

LES DIFFICULTÉS LIÉES À LA PRISE EN COMPTE DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE EN DROIT CANADIEN : PRÉOCCUPATIONS LÉGITIMES OU ALIBIS?

*Olivier Delas**
*Myriam Robichaud***

Cet article propose une réflexion sur la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit interne canadien. Les auteurs se demandent si les justifications qui sous-tendent l'impératif de mise en œuvre en droit interne canadien des traités internationaux des droits de la personne ratifiés par le Canada, soit la séparation des pouvoirs et le fédéralisme, sont devenus des prétextes à leur non-incorporation plutôt que l'expression de véritables préoccupations démocratiques. Or, la pratique actuelle consiste à ne pas mettre en œuvre ces traités sur la base qu'il existe une conformité préalable du droit interne avec le droit international des droits de la personne. Cela permet au gouvernement d'affirmer sur la scène internationale qu'il remplit ses obligations, mais dans les faits, cette mise en œuvre n'est pas confirmée par les cours internes, de sorte que l'exécutif semble à l'interne ne pas s'estimer lié par les obligations auxquelles il a pourtant librement souscrit. Les cours canadiennes ont été confrontées ces dernières années à l'invocation accrue des traités internationaux sur les droits de la personne. Bien qu'elles se soient montrées réticentes à analyser les fondements de leur mise en œuvre, elles en ont toutefois grandement relativisé la nécessité. En effet, que les obligations internationales aient été ou non mises en œuvre, les cours internes leur donnent désormais un effet essentiellement interprétatif et, en pratique, fort variable. Le recours à la jurisprudence des organismes internationaux de contrôle et au droit international coutumier permettrait au droit international des droits de la personne de jouer le rôle qui lui revient en droit interne canadien.

This article proposes a reflection on how international human rights law is taken into consideration in the Canadian legal system. The authors question whether the alleged reasons for the need of implementation in Canadian law of international human rights treaties ratified by Canada, i.e. separation of powers and federalism, have become an excuse for non-implementation instead of the expression of true democratic preoccupations. In fact, the actual practice, which consists in considering treaties as needing no implementation on the basis of prior domestic law conformity, allows the Government to claim its respect of its international obligations, whereas the domestic courts do not recognize it as a valid implementation, which permits the Executive to consider the obligations to which it freely subscribed as non-binding in domestic courts. In recent years Canadian courts have been increasingly solicited to take into account human rights international treaties. Although they have been reticent to analyze the ins and outs of implementation, they have greatly diminished over the years its necessity. Indeed, whether the international obligations have been implemented or not, the domestic courts have essentially given them an interpretative purpose, which is in practice applied in a variable manner. Recourse to the jurisprudence of human rights treaty bodies and to international customary law would help give international human rights law the place it deserves in Canadian domestic law.

* Olivier Delas est professeur de droit international à la Faculté de droit de l'Université Laval ainsi qu'à l'Institut québécois des hautes études internationales où il est responsable du Cercle Europe et chercheur dans le cadre du Programme Paix et Sécurité Internationales. Il est également avocat au cabinet KDAvocats spécialisé en droit de l'immigration et en droits de la personne. L'auteur tient à remercier très sincèrement la Fondation du Barreau du Québec pour la subvention qu'elle lui a allouée pour la réalisation de cette étude.

** Myriam Robichaud est titulaire d'un baccalauréat en droit et d'une maîtrise en droit international de l'Université Laval, de même que d'un baccalauréat en études internationales de l'Université de Montréal.

Le Canada est souvent présenté, et avec raison, comme un État qui s'est historiquement investi dans des actions visant le développement de la paix, de la démocratie, de l'État de droit, et également des droits de la personne. Qu'il suffise pour s'en convaincre de rappeler son rôle dans la création des Casques bleus, son implication dans la création de la Cour pénale internationale, ou encore sa participation à la plupart des traités internationaux visant à assurer le respect des droits de la personne. Cette présence dans le développement de la normativité du droit international en matière de droits de la personne contraste singulièrement cependant avec les difficultés que peuvent avoir les justiciables, ou plus précisément leurs avocats, à faire valoir cette dernière devant les juridictions canadiennes. Ces difficultés trouvent leur origine dans les exigences liées à la prise en compte du droit international par le droit interne du Canada.

Les règles qui gouvernent l'interaction entre le droit interne et le droit international relèvent du droit interne des pays : chaque État dispose de règles de « réception »¹ qui lui sont propres. Selon les règles qui y prévalent, on classera généralement ces derniers en deux catégories : État dualiste ou État moniste. Certains pays considèrent l'ordre international et l'ordre interne comme étant liés et unis. Le droit international faisant partie intégrante du droit interne, aucun acte de transformation n'est jugé nécessaire². Il s'agit d'une conception moniste du droit³. À

¹ Stephen J. Toope considère que le mutisme de la Constitution canadienne concernant la pénétration du droit international en droit interne crée un « vacuum constitutionnel » : Stephen J. Toope, « Canada and International Law » (1998) 27 Proc. Can. Council Int'l 33 à la p. 35. Selon Stéphane Beaulac, il s'agit de règles constitutionnelles non écrites, qui « constituent probablement des conventions constitutionnelles » provenant de la tradition britannique par le biais du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, annexe II, n° 5) qui prévoit que le Canada aura « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » : Stéphane Beaulac, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont « liés » par le droit international » (2004) 38 R.J.T. 359 aux pp. 375-376 [Beaulac, « Arrêtons de dire »]. Selon Gibran Van Ert, quatre règles, issues de la *common law*, régiraient l'interaction entre le droit interne et le droit international au Canada : la connaissance d'office du droit international par les cours internes, la présomption interprétative selon laquelle le droit interne est conforme aux obligations internationales, l'incorporation du droit international coutumier par la *common law* et la nécessité de mettre en œuvre les traités : Gib Van Ert, « Qu'est-ce que le droit de la réception? » dans Oonagh E. Fitzgerald (dir.), *Règle de droit et mondialisation: rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Yvon Blais, 2006 à la p. 107 et s. [Fitzgerald]; Cassandra Kirewskie identifie aussi ces quatre principes, qu'elle qualifie de principes non écrits de la Constitution, comme les piliers du système de réception canadien : Cassandra Kirewskie, « Un arbre vivant : la Loi constitutionnelle de 1982 et l'évolution politique au Canada », Institut de politiques d'intérêt public de la Saskatchewan, 23 au 25 mai 2007, Regina, Saskatchewan, en ligne : <http://www.uregina.ca/sipp/conference_2007/french/abstracts_french/cassandra_kirewskie.pdf> et Cassandra Kirewskie, « Should Canada Follow International Law? » (2006-2007) 21 N.J.C.L. 333. Selon Hugh M. Kindred, si tant est que le Canada ait adopté les conventions constitutionnelles britanniques dans le domaine, rien n'oblige les tribunaux canadiens à continuer d'aligner leur pratique sur celle du Royaume-Uni : Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée » dans Fitzgerald, 11 aux pp. 16-17.

² Cette affirmation doit cependant être relativisée, puisqu'il est nécessaire dans plusieurs pays de recevoir l'assentiment, par exemple parlementaire, avant qu'un traité puisse produire ses effets, et ce, bien qu'il ne s'agisse pas d'incorporation à proprement parler.

³ Parmi les États ayant opté pour une conception moniste, mentionnons l'Allemagne (article 25 de la *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne* (*Grundgesetz für die Bundesrepublik*

l'opposé, d'autres pays conçoivent plutôt le droit interne et le droit international comme deux sphères autonomes, distinctes et étanches l'une de l'autre. Pour que le droit interne puisse prendre en compte le droit international, ce dernier doit d'abord être incorporé⁴ dans l'ordre interne par le biais d'un acte législatif ou d'un décret⁵. Le système juridique canadien dans ses rapports avec le droit international peut être qualifié d'« hybride »⁶ : moniste quant au droit international coutumier (réception directe) et dualiste quant aux traités (incorporation requise).

Bien que cette question intéresse l'ensemble du droit international, elle revêt une acuité certaine en droit international des droits de la personne, et ce, pour deux raisons. D'une part, parce que ce domaine du droit international, qui a connu un développement remarquable depuis la Seconde Guerre mondiale, entend reconnaître des droits aux personnes placées sous la juridiction des États, ce qui inclut par définition le justiciable canadien. D'autre part, comme il sera vu ultérieurement, l'adoption de textes et mécanismes visant à assurer le respect des droits de la personne en droit interne, tant au Canada que dans la plupart des États démocratiques, invitent à l'analogie, à la comparaison, pour ne pas dire à l'osmose avec ceux qui sont consacrés par le droit international.

La solution logique et évitant tout conflit serait donc une transposition spécifique et systématique en droit interne par les autorités canadiennes. Or, dans les faits, tel n'est pas le cas. Comme il sera expliqué, diverses raisons peuvent justifier cette absence de transposition. Si ces dernières reposent apparemment sur des préoccupations légitimes, il est indéniable qu'elles ont pour conséquence d'interdire au justiciable d'en exiger l'entier respect de la part des autorités canadiennes, contrairement au fait qu'elles s'y soient engagées sur la scène internationale. Confrontées à cette absence de transposition spécifique et systématique, mais

Deutschland), la France (article 55 de la *Constitution de la République française*), les Pays-Bas (article 94 de la Constitution néerlandaise (*Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*)), mais aussi la Grèce, le Bénin, le Cameroun, la Namibie, le Niger, etc. Voir notamment : Association des Hautes Juridictions de Cassation des Pays ayant en partage l'Usage du Français, en ligne : <<http://www.ahjucaf.org/-rubrique531->>. Les États monistes peuvent cependant prévoir qu'il y aura en cas de contradiction des obligations internationales avec le droit interne, primauté de ce dernier (comme c'est le cas au Canada avec la coutume) ou primauté du droit international.

⁴ Nous emploierons indistinctement les termes « incorporation » et « mise en œuvre » lorsque nous ferons référence aux traités. La Cour suprême du Canada semble néanmoins favoriser l'expression incorporation : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999) 2 R.C.S. 817 au para. 79 [*Baker*]; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002) 1 R.C.S. 3 au para. 60 [*Suresh*] et *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique* (2007) CSC 27 au para. 69 [*Health Services*]. Dans *R. c. Hape* (2007) CSC 26 au para. 36 [*Hape*], la Cour réfère de manière indirecte au terme « transformation » : « Lord Denning y a examiné la doctrine de l'adoption et celle de la transformation, suivant laquelle le Parlement doit mettre en œuvre une règle de droit international pour qu'un tribunal interne puisse l'appliquer ».

⁵ Les pays qui ont hérité du système britannique adhèrent généralement à cette conception dualiste du droit.

⁶ Elisabeth Eid et Hoori Hamboyan, « La mise en œuvre par le Canada des obligations découlant de traités internationaux de droits de la personne : créer du sens au-delà de l'absurde » dans Fitzgerald, *supra* note 1, 555 à la p. 555; Gibran Van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, La Haye, Kluwer Law International, 2002 à la p. 49 et s. [Van Ert].

également en raison de l'invocation croissante du droit international dans le contentieux des droits de la personne, les juridictions canadiennes ont toutefois prêté une oreille attentive aux dispositions de celui-ci, lui accordant par là même une certaine portée en droit canadien⁷.

L'interaction entre le droit international et le droit interne a donné lieu ces dernières années à une abondante doctrine, notamment dans les pays de tradition anglo-saxonne⁸. Le Canada n'a pas échappé à cette vague d'intérêt renouvelé pour la question⁹. Certes, les points de vue exprimés s'entrechoquent sur de nombreux points : de la détermination des règles du système de réception canadien à la nécessité de mise en œuvre des obligations conventionnelles en passant par le rôle dévolu aux organes étatiques. Qu'ils soient issus du domaine juridique interne ou bien qualifiés d'« internationalistes »¹⁰, les divers auteurs semblent néanmoins s'accorder sur un

⁷ Il sera cependant fait exception ici du Tribunal des droits de la personne du Québec qui, par sa large prise en compte du droit international des droits de la personne, mériterait un traitement particulier.

⁸ Voir notamment Stefan A. Riesenfeld et Frederick M. Abbott (dir.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties : a Comparative Study*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994; Stephen Donaghue, « Balancing Sovereignty and International Law : The Domestic Impact of International Law in Australia » (1995) 17 *Adel. L. Rev.* 213; Geoffrey Palmer, « Human Rights and the New Zealand Government's Treaty Obligations » (1999) 29 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 57; Mark Gobbi, « Drafting Techniques for Implementing Treaties in New Zealand » (2000) 21:2 *Statute L. Rev.* 71; Brian R. Opeskin, « Constitutional Modelling : The Domestic Effect of International Law in Commonwealth Countries » (2001) 27 *Commw. L. Bull.* 1242.

⁹ Anne F. Bayefsky, *International Human Rights Law: Use in Canadian Charter of Rights and Freedoms Litigation*, Toronto, Butterworths, 1992 [Bayefsky]; Karen Knop, « Here and There: International Law in Domestic Courts » (2000) 32 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 501 [Knop, « Here and There »]; William A. Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada » (2000) 79 *R. du B. can.* 174 [Schabas]; Stephen J. Toope, « The Uses of Metaphor: International Law and the Supreme Court of Canada » (2001) *R. du B. can.* 534 [Toope, « Metaphor »]; Stephen J. Toope, « Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law » (2001) 50 *U.N.B.L.J.* 11; Van Ert, *supra* note 6; Irit Weiser et Elisabeth Eid, « Interaction Between International and Domestic Human Rights Law: A Canadian Perspective » dans The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, *A Collection of Papers in the International Centre's Canada-China Cooperation Programme*, Vancouver, mars 2002 [Weiser et Eid]; Stéphane Beaulac, « The Suresh Case and Unimplemented Treaty Norms » (2002) 15 *R.Q.D.I.* 221; Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts » dans National Judicial Institute, *Séminaire de formation de la Cour fédérale: Incidence au Canada des instruments internationaux*, Ottawa, conférence donnée le 31 janvier 2003 [Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace »]; Stéphane Beaulac, « National Application of International Law : The Statutory Interpretation Perspective » (2003) 41 *A.C.D.I.* 225 [Beaulac, « National Application »]; Beaulac, « Arrêtons de dire » *supra* note 1; Stéphane Beaulac, « Recent Developments on the Role of International Law in Canadian Statutory Interpretation » (2004) 25:1 *Stat. L. Rev.* 19; Anne Warner La Forest, « Domestic Application of International Law in *Charter* Cases: Are We There Yet? » (2004) 37 *U.B.C.L. Rev.* 159 [La Forest]; Irit Weiser, « Undressing the Window : Treating International Human Rights Law Meaningfully in the Canadian Commonwealth System » (2004) *U.B.C.L. Rev.* 113 [Weiser]; Stéphane Beaulac, « L'interprétation de la Charte: reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international » (2005) 27:2 *Sup. Ct. L. Rev.* 1 [Beaulac, « L'interprétation de la Charte »]; Fitzgerald, *supra* note 1; Stéphane Beaulac et Pierre-André Côté, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization » (2006) 40 *R.J.T.* 131; William A. Schabas et Stéphane Beaulac, *International Human Rights and Canadian Law: Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007.

¹⁰ Beaulac, « National Application », *supra* note 9 aux pp. 227-228.

point : le droit international ne peut être ignoré¹¹. Si, dans l'ensemble, la doctrine s'entend pour dire que le droit interne doit prendre en compte le droit international, la portée de celui-ci en droit interne demeure quant à elle une question âprement discutée.

I. Les obligations conventionnelles du Canada en matière de droit international des droits de la personne : détournement de l'impératif de mise en œuvre

L'exigence de l'incorporation en droit interne du droit international est essentiellement justifiée par le respect des compétences du législateur au Canada, qu'il intervienne dans le cadre du parlement fédéral ou dans celui des législatures provinciales. Un certain nombre d'interrogations méritent d'être soulevées à l'égard de ces justifications. Qui plus est, considérant l'attitude de l'exécutif face à cette normativité internationale, tant dans son élaboration au niveau international que dans sa mise en œuvre (ou absence de mise en œuvre) en droit canadien, il est permis de se demander si ces justifications ne constituent pas dans une certaine mesure un alibi.

A. Les justificatifs de la nécessité de mise en œuvre : alibis ou préoccupations légitimes?

Les tribunaux internes ne sauraient prendre en compte les conventions et les traités internationaux à moins qu'ils aient été rendus applicables; telle est la formulation de l'exigence de mise en œuvre. Elle est d'emploi classique et se retrouve, avec quelques variantes, mais de manière constante, réitérée par les juridictions canadiennes¹².

Les deux raisons les plus fréquemment évoquées comme justificatifs à la nécessité de cette mise en œuvre sont la séparation des pouvoirs et le fédéralisme canadien. Or, suivant l'analyse de ces principes et au regard de l'inertie dont fait preuve l'appareil politique canadien dans cette mise en œuvre des traités internationaux sur les droits de la personne ratifiés par le Canada, il est légitime de se demander si, sous le couvert de préoccupations démocratiques fondées, ces justifications constitutionnelles ne servent pas davantage de prétextes à ne pas incorporer en droit interne les obligations établies par lesdits traités.

¹¹ La Forest, *supra* note 9 à la p. 159.

¹² *Avis sur les conventions du travail, Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, (1937) A.C. 326 à la p. 347 [*Avis sur les Conventions de travail*]; *Francis v. The Queen* (1956) S.C.R. 618 à la p. 621 [*Francis*]; *Capital Cities Communications Inc. c. Canada (Conseil de la Radio-Télévision canadienne)* (1978) 2 R.C.S. 141 aux pp. 172-173 [*Capital Cities*]; *Operation Dismantle c. La Reine* (1985) 1 R.C.S. 441 au para. 90 [*Operation Dismantle*]; *Baker, supra* note 4 au para. 69; *Suresh, supra* note 4 au para. 60; *Renvoi relatif au projet de loi C-7 sur le système de justice pénale pour les adolescents, Ministre de la Justice du Québec et al. c. Ministre de la Justice du Canada et al.* n° 500-09-011369-014 (2003) R.J.Q. 1118 (C.A.) au para. 89.

1. SÉPARATION DES POUVOIRS

La position traditionnelle au Canada est que le pouvoir de lier le pays par traité au niveau international revient à l'exécutif fédéral¹³. La Constitution canadienne, en effet, ne prévoit ni n'exige aucun rôle du Parlement ou des législatures provinciales¹⁴. En contrepartie de cette absence d'exigence constitutionnelle d'associer le législatif à la négociation et à la ratification des traités, la « simple » ratification en droit canadien d'un traité par l'exécutif fédéral ne peut lui conférer un effet juridique au Canada¹⁵. Il revient alors à la branche législative de mettre en œuvre le traité, sans quoi l'exécutif usurperait le rôle du parlement et des législatures, organes auxquels revient dans notre système le rôle d'élaborer les normes juridiques¹⁶. C'est ce qu'Armand De Maestral et Evan Fox-Decent ont surnommé « le spectre du pouvoir de légiférer de l'exécutif »¹⁷. À ce propos, il convient d'évoquer les propos du juge Iacobucci, dissident dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, qui craignait qu'en donnant effet à un traité ratifié par l'exécutif fédéral mais non incorporé par une loi interne du Parlement (en l'occurrence la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁸), on en viendrait à « rompre l'équilibre établi par notre tradition parlementaire ou conférer par

¹³ Aucune disposition de la Constitution canadienne ne règle explicitement la question. Se fondant principalement sur l'article 2 des *Lettres patentes de 1947*, Peter Hogg affirme que ce pouvoir est dévolu à l'exécutif fédéral : *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., vol. 1, Toronto, Thomson Carswell, 2007 à la p. 326 [Hogg]. Dans *l'Avis sur les conventions du travail* le Comité judiciaire du Conseil privé a affirmé que l'incorporation des traités en droit interne suivait le partage des compétences entre les ordres de gouvernement (le fédéral et les provinces). Mais la question de savoir si la ratification de conventions internationales relevait exclusivement du gouvernement fédéral n'a pas été résolue : *supra* note 12 à la p. 347 [nos soulignements]. Le professeur Hugo Cyr est pour sa part d'avis que tant le fédéral que les provinces détiennent la compétence de ratifier les traités internationaux dans le cadre de la division législative établie aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁴ Hogg, *supra* note 13 à la p. 328 : « *The Canadian Parliament plays no necessary role in the making of treaties* » et « *There is no legal requirement that the Parliament give its approval to either the signing or the ratification of a treaty* »; Rapport du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Des promesses à tenir : Le respect des obligations du Canada en matière de droits de la personne*, décembre 2001, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-f/huma-f/rep-f/rep02dec01-f.htm>> [Comité sénatorial].

¹⁵ *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)* (2003) R.J.Q. 1118 (C.A.) [*Québec c. Canada*] au para. 89 : « Les parties sont d'accord pour convenir que la simple ratification d'une convention internationale par le Pouvoir exécutif, comme ce fut le cas en l'espèce, ne confère pas à celle-ci force de loi ni aucun effet contraignant en droit interne à moins d'être subséquemment intégrée dans le droit national par législation du Parlement ».

¹⁶ En vertu du principe de la primauté du droit, l'exécutif ne peut changer le droit interne par le seul fait de devenir partie à un traité : Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p. 655 [Brun, Tremblay et Brouillet]; Beaulac, « Arrêtons de dire », *supra* note 1 à la p. 379 : « Au Canada, c'est l'exécutif qui a le pouvoir de négocier, de conclure et de ratifier des traités internationaux et le fait d'exiger la mise en œuvre de ces ententes par l'adoption d'une loi constitue un ingrédient essentiel pour préserver la pertinence du Parlement et des législatures relativement à la création de normes juridiques dans notre système parlementaire ».

¹⁷ Armand De Maestral et Evan Fox-Decent, « La mise en œuvre et la réception : la compatibilité de l'ordre juridique canadien avec le droit international » dans Fitzgerald, *supra* note 1, 41 à la p. 72.

¹⁸ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1999, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990, Canada : 13 décembre 1991).

inadvertance à l'exécutif le pouvoir de lier les administrés sans la participation du pouvoir législatif» et à « donner effet dans le système juridique interne à des obligations internationales assumées par le pouvoir exécutif seul et qui n'ont pas encore été soumises à la volonté démocratique du Parlement »¹⁹. Certes, le respect de l'incorporation des obligations internationales du Canada en droit interne au nom d'un des principes cardinaux de la démocratie qu'est la séparation des pouvoirs est en soi louable. En revanche, il convient de se demander s'il n'y a pas, dans le cas présent, une utilisation intéressée dudit principe²⁰.

Il existe une certaine contradiction entre d'une part, le fait que le législateur ne soit investi d'aucun rôle dans la négociation et la conclusion des traités sur la scène internationale et, d'autre part, l'exigence de l'incorporation en droit interne au motif que la branche législative doit jouer un rôle démocratique essentiel. D'ailleurs, cette absence d'implication de la branche législative au Canada dans la procédure de conclusion des traités ne semble pas avoir soulevé l'ire des défenseurs du rôle démocratique essentiel attribué à l'organe législatif.

À en juger par la façon dont la branche législative se comporte – et sachant que dans notre système parlementaire, l'exécutif est l'émanation de la majorité²¹ – il est difficile de concevoir l'apparition d'un conflit entre l'exécutif et le législatif dans le cadre de l'adoption d'un traité international sur les droits de la personne. Ce risque est certes accru dans le cadre d'un gouvernement minoritaire, où il n'est pas impossible que des députés s'opposent à un engagement international du gouvernement. Toutefois, il semble difficilement envisageable que les partis d'opposition souhaitent entrer en conflit avec le gouvernement à l'occasion de la ratification d'un traité portant sur les droits de la personne.

S'il n'existe aucune obligation investissant le Parlement d'un quelconque rôle dans le processus menant à l'adoption d'un traité, le Canada a parfois tenté d'obtenir, en dépit d'une obligation constitutionnelle, l'approbation parlementaire pour les traités les plus importants²². Or cette pratique visant à déposer à la Chambre des communes les traités que le gouvernement entendait ratifier en vue de rallier le Parlement, courante sous le gouvernement de Mackenzie King, a longtemps été délaissée²³. Le gouvernement a toutefois annoncé en 2008 qu'il entendait renouer

¹⁹ *Supra* note 4 au para. 80.

²⁰ À ce sujet, voir Armand De Maestral et Evan Fox-Decent, « La mise en œuvre et la réception : la compatibilité de l'ordre juridique canadien avec le droit international », dans Fitzgerald, *supra* note 1, 41 à la p. 41 et s., où les auteurs dépêcent l'argument de la nécessité de mise en œuvre des traités par le biais d'une législation explicite en raison de la séparation des pouvoirs et concluent que les motifs avancés (notamment les préoccupations démocratiques) ne sont pas aussi persuasifs qu'ils n'y paraissent.

²¹ Le principe de la séparation des pouvoirs n'a lieu essentiellement qu'entre la fonction judiciaire d'une part, et les fonctions législative et exécutive d'autre part; ces dernières ne souffrent en effet d'aucune séparation étanche : Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 16 à la p. 589 et s. et 771 et s.

²² Hogg, *supra* note 13 à la p. 329. Peter Leuprecht a observé qu'il s'agit d'une largesse à laquelle ne peuvent prétendre les traités protégeant les droits de la personne : Peter Leuprecht, délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, fascicule 3, témoignages du 1^{er} octobre 2001.

²³ Joanna Harrington, « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making : (Re-) Establishing a Role for Parliament » (2005) 50 McGill L.J. 465 à la p. 476 et s. [Harrington]; Comité sénatorial, *supra*

avec cet usage²⁴. Ainsi, en 2009, il a déposé en Chambre la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*²⁵ de manière à ce que les membres du Parlement puissent l'examiner et en discuter avant sa ratification par le gouvernement²⁶.

Plusieurs ont fait des suggestions visant à accroître la participation des législatures au processus menant à la ratification des traités²⁷, mais la volonté politique de les mettre en œuvre s'est à l'évidence révélée déficiente. La situation pourrait cependant être toute autre. Elle l'est en effet dans plusieurs autres pays issus comme le Canada de la tradition de Westminster, notamment l'Australie²⁸. En définitive, cette mise à l'écart du législateur au Canada dans les étapes menant à la conclusion des traités sur la scène internationale constitue un phénomène assez unique au sein des démocraties occidentales²⁹.

Dès lors, si le principe d'incorporation des traités en droit interne est incontournable au nom du respect de la démocratie et des compétences du législateur, il est surprenant que tout ne soit pas mis en œuvre pour mieux associer le Parlement au processus d'élaboration de la normativité internationale. Comme peu est fait en la matière, la séparation des pouvoirs, tout en demeurant une préoccupation légitime, pourrait à l'occasion être perçue comme une excuse.

Qui plus est, il est pour le moins curieux de constater que dans l'exercice de ses propres compétences, l'exécutif lui-même invoque l'exigence d'incorporation en droit interne, et donc indirectement le respect des prérogatives du législatif, non pas tant pour protéger le principe de la séparation des pouvoirs que pour éviter d'être lié par des règles auxquelles il a par ailleurs librement souscrit sur la scène internationale.

note 14; Armand De Maestral et Evan Fox-Decent, « La mise en œuvre et la réception : la compatibilité de l'ordre juridique canadien avec le droit international », dans Fitzgerald *supra* note 1, 41 à la p. 48.

²⁴ « Selon le nouveau processus, les membres de la Chambre des communes pourraient revoir le traité et en discuter – l'examiner, en débattre ou le mettre aux voix – avant que le Canada n'accepte officiellement de le ratifier », en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada, Communiqué n° 20 « Le Canada annonce une politique sur le dépôt des traités internationaux à la Chambre des communes » (25 janvier 2008), en ligne : <<http://www.international.gc.ca/media/aff/news-communiques/2008/385798.aspx?lang=fra>>.

²⁵ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, Doc. A/61/611 (entrée en vigueur : 3 mai 2008, Canada : 11 mars 2010).

²⁶ Affaires étrangères et Commerce international Canada, Communiqué n° 368, « Le gouvernement du Canada dépose la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées » (3 décembre 2009), en ligne : <<http://www.international.gc.ca/media/aff/news-communiques/2009/368.aspx?lang=fra>>. Le gouvernement du Canada a d'ailleurs ratifié la Convention le 11 mars 2010.

²⁷ Voir notamment : Comité sénatorial, *supra* note 14; Weiser, *supra* note 9; Harrington, *supra* note 23; Armand De Maestral et Evan Fox-Decent, « La mise en œuvre et la réception : la compatibilité de l'ordre juridique canadien avec le droit international », dans Fitzgerald, *supra* note 1 à la p. 41.

²⁸ Harrington, *supra* note 23 à la p. 492 et s. et 497 et s.

²⁹ Selon Joanna Harrington, « De tous les plus anciens membres du Commonwealth, le Canada est le seul qui n'exige pas sous une forme ou une autre que son Parlement participe à l'élaboration des traités » dans Joanna Harrington, « Acteurs étatiques et le déficit démocratique : le rôle du Parlement dans la conclusion de traités », mémoire soumis au CPAECI, mai 2005 à la p. 40; Joanna Harrington, « Scrutiny and Approval: The Role for Westminster-Style Parliaments in Treaty-Making » (2006) 55:1 *Int. Comp. L. Q.* 121; Comité sénatorial, *supra* note 14.

Telle semble être la conclusion qui peut être tirée des arguments invoqués par les procureurs du gouvernement canadien dans l'affaire *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*³⁰ devant la Cour d'appel de l'Ontario. Réfugié au Canada, Mansour Ahani a contesté en vain jusqu'en Cour suprême l'ordonnance d'expulsion vers l'Iran dont il était l'objet en raison de son appartenance alléguée à un mouvement terroriste. Il a alors adressé une communication au Comité des droits de l'homme, fondée sur le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³¹ et son *Protocole facultatif*³², deux instruments auxquels le Canada est partie. Le Comité avait demandé aux autorités canadiennes de surseoir à l'exécution de l'arrêté d'expulsion jusqu'à ce qu'il ait considéré les allégations de Ahani, mais celles-ci ont refusé. Mansour Ahani a alors présenté une requête en injonction devant les tribunaux ontariens, dont il a été débouté à deux reprises³³. Dans ses représentations devant la Cour d'appel de l'Ontario, le gouvernement canadien a fait valoir que ni le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ni le *Protocole facultatif* n'avaient été mis en œuvre en droit interne par le Parlement, et qu'ils ne pouvaient donc pas être valablement invoqués par le demandeur. Le juge Marc Rosenberg, dans sa dissidence, n'a pas retenu cet argument. Il a rappelé que la nécessité de l'incorporation des traités découle de la volonté de mettre à l'abri les citoyens canadiens contre l'action parfois intempestive de l'exécutif. Or, selon lui, on ne saurait accepter que le gouvernement canadien invoque « *the non-binding principle to shield the executive from the consequences of its voluntary decision to enter into and therefore be bound by the Covenant and the Protocol* »³⁴. Comme il sera vu ultérieurement, il semble paradoxal que l'exécutif refuse de se voir lié dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire aux obligations internationales auxquelles il a, faut-il le rappeler, librement souscrit³⁵.

Dans une telle situation, il apparaît que le gouvernement canadien détourne quelque peu de son objectif initial l'exigence d'un acte de la législature pour qu'un traité produise des effets dans l'ordre juridique interne. Comme il a été dit précédemment, cette exigence se fonde sur la nécessaire protection des prérogatives du législateur et donc ultimement, de la démocratie et des droits du citoyen. Or lorsque le gouvernement invoque cette exigence de mise en œuvre dans l'exercice de ses propres prérogatives, il le fait pour se soustraire au respect d'obligations

³⁰ *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002) O.J. 431, Can LII 23589 [*Ahani*].

³¹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 187 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada : 19 mai 1976) [*Pacte*].

³² *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 306 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976) [*Protocole facultatif*].

³³ *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002) O.J. No. 81 (décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario rendue par le juge Michael R. Dambrot) et *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002) O.J. 431, Can LII 23589 (décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario à une majorité de deux juges (John I. Laskin et Louise Charron, aujourd'hui juge à la Cour suprême du Canada) contre un (Marc Rosenberg). La requête pour permission d'appeler de cette décision a été rejetée par la Cour suprême du Canada.

³⁴ *Ahani*, supra note 30 aux para. 91-92.

³⁵ Voir le titre 3 de la partie 1.B sur l'ambivalence de l'exécutif canadien et les tentatives de le soumettre à ses engagements.

internationales qu'il a pourtant contractées dans le meilleur intérêt de ses concitoyens, celles-ci reconnaissant à ces derniers bon nombre de droits.

2. FÉDÉRALISME

Le partage des compétences législatives dans la fédération canadienne est la deuxième raison de caractère constitutionnel souvent avancée comme justificatif à la nécessité de l'incorporation des traités en droit interne. En effet, la mise en œuvre des obligations internationales doit se produire dans le cadre du partage des compétences respectivement dévolues aux deux ordres législatifs³⁶. Il en est ainsi afin de prévenir les intrusions d'un des niveaux de gouvernement dans le champ des compétences de l'autre (en contexte canadien, le fédéral et les provinces), puisque ces agissements risqueraient à terme de rompre l'équilibre fragile propre à toute fédération.

Il convient de spécifier que cette exigence ne vaut cependant qu'en droit international conventionnel, la même préoccupation étant absente lorsqu'il est question de droit international coutumier. Dans *R. c. Hape*³⁷, la Cour suprême du Canada a confirmé que

les tribunaux [peuvent] adopter les règles du droit international coutumier et les intégrer aux règles de *common law* sur lesquelles ils fondent leurs décisions, à condition qu'aucune disposition législative valide n'entre clairement en conflit avec elles.³⁸

Or, en l'absence d'une loi contraire au droit international coutumier, le Parlement fédéral et les législatures provinciales ne se trouvent à jouer aucun rôle que ce soit dans ce processus, et ce, que la coutume incorporée influe ou non sur l'exercice de leurs compétences respectives. Comme le résume Hugh Kindred, tout comme le droit international conventionnel, « le droit international coutumier peut, lui aussi, interférer avec le pouvoir provincial [...] [Ce dernier] est mis en cause sans que les législatures ou les pouvoirs exécutifs provinciaux puissent exercer un contrôle ou aient leur mot à dire »³⁹. Or, jusqu'à maintenant, cette possible prise en compte par les juges de la coutume internationale nonobstant des mesures d'incorporation ne semble pas perçue comme mettant en péril la structure fédérale canadienne. Ainsi, l'argument voulant que l'incorporation des obligations conventionnelles en matière de droits de la personne au Canada soit une nécessité absolue au nom du respect du partage des compétences au sein de la fédération canadienne devrait être quelque peu nuancé.

Qui plus est, l'argument tiré du fédéralisme semble d'autant plus discutable lorsqu'on se trouve en matière de droit international des droits de la personne. Les droits de la personne ne constituent pas un domaine ayant fait l'objet d'une répartition

³⁶ *Avis sur les Conventions de travail*, *supra* note 12 aux pp. 351-354.

³⁷ *Hape*, *supra* note 4 au para. 36.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée » dans Fitzgerald, *supra* note 1 à la p. 15.

des compétences entre le fédéral et le provincial. Ni l'un ni l'autre des paliers gouvernementaux ne peut prétendre détenir sur les droits de la personne une compétence exclusive. Le respect de ces droits constitue plutôt une exigence que se sont fixée tant le fédéral que les provinces dans l'exercice des compétences qui leur sont respectivement dévolues⁴⁰. Non seulement le gouvernement fédéral, mais toutes les provinces canadiennes se sont dotés d'instruments de droits de la personne⁴¹. Avec l'adoption de l'instrument constitutionnel que constitue la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴², le Canada « a créé un ordre juridique supérieur dont le projet central est la protection des droits de la personne »⁴³ – voire l'embryon d'un « ordre public canadien »⁴⁴ dans le domaine des droits de la personne. Par conséquent, considérant l'importance dévolue à la protection des droits de la personne dans le système juridique canadien, certains se sont interrogés avec raison sur la pertinence de l'argument fédéral comme justificatif à la nécessité d'incorporation des traités portant spécifiquement sur ce domaine⁴⁵.

Enfin, si cette exigence d'incorporation se justifie par le respect des prérogatives des législatures provinciales, il est difficile de s'expliquer que le gouvernement fédéral prenne des engagements internationaux dans leurs champs de compétence sans associer les provinces aux négociations⁴⁶. Sans entrer dans ce débat politico-constitutionnel, il n'en demeure pas moins qu'il est peu satisfaisant de voir le Canada s'engager, vis-à-vis de ses partenaires internationaux et de ses concitoyens, à respecter un certain nombre de normes internationales des droits de la personne, dont il ne pourrait pas ultimement assurer la mise en œuvre faute d'une concertation avec les législatures provinciales⁴⁷. Il faut toutefois ici souligner l'existence du Comité

⁴⁰ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 16 à la p. 910.

⁴¹ Colombie-Britannique (*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210), Alberta (*Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, ch. H-14), Saskatchewan (*The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1), Manitoba (*Code des droits de la personne du Manitoba*, C.C.S.M. 1987, ch. H175), Ontario (*Code des droits de la personne de l'Ontario*, L.R.O.1990, ch. H.19), Québec (*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1975, ch. C-12), Nouveau-Brunswick (*Loi sur les droits de la personne du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11), Nouvelle-Écosse (*Nova Scotia Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214), Île-du-Prince-Édouard (*Prince Edward Island Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12), Terre-Neuve (*Newfoundland Human Rights Code*, R.S.N.L. 1990, ch. H-14).

⁴² *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après nommée « *Charte canadienne* »).

⁴³ France Houle, « L'arrêt *Baker* : Le rôle des règles administratives dans la réception du droit international des droits de la personne en droit interne » (2001-2002) 27 *Queen's L.J.* 511 à la p. 561 [Houle].

⁴⁴ Pour faire écho à « l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » auquel la Cour européenne des droits de l'homme fait référence dans *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), requête n° 15318/89 [1995] C.E.D.H. au para. 75.

⁴⁵ Houle, *supra* note 43 à la p. 514.

⁴⁶ Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée » dans Fitzgerald, *supra* note 9 aux pp. 15-16.

⁴⁷ Le gouvernement du Québec s'est doté d'une loi prescrivant que l'Assemblée nationale doit approuver par décret les engagements internationaux importants (auxquelles appartiennent les obligations concernant la protection des droits et les libertés de la personne) contractés par le gouvernement fédéral : *Loi modifiant la Loi sur le ministère des Relations internationales et autres dispositions législatives*, 2002, ch. 8.

permanent des fonctionnaires chargés des droits de la personne, dont la mission est d'assurer la consultation et la coordination fédérale-provinciale-territoriale relativement aux questions liées aux droits de la personne, notamment en ce qui concerne l'élaboration, la ratification et la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de la personne⁴⁸.

En tout état de cause, bien que la séparation des pouvoirs et le fédéralisme soient des principes dont le respect est fondamental dans le fonctionnement d'une démocratie fédérale, ils ne constituent pas pour autant des arguments exempts de toute critique pour expliquer l'exigence d'incorporation du droit international conventionnel en droit interne, *a fortiori* en matière de droits de la personne. Comme le rappelle France Houle, « lorsqu'il s'agit de garantir une plus grande protection des droits de la personne [...], toutes les composantes étatiques doivent pouvoir jouer un rôle »⁴⁹. Il importe de se rappeler que les justiciables sont les destinataires des protections qui sont consignées dans les conventions internationales. Ainsi, il ne peut y avoir de chasse gardée entre les pouvoirs étatiques ni entre entité fédérale et entités fédérées, sinon pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la recherche d'un idéal démocratique, et au mépris des droits des individus que ces conventions internationales cherchent à protéger.

B. La mise en œuvre : une notion à géométrie variable qui permet de fâcheux doubles jeux

En théorie, pour produire un effet juridique direct au Canada, et donc avant qu'une norme issue d'un traité puisse être directement invoquée devant les juridictions canadiennes, les obligations internationales conventionnelles doivent être incorporées en droit interne par un acte exprès des législatures⁵⁰. En pratique, en matière de traités protégeant les droits de la personne, les autorités canadiennes préfèrent substituer à cette méthode traditionnelle une autre, qualifiée par la doctrine de « mise en œuvre implicite »⁵¹ ou de « mise en œuvre passive »⁵², qui est fondée sur

⁴⁸ Pour une analyse approfondie des activités de ce Comité, voir Daniel Turp, « Le Comité permanent fédéral-provincial-territorial des fonctionnaires chargés des droits de la personne et sa participation à la mise en œuvre des traités » (1984-1985) *Can. Hum. Rts. Y.B.* 77.

⁴⁹ Houle, *supra* note 43 aux pp. 562-563.

⁵⁰ À titre d'exemples, le Canada a adopté la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, 2000, ch. 24, visant à mettre en œuvre le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*. Le Canada a aussi mis en œuvre l'ALÉNA par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44 et la *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, L.Q. 1996, ch. 6. Bien que le problème posé par la nécessité de mise en œuvre des traités internationaux n'afflige pas que le domaine des droits de la personne, et au-delà de la question de savoir si les droits de la personne devraient ou non bénéficier d'un traitement différencié quant à sa mise en œuvre en comparaison aux autres domaines du droit, on doit néanmoins se rendre à l'évidence, que les traités portant sur les droits de la personne obtiennent en pratique un tel traitement différencié, car ce sont ceux qui subissent le moins de transformation en droit canadien.

⁵¹ Elisabeth Eid et Hoori Hamboyan, « La mise en œuvre par le Canada des obligations découlant de traités internationaux de droits de la personne : créer du sens au-delà de l'absurde » dans Fitzgerald, *supra* note 1, 555 à la p. 566 et s.

la prémisse que le droit interne canadien rend déjà parfaitement compte des obligations internationales conventionnelles du pays, notamment en raison de la *Charte canadienne*. Dès lors, le gouvernement canadien évoque la conformité préalable de son droit interne pour justifier que la ratification d'un traité ne nécessite aucune mesure de mise en œuvre.

Comme il sera vu, ceci permet à ces mêmes autorités canadiennes de déclarer à la communauté internationale que le Canada remplit bel et bien ses obligations internationales en matière de droits de la personne. Or, il appert que, de leur côté, les juridictions canadiennes ne semblent pas reconnaître cette méthode de mise en œuvre sur la base de la conformité préalable, pas plus qu'elles ne considèrent la *Charte canadienne* comme un instrument de mise en œuvre des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. Il s'ensuit dès lors une situation néfaste pour le justiciable : le traité est considéré comme suffisamment mis en œuvre par les autorités canadiennes pour leur permettre d'affirmer à la communauté internationale qu'elles remplissent leurs obligations, mais cette mise en œuvre n'est pas acceptée comme suffisante par les juridictions canadiennes pour qu'elles s'estiment liées par les normes invoquées par les justiciables. Ce problème se trouve accru par le fait que les cours canadiennes sont peu enclines à exiger de l'exécutif qu'il agisse à l'interne de manière conforme aux obligations relatives aux droits de la personne qu'il a contractées et ce, en dépit de l'acte significatif que constitue la ratification d'un traité sur la scène internationale.

1. LE FAUX-FUYANT DES AUTORITÉS CANADIENNES : LA MISE EN ŒUVRE SUR LA BASE DE LA CONFORMITÉ PRÉALABLE DU DROIT INTERNE AVEC LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE

La pratique des autorités canadiennes consiste à ratifier le traité relatif aux droits de la personne sur la base de la conformité préalable de son droit interne avec l'instrument en question⁵³. En effet, le gouvernement canadien estime le plus souvent, au terme d'un examen minutieux – lequel demeure cependant secret⁵⁴ – de ses lois (au premier rang desquelles figure la *Charte canadienne*), instruments, politiques et pratiques protégeant les droits de la personne au pays, que le droit interne protège déjà adéquatement les droits contenus dans le texte international⁵⁵. En conséquence,

⁵² Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée » dans Fitzgerald, *supra* note 1 à la p. 24; Claudia Sciotti-Lam, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004 à la p. 88 et s. [Sciotti-Lam], utilise les expressions « déclaration d'harmonie » et « transformation passive » pour parler de ce type de mise en œuvre.

⁵³ Cette façon de faire n'est pas exclusive au Canada; les pays scandinaves par exemple y ont fréquemment recours : Sciotti-Lam, *supra* note 52 à la p. 93. Voir aussi Martin Scheinin, *International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1996.

⁵⁴ Elisabeth Eid et Hoori Hamboyan, « La mise en œuvre par le Canada des obligations découlant de traités internationaux de droits de la personne : créer du sens au-delà de l'absurde » dans Fitzgerald, *supra* note 1, à la p. 570; Weiser, *supra* note 9 à la p. 127.

⁵⁵ Weiser, *supra* note 9 à la p. 127; Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée » dans

aucune nouvelle mesure visant à mettre en œuvre le traité en droit interne n'est adoptée parce que jugée non nécessaire. Cependant, loin de se satisfaire de ce constat du gouvernement canadien, les juridictions canadiennes semblent continuer d'exiger la mise en œuvre par le biais d'un acte législatif⁵⁶.

Si tant est que le constat du gouvernement canadien soit exact⁵⁷ – et que le corpus juridique interne intègre entièrement les obligations auxquelles s'engage le Canada dans le traité en question – pourquoi faudrait-il en plus adopter une autre loi pour que le traité puisse être considéré comme mis en œuvre, alors que la législation déjà en place assure elle-même cette mise en œuvre⁵⁸? Jutta Brunnée et Stephen J. Toope notent qu'en agissant ainsi, les tribunaux canadiens exigent des législatures davantage que le nécessaire en matière de mise en œuvre des traités internationaux⁵⁹. En effet, l'incorporation d'un traité par le biais d'un acte législatif ne devrait être exigée que lorsque les obligations auxquelles le gouvernement canadien consent par traité impliquent des modifications législatives⁶⁰. Or, selon le gouvernement canadien, aucune modification de l'ordre juridique interne n'est généralement requise en matière de traités relatifs aux droits de la personne avant que celui-ci ne s'engage définitivement par la ratification. Les tribunaux canadiens ne font-ils donc pas preuve d'un excès de zèle en exigeant un acte exprès des législatures afin de considérer que ces traités sont mis en œuvre?

La *Charte canadienne* constitue généralement la base sur laquelle se fonde le gouvernement canadien pour affirmer qu'il remplit déjà en droit interne les obligations auxquelles il a consenti dans l'ordre juridique international. Dans ce cas, la *Charte canadienne* ne pourrait-elle pas être considérée comme constituant elle-même une législation de mise en œuvre, tout au moins pour certains traités de droits de la personne? Il semble que tel ne soit pas le cas.

D'aucuns avancent que certaines dispositions de la *Charte canadienne* ont été adoptées dans le but de remplir les obligations internationales du Canada⁶¹. Qui

Fitzgerald, *supra* note 1 à la p. 23; Elisabeth Eid et Hoori Hamboyan, « La mise en œuvre par le Canada des obligations découlant de traités internationaux de droits de la personne : créer du sens au-delà de l'absurde » dans Fitzgerald, *supra* note 1 à la p. 566 et s.

⁵⁶ Elisabeth Eid et Hoori Hamboyan, « La mise en œuvre par le Canada des obligations découlant de traités internationaux de droits de la personne : créer du sens au-delà de l'absurde » dans Fitzgerald, *supra* note 1 à la p. 568.

⁵⁷ Voir les doutes exprimés au sujet de telles déclarations de conformité de la part de l'exécutif : Sciotti-Lam, *supra* note 52 aux pp. 89-93.

⁵⁸ Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace », *supra* note 9 aux pp. 30-31.

⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 30.

⁶⁰ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 16 à la p. 655 : « Les tribunaux ne tiendront pas compte des traités qui n'ont pas été intégrés en droit interne et dont les termes impliqueraient des changements dans ce droit »; Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace », *supra* note 9 aux pp. 30-31; *Avis sur les Conventions de travail*, *supra* note 12 aux pp. 347-348 : « *if they entail alteration of the law...* »; Francis, *supra* note 12 aux pp. 621 et 626; *Operation Dismantle*, *supra* note 12 au para. 90 : « Un traité donc peut avoir force et effet internationalement sans mise en œuvre législative et, en l'absence de celle-ci, il ne fait pas partie du droit interne du Canada. Une loi n'est requise que si une modification quelconque du droit interne est nécessaire à sa mise en œuvre ».

⁶¹ Bayefsky, *supra* note 9 à la p. 49; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 16 aux pp. 906-7 : « Ces textes, de même que leur interprétation jurisprudentielle et doctrinale, servent tout particulièrement à

plus est, les autorités canadiennes ont déjà affirmé devant les organismes internationaux que la *Charte canadienne* contribuait à mettre en œuvre les obligations du Canada pour les deux pactes internationaux des droits de la personne⁶², le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁶³. Armand de Maestral et Evan Fox-Decent considèrent que cette mise en œuvre par le biais de la *Charte canadienne* pourrait être considérée valide pour les instruments internationaux qui ont précédé son adoption, ce qui est notamment le cas des deux pactes internationaux en question⁶⁴.

l'interprétation des droits énoncés dans les Chartes canadienne et québécoise, d'autant plus qu'il est possible d'arguer que ces Chartes, mêmes si elles ne le disent pas expressément, ont été adoptées afin que le Canada remplisse ses obligations internationales »; Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée » dans Fitzgerald, *supra* note 1 à la p. 24; Louise Arbour et Fannie Lafontaine, « Beyond Self-congratulation : The Charter at 25 in an International Perspective » (2007) 45 Osgoode Hall L.J. 239 au para. 6 [Arbour et Lafontaine] : « *While the text is distinctive in ways that characterize Canada's particular historical and political features, the drafting of the Charter was heavily influenced by international rights-protection instruments. One of its primary purposes was to bring Canada into compliance with international law* ». Voir toutefois Beaulac, « L'interprétation de la Charte », *supra* note 9 à la p. 30.

⁶² *Report of Canada on the Implementation of the Provisions of Articles 10 to 12 of the Covenant, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, décembre 1982, n° S2-114/1983E à la p. 6 : « *The provisions of the Charter which are discussed in the following paragraphs contribute to the implementation of the rights set forth in Articles 10 to 12 of the Covenant* »; Comité des droits de l'homme, Summary Record of the 558th Meeting, 31 octobre 1984 aux pp. 3-4, U.N. Doc. CCPR/C/SR.558 : « *The Charter gave effect to many of Canada's obligations under the Covenant* » et « *Canada...must take increasing account of international standards and it was therefore entrenching in the Constitution the fundamental human rights embodied in the Covenant* » dans Comité des droits de l'homme, Summary Record of the 559th Meeting, 31 octobre 1984 à la p. 4, U.N. Doc. CCPR/C/SR.558. Ces exemples sont tirés du volume de Bayefsky, *supra* note 9 aux pp. 53-9. Anne Bayefsky conclut à la p. 59 : « *Thus, in many different international contexts Canadian government officials represent Canadian Law as implementing international human rights obligations of Canada* »; Peter Leuprecht, délibérations du Comité sénatorial permanent des Droits de la personne, fascicule 3, Témoignages du 1^{er} octobre 2001 : « *Par exemple, en 1984, le représentant du Canada au Comité des droits de l'homme a présenté la Charte canadienne "as implementing legislation for the government"* ». Cette pratique semble néanmoins avoir été abandonnée. Voir par exemple le quatrième rapport périodique du Canada au Comité des droits de l'homme en application du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Consideration of Reports submitted by State Parties under Article 40 of the Covenant, Canada, CCPR/C/103/Add.5 (1997), au para. 22 : « *The Canadian Charter of Rights and Freedoms, which is part of the Constitution of Canada and applies to all governments in Canada, is not a direct incorporation of the Covenant into domestic Canadian law. There are differences in both structure and substance between the two documents...* ».

⁶³ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, accession du Canada : 19 mai 1976).

⁶⁴ Cela en raison des négociations préalables à la ratification, qui s'étaient étalées sur près de dix ans, entre le gouvernement fédéral et les provinces, lesquelles s'étaient engagées à prendre les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les pactes dans leurs domaines de compétence : Armand De Maestral et Evan Fox-Decent, « La mise en œuvre et la réception : la compatibilité de l'ordre juridique canadien avec le droit international » dans Fitzgerald, *supra* note 1, 41 à la p. 69. Voir aussi *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)* (1987) 1 R.C.S. 313 [*Reference Re Public Service Employee Relations Act*] au para. 61, où le juge Dickson, dissident, affirme : « *Prior to accession the Federal Government obtained the agreement of the provinces, all of whom undertook to take measures for implementation of the Covenants in their respective jurisdictions* ».

Irit Weiser et Elisabeth Eid expriment néanmoins leur préoccupation quant à voir reconnaître un tel rôle à la *Charte canadienne*. Celle-ci étant enchâssée dans la Constitution canadienne, et par conséquent possédant une valeur supralégislative, ceci reviendrait en quelque sorte à constitutionnaliser les obligations internationales du Canada⁶⁵. Dès lors, si les législatures manifestaient le désir de légiférer de manière contraire à ces obligations internationales, elles ne pourraient le faire qu'en ayant recours à la disposition de dérogation⁶⁶.

Pour leur part, les juridictions canadiennes ne semblent pas s'être attardées à examiner la possibilité que la *Charte canadienne* puisse constituer une législation de mise en œuvre des obligations internationales du Canada. Considérant ce qui a été dit précédemment, cette attitude des juridictions canadiennes permet de considérer qu'elles ne prêtent pas expressément à la *Charte canadienne* un tel rôle⁶⁷.

2. ABSENCE DE RÉELLE MISE EN ŒUVRE DES TRAITÉS INTERNATIONAUX EN DROIT INTERNE : LES CONSÉQUENCES POUR LE JUSTICIABLE

Si la mise en œuvre des traités internationaux par le biais de la *Charte canadienne* n'a pas été expressément reconnue par les juridictions canadiennes, le gouvernement canadien n'hésite pas, de son côté, à affirmer devant les organes internationaux de contrôle qu'une telle mise en œuvre s'est effectivement produite en droit interne. Les autorités canadiennes se font donc les porte-parole d'un paradoxe troublant; alors même que la mise en œuvre à laquelle elles disent avoir procédé peut prêter à discussion au regard des exigences du droit interne canadien, elles n'hésitent pas à affirmer sur la scène internationale qu'elles ont procédé à la mise en œuvre de leurs obligations internationales en droit interne⁶⁸.

⁶⁵ Weiser et Eid, *supra* note 9 à la p. 17; Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace », *supra* note 9 aux pp. 37-38, note 39, où ils affirment quant à eux qu'il s'agirait d'une solution acceptable.

⁶⁶ L'article 33(1) de la *Charte canadienne* prévoit : « Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente Charte ».

⁶⁷ Weiser, *supra* note 9 à la p. 129, n. 56 : « *It is interesting to note that while the Charter was undoubtedly designed to conform, at least in part, with Canada's treaty obligations, the courts have not placed the Charter (or even portions of it) into the first category* ». Voir cependant *R. c. Ewanchuk* (1999) 1 R.C.S. 330, au para. 73 (motifs partiellement dissidents des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier) [*Ewanchuk*].

⁶⁸ Voir les exemples cités à la note 62. Voir aussi le quatrième rapport périodique du Canada au Comité des droits de l'homme en application du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Consideration of Reports submitted by State Parties under Article 40 of the Covenant, Canada, CCPR/C/103/Add.5 [1997] au para. 22 : « *However, the rights recognized in the Covenant are protected in Canada by a combination of constitutional, legislative and other measures* »; Rapport du Comité des droits de l'homme, Assemblée générale, A/46/40, Nations unies, New York, 1991 au para. 53 : « *When Canada ratified the Covenant, it reviewed its human rights legislation to ensure that it complied with it* ». Bayefsky, *supra* note 9 aux pp. 53-60; Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée » dans Fitzgerald, *supra* note 1, 11 à la p. 23 : « *Et pourtant, lorsqu'il rend compte, comme l'exigent certains de ces traités, aux organismes de surveillance internationaux, par exemple au Comité des droits de l'homme des Nations Unies, le gouvernement fédéral atteste régulièrement que le droit canadien est conforme à ses obligations internationales* »; Iris Almeida et Marc Porret,

L'absence de mise en œuvre formelle des traités internationaux relatifs aux droits de la personne en droit interne (ou ce qui est considéré comme une telle absence) augmente le risque de placer le Canada en porte-à-faux par rapport à ses obligations internationales. Or la violation par le Canada d'un traité ratifié entraîne des conséquences juridiques (et pas uniquement politiques ou morales comme le sous-entendent parfois les juges canadiens⁶⁹). Une telle attitude envoie un signal mitigé tant à la communauté internationale qu'aux justiciables canadiens⁷⁰.

L'obligation de bonne foi est inhérente à l'acte de ratification⁷¹. En effet, en vertu du principe *pacta sunt servanda*⁷², un traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. Ainsi, lorsque le Canada ratifie un traité sur les droits de la personne, il s'engage à respecter les droits qui y sont reconnus et donc à s'assurer de la conformité de son droit interne avec ses obligations internationales. Ce principe a pour corollaire qu'au regard du droit international, le Canada ne peut invoquer son système dualiste ou sa structure fédérale⁷³ comme justification à la non-

« Renewing Canada's Commitment to Human Rights: Strategic Action for at Home and Abroad », Droits et démocratie, 2004, en ligne : <http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/intHRadvocacy/canadaCommitment.pdf> [Almeida et Porret] : « *The official response of the Government of Canada and of the provincial governments is that the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the federal and provincial human rights statutes fully implement Canada's international obligations* ».

⁶⁹ Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice) (2003) CanLII 52182 (C.A.) au para. 96 : « Sur le plan international, il peut en être autrement. La violation de conventions ou de traités internationaux peut entraîner une responsabilité internationale de l'État. Cette responsabilité, par ailleurs, peut n'avoir qu'une importance morale et qu'une influence politique »; Ahani, *supra* note 30 au para. 47 : « *If, however, Canada has not acted in good faith, then it may justifiably be open to public criticism. If it falls short of the laudable goal of a full commitment to human rights conventions and treaties, other states may take it to task. But the principles of fundamental justice lie in the basic tenets of our legal system. [...] They are found in the domain of the judiciary, the guardian of the justice system. What Ahani complains about is a matter for the court of public or international opinion, not for a court of law* » et au para. 49 : « *Canada agreed to sign an international covenant and protocol that was not binding* ».

⁷⁰ C'est ce souci de ne pas jouer ce double jeu qui semble avoir poussé le juge Cory, dissident dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)* (1991) 2 R.C.S. 779 [Kindler], à affirmer ce qui suit : « Le Canada ne peut pas, d'une part s'engager, sur le plan international, à appuyer l'abolition de la peine de mort et, d'autre part, livrer un fugitif sans chercher à obtenir les garanties mêmes prévues par le Traité. [...] Pour maintenir l'intégrité et la réputation du Canada dans la collectivité internationale, l'extradition doit être refusée ».

⁷¹ Le juge Rosenberg, dissident dans *Ahani*, rappelle cette exigence au para. 103 : « *This would undermine the good faith obligation inherent in ratifying treaties* ». Voir aussi *Canada c. Schmidt* (1987) 1 R.C.S. 500 au para. 30 : « On ne doit pas non plus perdre de vue qu'il y va de la bonne foi du Canada dans le respect de ses obligations internationales ».

⁷² Principe coutumier codifié à l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 [*Convention de Vienne*].

⁷³ Certains traités contiennent néanmoins une « clause fédérale » qui « vise à répondre aux contraintes constitutionnelles de l'État fédératif » et dont « l'effet est d'amputer des obligations internationales de l'État fédératif toutes les dispositions du traité qui tombent dans le champ des prérogatives provinciales », dans Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 5^e éd, Yvon Blais, Cowansville, 2006 à la p. 184. Qui plus est, l'emploi d'une telle clause est devenu relativement rare : Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, L.G.D.J. 2009 à la p. 243. Elle n'est généralement pas d'usage dans les traités internationaux sur les droits de la personne.

incorporation d'un traité qu'il a régulièrement ratifié⁷⁴. En effet, le droit interne ne permet pas de se soustraire aux obligations internationales⁷⁵.

De plus, le libellé des traités internationaux relatifs aux droits de la personne prévoit généralement que l'État partie au traité s'engage à respecter et à garantir aux individus sous sa juridiction les droits qui y sont contenus et à prendre les mesures nécessaires pour y arriver. Il est donc permis de déduire qu'il existe une obligation de mise en œuvre des traités internationaux des droits de la personne en droit interne⁷⁶. Qui plus est, comme le note Claudia Sciotti-Lam, une telle obligation peut être déduite du caractère subsidiaire de la justice internationale. En effet, celle-ci exige que les justiciables épuisent les voies de recours internes avant de saisir les organes internationaux de contrôle. Ceci n'a dès lors de sens que si ces droits sont effectivement incorporés dans l'ordre interne, permettant ainsi aux justiciables de les invoquer devant les juridictions internes⁷⁷. Il convient de noter que la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale épouse parfaitement cette conclusion⁷⁸.

Il existe donc, en droit international, une obligation de mettre en œuvre les traités relatifs aux droits de la personne en droit interne, quoique les tribunaux canadiens ne se soient pas attardés à examiner l'existence ou non d'une telle exigence. À ce titre, le sénateur et constitutionnaliste Gérard Beaudoin formulait le souhait que la Cour suprême du Canada soit un jour chargée de trancher, par

⁷⁴ Le gouvernement canadien a pourtant parfois recours à ce type d'arguments devant le Comité des droits de l'homme. Voir CCPR/C/1/Add. 62, 2 novembre 1984 et CCPR/C/103/Add. 5, 16 octobre 1997, au para. 22.

⁷⁵ L'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* prévoit : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46 »; *Question des communautés gréco-bulgares*, CPJI, avis consultatif, 31 juillet 1930, Série B n° 17 à la p. 32 : « C'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité ». Cette règle a aussi été réaffirmée par la Cour suprême du Canada dans *Zingre c. La Reine* (1981) 2 R.C.S. 392 au para. 42 : « Comme le dit le ministère canadien des Affaires extérieures dans une note adressée au département fédéral de la politique de la Suisse à l'occasion de l'appel que le Canada a formé contre la décision du procureur, [TRADUCTION] "il est un principe consacré dans le droit coutumier international qu'un état ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier son omission de s'acquitter de ses obligations internationales" ».

⁷⁶ Voir notamment l'article 2(1)(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et l'article 2(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

⁷⁷ Sciotti-Lam, *supra* note 52 à la p. 61.

⁷⁸ *Compétence des tribunaux de Dantzig*, CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, Série B n° 15 à la p. 18 : « Selon un principe de droit international bien établi, un accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption, par les parties, de règles déterminées créant des droits et obligations pour des individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux »; *L'échange des populations turques et grecques*, CPJI, avis consultatif, 21 février 1925, Série B n° 10 à la p. 20 : « Mais cette clause ne fait que mettre en relief un principe allant de soi, d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris ».

l'application du mécanisme de renvoi⁷⁹, la question de savoir si la ratification d'un traité par le Canada entraîne l'obligation constitutionnelle de le mettre en œuvre⁸⁰. En attendant, ce double jeu des autorités canadiennes dans les arènes interne et internationale quant à cette mise en œuvre du droit international des droits de la personne est pour le moins néfaste pour le justiciable.

Tout d'abord, il n'existe pas de parallélisme parfait entre les textes de la *Charte canadienne* et les traités internationaux, certains droits contenus dans les traités internationaux ne possédant pas d'équivalent dans la *Charte canadienne*. C'est le cas par exemple du droit à la protection de la vie familiale consacré par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁸¹. Quand bien même que la *Charte canadienne* pourrait être considérée comme le vecteur de transposition en droit interne des obligations internationales du Canada, il se révèle à l'occasion un véhicule imparfait⁸², comme l'a d'ailleurs constaté le Comité des droits de l'homme⁸³.

En tant qu'État partie au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, pour prendre cet exemple, le Canada s'est engagé, au titre de l'article 2(3), à ce que toute personne dont les droits et les libertés prévus au *Pacte* ont été violés dispose d'un recours utile⁸⁴. Pourtant, incapable de se prévaloir devant les juridictions internes de certains des droits qui lui sont garantis dans les conventions internationales que le Canada a pourtant ratifiées et de son droit à un recours effectif pour les faire valoir, le justiciable se trouve nécessairement perdant⁸⁵.

Le justiciable court non seulement le risque de se voir débouté par les tribunaux canadiens lorsqu'il invoque un droit précis qui n'a pas son pendant dans la *Charte canadienne*, mais il est également susceptible de voir rejeter du revers de la

⁷⁹ Ce mécanisme a notamment été utilisé dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998) 2 R.C.S. 217 [*Renvoi relatif à la sécession du Québec*].

⁸⁰ Sénateur Gérald Beaudoin, délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, fascicule 3, Témoignages du 1^{er} octobre 2001.

⁸¹ Articles 17 et 23 du *Pacte*, *supra* note 31.

⁸² *Ewanchuk*, *supra* note 67 au para. 73 (motifs partiellement dissidents des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier).

⁸³ Rapport du Comité des droits de l'homme, Assemblée générale, A/46/40, Nations Unies, New York, 1991 au para. 82 : « *Observing that the Charter of Rights and Freedoms did not seem to provide any specific protection for the rights of the family, members asked whether those rights were recognised in any other part of Canada's law* »; Observations finales du Comité des droits de l'homme, examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du *Pacte*, Canada, CCPR/C/79/Add.105 au para. 10 : « Le Comité est préoccupé par la discordance qui persiste entre la protection offerte par la Charte canadienne et d'autres lois fédérales ou provinciales, et celle qui est requise par le *Pacte* et recommande que les mesures voulues soient prises pour assurer le plein exercice des droits prévus par le *Pacte* ».

⁸⁴ Article 2(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 31. Voir aussi article 13 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales telle qu'amendée par le Protocole n° 11*, 4 novembre 1950, STE n° 5 [*Convention européenne*].

⁸⁵ Voir également sur ce point Hugh M. Kindred, « Canadians as Citizens of the International Community: Asserting Unimplemented Treaty Rights in the Courts » dans Stephen G. Coughlan et Dawn Russel (dir.), *Citoyenneté et participation à l'administration de la justice/Citizenship and Citizen Participation in the Administration of Justice*, coll. « Institut canadien de l'administration de la justice », Montréal, Thémis, 2002 à la p. 267; Toope, « Metaphor », *supra* note 9 à la p. 297.

main l'ensemble d'un traité ratifié par le Canada, au motif que ce dernier n'a pas été incorporé.

Ainsi, dans l'affaire *Ahani*, la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario, sous la plume du juge Laskin, n'a pas hésité à affirmer que ni le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ni son premier *Protocole facultatif* n'avaient été incorporés en droit interne et que dès lors, ils ne bénéficiaient d'aucun statut en droit canadien⁸⁶. En somme, pas de loi de mise en œuvre expresse, pas de mise en œuvre, et pas de droit pour le justiciable⁸⁷.

Qui plus est, l'absence de mise en œuvre des traités en droit interne permet au Canada de se garder à distance de la jurisprudence des organismes internationaux de contrôle chargés d'interpréter et d'appliquer les dispositions issues des traités relatifs aux droits de la personne⁸⁸. S'il fait figure de chef de file dans certains domaines (tel que le droit à l'égalité) le Canada aurait intérêt à s'intéresser activement aux développements novateurs qui ont cours sur la scène internationale dans d'autres domaines, comme les droits des autochtones ou les droits économiques, sociaux et culturels par exemple⁸⁹. Or, le refus des tribunaux canadiens de considérer les traités internationaux comme ayant été mis en œuvre freine leur prise en compte en droit interne de la jurisprudence qui les interprète. Si les cours canadiennes parvenaient à la conclusion que ces traités ont été véritablement mis en œuvre, il leur serait difficile d'ignorer la jurisprudence internationale les entourant.

Au final, la pratique du gouvernement canadien qui consiste à ratifier les traités portant sur les droits de la personne sur la base d'une conformité préalable du droit interne avec ces derniers apparaît comme un superbe faux-fuyant pour éviter de mettre en œuvre les obligations auxquelles le gouvernement canadien s'est engagé sur la scène internationale. D'une part, parce que les tribunaux ne reconnaissent pas cette façon de faire comme constituant une mise en œuvre en bonne et due forme. D'autre part, parce que la *Charte canadienne*, principal instrument sur lequel se basent les autorités canadiennes afin d'affirmer qu'elles s'acquittent déjà de leurs obligations internationales en droit interne, n'est pas considérée par l'appareil judiciaire comme une législation de mise en œuvre. En définitive, c'est le justiciable qui, en attente des dividendes de la ratification, se trouve lésé par cette modulation du concept de mise en œuvre.

⁸⁶ *Ahani*, *supra* note 30 au para. 31 : « *The first fact is that Canada has never incorporated either the Covenant or the Protocol into Canadian law by implementing legislation. Absent implementing legislation, neither has any legal effect in Canada* ». Voir aussi les paragraphes 16 et 49.

⁸⁷ À ce sujet, Gibran Van Ert commentait : « *It is true that there is no such thing as the ICCPR Implementation Act. To conclude from this, however, that Canadian law does not implement the ICCPR is, at best, an oversimplification and, at worst, simply wrong* » dans Van Ert, *supra* note 6 à la p. 186.

⁸⁸ Tels que les organes de contrôle que sont le Comité des droits de l'homme (en application du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*) et le Comité contre la torture (en application de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, A/39/51 (entrée en vigueur : 26 juin 1987, accession du Canada : 24 juin 1987), chargés d'examiner les plaintes formulées par des particuliers alléguant une violation de leurs droits. Ils émettent également à l'occasion des observations générales sur des points particuliers.

⁸⁹ Almeida et Porret, *supra* note 68; Arbour et Lafontaine, *supra* note 61 au para. 30.

3. L'AMBIVALENCE DE L'EXÉCUTIF CANADIEN : LES TENTATIVES DE LE SOUMETTRE À SES PROPRES ENGAGEMENTS

Bien que l'exécutif ait librement décidé d'assumer des obligations internationales relatives aux droits de la personne, les cours canadiennes se montrent relativement peu disposées à développer des moyens d'exiger de l'exécutif qu'il agisse conformément à ce à quoi il s'est engagé. La ratification d'un traité en droit international – même s'il s'agit d'un « acte public, officiel »⁹⁰ par lequel l'État s'engage à être lié – ne semble pas être reconnue comme produisant des effets juridiques.

Comme il a été vu précédemment, le pouvoir discrétionnaire des membres de l'administration qui représentent le gouvernement canadien devrait être circonscrit par les engagements de ce même exécutif⁹¹ sur la scène internationale, notamment en ce qui a trait à la protection des droits de la personne⁹². En raison de la place accrue de l'administration publique dans les sociétés contemporaines (notamment en matière d'immigration, de sécurité), le fait d'encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, de manière à ce qu'il respecte les droits de la personne, s'impose avec acuité. L'exécutif qui a librement contracté des obligations internationales est tenu de respecter de bonne foi les ententes qu'il a contractées⁹³. Il devrait en aller *a fortiori* ainsi lorsque la législation adoptée par le parlement déléguant un pouvoir discrétionnaire à l'exécutif prescrit que ledit pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux instruments internationaux dont le pays est signataire⁹⁴.

Afin que l'exécutif soit tenu de respecter le droit international des droits de la personne en droit interne, diverses avenues ont été empruntées. Parmi celles-ci figure la doctrine dite des attentes légitimes, laquelle « permet d'obtenir l'annulation judiciaire d'une décision non conforme à une attente créée par l'Administration et dont le respect peut être légitimement revendiqué par l'administré »⁹⁵. La High Court

⁹⁰ Selon René Provost, chaque acte officiel de l'État crée des effets juridiques qui devraient être reconnus par l'État : « Cela ne conduit pas, il faut insister, à une application directe de la norme au même titre que la loi adoptée par la législature, mais plutôt à une certaine reconnaissance des effets de tous les actes de l'exécutif, y compris la ratification des traités », René Provost, « Le juge mondialisé : légitimité judiciaire et droit international au Canada », dans Marie-Claire Belleau et François Lacasse (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada (1987-2002)*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2004, 569 à la p. 582 [Provost].

⁹¹ Certes, les obligations internationales en question pourraient avoir été contractées par un exécutif précédent et le gouvernement nouvellement élu pourrait chercher à dénoncer le traité en question. L'impératif de protection des droits de la personne semble cependant transcender les changements de gouvernement.

⁹² Houle, *supra* note 43 à la p. 574.

⁹³ En application du principe coutumier *pacta sunt servanda*, codifié à l'article 26 de la *Convention de Vienne*.

⁹⁴ C'est notamment le cas de l'article 3(3)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) : « L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet : f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire ».

⁹⁵ Houle, *supra* note 43 à la p. 550.

d'Australie y a eu recours en 1995 dans le célèbre arrêt *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Ah Hin Teoh*⁹⁶. Dans cette affaire, un citoyen malaisien s'était marié à une citoyenne australienne avec laquelle il avait eu plusieurs enfants. En raison de condamnations pour trafic et possession de drogues, sa demande de résidence permanente lui a été refusée. Il a alors contesté la décision au motif que le ministère de l'Immigration n'avait pas pris en compte les principes contenus dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁹⁷, ratifiée par l'Australie, mais non incorporée en droit interne. D'entrée de jeu, la plus haute Cour du pays a affirmé que l'affaire « *raises an important question concerning the relationship between international law and Australian law* »⁹⁸. Selon la Cour, le fait que la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'avait pas été incorporée en droit australien ne signifiait pas que la ratification était dépourvue de valeur en droit australien⁹⁹. Selon la juridiction australienne, la ratification par l'Australie de la *Convention relative aux droits de l'enfant* avait donné naissance à une attente légitime voulant que le décideur administratif exerce son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les termes de la *Convention relative aux droits de l'enfant*; le fait que cette dernière n'ait pas été incorporée en droit interne n'y changeait rien¹⁰⁰. La juridiction australienne poursuit :

Moreover, ratification by Australia of an international convention is not to be dismissed as a merely platitudinous or ineffectual act, particularly when the instrument evidences internationally accepted standards to be applied by courts and administrative authorities in dealing with basic human rights affecting the family and children. Rather, ratification of a convention is a positive statement by the executive government of this country to the world and to the Australian people that the executive government and its agencies will act in accordance with the Convention.¹⁰¹

Se fondant sur l'acte significatif que constitue la ratification d'un instrument international par le gouvernement, la Cour posait ainsi les bases d'une expectative légitime voulant qu'en l'absence d'indications législatives ou exécutives contraires, les autorités administratives doivent agir conformément aux obligations internationales, en l'espèce aux principes établis dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Lorsque de son propre chef l'exécutif décide d'être lié par un traité, il devrait être tenu des obligations auxquelles il a souscrit de sa propre volonté. Cependant, le gouvernement australien a rapidement désavoué la doctrine des attentes

⁹⁶ *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Ah Hin Teoh* (1995) 128 ALR 353 [*Teoh*].

⁹⁷ *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 18.

⁹⁸ *Teoh*, *supra* note 96 au para. 1.

⁹⁹ *Ibid.* au para. 26.

¹⁰⁰ *Ibid.* au para. 29.

¹⁰¹ *Ibid.* au para. 34 : « De plus, la ratification par l'Australie d'une convention internationale ne doit pas être rejetée comme si elle n'était qu'un acte banal et sans effet, tout particulièrement lorsque l'instrument témoigne de normes internationalement acceptées [...]. Plutôt, la ratification d'une convention est une déclaration positive du pouvoir exécutif de ce pays, au monde entier et au peuple australien, selon laquelle l'exécutif et les organismes du gouvernement agiront conformément à la *Convention* » [notre traduction].

légitimes en adoptant quelques mois plus tard un décret la rejetant explicitement¹⁰². Toutefois, d'autres décisions de tribunaux internes de tradition juridique similaire à celle du Canada sont parvenues à une conclusion identique à celle de la juridiction australienne¹⁰³. La Cour suprême du Canada a été saisie en 1999 à l'occasion de l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁰⁴ d'un ensemble de faits fort similaire à l'affaire australienne *Teoh*. La plus haute juridiction canadienne a cependant refusé de s'engager sur la même voie que son homologue australienne¹⁰⁵.

Dans le même ordre d'idées, en dressant un parallèle entre les traités internationaux et les traités conclus avec les Premières Nations, certains auteurs¹⁰⁶ ont exploré la possibilité de se fonder sur la doctrine de l'honneur de la Couronne dans le but d'assujettir le gouvernement fédéral, tout au moins son administration, aux obligations qu'il contracte à l'international.

De même, les principes contenus dans le droit international des droits de la personne peuvent, en tant que normes fondamentales, servir de guide aux juridictions internes afin de limiter la marge de manœuvre de l'exécutif. Cette approche a été

¹⁰² Joint Statement by the Minister for Foreign Affairs, Senator Gareth Evans and the Attorney-General, Michael Lavarch, « *International Treaties and the High Court Decision in Teoh* » (10 mai 1995); Administrative Decisions (Effect of International Instruments) Bill 1995, Administrative Decisions (Effect of International Instruments) Bill 1997, Administrative Decisions (Effect of International Instruments) Bill 1999 (contrairement aux deux premiers textes, le dernier a été adopté par le Parlement), Administrative Decisions (Effect of International Instruments) Act Repeal Bill 2007. À l'issue de l'examen des rapports périodiques de l'Australie en juillet 2000, le Comité des droits de l'homme a considéré que la promulgation de la loi serait incompatible avec les obligations du pays en vertu de l'article 2 du *Pacte international sur les droits civils et politiques* et a vivement encouragé le gouvernement australien à la retirer : Concluding Observations of the Human Rights Committee : Australia, A/55/40, 24 juillet 2000.

¹⁰³ Voir la décision de la Cour d'appel du Botswana dans *Unity Dow v. Attorney General of Botswana* (1992) L. Rep. Commonwealth 623 à la p. 673 : « *If it has merely been signed but not incorporated into domestic law, a domestic court must accept the position that the legislature or the executive will not act contrary to the undertaken given on behalf of the country by the executive* ». Voir aussi la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans *Tavita v. Minister of Immigration* (1994) 2 N.Z.L.R. 257 à la p. 266, laquelle a rejeté l'argument selon lequel les agents d'immigration pouvaient ignorer les obligations internationales du pays lorsqu'ils avaient à déterminer si des individus pouvaient être déportés en dépit de l'impact que cette mesure pourrait avoir sur leur famille, tout particulièrement les enfants. Pour la Cour, ceci reviendrait à dire que : « *New Zealand's adherence to international instruments has been at least partly window-dressing* ».

¹⁰⁴ *Baker*, supra note 4.

¹⁰⁵ C'est semble-t-il en toute connaissance de cause que la Cour suprême du Canada a choisi de ne pas développer la doctrine des attentes légitimes dans *Baker* puisque le juge L'Heureux-Dubé et le juge Beverly McLachlin avaient quelques mois auparavant assisté à une Conférence de l'Association internationale des femmes juges où l'affaire *Teoh* avait été présentée : Reem Bahdi, « Globalization of Judgment : Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts » (2002-2003) 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 555 aux pp. 593-594.

¹⁰⁶ Armand de Maestral et Evan Fox-Decent, « La mise en œuvre et la réception : la compatibilité de l'ordre juridique canadien avec le droit international » dans Fitzgerald, supra note 1 à la p. 87 et s.; Gib Van Ert et Stefan Matiation, « L'arrêt sur les *Conventions du travail* et les Accords sur les revendications globales : vers un nouveau modèle canadien de participation infra-nationale à l'élaboration de traités internationaux » dans Fitzgerald supra note 1 à la p. 255.

explicitement envisagée dans l'affaire australienne *Teoh*¹⁰⁷. Au Canada, la majorité de la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Premier ministre) c. Khadr*¹⁰⁸ a considéré que des principes de justice fondamentale pouvaient être puisés dans les instruments internationaux ratifiés par le Canada. En effet, la Cour a affirmé : « Il est raisonnable d'inférer que lorsqu'il a adhéré à cette Convention [*Convention relative aux droits de l'enfant*] le Canada a accepté que les normes internationales les plus importantes qui y sont énoncées constituent des principes de justice fondamentale »¹⁰⁹. La dissidence du juge Marc Rosenberg, de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Ahani*¹¹⁰ semble également procéder de la même idée. En effet, dans cette affaire, le juge minoritaire a estimé que le gouvernement canadien violerait l'article 7 de la *Charte canadienne* si Mansour Ahani était renvoyé en Iran¹¹¹. Selon lui, non seulement il ne faisait pas de doute que sa déportation imminente vers l'Iran mettait en jeu sa sécurité¹¹², mais aussi qu'en le déportant sans attendre que le Comité des droits de l'homme se soit prononcé sur l'affaire, les autorités canadiennes violeraient les principes de justice fondamentale auxquels ils sont tenus de se conformer dans un tel cas¹¹³. Pour le juge Rosenberg, il s'agit du principe de justice fondamentale selon lequel « *individuals within Canada facing a deprivation of their right to life, liberty or security of the person have a right under s.7 of the Charter, within reason, to have their petition reviewed by the Human Rights Committee free from any executive action that would render this review nugatory* »¹¹⁴. Afin de dégager ce principe, le juge dissident s'est ouvertement inspiré d'une série d'affaires rendues par le Comité judiciaire du Conseil privé, tout spécialement de cas mettant en cause la peine capitale, dans laquelle les États étaient tenus d'attendre la décision des organismes internationaux lorsqu'assujettis au respect d'une disposition constitutionnelle garantissant la primauté du droit¹¹⁵. Le respect de la primauté du droit, un principe issu de la *common law*, a été codifié dans diverses constitutions nationales¹¹⁶, y compris au Canada¹¹⁷.

¹⁰⁷ *Teoh*, *supra* note 96 aux pp. 28-9. Bien qu'il s'agisse vraisemblablement d'un *obiter dictum*.

¹⁰⁸ *Canada (Premier ministre) c. Khadr* (2009) CAF 246.

¹⁰⁹ *Ibid.* au para. 53.

¹¹⁰ À laquelle il a été fait référence précédemment, *Ahani*, *supra* note 30.

¹¹¹ *Ahani*, *supra* note 30 au para. 76.

¹¹² La Section du statut de réfugié de la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié (CISR) avait déterminé en 1992 qu'il était un réfugié au sens de la *Convention*, *ibid.* aux para. 82-3.

¹¹³ *Ahani*, *supra* note 30, aux para. 84-110.

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 89 : « les individus au Canada qui font face à une privation de leur droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité ont un droit en vertu de l'article 7 de la Charte canadienne, dans les limites de la raison, de voir leur pétition examinée par le Comité des droits de l'homme librement de toute action de l'exécutif susceptible de rendre cet examen illusoire » [notre traduction]. Voir aussi les para. 86, 88, 93 et 94.

¹¹⁵ *Ibid.* aux para. 97-8.

¹¹⁶ C'est le cas des États-Unis (XIV^e amendement à la Constitution), du Japon (article 14 de la Constitution), du Suriname (préambule de la Constitution) et de Trinité-et-Tobago (article 4 de la Constitution).

¹¹⁷ Voir le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel prévoit que le Canada est doté d'une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni », de même que le préambule de la Charte canadienne, qui prévoit : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ». Pour l'importance que la Cour suprême accorde à ce principe, voir : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* (1985) 1 RCS 721 aux para. 63-5.

Dans l'affaire *Ahani*, la primauté du droit a donc été utilisée par la minorité afin de permettre une application large des principes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne*. La majorité a de son côté rejeté l'argument selon lequel les principes de justice fondamentale incluent le droit de demeurer au Canada jusqu'à l'épuisement des recours entamés sur la scène internationale¹¹⁸. Cependant, l'importance accordée au principe de la primauté du droit au Canada et l'appui sur des principes de *common law* apparaissent pour les plaideurs un horizon de possibilités à exploiter.

Tout ce qui précède met en exergue l'inertie des organes politiques canadiens à mettre en œuvre les obligations auxquelles ils se sont engagés sur la scène internationale, inertie ne pouvant s'expliquer que par un manque de « volonté politique »¹¹⁹.

Comme nous l'avons vu, les obstacles constitutionnels souvent invoqués (séparation des pouvoirs et fédéralisme) à l'appui de la nécessité de mise en œuvre des traités, bien que réels et légitimes, offrent de précieux alibis à opposer à toute dénonciation d'absence de volonté de mise en œuvre des obligations internationales. La pratique des autorités canadiennes visant à mettre en œuvre les traités protégeant les droits de la personne sur la base d'une conformité préalable (laquelle n'a pas été confirmée par les cours internes comme constituant une véritable mise en œuvre), permet au gouvernement d'affirmer sur la scène internationale qu'il remplit ses obligations en droit interne et ce, sans même que les législatures n'aient été impliquées. Il serait souhaitable que les législatures sortent de leur léthargie et assument un rôle plus dynamique dans la mise en œuvre des traités protégeant les droits de la personne au Canada. Armand de Maestral et Evan Fox-Decent émettent ainsi l'avis, presque cynique, « que le Parlement a prétendument négligé de mettre en œuvre »¹²⁰ les traités ratifiés par le Canada.

Devant ce climat de torpeur, certains ont suggéré de cesser d'attendre des législatures qu'elles expriment par un acte positif leur assentiment à être liées par les dispositions d'un traité avant que celui-ci ne produise des effets en droit interne (présomption négative), mais au contraire de considérer qu'en l'absence d'acte de transposition d'un traité de la part des législatures, ces dernières sont présumées avoir accepté les termes (présomption positive)¹²¹. Cette manière de faire ne remettrait nullement en cause le principe de la souveraineté parlementaire, car les législatures pourraient toujours, fortes de leur pouvoir, légiférer à l'encontre des termes du

¹¹⁸ *Ahani*, *supra* note 30 au para. 57. L'attitude de la majorité dans cette affaire est particulièrement désinvolte. Au soutien de sa position, *Ahani* avait invoqué la décision rendue par Lord Millett dans *Thomas v. Baptiste* (1999) 3 W.L.R. 249. Après en avoir cité un extrait, que la majorité qualifie d'« *enigmatic paragraph* » (para. 55), cette dernière avoue candidement qu'elle éprouve de la difficulté à comprendre le raisonnement (para. 61) et décide de se rabattre sur la dissidence de Lord Goff dans cette affaire, au seul motif que la Cour la préfère aux raisons de la majorité.

¹¹⁹ C'est le constat auquel parvient le Comité sénatorial permanent en 2001 dans son rapport : Comité sénatorial, *supra* note 14.

¹²⁰ Armand De Maestral et Evan Fox-Decent, « La mise en œuvre et la réception : la compatibilité de l'ordre juridique canadien avec le droit international » dans Fitzgerald, *supra* note 1, 41 à la p. 41.

¹²¹ *Ibid.* aux pp. 42-3.

traité¹²². Sous réserve des limites constitutionnelles imposées notamment par la *Charte canadienne*, l'adage selon lequel « le Parlement peut tout faire » continuerait de recevoir application, « ce qui renforce[rait] au lieu d'affaiblir la légitimité démocratique canadienne »¹²³.

En attendant, les autorités canadiennes paraissent s'en remettre à l'appareil judiciaire afin de résoudre l'épineux problème de la mise en œuvre des traités protégeant les droits de la personne ratifiés par le Canada sur la base de la conformité préalable avec son droit interne.

II. Le droit international des droits de la personne devant les cours canadiennes : une application discutable

Il semble que l'attitude des autorités canadiennes ait, dans une certaine mesure, conduit à transférer aux tribunaux canadiens la tâche de se prononcer sur la question de la mise en œuvre en droit interne des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne.

Cette situation n'est d'ailleurs pas sans engendrer un certain malaise au sein des cours canadiennes, malaise palpable à travers leur réticence à examiner les tenants et aboutissants de cette notion même de mise en œuvre. Cependant, en raison du développement de la normativité interne et internationale relative aux droits de la personne, et de l'invocation de celle-ci devant les cours canadiennes, il était de plus en plus difficile pour le juge de se limiter à une position réductrice consistant à se demander si le traité a ou non été mis en œuvre.

Tout en maintenant l'énoncé traditionnel selon lequel les traités doivent être mis en œuvre pour pouvoir produire un effet en droit interne, les juges en sont néanmoins venus à prendre en compte des traités ratifiés, mais non mis en œuvre. Ouvrant la voie à cette situation, l'arrêt *Baker* introduit du coup une certaine relativisation de l'exigence de mise en œuvre. En concevant désormais le droit international des droits de la personne comme un outil essentiellement interprétatif, les tribunaux canadiens en sont indéniablement venus à donner une plus grande place aux instruments internationaux relatifs aux droits de la personne. Toutefois, il faudrait se garder de surestimer les conséquences pour le justiciable de cette largesse nouvellement acquise.

D'une part, le droit international des droits de la personne n'occupe pas la place qui lui revient. En le traitant essentiellement comme un outil interprétatif, les

¹²² Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée » dans Fitzgerald, *supra* note 1 aux pp. 15-6; Ronald St J. MacDonald, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada », dans St J. MacDonald, Gerald L. Morris et Douglas M. Johnston (dir.), *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974 à la p. 88 [MacDonald, Morris et Johnston].

¹²³ Armand De Maestral et Evan Fox-Decent, « La mise en œuvre et la réception : la compatibilité de l'ordre juridique canadien avec le droit international » dans Fitzgerald, *supra* note 1 à la p. 43.

juges se sont ménagés un espace de liberté. Ils peuvent désormais choisir à leur guise tant les instruments internationaux que la portée qui leur seront accordés, ce qui est discutable au regard du principe de sécurité juridique.

D'autre part, le droit international des droits de la personne n'occupe pas la place qu'il pourrait avoir. Il semble en effet que les cours canadiennes pourraient faire un usage accru du droit international. Ainsi, la question du rôle de la coutume mérite d'être soulevée; elle est à la fois sous-utilisée et appliquée de manière contre-productive. De même, le peu de prise en compte des décisions des organismes internationaux, qui sont autant de repères quant à l'état du droit international, suscite des interrogations.

A. Développement de la normativité et de sa mise en œuvre : de la nécessité de mise en œuvre à la relativisation de cette nécessité

Les cours canadiennes ont traditionnellement insisté sur la nécessité de mise en œuvre des traités relatifs aux droits de la personne. Paradoxalement, les cours canadiennes n'ont analysé ni les fondements ni la raison de cette nécessité. D'ailleurs, l'arrêt *Baker* a grandement relativisé cette exigence de mise en œuvre.

1. L'AFFIRMATION DE LA NÉCESSITÉ DE MISE EN ŒUVRE, MAIS UNE RÉSISTANCE À ANALYSER CETTE NOTION ET SES FONDEMENTS

Le malaise ressenti par les cours canadiennes quant à la mise en œuvre ne saurait mieux s'exprimer que dans leur quasi-mutisme concernant cette notion et ses fondements, réserve qui tranche avec l'abondante doctrine sur la question¹²⁴. Si les décisions qui font référence à cette exigence de mise en œuvre ne manquent pas¹²⁵, la survivance au fil des années de ce « dogme »¹²⁶ en droit canadien apparaît presque surréaliste.

En raison de la mention constante de cette exigence de mise en œuvre dans les décisions des juridictions canadiennes, il est des plus surprenant de constater à quel point ces dernières se sont montrées aussi peu prolixes tant sur les fondements de la nécessité de mise en œuvre que sur ce qui pourrait constituer, notamment en matière de droit international des droits de la personne, une mise en œuvre claire, nette et précise. Les cours sont si peu bavardes à ce propos que certains auteurs en sont contraints à présumer de leurs intentions. Ainsi Stéphane Beaulac, se référant à l'importance accordée à la séparation des pouvoirs dans notre régime parlementaire,

¹²⁴ Voir les sources citées, *supra* note 9.

¹²⁵ Voir *Avis sur les conventions du travail*, *supra* note 12 à la p. 347; *Francis*, *supra* note 12 à la p. 621; *Capital Cities*, *supra* note 12 aux pp. 17 et 172; *Operation Dismantle*, *supra* note 12 au para. 90; *Baker*, *supra* note 12 au para. 69; *Suresh*, *supra* note 12 au para. 60.

¹²⁶ Expression employée par Peter Leuprecht, délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, fascicule 3, témoignages du 1^{er} octobre 2001.

ne peut que déduire des propos de la majorité dans *Ahani* que « these may have been some of the considerations that the Ontario Court of Appeal had in mind »¹²⁷.

Non seulement le principe de la nécessité de mise en œuvre en droit canadien a-t-il été indûment négligé – car une mention assidue dans le corps des jugements mériterait en soi qu'on s'y attarde –, mais il serait souhaitable que les juges canadiens revisitent les fondements de ce principe. Premièrement, parce qu'un examen approfondi des fondements sur lesquels est basée cette nécessité de mise en œuvre (séparation des pouvoirs, fédéralisme) permettrait de déterminer l'acuité de ceux-ci. Deuxièmement, parce que l'exercice consistant à confronter la théorie à la pratique permettrait aux juridictions canadiennes de constater que leur pratique relativement à la nécessité de mise en œuvre est en porte-à-faux avec l'affirmation de sa nécessité, puisqu'elle a été grandement relativisée au cours des années. En effet, les tribunaux canadiens ont laissé pénétrer les traités internationaux ratifiés, mais non mis en œuvre bien au-delà de ce que laisse présager la proposition traditionnelle, laquelle continue pourtant d'être réitérée à l'identique¹²⁸. Pour l'heure, et en l'absence d'une analyse approfondie par les tribunaux canadiens de ces justificatifs à la mise en œuvre, l'importance que ces derniers accordent à ce concept et à sa nécessité pourrait être davantage assimilée à un artifice juridique qu'à un souci de donner effet à de véritables préoccupations démocratiques.

2. LA RELATIVISATION DE LA NÉCESSITÉ DE MISE EN ŒUVRE : LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE COMME OUTIL ESSENTIELLEMENT INTERPRÉTATIF

Depuis l'enchâssement, il y plus d'un quart de siècle, de la *Charte canadienne* dans la Constitution, ce texte a pris une place significative dans des contentieux variés. Progressivement, les parties à un différend ont eu tendance à rechercher ailleurs, notamment dans des instruments de droit international garantissant des droits similaires à la *Charte canadienne*, des interprétations possibles de ces mêmes droits. Un élan naturel puisque la *Charte canadienne* s'inspire elle-même des instruments internationaux qui l'ont précédée¹²⁹.

De plus, le droit international des droits de la personne s'est trouvé invoqué devant les cours canadiennes dans des domaines de droit interne, tels que le droit des réfugiés et le droit de l'immigration, notamment parce que ces législations y faisaient

¹²⁷ Beaulac, « National Application », *supra* note 9 à la p. 247.

¹²⁸ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique* (2007) 2 R.C.S. 391 au para. 69 : « Dans le système fédéral canadien, il revient au Parlement fédéral et aux législatures provinciales d'incorporer les accords internationaux au droit interne » [*Health Services*].

¹²⁹ Michèle Rivet, « Entre stabilité et fluidité: le juge, arbitre des valeurs », allocution, forum des juges du congrès du Barreau canadien, 2006 à la p. 33 [Rivet] : « La Charte québécoise comme la Charte canadienne ont trouvé leur inspiration dans les instruments internationaux des droits de l'homme »; Beaulac, « L'interprétation de la Charte », *supra* note 9 à la p. 30 : « même s'il est notoire que les droits consacrés dans la Charte s'inspirent des instruments internationaux relatifs aux libertés fondamentales »; Louise Arbour et Fannie Lafontaine, « Beyond Self-congratulation : The Charter at 25 in an International Perspective » (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 239 au para. 26.

référence, voire en traduisaient les obligations. Ainsi la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹³⁰ distingue-t-elle les *réfugiés* (art. 96) au sens de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹³¹ des *personnes à protéger* (art. 97) pour intégrer les exigences du droit international des droits de la personne en matière de non refoulement. En effet, ces pans de droit tirent aujourd'hui avec eux des exigences supplémentaires issues du droit international des droits de la personne qui viennent à nouveau encadrer les développements en droit interne. Par exemple, l'extradition ne peut plus être régie par de simples instruments de coopération judiciaire visant à permettre une coopération efficace entre les pays ; ces derniers doivent maintenant aussi composer avec l'obligation de protection des droits de la personne. Les affaires *Soering*¹³² devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Kindler*¹³³ puis *Judge*¹³⁴ devant le Comité des droits de l'homme, en sont l'illustration par excellence.

Si le droit international des droits de la personne influence le contentieux interne, ce mouvement est loin d'être à sens unique. En effet, les juridictions et les quasi-juridictions internationales n'hésitent pas à s'inspirer des solutions auxquelles parviennent les juridictions nationales. Ainsi, l'usage de ces textes provoque emprunts et influences réciproques qui contribuent à renforcer le caractère fondamental et universel des droits de la personne. Par exemple, l'arrêt *États-Unis c. Burns*¹³⁵ devant la Cour suprême du Canada en 2001 a grandement inspiré le Comité des droits de l'homme qui en a repris le raisonnement deux ans plus tard dans l'affaire *Judge c. Canada* (cité précédemment), revenant ainsi sur les conclusions adoptées dix ans plus tôt concernant l'extradition des individus dans un pays où ils sont susceptibles de se voir appliquer la peine de mort¹³⁶.

Dès lors, par le biais de canaux internes, notamment de la *Charte canadienne*, de même que via des pans de droit déjà incorporés, la présence du droit international des droits de la personne est une réalité qui s'impose au juge canadien, non pas suivant une logique de la hiérarchie des normes, mais par l'omniprésence de son contenu : il pénètre et irrigue tous les champs matériels du droit. Si bien qu'en matière de droits de la personne, il ne semble désormais plus possible de penser le droit interne sans le droit international, l'un et l'autre s'enrichissant mutuellement. Qu'on le rejette ou qu'on le glorifie, on assiste à l'évidence au développement d'un droit transnational des droits de la personne qui transcende le droit interne et le droit international.

En raison de l'explosion contemporaine de la normativité des droits de la personne tant en droit interne qu'en droit international, les juges ont été de plus en plus confrontés à une invocation accrue des traités internationaux et par conséquent, à

¹³⁰ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

¹³¹ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954; adhésion du Canada : 4 juin 1969).

¹³² *Soering c. Royaume-Uni* (1989) 161 (Sér. A) C.E.D.H.

¹³³ Comité des droits de l'homme, *Joseph Kindler c. Canada*, 18 novembre 1993, CCPR/C/48/D/470/1991.

¹³⁴ Comité des droits de l'homme, *Robert Judge c. Canada*, 20 octobre 2003, CCPR/C/78/D/829/1998.

¹³⁵ *États-Unis c. Burns* (2001) 1 R.C.S. 283 [*Burns*].

¹³⁶ Dans l'affaire *Kindler*, *supra* note 133.

la problématique de leur mise en œuvre en droit interne. Face à un droit extrêmement poreux, il s'est avéré difficile pour les juges de se contenter d'une position réductrice consistant à s'interroger sur l'existence d'une loi de transposition et, faute d'en trouver, de rejeter l'ensemble du contenu normatif du traité. Le juge Pigeon avait d'ailleurs déjà mis en garde contre ce type de simplification : « Ce serait simplifier à outrance que de dire que les traités n'ont aucun effet juridique à moins d'être mis en vigueur par une loi »¹³⁷.

Les juges canadiens en sont donc venus à délaisser la position traditionnelle, inadaptée, et à faire preuve d'une réceptivité accrue à l'égard du droit international des droits de la personne. Ce faisant, ils ont relativisé l'exigence de mise en œuvre en droit canadien des traités internationaux des droits de la personne au profit d'une approche abordant le droit international comme outil interprétatif.

L'arrêt *Baker*, rendu sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, est considéré comme celui qui sonne le glas de la méthode traditionnelle de prise en compte des traités au Canada. Bien que la Cour suprême du Canada réitère l'affirmation traditionnelle selon laquelle les « conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi »¹³⁸, elle ajoute ensuite que « les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »¹³⁹. Ceci signifie qu'à partir de *Baker*, là où le juge aurait jadis écarté un traité ratifié mais non mis en œuvre, il s'autorise désormais à donner une certaine portée aux droits qu'il garantit. Sachant qu'il est dorénavant envisageable de donner des effets à des instruments qui auparavant ne s'en seraient pas vu reconnaître, le mouvement amorcé dans *Baker* peut apparaître comme une ouverture à une application généreuse du droit international des droits de la personne. Or les effets que les tribunaux donneront aux instruments internationaux des droits de la personne ne seront qu'interprétatifs. La question de la mise en œuvre a donc été délaissée au profit d'une approche liée à l'interprétation des lois¹⁴⁰.

L'affaire *Baker* mérite cependant quelques observations supplémentaires. D'abord, nonobstant cet arrêt de principe, les juridictions canadiennes ont continué de réaffirmer l'exigence de mise en œuvre des traités. Dans l'affaire *Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁴¹, postérieure à *Baker*, la Cour suprême a suggéré que le droit international était contraignant une fois mis en œuvre : « À proprement parler, le Canada *n'est lié* par des normes internationales consignées dans un traité *que si* celui-ci a été incorporé au droit canadien par une loi » [nos

¹³⁷ *Capital Cities*, *supra* note 12 à la p. 188 (dissidence du juge Pigeon).

¹³⁸ *Baker*, *supra* note 4 au para. 69.

¹³⁹ *Ibid.* au para. 70.

¹⁴⁰ Beaulac, « National Application », *supra* note 9 à la p. 229 : « *The argument put forward is that the national application of international law is, as far as Canadian judges and other domestic actors are concerned, a question of statutory interpretation, which must be addressed, rationalized, and understood within that framework* ».

¹⁴¹ *Suresh*, *supra* note 4.

italiques]¹⁴². Mais il convient de constater que même avant *Baker*, lorsque les cours canadiennes déclaraient qu'elles faisaient face à un traité dûment incorporé en droit interne, celles-ci n'en faisaient qu'une application essentiellement interprétative¹⁴³. En effet, qu'ils en arrivent ou non à la conclusion qu'il y a eu mise en œuvre en droit interne d'un traité international, ce dernier n'aura qu'une force persuasive. Il convient donc de se demander pourquoi les tribunaux canadiens continuent de faire mention dans le corps de leurs décisions de la nécessité de la mise en œuvre.

De plus, comme il vient d'être expliqué, depuis l'arrêt *Baker*, la Cour donne en partie un effet à du droit non incorporé en lui reconnaissant une valeur interprétative. Dès lors, considérant que le Canada est un pays dualiste en matière conventionnelle, ce sont les fondements mêmes de la nécessité de mise en œuvre en droit canadien qui se trouvent affectés par la nouvelle approche retenue dans *Baker* des traités ratifiés non mis en œuvre. Si *Baker* annonçait un tournant majeur visant à donner plus de place au droit international non mis en œuvre, il est difficile alors de s'expliquer l'absence dans le jugement de toute discussion quant aux justificatifs constitutionnels généralement avancés pour soutenir la nécessité de mise en œuvre des traités internationaux. En donnant davantage de place à des traités ratifiés, mais non mis en œuvre, la Cour suprême semble écarter dans cet arrêt le bien-fondé des arguments sur lesquels elle paraissait s'appuyer pour justifier qu'une telle mise en œuvre était indispensable. Est-ce possible que face à l'inertie et aux faux-semblants des organes politiques canadiens, la Cour ait simplement voulu leur signaler sa désapprobation et que, mal à l'aise avec la question des justificatifs à la nécessité de la mise en œuvre, elle ait sciemment décidé de balayer cette discussion sous le tapis? Ou bien faut-il comprendre de ce silence que la portée donnée au droit international des droits de la personne en tant qu'outil interprétatif est considérée à ce point bénigne qu'elle ne saurait remettre en cause les fondements sur lesquels s'appuie la nécessité de mise en œuvre en droit international? Dix ans plus tard, ces questions demeurent toujours en suspens.

Cependant, s'il est une chose qui ressort de *Baker*, c'est que la fonction interprétative désormais dévolue au droit international des droits de la personne a continué à prédominer. À ce sujet, la haute juridiction a depuis fourni des

¹⁴² *Suresh, supra* note 4 au para. 60. Voir aussi *Capital Cities, supra* note 12 aux pp. 172-3 : « Je suis d'accord avec l'intimé et la Cour d'appel que la *Convention* n'a pas été mise en vigueur par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada »; *Baker, supra* note 12 au para. 69 : « Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi ».

¹⁴³ C'est le cas dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998) 1 R.C.S. 982 [*Pushpanathan*], où la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, incorporait en annexe certaines parties de la *Convention relative au statut des réfugiés* : « Comme l'objet de l'intégration de la section Fc) de l'article premier à la Loi sur l'immigration est de mettre en œuvre la Convention sous-jacente, il convient d'adopter une interprétation compatible avec les obligations du Canada en vertu de la Convention. On aura donc recours au texte de la Convention et aux règles d'interprétation des traités pour déterminer le sens de la section Fc) de l'article premier en droit interne ». Voir aussi *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)* (1990) 2 R.C.S. 1324; *Thomson c. Thomson* (1994) 3 R.C.S. 551.

éclaircissements, notamment dans les arrêts *R. c. Hape*¹⁴⁴ et *Health Services c. Colombie-Britannique*¹⁴⁵, rendus à une journée d'intervalle en juin 2007.

Dans *Hape*, la Cour réaffirme le principe d'interprétation législative qu'est la présomption de conformité du droit interne au droit international¹⁴⁶. Selon cette présomption, le législateur n'est pas censé avoir voulu légiférer à l'encontre des obligations internationales du pays¹⁴⁷. Cette présomption s'applique tant pour le droit international coutumier que pour les obligations conventionnelles¹⁴⁸. La Cour confirme qu'aucune ambiguïté préalable dans la loi n'est nécessaire avant d'aller consulter le traité international¹⁴⁹ et elle statue clairement en faveur du recours à la présomption de conformité en droit international dans le cas des traités ratifiés par le Canada. Ce faisant, la Cour vient clairement désavouer le courant de doctrine développé à la suite de l'arrêt *Baker*, selon lequel la présomption de conformité, qualifiée d'« ancienne démarche » et de « raisonnement dépassé », devait céder le pas au principe d'interprétation contextuelle¹⁵⁰. La présomption de conformité n'étant que ce qu'elle est, soit une présomption, elle peut être renversée ou plutôt elle est de peu d'utilité face à une loi qui transgresse de manière expresse et non équivoque une obligation internationale¹⁵¹. Il convient de noter qu'en réitérant la pertinence de la présomption de conformité du droit interne au droit international, la Cour suprême reconnaît implicitement une certaine autorité, et partant, une certaine légitimité au droit international en droit canadien¹⁵².

Dans l'affaire *Health Services*, la Cour souligne à nouveau que le droit international des droits de la personne peut jouer un rôle dans l'interprétation du droit interne, notamment à l'égard de la *Charte canadienne*. Cette affirmation prend tout

¹⁴⁴ *Hape, supra* note 4.

¹⁴⁵ *Health Services, supra* note 4.

¹⁴⁶ Il n'est pas question ici de la présomption de conformité préalable examinée précédemment, qui constitue une déclaration de l'exécutif selon laquelle le droit interne est déjà en conformité avec les obligations internationales inscrites dans le traité que l'État s'apprête à ratifier, mais bien de la présomption de conformité au droit international, une présomption interprétative selon laquelle le législateur n'est pas censé avoir voulu adopter des lois qui contreviennent aux obligations internationales de l'État.

¹⁴⁷ *Chung Chi Cheung v. The King* (1939) A.C. 160 à la p. 168; *Capital Cities, supra* note 12 à la p. 189; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)* (1990) 2 R.C.S. 1324 à la p. 1371; *Thomson c. Thomson* (1994) 3 S.C.R. 551 au para. 124; *Succession Ordon c. Grail* (1998) 3 R.C.S. 437 au para. 137; *Pushpanathan, supra* note 143 au para. 54; *Québec c. Canada, supra* note 15 au para. 93; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)* (2004) 1 R.C.S. 76 au para. 31 [*Canadian Foundation*]; *Bouzari v. Iran* (2004) 71 O.R. (3d) 675 (C.A.), permission d'appeler à la Cour suprême refusée le 27 janvier 2005; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.* (2005) 2 R.C.S. 401 au para. 39; *Hape, supra* note 4 aux para. 53 et s. Voir aussi Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1999 aux pp. 466-8 [Côté].

¹⁴⁸ *Hape, supra* note 4 au para. 54.

¹⁴⁹ Certaines décisions étaient déjà allées en ce sens, voir par exemple *Pfizer Canada Inc. v. Canada* (2003) C.A.F. 138.

¹⁵⁰ Beaulac, « L'interprétation de la Charte », *supra* note 9 à la p. 40. Certaines décisions faisaient plutôt référence au droit international comme élément à prendre en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois : Voir : *Baker, supra* note 4; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson* (2001) 2 R.C.S. 241; *A.P. c. L.D.* (2001) R.J.Q. 16 (C.A.).

¹⁵¹ *Hape, supra* note 4 au para. 53; *Côté, supra* note 147 à la p. 466.

¹⁵² *Côté, supra* note 147 à la p. 463 et s.

son sens lorsqu'on constate que ce sont souvent des cas concernant la *Charte canadienne* qui intéressent le droit international, car il est fréquemment question de cerner l'étendue des droits et libertés garantis, y compris leur limitation dans le cadre de l'article premier¹⁵³. Lorsqu'il s'agit d'interpréter la *Charte canadienne*, il a jusqu'à maintenant été considéré que les obligations internationales du Canada jouaient un rôle pertinent et persuasif¹⁵⁴. À ce titre, Glen Linder a noté que dans *Health Services*, la Cour reprend les termes employés par le juge en chef Dickson, dissident dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, qui prévoit qu'« il faut présumer que la Charte accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne »¹⁵⁵, alors que dans *Hape* elle énonce : « lorsque le libellé exprès de la *Charte* le permet, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international »¹⁵⁶. Reste à savoir si la Cour suprême du Canada entendait véritablement introduire une application plus rigoureuse du droit international en droit interne.

B. Le droit international des droits de la personne n'occupe pas la place qui lui revient ni celle qu'il pourrait avoir

De manière générale, l'application que font les cours canadiennes du droit international des droits de la personne est discutable.

Premièrement, le droit international des droits de la personne n'occupe pas la place qui lui revient. Le phénomène du « transjudicialisme » semble avoir pris d'assaut les cours canadiennes. Depuis *Baker*, tous les instruments internationaux ne semblent avoir qu'une seule et même portée, interprétative, dans l'application des lois au Canada. Ainsi, les juges peuvent piger parmi une variété d'instruments internationaux et leur donner une portée qui sera aussi variable que la latitude dont ils disposent est grande. Cette valeur interprétative donne par conséquent une large marge d'action aux juges qui peuvent ainsi plus ou moins recourir au droit international dans l'interprétation de telle ou telle norme. Cette manière de faire prête le flanc à la critique d'une cour activiste et se situe aux antipodes du principe de sécurité juridique auquel peut légitimement aspirer le justiciable.

¹⁵³ Voir notamment *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique* (1985) 2 R.C.S. 486; *Slaight Communications Inc. c. Davidson* (1989) 1 R.C.S. 1038 [*Slaight Communications*]; *R. c. Keegstra* (1990) 3 R.C.S. 697 [*Keegstra*]; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.* (2001) 3 R.C.S. 209; *R. c. Sharpe* (2001) 1 R.C.S. 45; *Burns*, *supra* note 135; *Suresh*, *supra* note 4; *Canadian Foundation*, *supra* note 147.

¹⁵⁴ *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, *supra* note 64; *Slaight Communications*, *supra* note 153; *Suresh*, *supra* note 4 au para. 46.

¹⁵⁵ *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, *supra* note 64; *Slaight Communications*, *supra* note 153 au para. 59.

¹⁵⁶ Glen Linder, « Case Comment : *R v. Hape* – The International Law Aspects, Canadian Council on International Law » à la p. 5 [*Linder*], en ligne : <<http://www.ccil-ccdi.ca/images/stories/ccil-hape-comment-070917.pdf>>; *Hape*, *supra* note 4 au para. 56.

Deuxièmement, le droit international des droits de la personne est loin d'occuper la place qu'il pourrait avoir, et ce, à deux égards. D'une part, force est de constater une prise en compte aléatoire des décisions des organismes internationaux chargés d'appliquer et de surveiller la mise en œuvre des traités des droits de la personne par les cours canadiennes. D'autre part, la coutume internationale, dont l'utilisation ne se heurte nullement à un problème de transposition comme le droit international conventionnel, semble faire l'objet d'une utilisation insuffisante, étant donné le potentiel qu'elle recèle, mais également parfois contre-productive.

1. « TRANSJUDICIALISME » : TOUS LES INSTRUMENTS NE SONT PAS ÉGAUX PAR AILLEURS

Conscients qu'ils assistent à une « mondialisation du droit »¹⁵⁷ – car le droit, tout comme le reste, transcende désormais les frontières –, les juges nationaux se montrent désireux de participer à ce nouveau « forum mondial des juges »¹⁵⁸. S'inscrivant résolument dans l'air du temps, ils n'hésitent plus à percevoir le rôle de juge dans cette globalité comme étant celui du « citoyen du monde »¹⁵⁹. Les juges canadiens n'y font pas exception¹⁶⁰.

Il est d'ailleurs clair, au moins depuis *Baker*, que les cours canadiennes ont rompu avec leur attitude réservée quant à la prise en compte du droit international en droit interne¹⁶¹. Si les juges canadiens sont effectivement plus enclins à se référer au droit international des droits de la personne¹⁶², encore faut-il déterminer si ces mouvements généreux se sont traduits en bénéfices concrets pour les justiciables.

Se citant librement les unes les autres, « [*c*]ourts are talking to one another all over the world »¹⁶³, puisque comme le remarque Anne-Marie Slaughter, il n'existe aucun lien hiérarchique entre elles. Ce phénomène participe de ce qui a été surnommé le « transjudicialisme ». Partant de ce constat, Karen Knop favorise une approche fondée sur la valeur persuasive du droit international en droit interne, laquelle s'inspire des techniques issues du droit comparé¹⁶⁴. Ce phénomène du

¹⁵⁷ Julie Allard et Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005, introduction.

¹⁵⁸ *Ibid.*, titre du chapitre 1.

¹⁵⁹ Rivet, *supra* note 129 à la p. 33 et s., emploie l'expression « citoyen du monde ».

¹⁶⁰ Voir notamment Mr. Justice Gérard V. La Forest, « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues » (1996) *Can. Y. B. Int'l L.* 89; Louis LeBel et Gloria Chao, « The Rise of Canadian International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue ou Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalising International Law », discours prononcé à Osgoode Hall Law School, 12 avril 2002 à la p. 44.

¹⁶¹ Anne Warner La Forest considère que l'enchâssement de la *Charte canadienne* dans la Constitution canadienne est allé de pair avec le début de l'ouverture des cours canadiennes au droit international des droits de la personne : La Forest, *supra* note 9 à la p. 157; Côté, *supra* note 147 aux pp. 467-468.

¹⁶² Il faut toutefois noter que le Tribunal des droits de la personne a fait depuis longtemps une large place au droit international des droits de la personne : Rivet, *supra* note 129.

¹⁶³ Anne-Marie Slaughter, « A Typology of Transjudicial Communication » (1994) 29 *U. Richmond L. Rev.* 99 à la p. 99.

¹⁶⁴ Knop, « Here and There », *supra* note 9.

« transjudicialisme » semble avoir pénétré les hautes sphères de l'appareil judiciaire canadien. Pour ce dernier, l'intérêt porté à ce qui se passe outre frontière n'est toutefois pas révolutionnaire. En effet, lorsqu'ils traitent de problèmes contemporains, les juges canadiens sont depuis longtemps portés – peut-être en raison de leur tradition de *common law* – à se citer mutuellement. Ils trouvent des éléments de réflexion auprès de systèmes juridiques nationaux analogues, ne serait-ce que par simple curiosité judiciaire, afin de voir quelles ont été les solutions retenues par ces juridictions lorsque confrontées à des problèmes semblables¹⁶⁵.

Si l'on peut bien comprendre et même saluer le fait que pour des raisons de similitudes juridiques un jugement issu d'une cour étrangère soit consulté par les juridictions canadiennes afin de les aider à soupeser et à trancher un cas similaire, on ne peut que déplorer le fait que les juridictions canadiennes considèrent le droit international des droits de la personne et le droit étranger sur un même plan, et leur donnent une seule et même valeur, persuasive¹⁶⁶. Or, au contraire des décisions issues des juridictions étrangères, les traités ratifiés ne sont pas externes au Canada. Qu'une normativité que le Canada a non seulement contribué à élaborer, mais qui le lie sur la scène internationale se voie accorder la même portée qu'une normativité complètement extérieure au Canada, constitue une hérésie juridique¹⁶⁷.

Cette vision et prise en compte comparatiste du droit international induit un autre travers : les instruments internationaux, aussi divers les uns que les autres, sont tous placés sur un même pied d'égalité. Certains jugements accordent autant de portée à un traité international auquel le Canada est partie qu'à des décisions issues d'un système régional auquel le Canada n'est non seulement pas partie, mais auquel il ne peut même pas aspirer à participer¹⁶⁸, soit le système de la *Convention européenne des droits de l'homme*. À l'opposé, les décisions issues du système interaméricain, que le Canada est partiellement tenu de respecter (Commission interaméricaine des droits de l'homme – *Déclaration américaine des droits de l'homme*), sont d'éternelles absentes¹⁶⁹. Ce déséquilibre est révélateur de l'appréhension qu'a le monde juridique canadien du droit international. Il semble qu'il ne s'agisse non pas tant de tirer, dans la mesure du possible, toutes les conséquences légales des engagements internationaux du Canada et de sa participation à certains mécanismes de droits de la personne, que de s'en inspirer éventuellement pour trancher un problème, tout comme il est fait avec les droits des pays étrangers. Il est donc peu surprenant que le système européen, fort ancien et très productif, soit une source privilégiée.

¹⁶⁵ À titre d'exemple, *Baker*, *supra* note 4 au para. 70 : « D'autres pays de *common law* ont aussi mis en relief le rôle important du droit international des droits de la personne dans l'interprétation du droit interne ». Voir aussi *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1995) 3 R.C.S. 593.

¹⁶⁶ Du même avis, Cassandra Kirewskie, « Should Canada Follow International Law ? » (2006-2007) 21 N.J.C.L. 333 à la p. 346 et s.

¹⁶⁷ La Forest, *supra* note 9 à la p. 185.

¹⁶⁸ Les décisions canadiennes citant des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme sont nombreuses. Voir notamment : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)* (1989) 1 R.C.S. 927; *Kindler*, *supra* note 70; *Keegstra*, *supra* note 153; *Burns*, *supra* note 135; *Canadian Foundation*, *supra* note 147; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (2007) 1 R.C.S. 350 [Charkaoui].

¹⁶⁹ Quoique l'on puisse admettre que la jurisprudence de cette quasi-juridiction ne soit pas régulièrement plaidée devant nos tribunaux.

Dans le même esprit, il convient de noter qu'en 2008, dans l'affaire *Canada (ministère de la Justice) c. Khadr*¹⁷⁰, la Cour suprême a appuyé sa décision presque exclusivement sur les décisions rendues par la Cour suprême des États-Unis, ne faisant qu'une analyse embryonnaire des violations des obligations internationales du Canada¹⁷¹. De même, la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Khadr* en 2010¹⁷², laquelle se prêtait volontiers à une analyse des instruments internationaux, a pourtant fait peu de cas du droit international des droits de la personne, lui préférant une analyse essentiellement interne des principes de justice fondamentale. Sans doute la Cour a-t-elle considéré que les violations des droits de M. Khadr par le gouvernement canadien étaient si flagrantes qu'il n'était nul besoin de recourir au droit international pour trancher les questions qui lui étaient soumises. Il n'en demeure pas moins que la présence effacée du droit international des droits de la personne tranche avec le nombre d'intervenants que la Cour suprême avait accepté d'entendre, et dont les interventions portaient pour la plupart spécifiquement sur le droit international des droits de la personne¹⁷³.

De même, les juridictions canadiennes ont ouvert la porte toute grande à la prise en compte de déclarations et de résolutions diverses, sans nécessairement s'inquiéter de la portée juridique de tels textes, ou tout au moins de les distinguer du

¹⁷⁰ *Canada (Justice) c. Khadr* (2008) CSC 28 [*Khadr 2008*]. Dans *Khadr 2008*, la Cour suprême du Canada devait déterminer si la *Charte canadienne* s'appliquait aux responsables canadiens, y compris aux agents du Service de renseignement de sécurité (SCRS), qui avaient interrogé M. Khadr à Guantanamo. La Cour suprême, appliquant l'exception qu'elle avait dégagée dans l'affaire *Hape* en 2007, a jugé qu'en allant interroger M. Khadr à Guantanamo, le gouvernement canadien avait participé à une procédure attentatoire aux obligations internationales du Canada. Par conséquent, le gouvernement canadien était tenu d'observer les principes de justice fondamentale, lesquels lui imposaient en l'espèce la divulgation des renseignements en sa possession relativement aux accusations portées contre M. Khadr, parmi lesquels faisaient partie le résultat des interrogatoires tenus en 2003 et 2004.

¹⁷¹ *Ibid.* La Cour suprême mentionne les quatre *Conventions de Genève de 1949* au début du jugement, seuls textes internationaux d'ailleurs mentionnés, mais n'y revient que de manière fort générale par la suite. Ce qui est d'ailleurs étonnant puisque selon la Cour, « [l]e présent pourvoi soulève la question de l'interaction entre les obligations nationales et internationales du Canada en matière de droits de la personne ».

¹⁷² *Canada (Premier ministre) c. Khadr* (2010) CSC 3 [*Khadr 2010*]. Dans *Khadr 2010*, la Cour suprême devait déterminer si le refus des autorités canadiennes de demander le rapatriement d'Omar Khadr constituait une violation de l'article 7 de la *Charte canadienne*, notamment eu égard au fait que les transcriptions des interrogatoires divulgués à la suite de *Khadr 2008* avaient révélé qu'à au moins une occasion, les autorités canadiennes avaient interrogé M. Khadr tout en sachant que les autorités américaines l'avaient préalablement privé de sommeil afin d'amoinrir sa résistance. La Cour suprême a conclu que l'atteinte aux droits de M. Khadr à la liberté et à la sécurité de sa personne n'était pas compatible avec les principes de justice fondamentale et a de ce fait jugé que M. Khadr avait droit à une réparation en vertu de l'article 24(1) de la *Charte*, bien qu'elle ait laissé au gouvernement le soin de décider de quelle manière il convenait d'y répondre.

¹⁷³ Amnesty International (Canadian Section, English Branch), Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law – International Human Rights Program, David Asper Centre for Constitutional Rights, Coalition canadienne pour les droits des enfants et Justice for Children and Youth, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association du Barreau canadien, Avocats sans frontières Canada, Barreau du Québec et Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Association canadienne des libertés civiles et National Council For the Protection of Canadians Abroad.

droit international conventionnel ou coutumier¹⁷⁴. Il est d'ailleurs frappant de constater à quel point ces mêmes juridictions ont insisté par le passé sur la nécessité de mise en œuvre des traités internationaux en droit interne alors qu'on se retrouve aujourd'hui dans une situation où tous les instruments internationaux invoqués semblent se voir attribuer une certaine portée, y compris les instruments pour lesquels la question de la mise en œuvre ne s'est jamais posée et n'a pas à se poser¹⁷⁵.

Les travers induits par le rôle simplement interprétatif du droit international des droits de la personne dans l'interprétation des lois au Canada ne sont pas sans rappeler les interactions difficiles vécues par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et la Cour européenne des droits de l'homme. En l'absence d'un instrument visant à protéger les droits de la personne en droit des communautés européennes, la Cour de Luxembourg a importé, via le mécanisme des principes généraux de droit, une normativité qui lui était externe, soit celle issue de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* et développée par la Cour de Strasbourg. Or la CJCE ne se sentait aucunement liée tant par le texte que par la jurisprudence, n'y voyant qu'un moyen de dégager selon son bon vouloir des principes lorsqu'elle le souhaitait¹⁷⁶. En conséquence, si la CJCE a procédé à une prise en compte accrue des droits de la personne dans son contentieux, elle revêtait un certain caractère aléatoire. Un travers auquel les cours canadiennes pourraient se voir confrontées.

2. *PICK AND CHOOSE* : LES COURS CANADIENNES APPLIQUENT-ELLES OU UTILISENT-ELLES LE DROIT INTERNATIONAL?

Parce qu'elle a investi le juge du pouvoir d'invalider des lois ou des actes qui y seraient contraires et qu'elle a propulsé la magistrature canadienne à l'avant-scène, la *Charte canadienne* est parfois considérée comme l'incarnation de l'évolution du pouvoir du juge dans la société canadienne. À une époque marquée par l'abdication du législatif au profit du judiciaire des sujets difficiles, et où le juge se retrouve à trancher des problèmes de société auxquels le législateur a parfois refusé de s'attaquer, il est difficile de ne voir dans le juge que la « bouche de la loi ». Ce renforcement du pouvoir judiciaire a sans doute facilité le changement de cap opéré par les juges au regard du traitement qu'ils accordent au droit international des droits

¹⁷⁴ *Suresh*, *supra* note 4 au para. 46 : « Sont prises en compte, dans cet examen, les obligations internationales contractées par le Canada ainsi que les valeurs exprimées dans « [l]es diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières ».

¹⁷⁵ À titre d'exemple dans *Baker*, *supra* note 4 au para. 71, la Cour suprême cite à la fois la *Convention relative aux droits de l'enfant*, la *Déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies* (1959) et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, sans qu'il soit possible de déterminer l'influence respective de ces trois instruments, ni qu'une importance plus grande soit attribuée à la *Convention*, alors qu'elle a été ratifiée par le Canada.

¹⁷⁶ Voir sur ce point Olivier Delas, « Les risques liés à la multiplication des juridictions internationales ou la création d'un "lawyer's paradise" » dans Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où ?*, textes des conférences du colloque tenu à Montréal les 28 et 29 avril 2005, Cowansville, Yvon Blais, 2005.

de la personne en droit interne. La multiplication des affaires invoquant le respect des droits de la personne a probablement incité le juge canadien à multiplier les sources lui permettant d'analyser la portée à donner à tel ou tel droit.

En relativisant l'exigence de mise en œuvre des traités et en recourant au droit international des droits de la personne comme outil simplement interprétatif, l'appareil judiciaire s'est en effet ménagé un espace de liberté judiciaire sans précédent. Or comme l'observe René Provost, si le droit international est vu comme simplement persuasif, il devient alors supplétif¹⁷⁷, ce qui fait en sorte que le juge pourrait ultimement l'ignorer¹⁷⁸. Le juge dispose ainsi de coudées franches pour choisir comme il l'entend parmi une panoplie d'instruments internationaux, mais aussi pour sélectionner à sa guise la portée interprétative octroyée à ceux-ci. Bref, on assiste actuellement dans les cours canadiennes à une sélection à la carte, un véritable *pick and choose*.

Le droit international se retrouve tour à tour du côté du bon grain ou de l'ivraie. Le droit international des droits de la personne ne doit pas être utilisé pour restreindre la portée de certains droits protégés par la *Charte canadienne*. Il est vrai que les craintes d'un nivellement vers le bas du droit interne en raison du droit international devraient cependant être dissipées avec la réaffirmation par la Cour suprême dans *Health Services* que « la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne »¹⁷⁹.

Il faut cependant regretter le rôle que fait jouer la Cour suprême au droit international dans l'arrêt *Hape*, en l'utilisant pour écarter l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne*¹⁸⁰. Comme il sera examiné dans la prochaine partie consacrée à la coutume, d'autres dispositions du droit international auraient probablement permis à la Cour d'en venir à une conclusion différente sur la possibilité d'assujettir au respect de la *Charte canadienne* des agents canadiens à l'étranger, et offert quelques points de comparaison quant à la conformité des gestes posés au regard des droits de la personne¹⁸¹. De même, tel que le remarquent à propos Louise Arbour et Fannie Lafontaine, il est surprenant que la Cour suprême sélectionne dans l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*¹⁸²

¹⁷⁷ Provost, *supra* note 90 à la p. 585.

¹⁷⁸ Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace », *supra* note 9 à la p. 7.

¹⁷⁹ *Health Services*, *supra* note 4 au para. 70.

¹⁸⁰ Linder, *supra* note 156 à la p. 7: « *Nonetheless, the reasoning of the majority appears to conflate prescriptive jurisdiction with enforcement jurisdiction, suggesting that consent of the host state is required for the Charter to apply to its officials abroad* » et à la p. 8: « *Nonetheless, the majority appears to have read into international law such an effect, although this seems to be inconsistent with the very content of international law that the court is purporting to apply* »; Paul Groarke, « Hape: An example of Bad Facts Making Bad Law », The Court, 2007: « *The decision to place the conduct of Canadian police officers under the scrutiny of the Charter has nothing to do with regulating foreign governments of their law enforcement regimes* »; James Stribopoulos, « The Charter's Unstated Territorial Limits: R. v. Hape », The Court, 2007: « *How would the requiring those officers to comply with the Charter undermine or even encroach on the sovereignty of Turks and Caicos?* ».

¹⁸¹ Voir le titre 4 de la Partie 2.B.

¹⁸² *Charkaoui*, *supra* note 168.

plusieurs instruments internationaux, mais « oublie » de mentionner le seul instrument qui lie le Canada, soit le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁸³.

Dans *Amnesty International Canada c. Canada (Procureur général)*¹⁸⁴, où la question de l'application de la *Charte canadienne* à la détention de prisonniers afghans ou à leur transfert aux mains des autorités afghanes se révèle centrale, la juge Mactavish de la Cour fédérale a affirmé :

*It cannot be that the Charter will not apply where the breach of a detainee's purported Charter rights is of a minor or technical nature, but will apply where the breach puts the detainee's fundamental human rights at risk. That is, it cannot be that it is the nature or quality of the Charter breach that creates extraterritorial jurisdiction, where it does not otherwise exist. That would be a completely unprincipled approach to the exercise of extraterritorial jurisdiction.*¹⁸⁵

Ainsi, c'est le droit international qui conditionne l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne* : en principe il a donc été utilisé pour écarter l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne*, mais il sert aussi à l'application extraterritoriale de celle-ci dans des cas de violations graves des obligations internationales du Canada. Il en résulte un double paradoxe. D'une part, ce n'est que pour déterminer l'application ou la non-application de la *Charte canadienne* qu'il est accordé une aussi grande importance aux obligations internationales du Canada, alors qu'à l'intérieur de nos frontières, le droit international ne joue qu'un rôle de second plan. D'autre part, pour déterminer s'il peut y avoir une application extraterritoriale de la *Charte canadienne*, le juge doit évaluer s'il y a des violations graves au regard du droit international des droits de la personne, mais s'il en arrive à une conclusion positive, les gestes répréhensibles dénoncés semblent ne devoir être évalués qu'au regard de la *Charte canadienne*.

Il pourrait donc être difficile pour le justiciable de savoir l'usage que feront les juridictions canadiennes du droit international, et hasardeux pour leur procureur de l'invoquer sans savoir quelle portée lui sera donnée. Comme le remarque Michèle Rivet, il est difficile de concilier la différenciation du poids normatif accordé aux normes internationales par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Burns* et *Suresh*. En effet, alors que dans *Burns* la Cour

accordera un grand poids aux arguments persuasifs issus de la sphère internationale [...] elle ne donnera que très peu d'influence aux normes internationales dans l'arrêt *Suresh* [...] bien que la référence à la tendance internationale en faveur de l'abolition de la peine de mort soit au point de vue "normatif" beaucoup moins percutante et persuasive qu'une norme impérative telle l'interdiction de la torture.¹⁸⁶

¹⁸³ Arbour et Lafontaine, *supra* note 61 au para. 33.

¹⁸⁴ *Amnesty International Canada c. Canada (Procureur général)* (2008) CF 336.

¹⁸⁵ *Ibid.* aux para. 310-11.

¹⁸⁶ Rivet, *supra* note 129 à la p. 43, note 159.

Il est à se demander si le juge canadien applique vraiment le droit international des droits de la personne ou bien s'il l'utilise, voire l'instrumentalise¹⁸⁷. À ce sujet, Peter Leuprecht constate :

Dans la plupart des cas où des tribunaux citent une règle ou une disposition de droit international en matière de droits de la personne, ils ne le font que lorsque cette disposition tend à confirmer une conclusion à laquelle ils auraient de toute manière aboutie. Ainsi, le droit international est comme un coup de pouce final aux conclusions qu'ils entendaient retenir. En général, en effet, il ne sera pas tenu compte, par les tribunaux canadiens, d'une règle de droit international qui, en matière de droits de la personne, porterait à conclure autrement.¹⁸⁸

Au niveau interne, c'est le principe de sécurité juridique qui se trouve ainsi détourné. Au regard de l'engagement du Canada en matière de droits de la personne sur la scène internationale, notamment de la ratification d'un grand nombre de textes internationaux¹⁸⁹ dont certains ouvrent des voies de recours aux individus, il pourrait être pensé à tort que le droit international des droits de la personne a plus de place dans le système juridique canadien qu'il n'en a réellement.

De plus, en l'absence de schéma clair de l'usage qui doit être fait du droit international¹⁹⁰, les juges doivent décider au cas par cas l'influence à donner au droit international des droits de la personne en droit interne. Ceci pourrait fragiliser leur position et donner des arguments à ceux qui les suspectent d'activisme judiciaire. En effet, comme il a été dit précédemment, les juges se voient de plus en plus sollicités pour examiner des problèmes de société, jadis tranchés par le législateur. Ces problèmes étant généralement évalués à l'aune des exigences des droits de la personne, plus précisément de la *Charte canadienne*, le fait que les juges, de façon aléatoire, recourent ou non au droit international à des fins d'interprétation ou pour appuyer leur analyse semble apporter un argument supplémentaire à cette critique.

En définitive, en dépit de mentions plus fréquentes au droit international des droits de la personne devant les juridictions canadiennes, l'application de ce droit

¹⁸⁷ Voir par exemple *Suresh*, *supra* note 4 au para. 60 : « À proprement parler, le Canada n'est lié par des normes internationales consignées dans un traité que si celui-ci a été incorporé au droit canadien par une loi. Toutefois, les tribunaux peuvent faire appel au droit international pour dégager le sens de la Constitution du Canada. Notre analyse ne porte pas sur les obligations internationales du Canada en tant qu'obligations, mais plutôt sur les principes de justice fondamentale. Nous faisons appel au droit international non pas parce qu'il régit la question, mais afin d'y trouver la confirmation de ces principes ».

¹⁸⁸ Peter Leuprecht, délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, fascicule 3, témoignages du 1^{er} octobre 2001.

¹⁸⁹ Le Canada a ratifié une vingtaine de traités relatifs aux droits de la personne. En ligne : <<http://www.treaty-accord.gc.ca/TreatyResult.asp?Type=&sp=1>>.

¹⁹⁰ Ronald St J. MacDonald, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada » dans MacDonald, Morris et Johnston, *supra* note 123, 88 à la p. 88; Weiser, *supra* note 9 aux pp. 143-44.

demeure incertaine. *Baker* n'est pas la panacée, comme certains semblent le croire¹⁹¹, mais plutôt un pis-aller dont on doit se satisfaire faute de mieux¹⁹². Malgré tout, il convient de se demander s'il n'aurait pas mieux fallu maintenir le statu quo jusqu'à ce que les organes politiques assument leurs responsabilités et procèdent à la transposition en droit interne des obligations internationales du Canada de manière à leur donner véritablement la place qui leur revient.

3. UNE PRISE EN COMPTE INSUFFISANTE DES DÉCISIONS DES ORGANISMES INTERNATIONAUX

Il a déjà été noté que le potentiel offert par la jurisprudence issue des organismes internationaux de contrôle des traités internationaux est considérablement réduit en l'absence de mise en œuvre de ces traités en droit interne¹⁹³.

Il convient également de remarquer le décalage qui existe entre la position défendue par le gouvernement canadien et les engagements internationaux que le pays est tenu de respecter. La prise en compte des mesures provisoires émises par les organes quasi judiciaires de droits de la personne illustre ce profond malaise.

C'est le cas en matière de renvoi des étrangers lorsque le Comité des droits de l'homme ou le Comité contre la torture demande au gouvernement canadien de s'abstenir d'exécuter ses mesures d'éloignement avant qu'il n'ait procédé à une analyse sur le fond de l'affaire. Dans ces cas, le gouvernement canadien plaide devant les tribunaux qu'il n'est pas tenu par les décisions de ces comités au motif que leurs décisions ne revêtent pas un caractère contraignant. Or l'affirmation récente du caractère contraignant des mesures provisoires n'a rien à voir avec leur absence de pouvoir décisionnel contraignant, mais plutôt avec l'application d'un principe de droit international coutumier : *pacta sunt servanda*, également codifié par l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁹⁴. Les États sont tenus de respecter de bonne foi les engagements internationaux qu'ils ont pris sur la scène internationale. Le Canada, comme bien d'autres États, s'est engagé conventionnellement à permettre aux personnes placées sous sa juridiction de s'adresser au Comité contre la torture et au Comité des droits de l'homme pour faire examiner leurs griefs. Nonobstant le fait que les conclusions auxquelles pourraient aboutir ces organismes ne sont pas contraignantes, le Canada ne peut de quelque manière que ce soit porter atteinte à cette prérogative des justiciables qu'il s'est conventionnellement engagé à respecter. Les mesures provisoires n'ont d'autre but que d'indiquer à l'État partie ce qui doit être fait afin qu'il ne soit pas porté atteinte à cette prérogative. C'est à ce titre et au nom du respect de bonne foi des traités que les juridictions ou quasi-juridictions internationales ont considéré que ces mesures provisoires devaient être contraignantes

¹⁹¹ Knop, « Here and There », *supra* note 9 à la p. 535.

¹⁹² En ce sens, Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace », *supra* note 9 à la p. 46.

¹⁹³ Voir le titre 2 de la partie 1.B.

¹⁹⁴ *Convention de Vienne*, *supra* note 72.

et ce, il convient de le répéter, indépendamment de la portée qu'ont leurs décisions au fond¹⁹⁵.

Les autorités canadiennes sont loin d'avoir toujours respecté à la lettre les demandes de mesures provisoires émises par les organismes internationaux¹⁹⁶. Ce respect aléatoire n'a pas manqué d'être condamné par les comités onusiens, qui se sont dits préoccupés par le fait que l'État canadien ne respectait pas les obligations qu'il avait contractées¹⁹⁷.

Mais au-delà des mesures provisoires, il est surprenant que les juridictions canadiennes ne tirent pas plus de conséquences des décisions de ces comités onusiens, notamment en raison de l'expertise de ces derniers en droits de la personne. Peu importe que la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants*¹⁹⁸ ait ou non été mise en œuvre ou que les décisions du Comité contre la torture revêtent ou non une valeur contraignante, le fait est qu'en ratifiant la *Convention contre la torture*, le Canada a donné juridiction au Comité pour effectuer un constat à la suite d'une analyse, et qu'il a remis entre les mains de cet interprète du traité un monopole d'expertise, tant dans ses fonctions non contentieuses que contentieuses. Considérant l'importance des droits garantis par la *Convention contre la torture*, un constat de violation par l'instance internationale ne devrait pas, contrairement à ce qu'avaient estimé les autorités canadiennes, administratives ou judiciaires, être négligé au motif de l'absence de portée obligatoire des décisions de ladite instance ou de son absence de juridiction en sol canadien. Sans que ce constat constitue une preuve, il pourrait être une indication que l'affaire mériterait d'être examinée de nouveau.

À ce titre, le cas d'Enrique Falcón Ríos en est un d'espèce. Déterminer s'il existait ou non des motifs sérieux de croire que celui-ci serait soumis à la torture s'il était expulsé au Mexique était d'une importance fondamentale. Après avoir été débouté devant la Section de la protection des réfugiés (SPR), Falcón Ríos a déposé

¹⁹⁵ Voir sur ce point Olivier Delas, « Les mesures provisoires prononcées par les organes internationaux de contrôle des droits de la personne : Point de convergence entre droit interne et droit international? » dans Congrès annuel du Barreau du Québec, 2006.

¹⁹⁶ Le Canada n'a pas respecté les mesures provisoires indiquées par le Comité contre la torture dans les affaires *TPS, Ng, Kindler et Ahani*.

¹⁹⁷ Voir par exemple le cinquième rapport périodique du Canada au Comité des droits de l'homme en application du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Canada, CCPR/C/CAN/CO/5 (2006) au para. 7 : « Le Comité note avec préoccupation la réticence de l'État partie à considérer qu'il est tenu d'accéder aux demandes de mesures provisoires de protection qui lui sont adressées par le Comité. Celui-ci rappelle qu'en adhérant au Protocole facultatif, l'État partie a reconnu que le Comité avait compétence pour recevoir et examiner des plaintes émanant de particuliers relevant de sa juridiction. Ne pas tenir compte des demandes de mesures provisoires formulées par le Comité est incompatible avec les obligations contractées par l'État partie en vertu du Pacte et du Protocole facultatif. L'État partie devrait respecter les obligations qu'il a contractées en vertu du Pacte et du Protocole facultatif, conformément au principe *pacta sunt servanda*, et prendre les mesures nécessaires pour éviter que des violations analogues ne se reproduisent à l'avenir ».

¹⁹⁸ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987, ratification du Canada : 24 juillet 1987) [*Convention contre la torture*].

une requête pour permission d'appeler devant la Cour fédérale, laquelle a été refusée dans une décision laconique. Son avocat s'est alors adressé au Comité contre la torture, qui a conclu que l'expulsion de Falcón Ríos vers le Mexique constituerait une violation par le Canada de l'article 3 de la *Convention contre la torture*¹⁹⁹. À la suite de cette condamnation, Falcón Ríos s'est malgré tout vu refuser sa demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) de même que sa demande de dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Son avocat, fort d'une décision favorable du Comité contre la torture, a alors présenté une demande d'autorisation à la Cour fédérale afin d'obtenir le contrôle judiciaire de ces deux décisions. La permission d'appeler à la Cour fédérale lui a été refusée²⁰⁰.

Le cas de l'affaire *Dadar* est une autre illustration du peu de cas que font les cours canadiennes des décisions des comités onusiens. Le Comité contre la torture avait considéré que le Canada contreviendrait à l'article 3 de la *Convention contre la torture* en renvoyant M. Dadar en Iran, après avoir conclu que cette personne risquait d'être torturée²⁰¹. Fort de cette décision, son avocat a introduit auprès de la Cour fédérale une demande de sursis, invoquant que la décision du Comité constituait une preuve *prima facie*. Après avoir rappelé que les décisions du Comité ne liaient pas le Canada, et que ce dernier n'avait pas l'intention de suivre la recommandation du Comité, le juge a rejeté les prétentions de l'avocat et considéré qu'il ne voyait pas dans cette décision un quelconque élément pouvant constituer une preuve à première vue. Qui plus est, il a semblé reprocher au requérant cette utilisation de la décision du Comité en déclarant que « là encore, M. Dadar prend un moyen détourné pour contester une décision qui a été l'objet d'un contrôle judiciaire »²⁰².

Ces affaires mettent en lumière le déficit qui existe au Canada entre les obligations que le pays s'est engagé à respecter d'une part et les droits dont peuvent se prévaloir les justiciables d'autre part. En effet, il ressort de ces affaires que la Cour fédérale n'a pas considéré les décisions auxquelles était parvenu le Comité contre la torture en faveur de M. Falcón Ríos et de M. Dadar comme étant des preuves suffisantes permettant au premier d'obtenir un contrôle judiciaire des décisions rendues à son égard et au second une ordonnance de sursis.

Il apparaît regrettable que l'expertise de ces quasi-juridictions soit ainsi marginalisée devant les juridictions canadiennes et que ces dernières semblent peu

¹⁹⁹ *Enrique Falcón Ríos c. Canada*, n°133/1999, CAT/C/33/D/133/1999. L'article 3 de la Convention contre la torture prévoit : « (1) Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. (2) Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives. » Cette affaire avait créé une certaine commotion, dans la mesure où elle laissait entendre qu'il existait de graves faiblesses dans le processus de détermination du statut de réfugiés au Canada.

²⁰⁰ Stewart Istvanffy, « Decisions of the Committee against Torture, Lack of effective legal recourses in Canada: Tahir Khan Enrique Falcón Ríos », lettre au président du Comité des droits de l'homme Mr. Rafael Rivas Posada (12 juillet 2008).

²⁰¹ *Mostafa Dadar c. Canada*, Communication. n° 258/2004, CAT/C/35/D/258/2004.

²⁰² *Mostafa Dadar c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* (2006) CF 382 IMM-1470-06 au para. 25.

enclines à tirer toutes les conséquences des constats auxquels parviennent les premières.

4. LE RÔLE DE LA COUTUME : UNE UTILISATION INSUFFISANTE, VOIRE CONTRE-PRODUCTIVE

Bien que le droit international des droits de la personne soit un droit jeune dans sa formulation, certaines normes ont progressivement acquis une valeur coutumière²⁰³. Ces dernières années, en raison des agissements des États dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, l'existence de telles normes coutumières en droit international des droits de la personne, voire en droit international humanitaire (prohibition de la torture, principe de non-refoulement), a été rappelé à maintes reprises. Or ces normes ont une fonction spécifique dans l'ordonnement juridique canadien qui pourrait éventuellement leur permettre de jouer un rôle de premier plan.

Participant à l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), la Cour suprême du Canada a répondu en septembre 2009 à un *Questionnaire sur l'internationalisation de la justice*. Dans ce questionnaire, il lui était demandé : « certaines règles de droit international ou transnational sont-elles obligatoires dans l'ordre juridique interne en l'absence de toute formalité de ratification ou d'intégration explicite? »²⁰⁴ La Cour suprême a répondu très clairement que « [o]ui, le droit international coutumier s'applique directement dans l'ordre juridique canadien, à moins de dérogation expresse de la part du législateur canadien. La Cour suprême du Canada applique la doctrine de l'adoption pour la réception du droit international coutumier depuis plusieurs années (voir *The Ship « North » c. The King* (1906) 37 R.C.S. 385) »²⁰⁵. Considérant la question et la réponse sans appel, la situation semble claire pour la plus haute juridiction de l'État; le droit international coutumier est obligatoire et directement applicable au Canada dès lors que le législateur n'a pas expressément prévu une dérogation à celui-ci dans la législation. Or cette affirmation de principe revêt parfois un côté théorique.

La réaffirmation récente par la Cour suprême du Canada, dans le cadre de l'arrêt *Hape*, de l'incorporation automatique des règles du droit international coutumier en droit interne par le biais de la *common law*²⁰⁶ peut susciter l'espoir que

²⁰³ Parmi lesquels se retrouvent par exemple la prohibition de la torture, le principe de non-refoulement, l'interdiction du génocide et de l'esclavage.

²⁰⁴ Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français, en ligne : AHJUCAF <<http://www.ahjucaf.org/spip.php?rubrique1057>> (7 octobre 2010).

²⁰⁵ *The Ship « North » c. The King* (1906) 37 R.C.S. 385.

²⁰⁶ *Hape*, *supra* note 4 au para. 36 : « Les règles prohibitives du droit international coutumier peuvent être incorporées directement au droit interne en application de la *common law*, sans que le législateur n'ait à intervenir ». La Grande-Bretagne avait tôt fait de confirmer qu'elle adoptait la méthode de l'incorporation directe du droit international coutumier en droit interne, voir l'arrêt de principe *Trendtex Trading Corp. v. The Central Bank of Nigeria* (1977) 1 Q.B. 529 (C.A.). Comme la Cour suprême du Canada le dit dans *Hape*, elle avait « appliqué implicitement ou explicitement cette doctrine », mais la plupart des décisions allant en ce sens remontaient à fort longtemps, si bien que plusieurs avaient critiqué le manque de clarté dans ce domaine : Ronald St J. MacDonald, « The

les cours canadiennes confèrent à ces normes la pleine valeur qui leur revient en droit interne. Un tel enthousiasme se doit néanmoins d'être tempéré. Tout d'abord, l'usage de la coutume en droit interne est pour l'instant non seulement insuffisant, mais parfois contre-productif. Qui plus est, dans cette affaire, la Cour suprême a évoqué l'usage interprétatif de la coutume internationale, ce qui est pour le moins paradoxal pour une norme censée avoir une portée contraignante.

L'usage de la coutume en droit interne est insuffisant d'abord puisque la Cour suprême du Canada n'a pas eu recours au droit international coutumier alors que l'occasion s'y prêtait, comme elle l'admet d'ailleurs dans l'arrêt *Hape*²⁰⁷. William A. Schabas a mis en évidence cette situation à propos de l'arrêt *Baker* en reprochant à la Cour de ne pas avoir emprunté la voie qui aurait consacré la valeur coutumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant²⁰⁸. Pour sa part, Anne Warner La Forest s'interroge sur l'oubli de la Cour suprême de considérer, dans *Keegstra*, la possibilité que la prohibition de la propagande haineuse se soit cristallisée en une norme coutumière²⁰⁹. À cette liste pourrait être ajoutée la décision *Khadr* rendue en 2008 puisque la Cour se fonde sur l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 sans faire mention du fait qu'il faisait partie du droit international coutumier²¹⁰.

L'usage de la coutume internationale est contreproductif ensuite car, comme il a déjà été mentionné, la Cour suprême a utilisé dans *Hape* ce droit international coutumier, soit le respect de la souveraineté des États doublé du principe d'interprétation de la courtoisie entre les nations, afin de limiter la portée extraterritoriale d'un instrument de protection des droits de la personne, en l'occurrence la *Charte canadienne*. Il est curieux que la Cour ait choisi de privilégier ce principe alors que d'autres développements du droit international lui auraient permis d'aboutir à une solution qui protégerait mieux les garanties fondamentales. D'une part, le droit international n'interdit pas que les chartes des droits aient une certaine portée à l'égard de gestes posés à l'étranger²¹¹. D'autre part, la jurisprudence

Relationship between International Law and Domestic Law in Canada » dans MacDonald, Morris et Johnston, *supra* note 122 à la p. 88; La Forest, *supra* note 9 à la p. 165.

²⁰⁷ *Hape*, *supra* note 4 au para. 38 : « dans d'autres affaires qui s'y prêtaient, [elle] n'a cependant ni appliqué ni examiné la doctrine de l'adoption du droit international coutumier ». Voir : *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne* (1971) R.C.S. 997; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve* (1984) 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 79; *Suresh*, *supra* note 4.

²⁰⁸ Schabas, *supra* note 9 à la p. 4 : « *But the Supreme Court missed a wonderful chance to apply customary law norms in Baker...* ». Voir aussi Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace », *supra* note 9 à la p. 51.

²⁰⁹ La Forest, *supra* note 9 à la p. 181.

²¹⁰ Cet état de fait a notamment été reconnu dans *Tadic*, Chambre d'Appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995 au para. 98 : « certaines règles du droit conventionnel se sont progressivement intégrées au droit coutumier. C'est le cas de l'article 3 commun aux *Conventions de Genève de 1949* ».

²¹¹ Steve Coughlan, Robert J. Currie, Hugh M. Kindred et Teresa Scassa, « Portée mondiale et emprise locale : l'interprétation de la compétence extraterritoriale à l'ère de la mondialisation », Dalhousie Law School, préparé pour la Commission du droit du Canada, 2006 à la p. 8 : « Un État peut affirmer sa compétence sur les actes de ses ressortissants, où qu'ils aient lieu »; *Lotus (France c. Turquie)* C.P.J.I., arrêt du 7 septembre 1927, série A n° 10 à la p. 19 : « La limitation primordiale qu'impose le droit international est celle d'exclure, sauf l'existence d'une règle permissive contraire, tout exercice de sa

internationale en matière de droits de la personne aurait pu donner certains éléments de réponse (tout au moins à titre interprétatif) quant à la régularité des gestes posés. Que la Cour refuse de tirer quelque enseignement de cette jurisprudence est une chose, mais qu'elle utilise un principe du droit international coutumier pour écarter des exigences spécifiques de droits de la personne en matière d'enquête policière garanties tant par le droit international que par la plupart des droits internes et ce, sans même s'interroger sur celles-ci, est pour le moins étonnant. La Cour suprême a toutefois considéré que le respect de la loi étrangère que commande la courtoisie « cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne »²¹². Ce cadre d'analyse a été réitéré et appliqué dans *Khadr*, où la Cour suprême a conclu que le souci de courtoisie ne pouvait s'appliquer en l'espèce²¹³. Entre une application extraterritoriale de la *Charte canadienne* ou le refus de son application à l'étranger, la Cour a vraisemblablement voulu trancher la poire en deux. Mais le critère utilisé, soit la gravité des violations subies, n'est pas défini et est d'une certaine manière discutable, en ce que la Cour semble établir sans le dire, et surtout sans l'expliquer, une hiérarchie dans les violations du droit international, et également des droits de la personne. Mais qu'est-ce qu'une violation manifeste du droit international ? Visiblement pas le respect élémentaire des règles de perquisition dans le cadre d'une enquête, qui pourtant sont garanties par l'ensemble des instruments internes et internationaux des droits de la personne.

L'affaire *Suresh* a aussi donné lieu à une situation surprenante. Bien qu'elle ait référé à un principe de droit international coutumier – la prohibition du renvoi vers la torture qui ne souffre aucune exception – la Cour suprême du Canada a rendu une décision qui se révèle contraire à l'état du droit international coutumier qu'elle avait elle-même pourtant constaté. Cette décision n'a pas manqué d'être critiquée par le Comité des droits de l'homme et le Comité contre la torture²¹⁴ et est fréquemment invoquée par les États qui voudraient voir changer le droit international sur ce sujet²¹⁵. En effet, après avoir affirmé que la prohibition de la torture avait toutes les caractéristiques d'une norme impérative du droit international et établi qu'un tel renvoi ne serait pas conforme au droit international coutumier, la Cour n'en a pas tiré les conséquences qui s'imposaient. Tout en ayant parfaitement conscience de l'état des obligations du Canada en droit international, elle n'est pas allée au bout de son

puissance sur le territoire d'un autre État » [...] « *Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives*; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables » [nos italiques].

²¹² *Hape*, *supra* note 4 au para. 52.

²¹³ *Khadr*, *supra* note 170 aux para. 18 et 26.

²¹⁴ Comité des droits de l'homme, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Canada, CAT/C/CR/34/CAN, au para. 4 : « Le Comité est préoccupé par le fait que dans l'affaire *Suresh c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, la Cour suprême du Canada n'a pas reconnu en droit interne le caractère absolu de la protection conférée par l'article 3 de la *Convention*, qui n'est susceptible d'aucune exception quelle qu'elle soit ».

²¹⁵ Voir à ce sujet les interventions des États tiers (notamment du Royaume-Uni) dans *Saadi c. Italie*, n° 37201/06 C.E.D.H. et *Ramzy c. Pays-Bas*, n° 25424/05 (affaire pendante) C.E.D.H.

raisonnement juridique, mais elle a plutôt choisi d'introduire une relativisation de la prohibition du renvoi vers la torture en n'excluant pas que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée²¹⁶.

Enfin, malgré son mérite de clore le débat sur l'incorporation automatique ou non du droit international coutumier dans le droit canadien, *Hape* suscite sa part de questionnements. La Cour suprême affirme dans cette affaire que la règle de la réception ne s'effectue que pour les règles prohibitives du droit international coutumier²¹⁷. Mais quelles sont ces règles? L'expression vise-t-elle simplement à rappeler le principe de la liberté des États en l'absence de règles dites prohibitives?²¹⁸ La Cour cherchait-elle à tirer les enseignements de la décision rendue par la Chambre des Lords en Grande-Bretagne dans l'affaire *R. v. Jones*, où cette dernière a refusé de considérer que les crimes reconnus en droit international coutumier – en l'occurrence le crime d'agression – se trouvaient automatiquement incorporés en droit anglais?²¹⁹

De plus, bien que la Cour avance dans l'arrêt *Hape* qu'en l'absence d'une dérogation expresse²²⁰, les principes du droit coutumier international en tant que « droit des nations », font partie du droit interne canadien, elle semble les réduire à de simples principes interprétatifs du droit interne lorsqu'elle affirme que « [si] la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la *common law* »²²¹. Or, la coutume internationale ne saurait être considérée comme une simple indication de la marche à suivre; dès que le Canada conclut qu'il est en face d'un principe de droit international coutumier auquel la législature n'a pas expressément dérogé, il doit appliquer ce principe.

Finalement, une partie des motifs des juges Bastarache, Abella et Rothstein – qui ont concouru pour des motifs différents avec la majorité dans *Hape* – est révélatrice de la nébulosité qui entoure la notion de droit international coutumier au sein de la Cour. À propos du nouveau critère avancé par le juge Le Bel pour circonscrire l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne*, selon lequel la participation à une procédure étrangère doit cesser dès la violation manifeste des obligations internationales, les juges s'interrogent : « doit-on exiger d'eux [les policiers] qu'ils se familiarisent avec le droit international coutumier, dont la teneur est incertaine et suscite le débat? » Comme la Cour affirme que le droit international coutumier fait partie du droit canadien, il semble anormal que cette source soit par la suite traitée comme un élément de curiosité.

²¹⁶ *Suresh*, *supra* note 4 au para. 78.

²¹⁷ *Hape*, *supra* note 4 aux para. 36 et 39.

²¹⁸ *Lotus (France c. Turquie)* C.P.J.I., arrêt du 7 septembre 1927, série A n° 10 à la p. 19.

²¹⁹ *R. v. Jones* (2006) UKHL 16. Les juges ont considéré que le crime devait être incorporé par voie législative car il n'était plus possible qu'un nouveau crime soit créé en *common law*; la pratique était de légiférer lorsqu'on désirait donner un effet interne aux crimes établis en droit international coutumier.

²²⁰ *Hape*, *supra* note 4 au para. 39. À noter cependant que certaines règles de droit international des droits de la personne sont des règles de *jus cogens* et qu'à ce titre elles sont considérées comme étant non dérogeables. Tel est le cas de la prohibition contre la torture.

²²¹ *Ibid.*

Malgré tout, il faut se réjouir des retombées potentielles de l'arrêt *Hape* en faveur d'une plus grande ouverture de la magistrature canadienne au droit international coutumier en droit interne. La Cour fédérale nous en donne un aperçu dans l'arrêt *Okoloubu*²²², où elle se questionne ouvertement, mais sans ébaucher de réponse :

Étant donné que dans le préambule du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui est entré en vigueur en mars 1976, on emploie les termes « considérant », « reconnaissant » et « prenant en considération le fait » pour indiquer que les États partis « conviennent » de certains principes, ces principes sont-ils alors des règles prohibitives du droit international coutumier qui ont été incorporées directement au droit interne, sans qu'il y ait eu intervention législative?²²³

* * *

S'il est vrai que le juge pourrait mieux faire, gardons à l'esprit qu'une grande part de la responsabilité de la mise en œuvre du droit international des droits de la personne pèse avant tout sur les autorités politiques. Ces dernières doivent trouver les moyens de ne pas jouer sur les deux tableaux, l'un interne et l'autre international, de telle sorte qu'au passage ils court-circuitent la raison d'être, la finalité même, du droit international des droits de la personne.

L'idée derrière le droit international des droits de la personne n'est pas de faire entrer dans le clan démocratique les mauvais élèves, mais de considérer que le système de protection des droits des citoyens doit toujours être perfectionné par un souci de « civilisation », par un engagement qui transcende celui d'État à État, mais qui rejaillit sur la communauté internationale dans son ensemble.

Le droit international des droits de la personne ne sert pas uniquement à créer de la normativité pour de la normativité, il est également un garde-fou pour les États et sert à prévenir les dérapages, comme celui survenu lors de la Seconde Guerre mondiale, où le mythe selon lequel l'État protège ses ressortissants a volé en éclats. Au sortir de ce conflit, les États ont décidé de reconstruire la société internationale, au frontispice de laquelle un catalogue de droits de la personne serait gravé. La *Déclaration universelle des droits de l'homme* était ce phare qui même dans la brume devait guider les États afin qu'ils ne s'échouent de nouveau sur les écueils de l'horreur et de l'indifférence. Mais au-delà du symbole, le développement extraordinaire du droit international conventionnel en matière des droits de la

²²² *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2007) CF 1069. À noter qu'au para. 12, le juge Harrington énonce erronément que l'arrêt *Hape* portait sur l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne* dans le contexte de l'immigration, alors qu'il s'agit plutôt de l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne* aux moyens de preuve obtenus par le biais de perquisitions effectuées à l'étranger par des policiers canadiens.

²²³ *Ibid.* au para. 19. La Cour semble faire référence dans le cas d'espèce aux articles 17 et 23 du *Pacte*, soit les dispositions protégeant la vie familiale.

personne qui a suivi traduit une volonté plus audacieuse. Sans remettre en cause le principe de la souveraineté, les États ont reconnu la nécessité d'élaborer des instruments par lesquels ils s'engageaient à respecter un certain nombre de droits élémentaires aux personnes placées sous leur juridiction. Cette idée est très bien traduite sur le continent européen par la *Convention européenne des droits de l'homme* qui crée un véritable ordre public en la matière. Comme l'a expliqué la Commission européenne des droits de l'homme dès les premières années de son activité :

Considérant qu'il en résulte qu'en concluant la Convention, les États Contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le Statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit [...];

[I] en résulte que les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États Contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers²²⁴.

D'aucuns évoqueront, avec raison, la spécificité du modèle européen de protection des droits de la personne. Toutefois, il n'en demeure pas moins que la finalité de la *Convention* dépeinte par la Commission européenne est également présente dans la plupart des traités internationaux des droits de la personne. Une preuve s'il en est besoin : les mécanismes de plaintes interétatiques, par lesquels un État peut faire une réclamation à l'encontre d'un autre État pour une violation du traité concerné sans avoir moindrement à démontrer un intérêt à agir²²⁵.

Considérant cette finalité du droit international des droits de la personne, il est difficilement acceptable qu'un État ne tire pas toutes les conséquences sur le plan interne de tels engagements, ou pire qu'il se décharge sur son système judiciaire en lui demandant d'en tirer ce qu'il peut, plaçant ce système et conséquemment le justiciable dans une position délicate. Une telle attitude soulève nombre d'interrogations quant au principe coutumier et conventionnel d'application de bonne foi des traités. Si le droit interne d'un État exige qu'un traité soit transposé pour produire des effets, ceci ne devrait-il pas être fait expressément dans la foulée de la ratification, au lieu d'engager le justiciable, le juge et dans une moindre mesure les partenaires internationaux dans un véritable jeu de piste de telle ou telle disposition législative qui pourrait être assimilée à une transposition? L'ensemble des explications fournies à ce propos par les autorités canadiennes et évoquées dans la

²²⁴ *Autriche c. Italie*, Commission EDH, n° 788/60, décision sur la recevabilité du 11 janvier 1961, Annuaire 4 aux pp. 139-41.

²²⁵ Le fait que les États ne recourent pas à ce type de plainte dans les traités du système onusien n'invalide pas cette analyse; si ceux-ci s'en prévalaient, ils n'auraient pas à démontrer leur intérêt à agir.

première partie n'excuse pas l'inaction et est le reflet de la position délicate dans laquelle se place le gouvernement canadien en n'évaluant pas *a priori* systématiquement s'il aura les moyens de mettre en œuvre ses engagements sur la scène internationale. Il est à souhaiter que la nouvelle procédure menant à la ratification des traités mise en place par le gouvernement actuel permette de résoudre une partie de ces problèmes. Elle aura tout au moins l'avantage de priver le Canada, du moins partiellement, de l'argument du respect des prérogatives du Parlement, celui-ci ayant été consulté au préalable.

La situation actuelle est également difficilement acceptable, car elle est dans une certaine mesure excusée, ou plus exactement minimisée, par le fait que le Canada s'est lui-même doté d'une normativité et de mécanismes propres à assurer le respect des droits de la personne sur son territoire. Cela a beau être vrai aujourd'hui, mais il est faux de postuler que tel sera toujours le cas et que les outils internes suffisent amplement. Il importe donc de réfuter l'idée selon laquelle un État est à l'abri d'égarements du fait qu'il possède des instruments protégeant des droits. Les dérives sont possibles dans tous les États, y compris dans les États démocratiques. Après tout, comme le juge Antonio Lamer l'a déjà noté, les législatures peuvent toujours recourir à la clause nonobstant si elles le désirent, cette dernière permettant « *that the elected have the last word, when they want to have it* »²²⁶.

La Seconde Guerre mondiale a donné lieu à des atrocités innommables qui, pour certaines d'entre elles ont été rendues possibles, tout au moins au départ, par les actions ou inactions du système politique et judiciaire. Sans minimiser les coups de force, il faut se souvenir que dans le cas de l'Europe, un certain nombre de régimes ont été instaurés tout à fait légalement, et ont adopté tout aussi légalement les premières législations discriminatoires et racistes qui allaient peu à peu permettre à l'inepte de se réaliser. Les systèmes judiciaires de ces États ayant fait preuve d'un suivisme éloquent et certains de leurs membres ont dû tout comme les politiques répondre de leurs actes devant les tribunaux instaurés à cet effet²²⁷. Sans envisager qu'un tel scénario se reproduise, des dérapages demeurent toujours possibles. Se persuader du contraire constituerait un fâcheux oubli de l'histoire.

Peter Leuprecht illustre le combat constant pour la protection des droits de la personne par le mythe de Sisyphe, condamné à faire rouler éternellement un rocher jusqu'en haut d'une colline sans jamais y parvenir. Cette judicieuse image illustre bien le combat pour les droits de la personne qui semble sans fin : même lorsqu'une chose paraît acquise, elle peut être à tout moment remise en cause. Qui eut cru, il n'y a encore que quelques années, qu'il y aurait un jour des tentatives juridiques de remettre en cause la prohibition de la torture comme cela a été le cas à la suite du 11

²²⁶ Edison Stewart, « Lamer reflects on career: Legal revolution sparked by Charter not over, retiring chief justice says », *Toronto Star* (28 août 1999) 1.

²²⁷ Ainsi lors du procès *The United States of America vs. Josef Altstötter, et al.*, à Nuremberg après la Seconde Guerre mondiale, les accusés étaient 16 juristes (fonctionnaires du Ministère de la Justice, avocats, procureurs et juges de tribunaux spéciaux et tribunaux populaires). Ces derniers étaient notamment tenus responsables de la mise en œuvre de la promotion de la « pureté raciale » nazie par le biais d'un programme eugénique et de lois raciales.

septembre 2001 ? C'est pour éviter de tels errements qu'il y a eu un développement de la normativité internationale en droit de la personne. Il est opportun de tirer de celle-ci tous les éléments de protection qu'elle peut offrir.

Comme le notait Montesquieu : « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »²²⁸. Les juges ont ici un rôle fondamental, notamment dans des temps troubles ou passionnés. Il serait regrettable qu'on les prive et qu'ils se privent d'utiliser tous les moyens pour mener à bien cette mission; moyens au premier rang desquels peut figurer le droit international des droits de la personne. D'autres juges ont été par le passé confrontés au même genre de problèmes que ceux évoqués dans cet article : la conciliation avec les exigences du droit interne n'est pas toujours évidente, comme l'illustre, par exemple, le cas des juridictions françaises et britanniques, les unes œuvrant dans un système moniste, les autres dans un système dualiste.

Ainsi, les premières ont dû, au nom de l'intégration du droit international, pour le moins malmené le principe selon lequel le juge français n'effectue pas de contrôle de constitutionnalité. Confrontés au fait que d'une part la Constitution de la Cinquième République reconnaissait une valeur *supra legem* au droit international²²⁹ et d'autre part au refus du Conseil constitutionnel, nonobstant cette disposition, d'examiner la conformité d'une loi à un traité international²³⁰, les juges ont dû envisager d'écarter une loi au profit d'une norme internationale. La Cour de cassation a accepté cette situation quelques mois après le refus du Conseil constitutionnel²³¹. En revanche, le Conseil d'État s'appuyant traditionnellement sur la loi pour contrôler les actes de l'exécutif, et étant donc plus rétif à tout examen de la loi, a mis près d'un quart de siècle à faire de même²³². Certes, la Constitution française indiquait la place du droit international dans l'ordonnement juridique français, ce qui fournissait un fondement à la décision des juges. Toutefois, ceux-ci n'ont pu en venir à une telle conclusion qu'au prix de l'examen de la conformité de la loi à une autre norme, en l'occurrence une norme internationale. Or un tel examen est, selon cette même Constitution française, « en porte-à-faux par rapport au refus traditionnel des juridictions françaises d'effectuer un contrôle de constitutionnalité, fonction réservée au Conseil constitutionnel »²³³.

Les juridictions britanniques ont également été soumises à la pression du droit international, notamment celle de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Condamnés à de multiples reprises par la Cour européenne des droits de l'homme et souvent critiqués à l'égard des audaces jurisprudentielles de cette

²²⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, (1ère éd. 1748) vol. I, Paris, Garnier-Flammarion, 1979.

²²⁹ Article 55 de la Constitution française.

²³⁰ Conseil Constitutionnel, n° 74-54 DC, *IVG*, 15 janvier 1975.

²³¹ Cour de Cassation (chambre civile), n° 73-13556, *Société des Cafés Jacques Vabre*, 24 mai 1975.

²³² Conseil d'État, *Arrêt Nicolo*, 20 octobre 1989.

²³³ Alain Pellet, « La Constitution en 20 questions – question n° 11 : Quelle place fait-elle au droit international? » dans *Le droit international et la Constitution de 1958*, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/dossiers-thematiques/2008-cinquantaire-la-constitution-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-11.17499.html>> (dernière consultation : 7 décembre 2009).

dernière, le Parlement de Westminster et le gouvernement britannique ont néanmoins fini par tirer toutes les conséquences de leurs engagements sur la scène internationale. Bien que la *common law* britannique assure des droits similaires, dont certains ont d'ailleurs inspiré les rédacteurs de la *Convention européenne des droits de l'homme*, le Royaume-Uni a adopté en 1998 le *Human Rights Act*²³⁴, qui intègre en droit britannique ladite *Convention* et demande aux juges de tenir compte des décisions de la Cour et de la Commission européennes dans l'application de ce texte.

En somme, que ce soit grâce à l'intervention du législateur ou par sa propre audace, il semble fondamental que le juge puisse tirer toutes les conséquences des engagements internationaux de son État, en raison même de la nature et de la portée du droit international des droits de la personne.

Cette dernière remarque en appelle une plus audacieuse. Cette vocation du droit international, voulu par les États lors de l'adoption de tels traités, la volonté affichée et affirmée de reconnaître par là même des droits dont ils sont redevables aux personnes placées sous leur juridiction, relativisent de plus en plus la différence entre les systèmes juridiques monistes et les systèmes juridiques dualistes²³⁵. Même en acceptant la distinction entre l'approche moniste et dualiste dans la prise en compte du droit international, cette dernière ne vaudrait que pour le droit international conventionnel, mais non pour le droit international coutumier. En effet, tant les États monistes que les États dits dualistes – du moins ceux issus de la tradition de *common law* – retiennent l'approche moniste face au droit international coutumier²³⁶. Ainsi, les conceptions théoriques (simplificatrices) n'arrivent pas à rendre compte de la pratique des États (de plus en plus éclatée) : les États monistes et dualistes se tracent de nouvelles routes, parfois convergentes, mais souvent différentes de celles jadis empruntées. Les relations croissantes et sans cesse plus complexes entre l'ordre interne et l'ordre international en matière de droits de la personne semblent difficilement reflétées par les modèles théoriques moniste et dualiste, mettant par là même à mal leur pertinence²³⁷.

²³⁴ *Human Rights Act* 1998, ch. 42.

²³⁵ Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée » dans Fitzgerald, *supra* note 1 à la p. 14 : « Pourquoi appliquer directement le droit international coutumier (sous réserve d'une contradiction claire avec une loi interne) [n.b.p. omise] et assujettir les traités à une mesure intermédiaire de transformation? Le droit est le droit : sur le plan international, les deux sources sont tout aussi exécutoires. Pourquoi donc différencier les deux dans l'ordre juridique interne? ».

²³⁶ Sciotti-Lam, *supra* note 52 aux pp. 120-21; Comité sénatorial, *supra* note 14.

²³⁷ Philip Allott, « The Emerging Universal Legal System » (2001) 3 *FORUM* 12 à la p. 12 : « *The simple ideas in question – the Vattelian international system – seem infantile by comparison with the complexity and subtlety of the ideas that we have developed to explain and to guide our national systems* » : Benedetto Conforti, « Notes on the Relationship between International Law and National Law » (2001) 3 *FORUM* 18 à la p. 18 : « *It is not a question of adopting a monistic rather than a dualistic approach. This is a theoretical question with no practical implications, which can be left in the hands of philosophers* »; Katherine Reece Thomas, « The Changing Status of International Law in English Law » (2006) *N.I.L.R.* 371 à la p. 374 : « *There has been much debate about the relevance of these theories to the practice of states* ». Voir également : Francis G. Jacobs et Shelley Roberts (dir.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987 à la p. xxiii et 63. Il est permis de douter que le strict modèle « westphalien » postulant deux ordres (interne et international) distincts et séparés constitue toujours la lentille analytique par excellence. En effet, force est de

constater que non seulement les États dualistes ne conçoivent plus de manière aussi rigide et imperméable qu'auparavant l'interaction entre le droit interne et le droit international, mais de nombreux États adoptent une conception moniste, une réalité que semble avoir évacuée Stéphane Beaulac lorsqu'il affirme : « *as far as judges in most common law jurisdictions are concerned, the matrix within which states operate and international affairs are conducted continues to be based on the Westphalian model of international relations* » dans Stéphane Beaulac, « Westphalia, Dualism and Contextual Interpretation: How to Better Engage International Law in Domestic Judicial Decisions » (2007) European University Institute (EUI) Max Weber Programme Series Working Paper n° 2007/03 à la p. 4.

