. BROSSARD, A. PATRY et E. WEISER (dir.), *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1967, p. 19, à la page 23.

de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur, les valeurs contenues dans des conventions de droit international et dans le droit public canadien ainsi que celles qui s'infèrent du texte des directives et des autres règles administratives créées par les autorités administratives. En somme, cette perspective interprétative signifie ceci : tant le texte de la norme qui la détermine que le contexte factuel qui la codétermine de même que les valeurs qui la surdéterminent sont des éléments dont il faut tenir compte, même si l'importance de chacun peut varier dans le contexte du travail interprétatif.

Ce changement de méthode d'interprétation emporte plusieurs conséquences. Premièrement, si le législateur ne veut pas incorporer des normes internationales dans son droit interne, il devra s'exprimer clairement en ce sens. Deuxièmement, il est plus difficile pour le juge de justifier la déduction selon laquelle le silence du législateur signifie qu'il manifeste une volonté de ne pas vouloir se conformer au droit international. Troisièmement, le juge peut donner effet aux normes conventionnelles du droit international en droit interne canadien lorsque les prescriptions juridiques contenues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, les lois et règlements, les règles de common law et même les actes gouvernementaux et administratifs ne seront pas jugés contraires aux normes du droit international³⁵. Ainsi, lorsque le gouvernement canadien fait des représentations sur la scène internationale selon lesquelles son droit interne est déjà conforme au traité, avant la ratification de ce dernier, le juge pourra en tenir compte dans le contexte de l'interprétation contextuelle³⁶. Par ailleurs, si — à la suite de la ratification du traité — l'État prend certaines mesures administratives³⁷ (mise en œuvre de programmes éducatifs ou encore allocation de ressources financières ou de plans d'aménagements environnementaux³⁸), le juge

35. Pour Brunnée et Toope, une conclusion autre conduirait à légitimer l'hypocrisie du gouvernement canadien : « Indeed, the Government frequently reports to international bodies that it has already implemented the treaty in question and therefore has met its international commitments. For example, in its reports to the Human Rights Committee under the *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), Canada has claimed implementation mainly through the *Charter of Rights and Freedoms* and related constitutional jurisprudence, complemented by various amendments to existing statutes » : J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, « A Hesitant Embrace : Baker and The Application of International Law by Canadian Courts », *Canadian Yearbook of International Law*, à paraître.

36. Selon E. BRANDON, « Does International Law Mean Anything in Canadian Courts ? », (2001) 11 *J.E.L.P.* 399, cette pratique se fait essentiellement en matière de droits de la personne.

37. *Id.*, 420. Brandon emploie en fait les termes *positive action*.

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

pourra également en tenir compte. L'histoire des actes gouvernementaux, puis administratifs et judiciaires et finalement législatifs pertinents quant à la mise en œuvre de la *Convention relative au droit de l'enfant* en droit canadien de l'immigration est instructive à cet égard.

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

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

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

En résumé, le juge canadien peut tenir compte de plusieurs facteurs pour évaluer s'il peut donner effet au droit international en droit interne. Dans la mesure où des traces d'une volonté de donner effet au droit international sont trouvées dans le texte et le contexte factuel ou axiologique de la norme législative, le juge pourra conclure qu'il existe des indications valides d'une volonté de donner effet au droit international en droit interne. Cependant, il n'est pas possible de dire avec certitude si la Cour suprême fera un traitement indifférencié des méthodes de réception du droit international conventionnel en droit interne. Toutefois, en tenant compte des directives dans l'arrêt *Baker*, la majorité de la Cour suprême reconnaît qu'un rôle proactif peut être joué par l'Administration dans la mise en œuvre des normes de droit international.

Bien que la Cour suprême ait modifié les règles du jeu de l'approche dualiste en favorisant une méthode contextuelle et évolutive d'interprétation des lois, elle n'a pas clairement formulé les paramètres de cette autre théorie de réception du droit international en droit interne. Toutefois, l'arrêt *Baker* n'a pas manqué de susciter un regain de l'intérêt des juristes de droit public. Ils ont profité de la controverse suscitée par cet arrêt pour engager un dialogue avec la Cour suprême en proposant d'autres théories en vue de l'aménagement des rapports entre le droit international et le droit interne dans la société contemporaine canadienne.

2 L'émergence de théories de rechange dans la doctrine canadienne

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

obtiendra la coopération du Parlement fédéral, et probablement celle des gouvernements et assemblées législatives provinciaux.

Compte tenu de ces données, il est plus facile de comprendre les raisons politiques qui justifient l'application de la présomption de conformité avec le droit international même en l'absence d'une volonté claire du législateur en ce sens. En tenant pour acquis que la majorité des juges ont pris en considération cette réalité politique lorsqu'elle a rendu son jugement dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême a néanmoins fait preuve de prudence. En effet, bien qu'elle ait conclu que la présomption de conformité entre le droit interne et le droit international recevait application en l'espèce, la juge L'Heureux-Dubé a clairement indiqué que les normes de la *Convention relative aux droits de l'enfant* expriment des valeurs chères à la société canadienne, lesquelles *peuvent* être « prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois³⁹ ».

La majorité des juges a donc insisté sur la force persuasive plutôt qu'obligatoire des normes internationales auxquelles les instances étatiques sont présumées vouloir se conformer, sans donner les justifications théoriques en droit sur lesquelles elle a fondé son raisonnement. Depuis lors, deux grandes perspectives théoriques d'application du droit international en droit interne ont émergé dans la doctrine canadienne. Le point de convergence entre les auteurs est qu'ils accordent une place plus importante à une conception pluraliste des ordres juridiques, sans complètement délaisser l'idée d'une certaine prépondérance de l'ordre juridique interne. Dans les deux cas, toutefois, les auteurs cherchent à mieux circonscrire le rôle des organes étatiques (autres que le législateur) dans le maintien d'un équilibre entre les ordres étatique et international. Deux courants s'affirment ainsi. Le premier donne préséance au pouvoir discrétionnaire du gouvernement (2.1). C'est à lui qu'il revient de déterminer dans quelle mesure la norme internationale aura du poids dans l'ordre interne. Ce courant s'inscrit dans le type idéal de la *légitimité décisionniste*, c'est-à-dire « tout type de légitimation fondé uniquement sur la décision de l'État gouvernemental, sur le simple fait, donc, qu'une décision a déjà été prise⁴⁰ ». Le second courant donne préséance au pouvoir discrétionnaire du juge (2.2) et

39. Arrêt *Baker*, précité, note 15, par. 70.

40. La fin de la phrase se lit comme suit : « que cette décision doive, le cas échéant, être ratifiée par le Parlement n'a généralement, en contexte canadien, qu'une importance secondaire, puisque ce n'est pas là que se prennent véritablement les décisions fondamentales ». Voir M. COUTU, *loc. cit.*, note 8. L'auteur ajoute, et cette précision est importante : « Ici encore, le fait de parler de légitimité décisionniste ne signifie en rien l'adhésion à une conception *décisionniste* (schmittienne) du droit. »

il correspond plus nettement au type idéal de la *légitimité normative*, c'est-à-dire un type de légitimation faisant appel à des normes juridiques⁴¹.

2.1 La présence du pouvoir discrétionnaire du gouvernement

Le point de départ des réflexions des professeurs Brunnée et Toope⁴² repose sur la critique du travail accompli par les tribunaux supérieurs canadiens en matière d'interprétation du droit international. Plus précisément, ces auteurs dénoncent à la fois l'absence d'uniformité des jugements et la tendance à définir la norme internationale comme ayant une simple valeur persuasive, indépendamment du fait que celle-ci est issue ou non d'un traité liant le Canada sur la scène internationale. Ils s'inquiètent des dangers que peut représenter l'arrêt *Baker*⁴³ à plus long terme. À leur avis, une utilisation strictement persuasive de toutes les normes du droit international non incorporées en droit canadien ne peut qu'effriter la présomption de conformité et réduire les obligations internationales du Canada au rang d'anecdotes.

Afin de contrer cet effet qu'ils jugent indésirable, Brunnée et Toope proposent une méthode d'interprétation fondée sur la distinction entre les instruments internationaux ratifiés et non ratifiés. Dès que le Canada ratifie un traité, il engage sa responsabilité internationale. Pour cette raison, les tribunaux sont contraints de donner effet aux normes du droit international en droit interne, indépendamment de leur incorporation par voie législative⁴⁴, et d'interpréter le droit canadien conformément aux normes contenues dans les traités qu'il a ratifiés. Lors du travail d'interprétation, les auteurs suggèrent aux juges de s'attarder sur le sens réel du traité et, le cas échéant, d'utiliser les règles d'interprétation inscrites dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁴⁵.

Selon cette perspective théorique, les juges ne peuvent plus, comme l'a fait la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Baker*, considérer un traité ratifié et non incorporé comme possédant une simple valeur persuasive pouvant guider, à la seule discrétion du juge, l'interprétation du droit

41. Voir M. COUTU, *loc. cit.*, note 8.

42. J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 35.

43. Voir aussi l'arrêt *Suresh*, précité, note 16.

44. J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 35, 26-27.

45. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précitée, note 13.

canadien⁴⁶. En revanche, Brunnée et Toope privilégient la solution retenue dans l'arrêt *Baker* pour les normes internationales qui ne lient pas le Canada sur la scène internationale⁴⁷. Les juges doivent alors conserver la discrétion de s'y référer dans les cas qu'ils estiment pertinents. Contrairement aux normes issues de traités ratifiés, ces normes non contraignantes peuvent être utilisées à titre persuasif lors de l'interprétation du droit canadien.

L'approche de Brunnée et Toope a été critiquée parce que la distinction créée entre les normes internationales contraignantes et non contraignantes polarise l'influence du droit international en droit canadien sur un plan strictement formaliste, ce qui a pour effet de soumettre tout le droit international, sans distinction entre ses normes, à la seule volonté d'intérêts nationaux. Lorsque le Canada ratifie un traité, l'application du droit international en droit interne s'effectue alors sans discernement⁴⁸. Le juge perd son pouvoir discrétionnaire⁴⁹.

46. J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.* note 35, 17-18 : « *The Convention on the Rights of the Child* should not merely have been at the Court's discretion to « help inform » its interpretative effort—something less than what is required by the traditional presumption of conformity. Instead, the Court was obliged to strive, to the extent possible, for an interpretation that is consistent with the legal commitments that Canada made by ratifying the Convention. »

47. Pour ces auteurs, ces normes sont : les règles de traités non ratifiés par le Canada, les décisions de tribunaux internationaux ; les parties non contraignantes d'un traité ratifié (préambule, dispositions non impératives), les déclarations de principes et codes de conduite n'ayant pas encore le statut de coutume internationale. Cette dernière, malgré les tergiversations de la jurisprudence, doit recevoir, selon les auteurs, une application directe en droit interne canadien. De ce fait, tout comme pour les traités ratifiés par le Canada, les tribunaux ont l'obligation d'interpréter toute disposition législative ou règle de *common law* en accord avec le droit coutumier international. J. BRUNNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 35, 25-26.

48. K. KNOP, « Here and There : International Law in Domestic Courts », (2000) 32 *N.Y.U.J. Int'L. & Pol.* 501, 505 : « proponents of the traditional model have defended bindingness over persuasion on the ground that bindingness provides a safeguard against hegemony. But this defence assumes that international law generally, and therefore international law binding on domestic courts, is not hegemonic, an assumption that many would question [...] If the domestic application of international law is equated with the recognition of a global standard of good, then any and every domestic application is desirable. But this tacitly locates the authority of international law in its embodiment of liberal democracy, rather than understanding its authority as partly created by the reasoning in each case. »

49. *Id.*, 516. Knop dénonce en effet ceci : « The language used to promote domestic courts as instruments of international law — implementation, compliance, enforcement — only further de-emphasizes the exercise of judgment involved in translating from international to domestic law. Rhetorically, domestic judges are reduced to bureaucrats who, depending on the scholarly viewpoint, simply need to be better trained, better motivated, or more up-to-date. »

2.2 La présence du pouvoir discrétionnaire du juge

Contrairement à Brunnée et Toope, d'autres auteurs estiment que l'arrêt *Baker* constitue un tournant significatif dans la jurisprudence canadienne. En consacrant l'importance du droit international à titre de source interprétative des lois ordinaires⁵⁰, indépendamment de sa ratification ou de son incorporation en droit interne, la majorité de la Cour suprême propose une analyse centrée sur le contenu normatif du traité⁵¹. Le juge, figure centrale dans un système parlementaire, est investi de la tâche de déterminer quelles sont les normes internationales qui méritent d'être considérées plus sérieusement que d'autres. Dans la doctrine, nous pouvons mettre en lumière une version forte et une version faible de cette approche théorique favorisant l'exercice de la discrétion par le juge, plutôt que par le gouvernement. Selon la version forte, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge n'est contraint par aucune limite balisant son pouvoir de faire le choix des normes internationales qui compteront lors du travail interprétatif. Selon la version faible, l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge est partiellement lié par des principes de droit public.

C'est la professeure Knop qui a proposé une version forte de cette perspective théorique. Selon cette auteure, les tribunaux devraient considérer le droit international comme un droit étranger et l'analyser en conséquence⁵². En utilisant les méthodes interprétatives de droit comparé, lesquelles accordent une valeur strictement persuasive aux normes étrangères, les tribunaux peuvent accorder aux normes internationales, qu'elles soient contraignantes ou non, la place qui leur revient en droit canadien :

Since foreign law is not binding, we must be persuaded of its relevance, and comparative law offers us structures of persuasion that may prove illuminating for international law as well. Ultimately, the understanding of persuasion found in comparative law may challenge the narrowness of what international lawyers model as the domestic application of international law⁵³.

Au nom d'une application moins déterministe du droit international, Knop limite la portée de la présomption de conformité avec le droit international puisque, même en présence d'un traité ratifié, l'application de la

50. E. BRANDON, *loc. cit.*, note 36, 444, exprime bien ce point de vue: « The relevance of treaties hinges more on their importance to Canada as expressions of international values and principles, than on their precise legal status at the domestic level. Thus the limits of the contextual approach to statutory interpretation are being redefined to include a large body of international law. »

51. *Ibid.*

52. K. KNOP, *loc. cit.*, note 48, 520.

53. *Id.*, 530-531.

présomption ne peut imposer une contrainte au pouvoir judiciaire d'interpréter le droit interne conformément au droit international⁵⁴. Selon cette perspective, l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Baker* constitue pour Knop un modèle de flexibilité et de nuance à suivre pour les tribunaux puisque les juges conservent l'entière discrétion d'utiliser, à titre persuasif, les normes et valeurs du droit international qu'ils estiment pertinentes pour résoudre le litige⁵⁵.

L'approche de Knop a été critiquée par Brunnée et Toope qui craignent que l'absence de contrainte sur le pouvoir discrétionnaire du juge ne mène, à plus long terme, vers moins que plus de nuance dans le choix des normes internationales servant à interpréter le droit interne⁵⁶. C'est dans cette optique que s'inscrit le projet de Van Ert puisqu'il cherche à expliciter, dans sa version faible de l'approche théorique de la réception du droit international en droit interne⁵⁷, les principes de droit public qui doivent guider le juge lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire. Pour cet auteur, deux principes gouvernent l'entière question de l'utilisation des traités en droit interne canadien : l'autonomie gouvernementale et le respect du droit international. Le principe de l'autonomie gouvernementale réaffirme la capacité d'une communauté à s'autodéterminer librement, sans influence externe. Par cette dernière expression, Van Ert se réfère à toute institution (juridique, politique ou autre) n'ayant pas fait l'objet d'une approbation expresse par une communauté donnée. Celle-ci ne peut être obtenue qu'à la suite d'un processus décisionnel démocratique, lequel est formé de délibération, de représentation et de participation⁵⁸. Selon cet auteur, seul l'organe législatif, à l'exclusion de l'organe exécutif, regroupe ces trois caractéristiques ; accepter que l'organe exécutif puisse légiférer sans le concours du Parlement viole le principe d'autonomie gouvernementale.

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

54. *Id.*, 525 et suiv.

55. *Id.*, 535.

56. J. BRUNÉE et S.J. TOOPE, *loc. cit.*, note 35, 19 : « We fear that this approach [Knop], if not carefully applied as a supplementary analytical tool, could easily lead to less rather than more nuance. The temptation may be great to treat all international law, whether binding on Canada or not, as « optimal information » and to disregard the particular interpretative onus that is placed upon the courts by the presumption of conformity with Canada's international obligations. »

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

58. *Id.*, 7.

cease to be part of the civilized world»⁵⁹ ». Pour Van Ert, tout traité ratifié, qu'il soit ou non incorporé, produit des effets juridiques en droit interne. La présomption de conformité s'applique dans ce cas, et le juge doit interpréter les normes de droit international de manière libérale⁶⁰. Cependant, Van Ert ajoute que le juge doit limiter les effets du droit international en droit interne, dès que le principe d'autonomie gouvernementale est trop sérieusement touché par l'application du principe du respect du droit international. Afin d'aider les juges à déterminer si les effets vont au-delà de ce qui devrait être acceptable, Van Ert propose un test dont les composantes reviennent en somme à une analyse formaliste qui ne tient pas compte, du moins explicitement, du contenu des normes de droit international⁶¹.

Dans l'état actuel de la jurisprudence canadienne, il semble bien que la majorité de la Cour suprême penche en faveur de l'approche Van Ert dans la mesure où elle a cherché à maintenir un équilibre entre les principes du droit interne et du droit international dans le contexte d'un litige faisant appel à des normes de droit international qui avaient été ratifiées par le Canada. En effet, dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême fait référence à des principes et valeurs du droit public lors du processus d'interprétation. Elle estime donc que la discrétion des juges n'est pas illimitée lorsqu'il s'agit de donner effet à la présomption de conformité entre le droit interne et le droit international. Toutefois, la jurisprudence de la Cour est encore trop rudimentaire pour qu'il soit possible d'affirmer avec certitude si la forme (la ratification d'un traité) compte toujours davantage en droit canadien que le

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

60. Selon G. VAN ERT, *loc. cit.*, note 57, 37-38, la présomption devrait s'appliquer aux lois tant antérieures que subséquentes à la ratification du traité et elle devrait concerner de façon égale et les lois d'incorporation et les lois dites ordinaires.

61. G. VAN ERT, *loc. cit.*, note 57, 52-53 : « First, a court should consider the extent to which applying the treaty presumption to the case at bar will relieve the executive of the need to seek implementation of the treaty by Parliament or the provincial Legislatures [...] A second consideration should be the content of the treaty obligation under consideration. Treaty provisions of a purposive, interpretive, or general nature will often be more susceptible to judicial application by means of the treaty presumption than specific, particular, or detailed commitments, which will usually require implementing legislation to be given domestic legal effect [...] Finally, courts should be cognizant of the respective roles of legislatures and the judiciary in the Canadian reception system. The system assigns the task of vindicating the principle of self-government to Parliament and the provincial Legislatures in exercise of their sovereignty to legislate in violation of international law and their discretion as to whether, and to what extent, to implement treaty obligations incurred by the executive. In contrast, the role of asserting the principle of respect for international law is confided in the judiciary. »

contenu de la norme⁶². Néanmoins, certains développements, notamment dans l'arrêt *Baker*, laissent penser qu'une majorité de juges seraient enclins à accorder une place particulière aux normes internationales ayant pour objet la protection des droits de la personne.

3 La place particulière des normes internationales ayant pour objet la protection des droits de la personne

La protection des droits de la personne occupe un espace non négligeable dans la pensée juridique occidentale contemporaine. L'essor du droit international des droits de la personne est un facteur qui a joué un rôle de premier plan à cet égard. C'est dans la foulée de ces développements que les entités fédérale et provinciales de l'État canadien ont élaboré des instruments généraux de protection des droits et libertés fondamentaux de la personne, dont la *Charte canadienne des droits et libertés*. À plusieurs reprises, la Cour suprême a eu l'occasion de constater la similitude entre les droits et libertés fondamentaux protégés par la Charte canadienne et ceux qui sont inscrits dans les normes internationales des droits de la personne. Non seulement cet argument a servi à justifier une interprétation large des droits protégés par la Charte canadienne de manière à en assurer la compatibilité avec les normes internationales, mais il a eu également pour conséquence de donner aux normes internationales un effet juridique en droit constitutionnel canadien. Puisque, en vertu de l'article 32 de la Charte canadienne, l'État canadien a créé un ordre juridique supérieur qui lie le Parlement, les législatures provinciales et les gouvernements (incluant les administrations publiques), il n'est pas étonnant, par ricochet, que l'Administration s'estime liée par les normes du droit international contenues dans les jugements de la Cour portant sur la Charte canadienne. Il n'est pas surprenant non plus que l'Administration exprime cette obligation par diverses techniques normatives, y compris les directives et autres règles administratives, afin de développer son droit de manière compatible avec ces normes⁶³.

62. Pour une analyse s'inscrivant dans cette réflexion et portant sur des arrêts de la Cour suprême postérieurs à la décision *Baker*, voir M. COUTU et M.-H. GIROUX, «The Aftermath of September 11, 2001: Liberty vs. Security before the Supreme Court of Canada», à paraître.

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

En s'attribuant ce rôle, l'Administration agit de façon cohérente avec la prescription de l'article 32 de la Charte canadienne, mais ce constat ne signifie pas d'emblée qu'elle peut utiliser de son propre chef des instruments normatifs tels que la directive, afin de donner effet à un droit de la personne dont la source provient uniquement du droit international. Pour plusieurs constitutionnalistes canadiens, la prétention contraire favorise une thèse indéfendable dans un système juridique où prédomine le principe de la séparation des pouvoirs et duquel découle la doctrine dualiste de réception du droit international en droit interne. Toutefois, cette conception formelle du droit constitutionnel perd du terrain puisque la Cour suprême recourt depuis quelques années à des principes non écrits, la constitution de common law⁶⁴, afin de donner effet à des valeurs fondamentales structurant l'ordre démocratique canadien. En s'appuyant sur ces développements, d'autres constitutionnalistes canadiens argumentent que la constitution de common law porte un coup fatal à la doctrine dualiste en droit interne lorsqu'il s'agit de donner effet à certaines valeurs fondamentales issues du droit international (3.1). C'est par l'application de ces principes constitutionnels non écrits que ces spécialistes défendent la légitimité de la réception des normes internationales par tous les organes étatiques, dans la mesure toutefois où ces normes reflètent des valeurs fondamentales protégées par la constitution de common law. Lorsqu'il s'agit des droits de la personne, le problème qui se pose est de déterminer si un droit reconnu par une norme internationale (mais non par une norme constitutionnelle écrite) est une valeur protégée par la constitution de common law. Pour résoudre cette difficulté, le concept de droit cosmopolite a été proposé (3.2).

3.1 La constitution de common law

La constitution de common law comprend tout principe constitutionnel non écrit représentant des valeurs fondamentales de la société canadienne⁶⁵. Parmi ces valeurs, il y a celles qui sont relatives à la démocratie

64. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, et *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, [1997] 3 R.C.S. 3 ; arrêt *Baker*, précité, note 15. Sur la constitution de common law, voir, entre autres, M.D. WALTERS, « The Common Law Constitution in Canada: Return of *Lex Non Scripta* as Fundamental Law », (2001) 51 *U. of T.L.J.* 91.

65. D. DYZENHAUS, « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law », (2001) 27 *Queen's L. J.* 445 ; voir aussi : D. DYZENHAUS et E. FOX-DECENT, « Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada* », (2001) 51 *U. of T.L.J.* 193 ; D. DYZENHAUS, M. HUNT et M. TAGGART, « The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation », (2001) 1 *Oxford U. Commonwealth L.J.* 5.

parlementaire, à l'État de droit et aux droits de la personne⁶⁶. La *Charte canadienne des droits et libertés* constitue une forme de confirmation de certaines de ces valeurs fondamentales⁶⁷. Par le recours aux principes constitutionnels de common law, Dyzenhaus estime possible de légitimer l'utilisation de la présomption de conformité du droit interne avec le droit international lorsque les valeurs contenues dans ce dernier sont non seulement compatibles avec les valeurs prévues dans la Charte canadienne, mais également avec d'autres dispositions de droit positif relatives aux droits de la personne. En somme, la constitution de common law accorde aux individus une protection conforme aux valeurs fondamentales, et ce, même en l'absence de dispositions légales formelles à cet effet⁶⁸.

C'est en ce sens que, pour Dyzenhaus, la constitution de common law consacre une conception plus riche de la démocratie menant vers une application beaucoup moins étanche du principe de la séparation des pouvoirs. Pour cette raison, il critique le principe de l'autonomie gouvernementale défendue par Van Ert. Ainsi, Dyzenhaus souligne que la prétention selon laquelle seul le Parlement est représentatif de l'ordre démocratique relève d'une conception pauvre de ce dernier. La démocratie est l'une des valeurs fondamentales enracinées dans la constitution de common law et, de ce fait, elle s'enrichit par l'interaction avec les autres valeurs du droit constitutionnel écrit et non écrit. Il en résulte que l'ordre démocratique ne peut être considéré comme exclusivement issu de l'activité législative⁶⁹, notamment lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des protections relatives aux droits de la personne. Sur ce point, Dyzenhaus est d'accord avec Walters :

66. D. DYZENHAUS, *loc. cit.*, note 65, 6 et 35.

67. *Id.*, 6.

68. *Id.*, 38.

69. La vision enrichie de la démocratie proposée par Dyzenhaus l'amène à critiquer la dissidence des juges Iacobucci et Cory dans l'arrêt *Baker*, précité, note 15, ainsi que l'*obiter dictum* du juge Lamer de la Cour suprême dans l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, précité, note 27. Dans cette affaire, le juge Lamer (qui était alors juge en chef de la Cour) avait émis l'opinion selon laquelle les questions relatives à la Charte canadienne devraient relever exclusivement du pouvoir judiciaire et non des tribunaux administratifs, contrairement à la jurisprudence constante de la Cour suprême sur cette question depuis la trilogie suivante : *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, précité, note 27, *Cuddy Chicks Ltd. c. Commission des relations de travail de l'Ontario*, précité, note 27, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (C.E.I.)*, précité, note 27. Dyzenhaus est d'accord avec les propos de la juge McLachlin qui, dans la même affaire, s'inscrit en faux contre l'opinion du juge Lamer. Il explique : « I call the vision of constitutionalism [of McLachlin] democratic, because, in her view, if judges have such exclusive jurisdiction, then the Charter is put out of reach of the people whom it serves in part, as it is before tribunals rather than the courts that most people are likely to contest their rights » : D. DYZENHAUS, M. HUNT et M. TAGGART, *loc. cit.*, note 65, 21.

This argument is more in line with the democratic vision, since the plausibility of the idea of the common law constitution is said to be premised on a blurring of the division between the powers. Walters [...] suggest that the idea of a common law constitution is more about the protection of fundamental values and less about constitutional rules relating to institutional structure, including the separation of powers. Hence, unless a violation of such structure «also amounts to the violation of basic human rights», structure should not be asserted as part of the unwritten constitution⁷⁰.

Selon Dyzenhaus et Walters, il revient au juge d'exercer sa discrétion afin d'établir, d'utiliser ou d'interpréter diverses règles de common law. En ce qui concerne les règles de common law faisant état de valeurs fondamentales propres à la société canadienne (autre que la séparation des pouvoirs), ils estiment que le juge doit leur accorder un poids prépondérant en droit canadien, notamment par l'entremise d'une application généreuse de la présomption de conformité⁷¹. Leur refuser cet effet signifie l'adhésion à une vision formelle du constitutionnalisme, consacrant la préséance du principe de la séparation des pouvoirs au détriment des autres valeurs fondamentales, comme la protection des droits de la personne. En revanche, leur accorder une telle place milite en faveur d'une vision démocratique du constitutionnalisme⁷².

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

3.2 Le droit cosmopolite

Le concept de droit cosmopolite signifie l'ensemble des droits individuels inaliénables découlant d'un principe de justice humanitaire universelle constituant la fondement de la théorie du droit rationnel de

70. D. DYZENHAUS, M. HUNT et M. TAGGART, *loc. cit.*, note 65, 27.

71. D. DYZENHAUS et E. FOX-DECENT, *loc. cit.*, note 65, 17.

72. Sur le concept de constitutionnalisme démocratique, voir le texte de D. DYZENHAUS, *loc. cit.*, note 65.

Kant⁷³. Fondée sur la raison et non sur le droit divin ou l'expérience humaine, cette théorie pose que l'être humain doit être considéré comme une fin en soi et non comme un moyen. Selon Kant, toute morale ou tout système normatif doit servir à promouvoir et à garantir les droits et libertés individuels de chaque citoyen, indépendamment de sa nation, de sa race ou de sa religion. De plus, il argumente que seul un mécanisme de protection des droits de la personne à l'échelle globale, qu'il nomme « droit cosmopolite », peut constituer une mesure efficace. En effet, le caractère transcendant de la théorie du droit rationnel la rend imperméable devant l'action ou l'inaction des acteurs étatiques et non étatiques puisqu'elle doit être considérée comme complètement distincte et autonome par rapport aux ordres de droit interne et international. Walters soutient que le concept kantien du cosmopolitisme, vu à la lumière de considérations normative et historique, peut fournir « a compelling theoretical explanation for, or a least a useful theoretical insight to, the relationship between the common law constitution, judicial review, and international law⁷⁴ ». Sur le plan historique, il montre notamment que le droit cosmopolite fait partie depuis longtemps de la constitution de common law⁷⁵. Il conclut que la common law cosmopolite comprendrait ainsi un corpus de valeurs fondamentales, transcendantes et indépendantes des ordres juridiques interne et international relatifs aux droits de la personne, pris dans un sens large. Sur le plan normatif, il estime que l'intégration du droit cosmopolite à la constitution de common law permet l'utilisation d'une méthode d'interprétation de rechange à la méthode traditionnelle de telle sorte que les juges puissent se référer aux valeurs d'un traité non incorporé en droit interne, non pas

73. M.D. WALTERS, « The Common Law Constitution and Legal Cosmopolitanism », à paraître dans D. DYZENHAUS (dir.), *The Unity of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004. Walters s'inspire des enseignements de Kant et de ses successeurs, notamment John Rawls et David Held. Sur ces auteurs, voir : E. KANT, *Projet de paix perpétuelle (1795-96)*, Paris, Vrin, 1990 ; J. RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 10 ; D. HELD, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995, p. 227-234.

74. M.D. WALTERS, *loc. cit.*, note 73, 2.

75. *Id.*, 8. Le droit universel des nations a été reconnu dès 1608 dans le *Calvin's Case*, (1608) 2 St. Tr. 559, 669-670 : the « common law of England is grounded upon the law of God, and extends itselfe to the originall lawe of nature, and the univesall lawe of nations ». W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. I, Oxford, Clarendon Press, 1769, 43, était du même avis. Son point de vue a été repris récemment dans la décision : *Mabo v. Queensland (No 2)*, (1992) 175 CLR 1, 42. Le juge Brennan de la High Court a écrit ceci : « international law is a legitimate and important influence on the development of common law. » Ces citations sont tirées du texte de M.D. WALTERS, *loc. cit.*, note 73, 5.

comme s'il s'agissait de droit positif, mais « as a body of general or universal legal principles having force independently of positive sources⁷⁶ » :

[...] a vigorous approach by common law judges to the articulation of « humane standards » for executive decision-making by more consistent and active reference to international legal sources need not to be considered « subverting the constitution of states » or « misuse of legal concepts and terminology » or upsetting « the balance maintained by our Parliamentary tradition ». The principles of parliamentary sovereignty and separation of powers cannot be threatened by the « backdoor » incorporation of international legal norms by this approach because the norms that qualify as cosmopolitan, as opposed to the positive legal norms in which they are evidenced, are not just parts of international law but also part of the *ius cosmopolitanum* or *ius gentium* that forms an integral part of the common law constitution⁷⁷.

Selon cette méthode, tous les actes gouvernementaux et législatifs seraient soumis aux impératifs de la constitution non écrite comprenant le droit de la common law-cosmopolite, sans que le juge ait à démontrer l'ambiguïté de la loi⁷⁸. De plus, puisque ces valeurs font partie de la constitution de common law, le juge pourrait même y recourir lorsqu'il estime qu'une norme de droit interne est contraire au droit cosmopolite⁷⁹. Plus important encore, la perspective de Walters pose les jalons d'une discussion sur la valeur constitutionnelle des normes internationales relatives aux droits de la personne en droit interne et qui ne sont pas explicitement inscrites dans les chartes des droits et libertés⁸⁰.

Conclusion

L'État canadien adhère toujours, dans son discours officiel, à l'approche dualiste d'incorporation du droit international conventionnel en droit interne, ce qui reflète le rôle traditionnel du législateur dans une démocratie du type parlementaire. Toutefois, la presque totalité des conventions

76. M.D. WALTERS, *loc. cit.*, note 73, cite A. BRUDNER, « The Domestic Enforcement of International Covenants on Human Rights : A Theoretical Framework », (1985) 35 *U. of T.L.J.* 219, 222.

77. M.D. WALTERS, *loc. cit.*, note 73, 13.

78. *Id.*, 4. Dans l'arrêt *Baker*, précité, note 15, par. 70, la juge L'Heureux-Dubé aurait laissé entendre qu'il serait possible de se référer à un traité même lorsque les dispositions législatives sont claires.

79. M.D. WALTERS, *loc. cit.*, note 73, 14.

80. Sur les dispositions constitutionnelles écrites relatives aux droits de la personne, voir : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'Immigration)*, précité, note 16 ; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, par. 23 ; arrêt *Suresh*, précité, note 16.

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

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

Toutefois, cela ne signifie pas que la question de savoir quel acteur étatique doit avoir le dernier mot soit réglée. La tendance doctrinale et jurisprudentielle penche en faveur du juge à qui l'on accorde une plus grande confiance lorsqu'il s'agit de choisir les orientations normatives qui auront préséance en droit canadien. Le trait dominant de cette réflexion des juristes est d'accorder une préférence pour un cadre d'analyse privilégiant le concept de la légitimité normative plutôt que celui de la légitimité décisionniste s'inscrivant ainsi, dans une certaine mesure, dans le « prolon-

gement du concept wébérien de la légitimité légale⁸¹ ». Toutefois, le débat reste encore ouvert sur la question de savoir si la discrétion du juge doit être limitée par des principes du droit constitutionnel canadien (et, si oui, lesquels ?). Entre les perspectives de Knop (discrétion non limitée) et Van Ert (discrétion limitée par un équilibre de principes prédéterminés), une autre voie se dessine dans la doctrine canadienne. S'appuyant sur l'arrêt *Baker*, Dyzenhaus et Walters estiment que le juge doit donner préséance aux normes relatives à la protection des droits de la personne tel que cela est prescrit par la constitution de common law. Cette philosophie de la légitimité est intéressante puisqu'elle place la notion d'intégrité du système juridique au cœur du débat. Ces auteurs posent donc la nécessité de justifier cette intégrité à l'aune de critères, mais sans la soumettre à une idéologie morale. C'est pour cette raison que ces critères doivent « être puisés au sein même de l'ordre juridique⁸² ».

Il est encore trop tôt pour affirmer l'existence d'une pensée achevée chez les juges de la Cour suprême à cet égard, mais l'arrêt *Baker* a jeté des assises qui serviront à la construction d'un nouveau rapport entre le droit international et le droit interne. Certes une théorie plus complète et mieux articulée reste à formuler, mais trois jalons pourraient rallier les points de vue des uns et des autres : 1) la perspective strictement formaliste véhiculée par l'approche dualiste ne joue plus nécessairement un rôle de premier plan ; 2) le contenu de la norme internationale est dorénavant un facteur dont il faut tenir compte lors de l'analyse de l'effet du droit international en droit interne ; 3) le droit international des droits de la personne constitue une catégorie de normes pour lesquelles la perspective dualiste est appelée à jouer un rôle de second plan. Ces jalons soulèvent, bien sûr, des interrogations qui vont au-delà de cette recherche : Quelle est l'étendue de la catégorie des droits de la personne ? Comprend-elle le droit international relatif à la santé, à la sécurité et à l'environnement (arrêt *Spraytech*⁸³) ? Le cas échéant, comment justifier le même traitement de ces normes sur le plan constitutionnel ? Doit-on opposer le droit international économique à ces

81. M. WEBER, *Economy and Society : An Outline of Interpretive Sociology*, t. I., New York, Bedminster Press, 1968, p. 36 et suiv. ainsi que p. 212 et suiv. M. COUTU, *loc. cit.*, note 8 : « la prétention à la légitimité fait référence à des règles juridiques, qu'il s'agisse de normes procédurales ou de règles formelles d'interprétation, de décisions du juge constitutionnel ayant valeur de précédents ou de valeurs juridiques affirmées par le juge constitutionnel. Nous pouvons parler ici, pour regrouper ce type de légitimation faisant appel à des normes juridiques, de *légitimité normative*. »

82. Sur cette question, lire le texte de L. BÉGIN et Y. VACHON, *loc. cit.*, note 11, 29 et suiv.

83. *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 16.

autres normes ? Faudrait-il formuler un cadre analytique adapté à chaque catégorie de normes ? Comment déterminer les fondements constitutionnels qui auront préséance lors de chacune de ces analyses ?

Ces quelques questions montrent l'ampleur des travaux qui restent à effectuer pour nourrir la réflexion sur les enjeux liés à la juxtaposition de systèmes juridiques dont les points de rencontre se réduisent, bien souvent, à peu de chose. Malgré les difficultés qui s'accumulent, le recours aux normes internationales demeure un projet légitime, car il comporte un avantage non négligeable sur le plan du développement du droit canadien. En effet, le sentiment diffus qui se dégage à l'observation de l'évolution des deux systèmes juridiques est que le droit canadien se trouve, à bien des égards, à la remorque du droit international. Le désenchantement des Canadiens à l'égard de leurs propres institutions politiques y est sans doute pour quelque chose, car leur emprise sur le renouvellement des idées et des projets sociaux semble paralysée par différents facteurs (le déficit démocratique, la qualité des représentants, la pesanteur de la procédure, la lenteur des réformes et innovations, etc.). Faute de remède et peut-être aussi faute de volonté pour y arriver, la population canadienne a assisté passivement au déplacement des centres de pouvoir vers les institutions internationales et autres organismes d'envergure internationale. Ce changement peut non seulement expliquer (du moins en partie) la capacité des acteurs internationaux à renouveler le droit international de telle sorte qu'il puisse répondre aux nouvelles réalités du monde contemporain, mais également offrir une justification à l'intégration de ce droit dans le système juridique canadien lorsque les acteurs étatiques sont d'avis que la norme internationale constitue une représentation symbolique valide des valeurs et aspirations des Canadiens⁸⁴. Si les juges adoptent la prémisse selon laquelle les droits étatique et international partagent des fondements communs et sont, par conséquent, intégralement liés pour des raisons qui ne peuvent pas être expliquées par la volonté législative, leur toile de fond interprétative devient plus riche et plus nuancée⁸⁵. Cette prémisse permet aussi de concevoir autrement le rôle de l'État-nation. Elle rend possible l'idée d'un

84. A. BRUDNER, *loc. cit.*, note 76, 225-226 ; D. HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1.

85. M.D. WALTERS, *loc. cit.*, note 73, 10, cite M. HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 12-17.

concept de « souveraineté différencié et polycentrique⁸⁶ » où « différents centres de pouvoir, à l'échelle locale, nationale, multinationale, continentale ou internationale, se partageraient les tâches, selon les types de problèmes qu'il s'agit de maîtriser⁸⁷ ». L'État-nation peut ainsi être conçu « comme un lieu, parmi d'autres, d'autolégislation des citoyens⁸⁸ ».

-
86. Le concept « polycentrique » est entré dans le vocabulaire de la Cour suprême. Elle l'utilise dans le cas de l'analyse pragmatique et fonctionnelle servant à déterminer la norme de contrôle applicable aux décisions de l'Administration. La Cour suprême s'en sert également pour appuyer le point de vue selon lequel « la nature du problème n'exige pas l'application stricte de règles juridiques ni l'interprétation de la loi, mais plutôt une analyse éminemment contextuelle et polycentrique » : *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 C.S.C. 710, par. 144. Elle a aussi recours à ce concept pour qualifier certaines décisions de « polycentriques », c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de concilier les intérêts de différents groupes dans un processus décisionnel administratif : *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226 ; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, par. 15 ; voir aussi : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557 ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. De même, la Cour suprême a fait référence à la nature polycentrique de la négociation de conventions collectives dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, note 31, 418. Certaines décisions administratives ne possèdent pas ce caractère polycentrique : *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476 ; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 16, par. 48 ; *Baker*, précité, note 15, par. 55 ; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 26.
87. S. COURTOIS, « Droits *individuels* ou droit des *peoples* ? », document présenté lors d'une conférence du Colloque international : Les normes internationales au 21^e siècle : science politique, philosophie, droit, Aix-en-Provence, 11-14 septembre 2003, p. 11. Cet auteur cite au soutien de cette idée : D. HELD, *loc. cit.*, note 84, p. 27 ; T. POGGE, « Cosmopolitanism and Sovereignty », (1992) 103 *Ethics* 48, 58 et suiv. ; M. KEATING, « Nations without States : The Accommodation of Nationalism in the New State Order », dans M. KEATING et J. MCGARRY (dir.), *Minority Nationalism and the Changing International Order*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 19-43.
88. S. COURTOIS, *loc. cit.*, note 87, 11.