

Les Cahiers de droit



Le juge interne canadien et le droit international

Francis Rigaldies et José Woehrling

Volume 21, numéro 2, 1980

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042386ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042386ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Rigaldies, F. & Woehrling, J. (1980). Le juge interne canadien et le droit international. *Les Cahiers de droit*, 21(2), 293–329.

<https://doi.org/10.7202/042386ar>

Résumé de l'article

Given the almost total lack of constitutional or statutory provisions for the formulation and application of international law, Canadian courts have been invested with the basic responsibility for devising solutions to the problems that have arisen in this field. This paper examines how successful the courts have been as well as the way in which legal literature has reacted to their performance.

It is the view of the authors that in dealing with international customary law, Canadian courts have applied solutions adapted from the law of Great Britain in a purely empirical way. While the absence of any theoretical framework has not been a crucial impediment until now, it is difficult to see how future problems can be resolved without any reference to basic principles. With respect to the interpretation and application of treaties, the transposition of principles derived from British practice to a federal context has been the source of notorious constitutional difficulties.

Generally speaking, because of the traditional reverence accorded to the will of Parliament, Canadian courts have been reluctant to recognize any measure of supremacy to international law.

Le juge interne canadien et le droit international

Francis RIGALDIES *

José WOEHLING *

Given the almost total lack of constitutional or statutory provisions for the formulation and application of international law, Canadian courts have been invested with the basic responsibility for devising solutions to the problems that have arisen in this field. This paper examines how successful the courts have been as well as the way in which legal literature has reacted to their performance.

It is the view of the authors that in dealing with international customary law, Canadian courts have applied solutions adapted from the law of Great Britain in a purely empirical way. While the absence of any theoretical framework has not been a crucial impediment until now, it is difficult to see how future problems can be resolved without any reference to basic principles. With respect to the interpretation and application of treaties, the transposition of principles derived from British practice to a federal context has been the source of notorious constitutional difficulties.

Generally speaking, because of the traditional reverence accorded to the will of Parliament, Canadian courts have been reluctant to recognize any measure of supremacy to international law.

	Pages
Introduction	294
I. Le juge international	295
II. Le juge interne	297
1. Le juge canadien et la coutume internationale	302
1.1. La nature des rapports entre la coutume et le droit interne canadien	303
1.1.1. Les conditions de validité de la coutume en droit interne	303
1.1.2. La nature des normes coutumières adoptées par le juge interne ...	305
1.1.3. La valeur hiérarchique des coutumes en droit interne	307
1.2. L'adoption des règles coutumières en droit interne et la séparation des pouvoirs	309
1.3. L'adoption des coutumes en droit interne et le principe du fédéralisme ...	311

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

	<i>Pages</i>
2. Le juge canadien et les traités internationaux	313
2.1. La nature des rapports entre le droit conventionnel et le droit interne canadien	314
2.1.1. Les conditions de validité des traités en droit interne	314
2.1.2. La nature des normes conventionnelles reçues en droit interne	316
2.1.3. La valeur hiérarchique des normes conventionnelles en droit canadien	318
2.2. L'introduction des traités en droit interne et la séparation des pouvoirs ..	319
2.3. L'introduction des traités en droit interne et le principe du fédéralisme ..	322
Conclusion	328

Introduction

La controverse sur le rôle du juge dans la création du droit interne a toujours été très marquée. Le fait est qu'elle concerne, d'une façon ou d'une autre, non seulement les grands principes d'organisation interne des systèmes juridiques, mais également leur articulation avec la réalité socio-politique. C'est ainsi que le statut de la règle de droit, tout au moins dans les sociétés occidentales modernes, est en grande partie déterminé par la tension, le débat entre deux principes de légitimité complémentaires mais également concurrents : l'autorité du législateur, appuyée sur le mode de désignation démocratique des assemblées parlementaires ; l'autorité des tribunaux qui, au contraire, repose sur une neutralité et une indépendance qui découlent précisément de l'absence de responsabilité politique des juges. Cependant, cette opposition entre le juge et le législateur comme sources de la règle juridique correspond également à deux conceptions fondamentales du droit : l'une qui est axée davantage sur la justice, c'est-à-dire qui interroge les valeurs sous-jacentes à l'ordre juridique, l'autre qui est surtout préoccupée de l'adéquation du droit positif à ses fonctions sociales¹. Dans l'histoire des sociétés, la conception du droit comme instrument de traduction et de réalisation des valeurs méta-juridiques a régné infiniment plus longtemps (à l'occasion, sous l'appellation de « droit naturel ») que la conception positiviste actuelle, vieille d'au plus cent cinquante ans². Il n'est donc pas étonnant

1. Ces deux conceptions ne sont évidemment pas incompatibles ; au contraire, il est nécessaire qu'elles se complètent pour que le phénomène juridique soit envisagé dans sa totalité. Cependant, le triomphe du positivisme a bien marqué une rupture avec les préoccupations antérieures concernant les fondements moraux du droit. Il est vrai également qu'on assiste aujourd'hui à la remise en cause du règne positiviste.

2. Au moins en ce qui concerne le monde juridique anglo-saxon : John AUSTIN publie pour la première fois ses célèbres « Lectures on General Jurisprudence » en 1832 (sous le titre de *The Province of Jurisprudence Determined*).

de constater que sous le vernis officiel du positivisme, les conceptions « jus-naturalistes » sont souvent bien vivantes, fût-ce de façon inconsciente (ce qui ne peut évidemment que les rendre plus vivaces). Et bien sûr, c'est le juge plus que tout autre qui est susceptible de voir son autorité renforcée par ces résurgences à caractère transcendantal : sa fonction n'est-elle pas de « rendre la justice » ?

La situation est bien différente en ce qui concerne le droit international. Tout d'abord parce que la société internationale est considérablement moins intégrée que les sociétés internes ; les phénomènes de pouvoir, incluant la légitimation de celui-ci, y sont donc moins complexes. Ensuite parce que, au niveau de la théorie juridique, le positivisme s'y est imposé beaucoup plus tôt³. Or, si l'on considère que la source de tout droit est constituée par la volonté des États, le rôle du juge ne peut, évidemment, être que très différent de ce qu'il est dans un système juridique national. Il faut aussi ajouter que le perfectionnement technique et formel du droit international est bien moindre que celui du droit interne ; en particulier, il ne connaît que très imparfaitement le principe de la hiérarchie des normes, qui joue cependant un rôle essentiel dans le développement des systèmes juridiques et constitue l'un des ressorts du rôle judiciaire et du pouvoir des tribunaux dans la société interne. Enfin, le rôle du juge dans la création du droit international n'a bénéficié auprès de la doctrine que d'une attention assez restreinte. Encore faut-il cependant distinguer les problèmes selon qu'il s'agit du juge *international* ou du juge *interne*.

I. Le juge international

Concernant le juge international, la discussion traditionnelle porte presque entièrement sur le problème de la spécificité de la jurisprudence comme source du droit. La ligne de clivage entre les opinions résulte d'ailleurs de choix idéologiques beaucoup plus que de considérations positives. Alors que les défenseurs de la souveraineté étatique ne consentent au juge qu'un rôle de formulation et d'application, à la rigueur de synthèse et de clarification, des règles de droit posées par les seuls États, les tenants de la « supranationalité » voudraient lui reconnaître le privilège de créer directement du droit, au moins dans les situations où il existe une lacune dans les sources principales. Étant donné la position du Canada sur la scène internationale, il n'est pas étonnant que la doctrine de notre pays, à la suite

3. Le grand juriste internationaliste Vattel (1714-1767) considérait que les règles du droit international ne peuvent être que le produit de la volonté des États souverains, poursuivant leurs intérêts politiques. Déjà pour l'Anglais ZOUCH (1590-1660), la volonté des États était la seule source possible du droit international.

des auteurs américains, ait opté pour une conception favorable au rôle du juge⁴.

Si maintenant on examine le droit positif, on constate que l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, le principal texte en matière de sources du droit international, ne réserve à la jurisprudence qu'un rôle de « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »⁵. De même, la possibilité du *non-liquet* devant les juridictions internationales paraît bien être un indice de l'impuissance des juges à créer une règle lorsqu'ils sont en présence d'une véritable lacune du droit. Au point de vue de la pratique, le juge international semble même perdre de son importance à l'heure actuelle, du moins si l'on en juge par les statistiques des affaires portées devant la C.I.J., autant en ce qui concerne les chiffres absolus que la distribution géographique⁶. Les États apparus depuis la deuxième guerre mondiale, les pays en voie de développement, qu'on aurait pu s'attendre à voir mettre un certain espoir dans l'essor d'un droit international prétorien, sont ceux qui ont été le plus vivement désillusionnés par la Cour. Même les pays occidentaux développés portent moins leurs affaires à La Haye depuis quelque temps, préférant les faire régler par l'arbitrage, sur la base de règles juridiques mais aussi de principes politiques⁷. C'est peut-être le signe que, dans cette société « primitive » qu'est la société des États, l'intervention du

4. Par exemple, S.A. WILLIAMS et A.L.C. DE MESTRAL, *An Introduction to International Law*, Toronto, Butterworths, 1979, pp. 20-21.

5. Article 38 :

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis applique :
 - a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
 - b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ;
 - c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
 - d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.
2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

Article 59 :

La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.

6. Pour une étude parmi beaucoup d'autres concernant les difficultés actuelles de la Cour, voir : H. MOSLER, « The International Court of Justice at its Present Stage of Development », (1979) 5 *Dalhousie L.J.* 545.
7. Étant donné que les États peuvent indiquer à l'arbitre, dans le compromis sur lequel repose sa compétence, quels sont les principes et règles qu'il devra appliquer, il leur est loisible de tempérer par des considérations politiques ce que l'application pure et simple du droit pourrait avoir pour eux d'effrayant.

«juge» gagne en efficacité à fonctionner plutôt comme un «règlement d'intérêts» qu'en tant que processus hautement formalisé d'application de règles purement juridiques.

Bien sûr, on peut constater également à l'époque actuelle des éléments qui favoriseront peut-être, à long terme, l'émergence d'un véritable juge international. On pense au développement des organisations internationales régionales, au sein desquelles existent des solidarités et une intégration plus fortes, qui permettent ainsi le développement de juridictions internationales plus perfectionnées techniquement, bénéficiant d'une plus grande autorité (Cour de Justice des Communautés européennes, Cour européenne des droits de l'homme). À l'échelle universelle, cette fois-ci, un des éléments favorables au rôle futur du juge est le développement, timide encore, de la notion de *jus cogens*⁸. En effet, ce concept introduit en droit international un principe de hiérarchie des normes qui appelle pour son application concrète une intervention du juge. De même, tout comme en matière constitutionnelle interne, c'est aux juges qu'il reviendra de donner un contenu à ces normes qui occuperont le sommet de l'ordre juridique et qui constitueront donc le critère de validité des normes inférieures. Cependant, nous ne pouvons nous étendre sur ce sujet, étant donné que nous avons choisi de développer dans la présente étude le problème du rôle du juge *interne* par rapport au droit international.

II. Le juge interne

Étant donné la dualité des ordres juridiques dans lesquels évolue la règle de droit international, le rôle du juge interne doit être envisagé sous deux aspects. Il faut d'abord se demander s'il peut agir à l'égard du droit des Gens lorsque celui-ci s'élabore et s'applique dans le système juridique qui lui est propre, au niveau des relations qui existent entre États et autres sujets du droit international. Ensuite, il faudra porter notre attention sur les ordres juridiques internes, pour examiner le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit international à l'intérieur des droits nationaux.

La distinction même que nous venons de faire entre l'ordre juridique international et les ordres nationaux pourrait amener certains à nier toute possibilité de création du droit international par le juge interne. En effet, les tribunaux ne sont-ils pas des organes de l'État et, à ce titre, leur pouvoir normatif (pour autant qu'on leur en reconnaisse) n'est-il pas limité à la création de règles à l'intérieur de l'ordre juridique auquel le juge appartient ?

8. Les normes impératives du droit international (ou *jus cogens* sont celles auxquelles les États ne sauraient déroger, fût-ce par un accord entre eux. Cette notion, longtemps purement doctrinale, a fait une entrée remarquée et contestée dans le droit positif avec la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 (art. 53 et 64).

Ce point de vue suppose cependant qu'on aperçoive les deux systèmes, international et interne, comme deux mondes qui ne correspondent pas, ou presque. L'étude du droit positif nous apprend que la réalité est fort différente. En outre, il y a là une conception de la norme juridique qui distingue d'une façon trop tranchée et peu réaliste l'élaboration et l'application des règles. En effet, l'élaboration d'une règle juridique à l'intérieur de l'ensemble complexe constitué par un système normatif est un phénomène progressif, qui est fait d'attributions et de délimitations successives de compétences. Dans cette « formation du droit par degrés », le juge constitue le dernier maillon de la chaîne, puisqu'il est chargé d'« appliquer » la règle aux cas individuels et concrets, c'est-à-dire, d'un point de vue plus juste, d'« élaborer » ultimement une règle qui n'était pas suffisamment concrétisée, du moins faut-il le croire puisque son application pose problème⁹. Les juristes de *common law* savent bien qu'une disposition législative n'est souvent complète et véritablement concrète qu'après avoir été « appliquée » par les juges. L'erreur serait donc de croire que l'interprétation constitue un acte entièrement spécifique, dénué de toute portée normative¹⁰.

Ce point de vue s'applique en matière de droit international autant que de droit interne. Peut-être est-il encore plus pertinent dans le premier cas, étant donné que les règles du droit des Gens sont généralement plus indéterminées, moins bien établies que les règles nationales. Ceci est évident pour le droit coutumier, mais se vérifie également dans le cas des règles conventionnelles contenues dans un traité¹¹. Il en résulte qu'il revient aux organes étatiques de compléter l'élaboration des règles internationales de façon à les rendre concrètement applicables et, dans les cas où les destinataires ultimes du droit sont les individus, ce sont les *juges* internes qui sont amenés à l'« appliquer » et qui, à ce titre, participent à son élaboration¹². On

9. Cette analyse, qu'on aura reconnue comme kelsenienne, s'applique surtout à l'activité des tribunaux de dernier ressort, dont la fonction consiste autant sinon plus à participer à l'élaboration du droit qu'à régler des litiges en l'appliquant. Voir : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, *passim*.

10. Cette façon de voir se retrouve de façon générale dans la doctrine française, traditionnellement antikelsenienne, qui refuse de voir dans l'application d'une règle par le juge une activité créatrice de droit.

11. En effet, une grande partie des normes contenues dans les traités n'a pas de caractère immédiatement applicable et exprime simplement l'engagement que prennent les États parties de modifier leur droit interne dans un certain sens.

12. « The part played by municipal tribunals in the development of international law appears even more clearly when we consider how largely international law is composed of definitions and abstract rules and principles [...]. The law relating to the immunities of diplomatic envoys is a case in point [...]. So far as rules of international law exist on these and similar points [...], they are largely the product of the work of municipal courts ». H. LAUTERPACHT, « Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law », (1929) *X B.Y.I.L.* 65, aux pp. 87 et 88.

peut faire valoir que le rôle du juge entendu de cette façon se limite à l'exercice d'une certaine influence sur le contenu du droit international tel qu'appliqué à l'intérieur de l'ordre juridique national. Cependant, il ne faut pas oublier qu'une part croissante des normes du droit international est destinée à s'appliquer aux individus, c'est-à-dire n'accomplit sa raison d'être (en tant que droit international) qu'à condition d'être intégrée à un moment ou à un autre dans les systèmes juridiques internes. Peu importe alors l'explication dogmatique qu'on en donne, le fait demeure : le juge interne participe de cette façon à la création du droit international¹³.

Si l'on se tourne maintenant vers les règles qui s'appliquent uniquement aux rapports internationaux et qui portent tous leurs effets sans toucher le droit interne des États (responsabilité internationale, reconnaissance d'État, etc.), on constate que le rôle des tribunaux internes est évidemment beaucoup moins important, mais qu'il n'est nullement inexistant. En particulier, les décisions des tribunaux internes sont imputables à l'État dont ils sont les organes et peuvent donc constituer, au même titre que les actes exécutifs et législatifs de l'État, des précédents susceptibles de contribuer à la formation d'une coutume internationale (à condition évidemment d'être significatifs pour un problème relevant du droit international). Les décisions des tribunaux nationaux ne créent pas du droit international coutumier de façon directe et immédiate ; elles s'intègrent cependant à la pratique des États, laquelle constitue l'élément matériel de la règle coutumière¹⁴.

Enfin, de façon beaucoup plus générale, la jurisprudence des tribunaux internes n'est-elle pas visée, à côté de celle qui émane des organes judiciaires

13. « If, as we propose to show, the doctrine requires an English court to ascertain the existence of a rule of international law, and, when found, to apply it to the solution of any question to which it is applicable, the doctrine also has the effect of promoting the progressive development of international law. Domestic courts would, in effect, in addition to their ordinary function, also perform a function as an organ or agency of international law of developing the greater particularization of its rules, extending its application to individuals within the domestic community, and of enforcing its requirements » D.C. VANEK, « Is International Law Part of the Law of Canada ? », (1949-50) 8 *U.T.L.J.* 251, à la p. 253. Voir également : W. WENGLER, « Réflexions sur l'application du droit international par les tribunaux nationaux », (1967-68) 2 *Ottawa L.R.* 264.

14. « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives ». Cf. C.P.J.I., *Publications*, Série A, n° 7, p. 19 (*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* ; arrêt sur le fond). Voir également : L. KOPELMANAS, « Custom as a Means of the Creation of International Law », (1937) XVIII *B.Y.I.L.* 127, à la p. 141 ; LAUTERPACHT, *supra* note 12, pp. 80-86 ; WILLIAMS et DE MESTRAL, *supra*, *op. cit.* note 4, p. 21 ; A. BLECKMANN, « Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewohnheitsrecht », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 37 (1977), 504.

internationaux, par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, c'est-à-dire ne joue-t-elle pas le rôle d'un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »¹⁵? Ainsi la pratique anglo-saxonne a de tout temps reconnu une grande importance aux décisions des tribunaux nationaux dans l'application du droit international et, d'une certaine façon, dans son élaboration¹⁶.

C'est cependant dans le cadre de l'ordre juridique national que le juge interne participe le plus activement à l'élaboration du droit international. En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, un grand nombre de règles du droit international, conventionnel autant que coutumier, présentent un caractère relativement « indéterminé », c'est-à-dire qu'elles nécessitent d'être concrétisées davantage pour devenir applicables. Cela se comprend aisément lorsqu'on se rappelle que dans l'état actuel de la société internationale, ce sont les sujets de droit eux-mêmes, les États, qui sont chargés d'appliquer la majeure partie des règles de ce droit; en effet, le système juridique du droit des Gens n'est pas encore assez intégré pour avoir ses organes d'exécution propres, sauf exceptions. Un nombre considérable de normes internationales posent ainsi des obligations « de résultat » et laissent à l'État, titulaire de ces obligations, le soin de trouver les moyens de les remplir.

À l'intérieur de l'État visé par les normes du droit international, chaque organe, chaque autorité publique doit concourir, dans son domaine propre, à la réalisation des obligations ainsi mises à la charge de l'État. Étant donné qu'une part croissante de ces règles a pour destinataires les individus, le rôle des organes judiciaires s'est également accru par rapport à ce qu'il était traditionnellement. La tâche des tribunaux est devenue capitale dans ce domaine et elle est également d'une très grande complexité. En effet, la réalisation du droit international dans le cadre de l'ordre juridique interne ne soulève pas moins de trois problématiques, dont l'une est propre aux systèmes fédératifs.

La première a trait à la nature même des rapports entre le droit international et le droit interne. À quelles conditions le premier deviendrait-il valable et applicable à l'intérieur du second? Une fois ce problème réglé, il faut encore décider quels seront les rapports hiérarchiques entre ces deux catégories de normes, de façon à régler leurs conflits. Non seulement revient-il aux juges d'appliquer les solutions répondant à ces deux problèmes, mais, le plus souvent, ils sont également amenés à les créer. En effet, beaucoup de constitutions ne contiennent aucune norme à cet égard, ou alors n'en

15. Cf. *Supra*, note 5. Ce point de vue est défendu par Otto KIMMINICH, « Das Völkerrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts » *Archiv des öffentlichen Rechts* (1968), 485, aux pp. 486 et 487.

16. LAUTERPACHT, *supra* note 12, *passim*.

comportent que de très incomplètes; c'est le cas du droit constitutionnel britannique et canadien. D'ailleurs, lorsque les constitutions donnent une solution précise, on constate souvent que le juge n'en tient pas vraiment compte et qu'il fait triompher ses propres conceptions¹⁷.

La seconde problématique concerne les modalités d'élaboration et de réalisation du droit international par les différents organes de l'État. En effet, si celui-ci est posé comme unité par le droit international, c'est là une vision qui se révèle fictive, car l'État est un ensemble fort complexe d'organes, de compétences et de procédures. C'est d'ailleurs cette distorsion entre la vision de l'État par le droit international et la complexité réelle du droit interne qui est, pour une grande part, à l'origine du *hiatus* qui existe entre l'un et l'autre systèmes¹⁸. Ceci se vérifie autant pour l'élaboration du droit international que pour sa mise en œuvre; dans les deux cas, il se pose en droit interne des problèmes relatifs à la *séparation des pouvoirs* entre les organes exécutifs, législatifs et, plus accessoirement, judiciaires. Là encore, le silence plus ou moins complet d'une grande partie des constitutions écrites laisse au juge, du moins lorsqu'il se reconnaît compétent pour le contentieux constitutionnel, la tâche d'élaborer ou de compléter les solutions. Les problèmes les plus graves sont ceux du partage des responsabilités entre le gouvernement et le parlement à l'occasion de la conclusion et de la mise en œuvre du droit conventionnel (traités). Étant donné la nature du droit coutumier, les solutions y sont généralement plus simples; ici, le rôle du juge est d'ailleurs privilégié puisqu'il est, de par la nature même de ses fonctions, l'organe le plus apte à assurer la réalisation en droit interne des coutumes internationales.

Enfin, tout ce que nous avons dit à propos des difficultés causées par la complexité de l'organisation étatique lorsque celle-ci se projette au niveau du

17. C'est ce qui s'est passé en France, par exemple. Alors que l'article 55 de la constitution de 1958 reconnaît aux traités régulièrement ratifiés ou approuvés « une autorité supérieure à celle des lois », les tribunaux ont longtemps refusé de donner suite à cette directive de la loi fondamentale, pourtant fort claire. C'est d'ailleurs l'attitude dans laquelle persiste encore le juge administratif, la Cour de cassation ayant, elle, modifié sa jurisprudence en 1975. Voir: J. WOEHRLING, « Entre la retenue judiciaire et l'activisme judiciaire: Le conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux », (1975) 10 *R.J.T.* 493, aux pp. 531 et s.

18. Cette distorsion est particulièrement visible dans le problème dit des *ratifications imparfaites*: alors qu'un traité perd sa validité *interne* dès qu'une irrégularité touchant les règles constitutionnelles est commise, il acquiert et conserve sa validité *internationale* pour peu que l'accord de l'État a bien été donné par l'organe ayant qualité pour ce faire. Ce principe a été consacré par l'article 46 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969. Ce hiatus entre la validité internationale du traité et sa validité interne est encore plus fréquent dans le cas d'un État fédéral, puisque les conditions de validité interne comprennent également le partage des compétences entre la Fédération et les États membres.

droit international est également vrai (et d'autant plus vrai) lorsque l'État est de nature fédérative. Il s'ajoute alors le problème du partage des compétences entre l'État central (la Fédération) et les États-membres (ou entités constituantes). En effet, rappelons que l'essence même du fédéralisme réside dans la superposition de deux ordres juridiques, avec tout ce que cela suppose de problèmes en fait de conflits et de hiérarchie des normes. On comprend la complexité que présentent les rapports entre un tel système et cet autre ordre juridique, extérieur, qu'est le droit international¹⁹. Au Canada, nous savons d'expérience que, dans ce domaine également, l'absence de dispositions spécifiques dans la constitution peut amener les juges à devoir inventer les règles nécessaires au partage des compétences en matière de conclusion et de mise en œuvre des traités.

Les tâches du juge à l'égard des problèmes que posent l'élaboration et la mise en œuvre du droit international dans le cadre du droit interne sont impressionnantes. Elles doivent nous incliner à une certaine indulgence lorsque nous entreprenons de juger la performance des tribunaux dans ce domaine. Elles doivent également nous amener à nous poser le problème, non seulement des réactions de la doctrine, mais également de sa responsabilité. En effet, dans un domaine comme celui-ci, la tâche de la doctrine est autant de proposer au juge des solutions que de le critiquer ou de systématiser la jurisprudence. Il s'agit donc de voir si la doctrine canadienne a fait preuve de l'esprit d'invention qui a caractérisé, par exemple, la littérature juridique allemande, laquelle a été d'un grand secours pour la jurisprudence dans le domaine qui nous occupe.

Étant donné que la différence de nature qui existe entre le droit conventionnel (traités) et le droit international général (coutume, principes généraux de droit) est telle qu'elle affecte tous les problèmes que nous avons recensés, c'est cette division que nous adopterons pour examiner la jurisprudence canadienne (et le rôle de la doctrine) face au droit international.

1. Le juge canadien et la coutume internationale

Traditionnellement, les tribunaux canadiens se sont montrés plutôt accueillants à l'égard du droit international coutumier. Cette attitude est d'ailleurs commune à tous les juges qui fonctionnent dans un cadre de *common law*; elle les différencie assez nettement de leurs collègues romainistes qui, étant donné le rôle restreint que joue cette source du droit

19. Pour une excellente présentation des problèmes particuliers qui se posent aux États fédéraux en matière de traités internationaux, voir : C.T. OLIVER, « The Enforcement of Treaties by a Federal State », (1974) 141 *R.C.A.D.I.* (I), 331. Voir aussi : I. BERNIER, *International Legal Aspects of Federalism*, Londres, Longman, 1973.

dans leurs systèmes nationaux, se montrent également fort réticents à l'égard des coutumes internationales. Cette perméabilité des systèmes anglo-saxons au droit des Gens s'explique sans doute également par le rôle historique tout à fait primordial qu'a joué l'Angleterre dans l'élaboration des règles du droit international « classique » (le droit de la mer en particulier).

1.1. La nature des rapports entre la coutume et le droit interne canadien

La nature des rapports entre le droit international (coutumier ou conventionnel) et le droit interne soulève trois séries de problèmes :

- a) les conditions auxquelles une norme internationale acquiert la validité et l'applicabilité en droit interne ;
- b) la nature de cette norme, une fois reçue dans l'ordre juridique national ;
- c) le rang hiérarchique qu'elle y occupera.

Les solutions canadiennes dans tous ces domaines découlent en droite ligne du droit anglais et elles sont de nature principalement jurisprudentielle. En outre, elles s'expliquent très souvent par référence aux principes fondamentaux du droit constitutionnel.

1.1.1. Les conditions de validité de la coutume en droit interne

Contrairement à ce que pensent parfois les comparatistes étrangers, le droit international coutumier n'est pas valable *ipso jure* à l'intérieur du droit anglais ; l'intervention d'un acte étatique interne est tout aussi nécessaire que pour l'introduction des traités. Cependant, alors que c'est le Parlement qui est compétent pour ces derniers, les coutumes sont introduites par les juges eux-mêmes²⁰. Cette différence de traitement à l'égard des deux grandes sources de droit international s'explique par des motifs d'ordre constitutionnel. En effet, le principe de séparation des pouvoirs et, surtout, celui de la souveraineté du Parlement exigent que le pouvoir législatif intervienne dans tous les cas où un traité a pour effet de modifier le droit interne ; s'il en allait autrement, le gouvernement pourrait utiliser ses pouvoirs en matière internationale pour empiéter sur le domaine réservé aux assemblées. Le problème se présente différemment pour le droit international général, car la

20. *Chung Chi-cheung v. The King*, [1939] A.C. 160 (P.C.), aux pp. 167 et 168. Le passage célèbre de lord Atkin est repris par le juge en chef dans l'affaire des Ambassades : *Reference as to the Powers of the City of Ottawa and the Village of Rockcliffe to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners Residences*, [1943] R.C.S. 208, aux pp. 213-214.

création d'une coutume suppose des comportements concordants, ainsi qu'une volonté de s'engager (*opinio juris*), de la part d'un certain nombre de sujets du droit international : le gouvernement d'un État en particulier n'est donc guère susceptible d'utiliser ce moyen pour porter atteinte à la séparation constitutionnelle des pouvoirs.

Les solutions jurisprudentielles anglo-canadiennes en matière de réception des coutumes sont habituellement systématisées et présentées sous le vocable de théorie de l'*adoption* (ou *incorporation*)²¹. La théorie enjoint aux juges d'adopter une règle coutumière à condition qu'elle soit bien établie et — comme il sera vu plus loin — qu'elle ne soit pas contraire au droit interne, commun ou statutaire.

En pratique, on observe de la part des tribunaux canadiens une double démarche à l'égard des coutumes internationales. Dans un premier temps, ils vérifient si la règle en question existe véritablement et quel est précisément son contenu : comme nous le verrons plus tard, c'est à ce moment que le juge exerce un rôle primordial en matière de création. Dans un deuxième temps, les tribunaux recherchent des indices de l'adhésion du Canada à la règle coutumière. Ce dernier point montre bien que l'adoption des normes internationales ne repose pas sur leur seule autorité, mais bien sur l'assentiment qui leur a été donné par l'État canadien²². Cependant, cet assentiment n'a nul besoin d'être exprès ; non seulement les juges admettent-ils qu'il soit tacite, mais ils le déduisent également à partir de l'absence de dispositions contradictoires en droit interne²³. Ce qui veut dire que les juges canadiens, à l'exemple de leurs confrères anglais, adopteront (c'est-à-dire appliqueront en

21. Pour une excellente présentation de la théorie de l'adoption et de la jurisprudence sur laquelle celle-ci s'appuie, voir : R.St.J. MACDONALD, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada », in : R. St. J. MACDONALD, G.L. MORRIS and D.M. JOHNSTON (dir.), *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, pp. 88 et s. L'auteur nous rappelle que, malgré l'ancienneté de cette solution et son caractère en quelque sorte classique, la jurisprudence est cependant loin d'être dépourvue de toute ambiguïté : « Customary international law has been received and applied in English courts for at least two hundred years and in Canada for at least eighty. With this long history of dealing with international law, it may seem remarkable that the courts have not yet developed a clear and uncontroverted theory of the relationship between customary international law and municipal law. That they have not so done is evidenced by the on-going analyses of commentators, who continue to feel the need to explore this area and, more importantly, by the rather vague and ambiguous comments on the problem that have appeared in Canadian judgments over the past thirty years », (p. 88).

22. Voir l'opinion du juge en chef Duff dans l'affaire des Forces armées : *Reference as to whether the Members of the Military of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483, à la p. 490.

23. *Id.*, l'opinion du juge Taschereau à la p. 517. Voir également l'analyse de cette décision par VANEK, *supra* note 13, pp. 282-283.

droit interne) les coutumes dès lors qu'ils auront constaté leur existence en droit international. Étant donné le caractère souvent imprécis des coutumes internationales, les tribunaux disposent d'une grande liberté dans l'établissement de la règle, c'est-à-dire en fait dans son acceptation. C'est pourquoi il est un peu fictif de dire, comme tant d'auteurs le répètent, que l'adoption des coutumes a un caractère « automatique », à moins que l'on se contente de signifier par là que l'intervention du législateur n'est pas requise (comme c'est généralement le cas pour les traités).

1.1.2. La nature des normes coutumières adoptées par le juge interne

Le problème soulevé ici est sûrement l'un des plus importants en ce qui concerne les rapports entre l'ordre juridique interne et le droit international. Il s'agit de savoir si la norme coutumière adoptée par le juge conserve, une fois introduite en droit interne, sa nature juridique propre, ou si au contraire elle change de nature pour devenir une norme de droit interne. L'alternative est loin d'être théorique : ainsi, la réponse que l'on donne déterminera le choix des règles d'interprétation, nationales ou internationales, applicables. De même, l'évolution de la coutume au niveau du droit international se répercutera, ou non, dans le droit interne. Si l'on considère que la coutume « adoptée » a changé de nature et doit être traitée, à tous égards, comme une règle de droit interne, la règle du *stare decisis* devra normalement s'appliquer, c'est-à-dire que l'interprétation qu'en a donnée le juge interne à un moment précis ne pourra être modifiée que par une nouvelle adoption de la règle modifiée elle-même. Au contraire, si l'on admet que les tribunaux appliquent la coutume en tant que telle, il leur est loisible de lui laisser suivre l'évolution et les modifications qui se produisent au niveau de son milieu d'origine, c'est-à-dire en droit international²⁴.

Au point de vue idéologique, la thèse du changement de nature (théorie de la « transformation ») correspond à une conception *dualiste* des rapports entre les ordres juridiques nationaux et le droit international, alors que la solution inverse est d'inspiration plutôt *moniste*²⁵. En réalité, on se rend compte que ces positions extrêmes ne sont plus guère défendues et que la pratique concrète a fait apparaître des conceptions intermédiaires, pour la bonne et simple raison qu'aucune des deux thèses n'est entièrement valable. La théorie de la transformation dans sa forme radicale est impraticable : en

24. Sur ce point précis, voir : MACDONALD, *supra* note 21, pp. 92-93. Pour une approche de droit comparé, voir : I. SEIDL HOHENVELDERN, « Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law? », (1963) 12 *I.C.L.Q.* 88.

25. Le *dualisme* postule une différence de nature entre les deux catégories d'ordres juridiques, alors que le *monisme* affirme leur unité.

postulant une rupture absolue entre la norme internationale et sa « transposition » interne, elle multiplie les difficultés et handicape sévèrement la mise en œuvre et la réalisation du droit international. De même, lorsque la conception moniste dans sa forme rigide stipule que le droit international est valable directement dans l'ordre interne, sans qu'aucun acte étatique d'acceptation soit nécessaire, elle s'écarte de la pratique réelle des États et elle s'illusionne sur le stade de développement atteint par le droit international contemporain.

Les formes originelles des deux thèses ont donc cédé la place à des versions « adoucies » qui, comme on l'imagine, se rencontrent dans la pratique. L'explication est alors la suivante : les règles du droit international ne sont pas directement et immédiatement valables en droit interne, un acte étatique d'acceptation étant toujours nécessaire ; par ailleurs, la réception du droit international en droit interne ne provoque pas son changement de nature ou, du moins, ne provoque pas de rupture entre la norme interne et celle qui continue d'exister en droit international ²⁶.

Si l'on examine maintenant la jurisprudence canadienne, on constate qu'elle adopte dans la pratique cette optique intermédiaire. En effet, comme on l'a vu plus haut, il semble bien qu'elle exige d'une part l'adhésion du Canada à une coutume pour accepter d'appliquer celle-ci, quitte d'ailleurs à déduire cette adhésion de l'absence de dispositions contradictoires en droit interne. D'autre part, une fois la coutume adoptée et introduite dans l'ordre juridique du Canada, les juges se comportent généralement par la suite comme si, à leurs yeux, cette norme conservait sa nature propre. En particulier, ils acceptent assez volontiers de tenir compte de l'évolution de la coutume internationale dans l'application qu'ils en font ²⁷. Dans ce domaine, le concept de *judicial notice* a joué un grand rôle. On entend par là le pouvoir conféré au juge de constater sans autre exigence de preuve certains faits connus ou règles de droit, au nombre desquels se situent les règles du droit international public coutumier ²⁸. En droit anglais, il est établi depuis longtemps que le droit international ne constitue pas un droit étranger qui

26. Dans cette œuvre de rapprochement des théories extrêmes, moniste et dualiste, la doctrine allemande a joué un rôle de premier plan. En particulier, K.J. PARTSCH a fait œuvre de pionnier : « Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht », in : *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, H. 6, Karlsruhe, 1964, pp. 13 et s.

27. Voir en particulier l'opinion du juge Rand dans *Municipality of Saint-John c. Fraser-Brace Overseas Co.*, [1958] R.C.S. 263, à la p. 269, ainsi que celle du juge Laskin dans l'affaire *La République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997, aux pp. 1018-1019. Comme le dit MACDONALD (*supra* note 21, à la p. 93) : « Under the theory of adoption, the courts can bring about a sort of general reception of international law ; they keep municipal law in step with changing international law and there is, therefore, considerable scope for a national judge who wants to develop international law ».

28. VANEK, *supra* note 13, p. 258.

doit être prouvé dans chaque cas²⁹. De cette façon, les juges sont bien placés pour suivre l'évolution des coutumes internationales dans leur milieu d'origine et pour la respecter dans l'application qu'ils font de ces normes en droit interne³⁰.

Il faut cependant relever que cette attitude jurisprudentielle n'est pas toujours très claire. En particulier, les tribunaux canadiens n'ont jamais expressément énoncé les principes sur lesquels ils appuient leurs décisions. Si bien qu'un observateur aussi attentif et pénétrant que M. Macdonald a pu dire que les jugements de la Cour suprême sont « neutral, although they are implicitly adoptionist... »³¹. Ce pragmatisme intégral n'a pas cependant que des avantages. On peut le constater en examinant la jurisprudence de la Cour au chapitre de l'immunité des États étrangers : depuis une dizaine d'années, le plus haut tribunal canadien tarde à consacrer en droit interne l'évolution suivie par la coutume internationale et semble vouloir défendre une théorie de l'immunité absolue qui a été abandonnée ailleurs³². La doctrine est assez critique à l'égard des tribunaux sur ce point³³. Cependant, elle non plus ne mérite pas que des éloges : à notre connaissance, les analyses doctrinales dans ce domaine systématisent surtout les théories classiques. Par contre, elles ne contiennent que peu ou pas de synthèse nouvelle qui aurait pu aider les tribunaux à formuler une rationalisation plus cohérente de la pratique qu'ils suivent empiriquement³⁴.

1.1.3. La valeur hiérarchique des coutumes en droit interne

Comme on l'a vu auparavant, le juge canadien accepte d'appliquer la coutume, une fois celle-ci constatée, à condition qu'elle n'aille pas à l'encontre du droit interne. Le droit international général n'a donc qu'une

29. MACDONALD, *supra* note 21, aux pp. 111 et s. Le professeur Macdonald s'exprime ainsi : « Because it has access, in an informal manner, to the subtle developments and shifts in world opinion, the court is able to review and refresh the law in these areas and to keep it in accord with reason and good sense ». (p. 113)

30. Pour une application récente de ce concept par les tribunaux britanniques, voir : *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 2 W.L.R. 356, à la p. 379.

31. MACDONALD, *supra* note 21, p. 109.

32. Voir : M.L. MARASINGHE, « A Reassessment of Sovereign Immunity », (1977) 9 *Ottawa L.R.* 474; WILLIAMS et de MESTRAL, *supra* note 4, pp. 153 et s. Pour les derniers développements en Grande-Bretagne, voir : R. HIGGINS, « The Death Throes of Absolute Immunity: The Government of Uganda Before the English Courts », (1979) 73 *A.J.I.L.* 465.

33. Par exemple, MARASINGHE, *supra* note 32, p. 500.

34. Les internationalistes canadiens se réjouissent généralement de voir le juge national adhérer à la doctrine de l'adoption ; l'opinion du professeur Macdonald (*supra* note 21, p. 111) est révélatrice à ce sujet. M. Vanek, quant à lui, propose même que l'on inscrive cette théorie dans la constitution canadienne (*supra* note 13, p. 295).

valeur supplétive ou interprétative face au droit canadien. Qu'il s'agisse des règles légales ou de celles du droit commun, le droit interne contraire l'emporte toujours³⁵.

Cette solution de principe pourrait cependant être tempérée en pratique par l'effet d'une des grandes règles d'interprétation des lois, aux termes de laquelle le Parlement ne peut être présumé avoir voulu légiférer de façon à déroger au droit international. Les tribunaux ont donc la possibilité de choisir dans tous les cas l'interprétation la plus compatible avec le droit international³⁶. La règle s'applique en particulier aux lois qui contiennent une délégation du Parlement au pouvoir exécutif ou à l'administration : les actes émis en vertu de cette habilitation ne devront pas être incompatibles avec le droit international, coutumier ou conventionnel, à moins que la loi ne le permette expressément³⁷. Le droit des Gens pourrait ainsi acquérir une certaine suprématie par rapport au droit interne d'origine réglementaire ; étant donné l'importance croissante de celui-ci dans l'ordre juridique canadien (et dans celui des provinces), le résultat ne serait pas négligeable.

Il ne semble pas cependant que les juges canadiens fassent un grand usage de cette règle d'interprétation favorable au droit international coutumier. À l'issue d'une étude serrée de la jurisprudence, Mme Jacomy-Millette constate que, plus souvent, la primauté du droit interne est intégralement consacrée par les tribunaux ; lorsqu'il y a conflit entre le droit international et le droit interne, il est résolu le plus généralement au profit de celui-ci³⁸.

Malgré tout, il arrive que le juge fasse usage de la latitude que lui confère son rôle d'interprète des lois pour promouvoir la cause du droit international. L'affaire des Ambassades en constitue un exemple : appelée à se prononcer sur l'applicabilité d'une loi fiscale ontarienne à des biens appartenant à des États étrangers, la Cour suprême jugea qu'il fallait interpréter le droit interne comme n'allant pas à l'encontre de la règle coutumière fixant les immunités et privilèges des souverains étrangers et de

35. MACDONALD, *supra* note 21, p. 119.

36. W.F. CRAIES, *On Statute Law*, 6^e éd. par S.G.G. EDGAR, Londres, Sweet and Maxwell, 1963, pp. 461 et s. ; P.B. MAXWELL, *On The Interpretation of Statutes*, 12^e éd. par P. St. J. LANGAN, Londres, Sweet and Maxwell, 1969, pp. 152 et s. ; E.A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974, pp. 161 et s.

37. Voir l'affaire des Ambassades (cf. *supra*, note 20 et *infra*, note 39 avec les développements au texte).

38. A.M. JACOMY-MILLETTE, *Treaty Law in Canada*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1975, aux pp. 188 et 189 (« Faced with a conflict between domestic legislative or judicial norms and international law, a Canadian judge generally gives precedence to the domestic rule », p. 189).

leurs représentants³⁹. Dans ce cas, il n'existait pas à proprement parler de conflit entre la loi interne et la coutume internationale, ou plutôt, le conflit n'était pas explicite, la loi ne visant pas spécifiquement les ambassades. Cependant, en l'absence de la règle internationale, le langage général de la loi aurait été interprété comme s'y appliquant. En utilisant la règle d'interprétation favorable au droit international, le juge introduit donc une notable exception au principe général de la taxation et se trouve à compléter la loi.

1.2. L'adoption des règles coutumières en droit interne et la séparation des pouvoirs

Les relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif à l'occasion de l'activité internationale de l'État posent nombre de problèmes. Comme on sait, le principe d'unicité de l'État au regard du droit international a pour effet de lui faire imputer, en tant que sujet des relations internationales, les actes de tous ses organes. Il est donc nécessaire qu'un de ceux-ci puisse disposer d'une certaine prééminence dans ce domaine sur tous les autres, afin que les actes posés par l'État vers l'extérieur ne soient pas discordants : c'est traditionnellement l'Exécutif qui a les premiers pouvoirs en matière de politique étrangère. C'est la raison pour laquelle, en droit anglo-canadien, les tribunaux acceptent comme absolument probants les certificats et déclarations déposés par la Couronne à l'effet d'établir certains faits portant sur les relations internationales et conditionnant l'application du droit⁴⁰. Les tribunaux abandonnent ainsi au gouvernement une part de leur compétence habituelle, pour assurer un fonctionnement plus efficace des relations internationales. Les sacrifices exigés peuvent être plus considérables encore ; c'est ainsi que le juge administratif français refuse d'interpréter lui-même le droit international qu'il est amené à appliquer dans l'exercice habituel de ses fonctions, renvoyant cette responsabilité au gouvernement et au ministère⁴¹. Un autre domaine dans lequel les compétences des juges se trouvent diminuées dans le but d'éviter des interférences avec le pouvoir extérieur de l'Exécutif est celui couvert par la théorie de l'acte de gouvernement (*Act of State*)⁴².

39. Cf. *supra*, note 20. Voir l'analyse de cette décision dans JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38, pp. 194-195.

40. Voir : V. HARDY, « Certificats présentés en cour par le Ministère des Affaires extérieures : La pratique canadienne », (1977) 15 *A.C.D.I.* 236. Pour une approche comparative : SEIDL-HOHENVELDERN, *supra* note 24, pp. 99-100. Voir aussi l'opinion du juge Pigeon dans l'affaire *Château-Gai Wines Ltd. c. Institut National des Appellations d'Origine* [1975] 1 R.C.S. 190; à la p. 199.

41. Voir : J. RIDEAU, *Droit international et droit interne*, Paris, A. Colin, 1971, pp. 14 et 15.

42. Voir : H.M. KINDRED, « Acts of State and the Application of International Law in Canadian Courts », (1979) 10 *R.D.U.S.* 271.

Cependant, c'est principalement le problème des rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif qui se pose lorsque l'on soulève la question du rôle du juge interne à l'égard du droit international. En effet, il s'agit de savoir si les solutions canadiennes en matière de réception du droit coutumier augmentent ou diminuent la marge de manœuvre du juge à l'égard du droit législatif.

Il n'est pas possible d'entrer ici dans une analyse détaillée de la jurisprudence ; on peut cependant retenir la diversité des moyens de preuve de la coutume utilisés par les tribunaux. Ceux-ci se réfèrent ainsi, tour à tour ou cumulativement, aux « doctrines acceptées de droit international »⁴³, à la pratique des États⁴⁴, à la jurisprudence interne — surtout américaine et anglaise⁴⁵ —, et même aux traités entre États⁴⁶. Cependant, c'est la doctrine qui occupe la première place et les autres sources sont souvent utilisées à travers elle, dans la mesure où elle les rapporte. Notons d'ailleurs que la doctrine citée par les juges n'est pas nécessairement la plus pertinente ni la plus récente⁴⁷. Un concept un peu vague réapparaît souvent dans les décisions : celui de *reason and good sense*⁴⁸. Il permet aux juges de se dispenser de trouver des précédents précis pour établir une coutume, en se fondant à la place sur « l'assentiment général et la réciprocité ». Cette approche toute en souplesse confère évidemment aux tribunaux une grande latitude en ce qui concerne les règles internationales dont ils décident d'enrichir le droit interne. Elle leur offre la possibilité de jouer ainsi un rôle intéressant dans l'élaboration du droit en complétant l'œuvre du législateur dans certains cas, en se servant du droit international pour l'interpréter ou la faire évoluer dans d'autres. Cependant, là encore, il semble que la rareté des occasions offertes aux juges d'interpréter et d'appliquer le droit international constitue un obstacle au développement d'une attitude véritablement créative, voire « activiste »⁴⁹. Remarquons également que c'est dans le cadre de cette constatation des coutumes, aux fins de les recevoir en droit interne, que le juge canadien peut jouer un certain rôle en matière de création du droit

43. Cf. l'opinion du juge Duff dans *The King v. The Schooner John J. Fallon*, (1917) 55 R.C.S. 348.

44. Cf. l'opinion du juge en chef dans l'affaire des Ambassades, *supra*, note 20.

45. Cf. l'opinion du juge Ritchie dans l'affaire *Venne*, *supra*, note 27.

46. Cf. l'opinion du juge Rand dans l'affaire *Fraser-Brace*, *supra*, note 27.

47. C'est ainsi que, pour déterminer l'effet d'une clause de ratification sur l'accord de volonté des parties à un traité, le juge Pigeon fait appel au *Traité pratique de droit français* de Planiol et Ripert. Cf. son opinion dans l'affaire *Château-Gai*, *supra*, note 40, pp. 197-198.

48. Cf. l'opinion du juge Rand dans l'affaire des Forces armées (*supra*, note 22, p. 524) ainsi que dans l'affaire *Fraser-Brace* (*supra*, note 27, p. 269).

49. Comme le fait remarquer le professeur MACDONALD (*supra*, note 21, p. 109), il est difficile de bâtir des conclusions à partir d'une jurisprudence aussi rare : jusqu'en 1974, une vingtaine seulement de décisions, dont les sujets se concentrent en outre dans le seul domaine des immunités, ou presque.

international en tant que tel. En effet, la jurisprudence nationale pouvant constituer l'élément matériel d'une coutume internationale, la disponibilité du juge à tenir compte de l'évolution d'une règle en droit interne peut sûrement avoir pour effet d'accélérer cette même évolution au niveau du droit international⁵⁰. Il y a donc un rapport de causalité circulaire entre la norme adoptée en droit interne et la coutume internationale.

1.3. L'adoption des coutumes en droit interne et le principe du fédéralisme

L'adoption (ou « incorporation ») des coutumes internationales en droit canadien a-t-elle un effet quelconque sur le partage des compétences législatives entre la fédération et les provinces? Une autre façon de poser le problème consiste à se demander si les législatures provinciales, à l'exemple du Parlement canadien, sont souveraines à l'égard du droit international ou si, au contraire, leurs compétences sont limitées à cet égard. Depuis fort longtemps, l'opinion presque unanime⁵¹ est à l'effet que le principe anglais de la souveraineté du Parlement s'applique, dans ce domaine, de la même façon en ce qui concerne tous les parlements au Canada; or, l'une des conséquences du principe veut précisément que le Parlement ne soit pas lié par le droit international, qu'il s'agisse de la coutume ou des traités⁵².

C'est dire que les provinces peuvent écarter l'application du droit international coutumier qui a été adopté en droit interne par une disposition législative contraire, à condition évidemment de respecter le partage des compétences législatives prévu dans la constitution. Cependant, la même règle d'interprétation s'applique autant aux lois provinciales qu'aux lois fédérales: sauf disposition expresse ou implication nécessaire, le juge doit les interpréter et les appliquer de façon à ce qu'elles n'entrent pas en conflit avec les règles du droit international. Il est donc loisible aux tribunaux de faire du *reading down*, c'est-à-dire de purger la loi des conséquences qui la rendraient incompatible avec une règle coutumière ou conventionnelle⁵³.

50. Cf. *supra*, note 14 et les développements au texte.

51. L'absence d'unanimité est due à deux auteurs, M. VANEK (*supra*, note 13, p. 273), qui pense que ni le Parlement fédéral, ni les législatures des provinces ne peuvent légiférer à l'encontre du droit international, général ou conventionnel et M. LA FOREST (« May the Provinces Legislate in Violation of International Law? », (1958) 39 *Can. Bar Rev.* 78) pour lequel seul le droit coutumier s'impose aux parlements provinciaux (mais non pas au Parlement fédéral). L'opinion de ces deux auteurs se heurte cependant à celle de l'immense majorité de la doctrine et elle ne tient pas compte de la jurisprudence (cf. *infra*, note 52).

52. Voir: MACDONALD, *supra*, note 21, p. 119 (citant la jurisprudence); JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38, pp. 189 et s. ainsi que 280 et s.

53. Pour une application de cette règle d'interprétation en faveur d'une règle coutumière, cf. l'affaire des Ambassades, *supra*, note 20, p. 231 (loi ontarienne); en faveur d'une règle conventionnelle, cf. l'affaire *Arrow*, *infra* note 72 (loi ontarienne).

Cette solution présente des inconvénients assez sérieux, lesquels n'ont pas manqué d'être relevés par la doctrine : étant donné que les provinces sont en mesure de déroger aux coutumes qui lient le Canada, la fédération — qui est seule revêtue de la personnalité internationale canadienne — peut voir engager sa responsabilité internationale sans pour autant disposer des moyens d'assurer le respect du droit des Gens (ou de forcer les provinces à le respecter)⁵⁴. Pour certains, ces considérations militent en faveur d'une solution qui interdirait aux parlements provinciaux de légiférer à l'encontre de la coutume internationale⁵⁵.

On peut cependant se demander si le droit constitutionnel canadien actuel n'offre pas des avenues que les juges et la doctrine auraient manqué d'explorer. En effet, pour repousser la présomption en faveur du droit international, les lois provinciales doivent contenir une disposition expresse s'attaquant à la règle de droit international en cause. On pourrait alors arguer dans un grand nombre de cas (celui des immunités des États étrangers en est un bon exemple) qu'une telle disposition constitue *in pith and substance* une réglementation des affaires internationales, compétence relevant exclusivement du Parlement fédéral. Une telle démarche, qui n'a pas été suivie en pratique, ferait évidemment jouer aux juges un rôle considérable. Elle aurait pour inconvénient de brouiller la discussion en subordonnant le problème des rapports entre le droit interne et le droit international à celui du partage des compétences en matière de relations extérieures.

Peut-être pourrait-on s'inspirer de la constitution de l'Allemagne fédérale pour trouver une solution : l'article 25 de la « Loi fondamentale » de 1949 stipule en effet : « Les règles générales du droit international public forment partie intégrante du droit fédéral... »⁵⁶. Cette disposition correspond à notre théorie de l'adoption, avec cette différence que la réception des coutumes s'opère exclusivement vers le droit fédéral (alors qu'au Canada les coutumes sont incorporées au droit fédéral *ou* provincial, selon la compétence constitutionnelle en cause). Dès lors, toute loi d'un *Land* (l'un des onze membres de la fédération allemande) qui dérogerait à une coutume tombera sous le coup du principe de prépondérance des lois fédérales (article 31 de la

54. Voir : A. DUFOUR, « La protection des immunités diplomatiques et consulaires au Canada », (1973) 11 *A.C.D.I.* 123 ; LA FOREST, *supra* note 51.

55. LA FOREST, *ibid.* ; VANEK, *supra* note 13.

56. La disposition entière se lit de la façon suivante : « Les règles générales du droit international public forment partie intégrante du droit fédéral. Elles priment les lois et font naître directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral ». Nous pensons que seule la première partie est à retenir dans le contexte canadien. D'ailleurs, en Allemagne même, la seconde partie de la disposition (suprématie des coutumes sur les lois ordinaires) est d'application délicate et controversée ; voir : J. WOEHRLING, « La conclusion et la mise en œuvre des traités dans le fédéralisme allemand » (première partie), (1979-1980) 14 *R.J.T.* 73, pp. 93 et s.

constitution : « Le droit fédéral prime ("brise") le droit de *Land* »). La même règle s'appliquerait au Canada — puisque nous avons le même principe de prépondérance — si l'on reconnaissait aux coutumes adoptées par les tribunaux la valeur d'une loi fédérale. Les dangers pour le fédéralisme seraient fort limités car — contrairement aux traités — le gouvernement fédéral n'a pas la possibilité de susciter facilement la création d'une règle coutumière dans le simple but d'empiéter dans le champ des compétences provinciales⁵⁷.

2. Le juge canadien et les traités internationaux⁵⁸

On sait que les traités supplantent aujourd'hui la coutume en volume comme source du droit international. D'autre part, le droit des traités a évolué très rapidement depuis une quarantaine d'années, principalement dans le sens d'une plus grande complexité. La raison en est le développement des traités multilatéraux qui posent des règles de portée générale (« traités-lois ») et la recherche de l'universalité dans la participation à ces instruments. Pour atteindre cet objectif, il a fallu diversifier les modes d'acceptation ouverts aux États et, surtout, établir un régime des réserves plus libéral : toutes innovations qui ont eu pour effet d'accentuer d'une certaine façon le formalisme inhérent au phénomène conventionnel⁵⁹. C'est d'ailleurs cette importance des formes et de la procédure qui constitue la principale différence entre les traités et la coutume, lorsqu'on envisage le droit international du point de vue du droit interne. En effet, beaucoup plus que la coutume, les traités se caractérisent par le fait qu'ils mettent en cause deux ordres juridiques différents : les règles relatives à leur élaboration et à leur exécution relèvent autant du droit international que du droit constitutionnel propre à chacun des États engagés dans le commerce international et « il est

57. Sans doute les choses se présentent-elles différemment dans le cas d'une coutume *bilatérale* (cf. C.I.J., affaire du droit de passage en territoire indien). De même, le professeur MACDONALD (*supra* note 21, p. 126) fait remarquer que le gouvernement fédéral peut affecter de façon *négative* la formation d'une règle coutumière, en refusant de la reconnaître.

58. Concernant le droit canadien des traités, voir essentiellement : JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38 ; R.St.J. MACDONALD, « International Treaty Law and the Domestic Law of Canada », (1975) 2 *Dalhousie L.J.* 307.

59. Cette complication du droit international des traités se répercute évidemment dans le droit interne ; c'est ainsi que la multiplication des accords multilatéraux à grand nombre de parties entraîne, dans le cas du Canada, une augmentation sensible de la part réservée aux traités soumis à ratification. Voir : A.E. GOTLIEB, « Treaty-Making : Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements », in : R.St.J. MACDONALD, G.L. MORRIS and D.M. JOHNSTON (dir.), *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, pp. 229 et s., à la p. 233.

bien difficile d'imaginer une hypothèse dans laquelle la portée du traité dans un ordre juridique serait sans répercussions sur son sort dans l'autre »⁶⁰.

En outre, les traités contiennent des règles écrites et plus précises, qui entrent donc plus directement en compétition avec les normes du droit interne, alors que les coutumes ont souvent un caractère vague, ce qui leur confère un statut quelque peu incertain dans l'ordre juridique national.

Cette complexité croissante du droit des traités, ainsi que l'interdépendance accrue entre le droit interne et le droit international ne sont évidemment pas restées sans effets sur le rôle du juge interne : en devenant toujours plus une « opération à procédure », le traité est davantage susceptible d'activer le contentieux⁶¹.

2.1. La nature des rapports entre le droit conventionnel et le droit interne canadien

2.1.1. Les conditions de validité des traités en droit interne

La conclusion des traités au Canada relève de la prérogative royale. À de rares exceptions près, pourtant, un traité liant le Canada ne sera pas appliqué par le juge s'il n'a pas fait l'objet d'une mise en œuvre législative fédérale, provinciale ou combinée⁶². Cette intervention parlementaire pourrait être perçue comme une manifestation de volontarisme de la part du Canada. En réalité, comme on l'a déjà remarqué, elle n'a d'autre but que d'assurer le respect de la séparation des pouvoirs et — partant — de garantir le respect des compétences du législateur⁶³. Il en découle que les traités qui n'affectent pas le droit en vigueur n'exigent pas d'action législative⁶⁴, pas

60. P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 26.

61. Le droit interne des traités est également devenu plus complexe, en raison particulièrement du rôle accru des Parlements dans la procédure de conclusion des accords internationaux. Ce sont les exigences d'une plus grande démocratisation de la vie politique qui expliquent cette évolution qui, pour des raisons évidentes, ne s'est pas produite de la même façon en ce qui concerne les coutumes.

62. En effet, sous l'empire de l'interprétation judiciaire actuelle de la constitution, il n'y a pas de parallélisme entre les compétences de *conclusion* des traités et celles de *mise en œuvre*. Dans le premier cas, les tribunaux ont conclu à un monopole du gouvernement fédéral, alors que dans le deuxième ils se sont prononcés pour un partage matériel des compétences entre la fédération et les provinces. Notons également que la « mise en œuvre » jusqu'ici abordée est celle exigée, pour introduire le traité en droit interne, par la pratique constitutionnelle. Il ne s'agit nullement de celle qui peut être requise pour l'exécution ultérieure d'un traité qui n'est pas *self executing* (c'est-à-dire qui appelle des normes complémentaires internes).

63. Cf. MACDONALD, *supra* note 58, pp. 308 et s. ainsi que les pp. 312 et s.

64. 296 traités ratifiés par le Canada n'ont pas exigé de législation spécifique du Parlement canadien pour leur mise en œuvre : (1978) 16 A.C.D.I. 386.

plus que ceux — assez rares — qui relèvent de la compétence exclusive de l'Exécutif⁶⁵. S'ils ont été considérés comme importants par le Cabinet, ces accords auront toutefois été soumis à l'approbation des deux Chambres du Parlement par résolution conjointe, avant l'engagement définitif du Canada⁶⁶. D'une façon générale pourtant, si la législation de mise en œuvre est de compétence fédérale, elle comportera souvent une section d'approbation de l'accord par le Parlement⁶⁷.

En résumé, l'engagement du Canada dans un traité international est l'œuvre de l'Exécutif. L'approbation qu'il peut éventuellement rechercher de la part du Parlement n'a d'intérêt que politique. Cet engagement pourtant — aussi parfait soit-il sur le plan international — ne créera d'obligations que pour la Couronne canadienne. Dès qu'un traité porte atteinte au droit interne, une législation s'impose pour que soient respectées les obligations qui en découlent⁶⁸. Cette situation, même parfaitement justifiable sur le plan

65. Pour une liste de ces traités, voir l'opinion du juge Rand dans l'affaire *Francis v. La Reine*, [1956] R.C.S. 618, pp. 625 et s.

66. Cf. MACDONALD, *supra* note 58, pp. 320 et s. Ceci ne vaut pas pour les accords en forme simplifiée. Bien sûr, il n'existe aucun contrôle à ce stade de la part des assemblées provinciales.

67. Cf. AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *Conference on National Treaty Law and Procedure*, Paper submitted by Canada, March 1979, p. 5 (miméographié). Il ne semble donc pas qu'il y ait de double intervention parlementaire à l'égard d'un même traité (comme on l'a parfois prétendu), à de rares exceptions près du moins : JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38, pp. 120 et s. S'il y a eu approbation par contre, celle-ci (sauf exigence de pure logique) n'oblige en rien le Parlement à voter ultérieurement une loi de mise en œuvre : JACOMY-MILLETTE, *ibid.*, p. 199.

68. Remarquons toutefois que dans la récente affaire *Capital Cities*, les juges dissidents ont souligné l'importance d'un traité, même non mis en œuvre sur le plan législatif, comme limite à l'activité gouvernementale au nom du principe *pacta sunt servanda*. Parlant du C.R.T.C., le juge Pigeon condamne sa capacité de donner des autorisations qui contreviennent aux obligations du Canada en vertu d'un traité en des termes très forts : « Il est chargé de mettre en œuvre la ligne de conduite établie par le Parlement. Même si celle-ci ne fait pas mention des obligations du Canada résultant du traité, le principe que les relations internationales sont de la compétence du gouvernement fédéral fait partie intégrante de notre régime constitutionnel. 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 ». *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 188. Il convient pourtant de souligner que les juges dissidents ont apporté eux-mêmes des limites à leur raisonnement en citant la Cour d'appel d'Angleterre dans *Post Office c. Estuary Radio Ltd.* ([1968] 2 Q.B. 740). Il s'agissait d'une Convention proclamée par décret. Le juge estima qu'elle liait en elle-même le tribunal. Pourtant, un décret intervenu postérieurement liait également le tribunal. « Si son sens est clair, nous devons lui donner effet, même s'il diffère de celui de la Convention, car il se peut que la Couronne ait changé d'avis (...) ». En effet, elle peut « (...) changer sa politique, même si elle doit, ce faisant, violer une convention internationale à laquelle elle est partie ». Le juge ajouta cependant qu'il existait une présomption à l'effet que la Couronne n'avait pas l'intention de violer la convention et que, si le décret était ambigu, on devait s'efforcer de l'interpréter de façon compatible avec la convention. Rien de ceci n'est bien nouveau (les soulignés dans les citations sont de nous).

interne, n'est pas très favorable à la cause du droit international public. Certes, les traités qui impliquent une législation fédérale pour leur mise en œuvre ne posent guère de problèmes ; d'abord, en raison du phénomène de la majorité parlementaire, qui permet à l'Exécutif de contrôler son Assemblée, ensuite en raison du fait que le Canada ne s'engage généralement pas dans une convention imposant une législation de mise en œuvre sans que celle-ci n'ait été adoptée⁶⁹. Il n'en va pas de même lorsqu'une intervention législative est requise de la part des législatures provinciales, comme il sera vu plus loin.

2.1.2. La nature des normes conventionnelles reçues en droit interne

Étant donné que la plupart des traités conclus par le Canada doivent être spécifiquement introduits en droit interne par une loi fédérale ou provinciale, il est admis presque sans discussion que cette réception fait subir à la norme internationale un changement de nature et que c'est donc la théorie de la transformation qui s'applique⁷⁰. Cependant, comme on l'a vu plus haut, l'application intégrale de cette théorie entraîne une totale rupture entre le traité international et la norme parallèle interne et provoque, par là même, toutes sortes d'effets indésirables. Il n'est donc pas étonnant de constater que les juges canadiens, à l'exemple de leurs collègues d'autres pays, tempèrent parfois dans la pratique les conséquences de l'optique « transformationniste »⁷¹. Ceci est particulièrement remarquable en ce qui concerne l'interprétation des règles conventionnelles reçues dans le droit interne. En théorie, étant donné que la seule norme qui fait droit dans l'ordre interne est celle qui a été transformée, c'est elle également qui devrait faire seule l'objet de l'application et de l'interprétation par le juge national. En pratique, comme le montre la jurisprudence, la norme internationale d'origine joue un rôle important dans l'interprétation de la loi de transformation⁷². Cette attitude des tribunaux est d'ailleurs inévitable, dans la

69. Cf. AMERICAN SOCIETY..., *supra* note 67, p. 5 et MACDONALD, *supra* note 58, p. 323.

70. Cf. MACDONALD, *supra* note 21, pp. 117 et s.; *supra* note 58, pp. 312 et s.; JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38, pp. 198 et s. Cependant, voir VANEK, *supra* note 13.

71. Pour la jurisprudence allemande, voir : WOEHLING, *supra* note 56, pp. 90 et s.

72. Cf. JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38, pp. 292 et s.; C. EMANUELLI et S. SLOSAR, « L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge canadien », (1978) 13 R.J.T. 69, p. 73 et pp. 76 et s.; DRIEDGER, *supra* note 36, pp. 129-130; VANEK, *supra* note 13, pp. 290-291. Voir aussi l'opinion du juge Rand dans l'affaire *Francis*, *supra* note 65, pp. 624-625 et celle du juge Lamont dans *Arrow River and Tributaries Slide and Boom Co. Ltd. v. Pigeon Timber Co. Ltd.*, [1932] R.C.S. 495, pp. 506-508. Comme le font remarquer EMANUELLI et SLOSAR (*supra* pp. 73 et 76), le rapport entre le traité et la norme interne parallèle est fonction du mode de transformation choisi par le législateur. On peut ajouter que ce mode dépendra lui-même du caractère des normes du traité, immédiatement applicables ou non.

mesure où la présomption de compatibilité entre le droit interne et le droit international ne leur laisse pas d'autre choix que d'établir une étroite comparaison entre la loi et le traité.

Il demeure que des problèmes pourraient naître dans certains cas, comme par exemple lorsque le traité contient pour sa propre interprétation des règles qui diffèrent dans leurs effets de celles qui sont propres au droit interne. Si la transformation s'opère par reprise des dispositions du traité dans la loi, par mise en annexe du texte du traité ou même par simple référence à celui-ci dans la loi de transformation, il y a peu ou pas de difficultés ; par contre, si la réception s'opère par simple législation parallèle, sans aucune allusion à la norme internationale, il est possible que les dispositions interprétatives du traité ne soient pas transformées. Il serait alors intéressant de voir l'attitude adoptée par les tribunaux⁷³.

De même, les conséquences pratiques de la théorie de la transformation risquent de se révéler embarrassantes si on envisage un certain nombre de problèmes liés à la succession des lois dans le temps. C'est ainsi que la modification d'un traité international, déjà transformé en loi interne, par un deuxième accord conclu entre les États-parties aura un effet immédiat au niveau du droit international, alors que le même résultat en droit interne sera subordonné à une nouvelle transformation législative. Étant donné que celle-ci risque de traîner pour de multiples raisons, il peut arriver que la norme internationale et la norme parallèle interne n'aient plus, pendant un laps de temps plus ou moins considérable, le même contenu⁷⁴. Dans l'optique de la théorie de la transformation, seule la seconde est applicable en droit interne ; par contre, c'est la première qui oblige l'État au niveau du droit international. Il serait toujours possible aux juges internes de régler la situation en forçant l'usage de la présomption de compatibilité entre le droit international et le droit interne : il s'agirait de présumer que la loi de transformation du premier traité entendait incorporer d'avance toutes les modifications futures à celui-ci ; il serait cependant étonnant que le juge canadien aille aussi loin.

Lorsqu'ils se sont trouvés confrontés à ces problèmes, les juges allemands ont commencé par développer une série de fictions qui leur a permis d'ignorer en pratique certaines conséquences de la théorie de la transformation, traditionnellement admise en Allemagne. Elles consistent à présumer que le législateur désire que le traité s'applique en droit interne dans les termes et de la façon qu'il s'applique au niveau international. Cette façon de

73. Cf. SEIDL-HOHENVELDERN, *supra* note 24, p. 119.

74. Pour parer à cette difficulté, il est possible de prévoir, dans la loi de transformation d'un traité, une délégation de pouvoir à l'exécutif pour permettre à celui-ci de mettre en œuvre en droit interne les amendements susceptibles d'être apportés au traité. Cependant, cette solution ne respecte pas le droit du Parlement de contrôler l'activité gouvernementale dans ce domaine.

procéder présente cependant un caractère tellement artificiel que les tribunaux de la République fédérale abandonnent progressivement l'optique de la théorie de la transformation pour adopter la théorie de l'« ordre d'exécution » (*Vollzugsbefehl*) d'après laquelle la loi de réception du traité n'a pas pour effet de transformer celui-ci en droit interne, mais uniquement d'enjoindre aux tribunaux d'appliquer le traité (ou, du moins, les dispositions immédiatement applicables qu'il contient) *en tant que tel*. Dans la mesure où les normes conventionnelles ne sont pas *self-executing*, cet ordre d'exécution servira de base juridique aux mesures complémentaires nécessaires⁷⁵.

De cette façon, le droit des Gens est appliqué à l'intérieur du droit interne sans changer de nature: il n'y a pas de rupture entre les normes internationales « reçues » et l'ordre juridique d'où elles originent. Elles se modifient en droit interne en même temps qu'au plan du droit international; ce sont les règles d'interprétation propres à celui-ci qui s'appliquent, et ainsi de suite.

Il n'est pas de notre propos ici de discuter des mérites de cette théorie pour le Canada. Cependant, il y a lieu de noter l'absence à peu près totale d'une remise en question de la théorie de la transformation par la doctrine canadienne. Cette absence de doute se retrouve chez nos tribunaux. Signifie-t-elle que les problèmes posés ailleurs par la théorie de la transformation ne se soulèvent pas chez nous? Cela reste à démontrer, aucune étude systématique de la jurisprudence n'ayant encore été faite dans cette optique.

2.1.3. La valeur hiérarchique des normes conventionnelles en droit canadien

Dans le cadre de la théorie qui prévaut au Canada, la norme transformée ne peut avoir d'autre valeur que celle de la norme de transformation. C'est dire que les traités reçus législativement ont le rang d'une loi ordinaire du Parlement⁷⁶. Le principe *lex posterior derogat priori* recevant application, le droit international conventionnel ne jouit donc d'aucune supériorité par rapport au droit interne. Cette conséquence est conforme au principe britannique de la souveraineté du Parlement.

Cette solution présente cependant l'inconvénient de rendre plus difficile le respect du droit international par le Canada et d'exposer ainsi celui-ci à voir engager sa responsabilité internationale. C'est la raison pour laquelle on retrouve dans notre droit la règle qui est commune à tous les systèmes qui ne reconnaissent pas la suprématie de principe du droit international: celle de l'interprétation favorable au droit international des lois internes.

75. Cf. WOEHRLING, *supra* note 56, pp. 89 et s.

76. Il en va d'ailleurs de même pour les traités qui ne nécessitent aucune transformation par voie législative.

Cette technique du *clear statement* est particulièrement courante en droit anglo-saxon. Elle consiste à enjoindre aux tribunaux de présumer que le législateur n'a pas voulu atteindre certains résultats : s'il veut y parvenir, il lui faut s'exprimer avec la plus grande clarté⁷⁷.

Dans le cas du droit international, la présomption d'effet que le législateur n'a pas l'intention de le modifier ou de l'ignorer a pour conséquence de lui conférer une certaine suprématie pratique sur le droit interne. Notons qu'il existe un autre moyen d'atteindre un résultat analogue ; c'est de toujours considérer la loi de réception d'un traité comme une règle spéciale, de façon à actionner le principe *generalia specialibus non derogant*. À notre connaissance, cette technique n'est pas utilisée par les tribunaux au Canada⁷⁸.

D'une certaine façon, les traités introduits en droit interne limitent donc la liberté d'action future du législateur. En effet, alors qu'une loi quelconque peut être modifiée *implicitement* par une loi postérieure, la loi d'introduction d'un traité ne sera considérée abrogée ou modifiée par une loi plus récente que dans les cas où celle-ci fait apparaître une volonté *explicite* du législateur d'en arriver à ce résultat. Ceci, bien sûr, à condition que les tribunaux appliquent de façon conséquente la présomption de compatibilité entre le droit interne et le droit international. Cependant, comme on a déjà pu le constater pour les coutumes internationales, il s'agit là d'une de ces règles d'interprétation dont l'application est parfois aléatoire et qui confèrent aux juges une marge de liberté à l'égard du droit statutaire qu'ils sont chargés d'appliquer⁷⁹.

2.2. L'introduction des traités en droit interne et la séparation des pouvoirs

Les rapports entre le Parlement et l'Exécutif à l'occasion de la conclusion et de la mise en œuvre interne des traités soulèvent nombre de problèmes

77. Par exemple : déroger au *common law*, donner une portée rétroactive à la loi, permettre l'expropriation sans indemnité, modifier ou diminuer les droits de la Couronne, restreindre les recours des justiciables, et ainsi de suite.

78. Il arrive cependant que cette technique soit utilisée par le législateur lui-même, lorsqu'il stipule que les dispositions d'une loi incorporant un traité doivent avoir force « nonobstant les dispositions en vigueur de toute loi au Canada ». Il ne peut être question de conférer de cette façon à un traité une valeur hiérarchique supérieure aux lois ordinaires ; le but de cette disposition est donc sans doute de mettre de côté les règles ordinaires d'interprétation et d'actionner le principe qui donne la préférence aux lois spéciales. Cf. la *Loi sur l'arrangement commercial Canada-France, 1933* qui est en cause dans l'affaire *Château-Gai* ainsi que l'opinion du juge PIGEON, *supra* note 40, p. 205 et celle du juge LASKIN, p. 222. Pour d'autres exemples, voir : JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38 p. 123, note 41.

79. Cf. la jurisprudence citée par JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38, pp. 205 et s. Deux affaires récentes, l'affaire *Château-Gai* (cf. *supra* note 40) et l'affaire *Capital Cities* (cf. *supra*, note 68) contiennent une intéressante divergence entre la majorité et la minorité sur ce point.

qui, en l'absence de dispositions constitutionnelles explicites, ont dû être résolus par les tribunaux. Mais, comme pour le droit coutumier, notre problématique concerne primordialement les rapports entre les juges et le législateur. À nouveau, il faut se demander dans quelle mesure l'application du droit international influence le rôle que le juge peut jouer, face au Parlement, dans la création du droit.

Tout d'abord, on constate que les tribunaux peuvent compléter, s'ils le veulent, l'ordre juridique interne en faisant appel à des principes contenus dans le droit conventionnel, même si celui-ci n'a pas été introduit en droit canadien par la voie législative. C'est ainsi qu'on a vu un tribunal canadien, dans l'affaire *Re Drummond Wren*, faire appel aux droits fondamentaux contenus dans la charte des Nations Unies, pour laquelle il n'existait pourtant aucune législation de mise en œuvre, afin de « nourrir » le concept de *public policy* interne et déclarer nulles certaines dispositions discriminatoires d'un contrat de vente⁸⁰. Cet exemple nous permet de constater que le droit international offre au pouvoir judiciaire la possibilité de développer de nouvelles doctrines de *common law* en se fondant sur des règles qui, pourtant, ne font pas partie du droit interne et qui, selon la théorie classique anglaise, ne devraient y recevoir aucune application. En quelque sorte, le droit des Gens constitue ici un réservoir de normes juridiques, de principes, de standards dans lequel les tribunaux peuvent puiser pour compléter le droit interne dans des domaines où le législateur n'a pas occupé le terrain ou encore pour l'interpréter. Cependant, les tribunaux canadiens sont loin d'avoir utilisé ce moyen de création du droit autant qu'ils auraient pu; l'affaire *Re Drummond Wren* n'a pas fait jurisprudence. Une certaine doctrine le regrette et propose même de systématiser cette solution en accordant aux traités conclus par le Canada, mais non introduits par une loi interne, la prééminence sur le *common law*, tout en continuant de les soumettre au droit législatif⁸¹.

Sans qu'il soit nécessaire d'aller aussi loin, il existe pour les tribunaux un autre moyen de tenir compte en droit interne des traités pour lesquels il n'existe aucune loi d'introduction. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Arrow River* en constitue un bon exemple⁸². Dans cette affaire, l'une des parties faisait appel à un traité international, lequel n'avait fait l'objet d'aucune loi de mise en œuvre, pour contester l'imposition

80. *Re Drummond Wren*, (1945) 4 D.L.R. 674. Malheureusement, dans une affaire semblable, la Cour d'appel de l'Ontario refusa de suivre le raisonnement; voir: *Re Noble and Wolf*, (1948) 4 D.L.R. 123. La réaction doctrinale à la jurisprudence *Wren* a été extrêmement favorable; voir: JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38, pp. 202 et s.; MACDONALD, *supra* note 21, pp. 123 et s.; VANEK, *supra* note 13, pp. 290-291.

81. MACDONALD, *supra* note 58, pp. 318 et s.

82. [1931] 2 D.L.R. 216.

de droits de péage pour le bois flotté sur la rivière Pigeon, qui suit la frontière entre le Canada et les États-Unis. En effet, le traité Ashburton-Webster, conclu en 1842 pour le compte du Canada par la Grande-Bretagne, stipulait que l'usage de certaines rivières internationales, dont la rivière Pigeon, devait demeurer *free and open* pour les ressortissants des deux pays riverains. La loi ontarienne qui autorisait la levée des droits s'appliquait aux compagnies incorporées pour construire et entretenir les travaux destinés à améliorer la navigabilité de tout lac et de toute rivière en Ontario (*any lake or river in Ontario*)⁸³.

S'agissant d'un traité affectant les droits des individus, il ne pouvait recevoir d'application en droit interne qu'à condition d'être repris par une loi de la législature ontarienne, ce qui n'était pas le cas⁸⁴. Ses dispositions auraient donc dû demeurer lettre morte. Cependant, par un jugement unanime, la Cour d'appel allait déclarer que le *Lakes and Rivers Improvement Act* ne s'appliquait pas à la rivière Pigeon; elle arrivait à cette conclusion simplement en utilisant la règle d'interprétation favorable au droit international. Pour les juges, il était possible de lire l'article 32 de la loi ontarienne comme ne s'appliquant qu'aux cours d'eau *entièrement* situés dans la province, à l'exclusion des cours d'eau internationaux (*wholly within the province of Ontario*).

Le jugement est intéressant à deux points de vue. Il démontre tout d'abord que les juges peuvent, grâce à l'utilisation de la présomption en faveur du droit international, faire échec à la volonté manifeste du législateur. À la Cour suprême du Canada, les juges de la majorité devaient démontrer amplement que l'interprétation donnée à la loi ontarienne par la Cour d'appel était injustifiable⁸⁵. Mais ce qui est encore plus remarquable, c'est le fait que la présomption ait bénéficié à un traité qui n'avait pas été introduit en droit interne. Cette règle d'interprétation est habituellement considérée comme devant s'appliquer pour résoudre les conflits entre la loi d'incorporation d'un traité et les lois postérieures qui viendraient la modifier; à ce titre, elle écarte l'application normale du principe *lex posterior* puisqu'elle interdit la modification *implicite* de la loi du traité. Mais sa signification devient bien différente si on l'applique aux conflits pouvant surgir entre les lois internes et les traités non incorporés: non seulement provoque-t-elle alors une espèce de validité *ipso jure* du droit conventionnel en tant que tel, mais surtout elle confère aux juges une grande latitude dans l'interprétation du droit législatif. Il ne semble cependant pas que les tribunaux aient abusé,

83. *Lakes and Rivers Improvement Act*, R.S.O. 1927, c. 43, art. 32.

84. En effet, les traités affectant les droits individuels sont parmi ceux qui nécessitent une incorporation par la législature; voir: JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38, pp. 221 et s.

85. *Arrow River and Tributaries Slide and Boom Co. Ltd. v. Pigeon Timber Co. Ltd.*, [1932] R.C.S. 495; cf. l'opinion du juge Smith, pp. 499 et 500.

ni même usé, de ce moyen pour conduire des menées activistes. De façon générale, les juges canadiens font preuve de retenue et prennent beaucoup moins de liberté dans l'interprétation des lois que leurs collègues américains ; en outre, les occasions qu'ils ont d'appliquer le droit international sont peut-être trop rares pour qu'ils aient pu se familiariser avec les possibilités qu'il leur offre ⁸⁶.

2.3. L'introduction des traités en droit interne et le principe du fédéralisme

La mise en œuvre législative des traités en droit interne est un des problèmes les plus aigus posés par le partage fédéral des compétences au Canada. Étant donné que la seule disposition constitutionnelle pertinente est devenue désuète assez rapidement, il a fallu se rabattre sur l'interprétation jurisprudentielle de la constitution ⁸⁷. Les tribunaux mirent sept ans et beaucoup d'hésitation à dégager une solution. Dans un premier temps, ils allaient consacrer le monopole fédéral en matière de mise en œuvre ⁸⁸. Cette solution présente l'avantage d'une certaine logique — elle confère à l'autorité qui a le pouvoir de conclure les traités celui d'en assurer également l'application en droit interne — et elle facilite considérablement le respect du droit international par l'État canadien. Elle a cependant l'inconvénient d'être extrêmement centralisatrice, en permettant au pouvoir central de s'appropriier indirectement les champs de compétence provinciaux : ne lui suffit-il pas, pour légiférer dans ces domaines, d'invoquer le prétexte de la mise en œuvre d'un traité international ? Il ne fallut pas attendre bien longtemps pour voir le gouvernement fédéral tenter de mettre ce moyen à profit. En 1935, il ratifiait certaines conventions élaborées par l'Organisation Internationale du Travail, lesquelles réglementaient respectivement les heures de travail, le repos hebdomadaire et le salaire minimum ; peu de temps après, le Parlement fédéral votait les lois destinées à la mise en œuvre de ces traités. La « manœuvre » était assez évidente, les tribunaux ayant antérieurement décidé que la réglementation du travail était un domaine de compétence provinciale.

Appelé à juger de la validité des lois fédérales, le Conseil privé abandonna la solution dégagée cinq ans auparavant pour poser la règle qui

86. Cependant, c'est peut être ce à quoi pensait le juge Pigeon dans l'affaire *Capital Cities*, en disant que : « 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 » ; *supra* note 68.

87. Il s'agit de l'article 132 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, 1867, qui prévoyait la mise en œuvre des traités d'Empire (passés par la Grande-Bretagne pour le compte du Canada). Il devint désuet entre 1920 et 1930.

88. Cf. *In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54 ; *In re The Regulation and Control of Radio Communications in Canada*, [1932] A.C. 304.

est encore valable à l'heure actuelle, à savoir que la compétence de mettre en œuvre les traités conclus par le Canada appartient soit au Parlement fédéral, soit aux législatures provinciales, selon que l'objet du traité relève lui-même des catégories législatives contenues dans l'article 91 ou dans l'article 92 de la constitution⁸⁹. Si le traité concerne des matières tombant normalement dans l'article 92, ce sont les provinces qui seront seules compétentes pour légiférer de façon à le mettre en œuvre et à lui donner effet en droit interne canadien. Si elle était certainement nécessaire pour maintenir l'équilibre du fédéralisme canadien, cette solution entraînait cependant des inconvénients pratiques. En dissociant la conclusion des traités — pour laquelle il existe un monopole fédéral — et leur mise en œuvre, elle rend possible des situations dans lesquelles un traité valablement conclu par l'État canadien ne sera pas mis en œuvre par une ou plusieurs provinces, avec cette conséquence que les obligations internationales du Canada ne pourront pas être respectées.

La décision du Conseil privé est l'une de celles qui, dans toute l'histoire de la constitution canadienne, ont provoqué le plus de réactions doctrinales. Certaines d'entre elles furent parmi les plus acerbes que l'on puisse trouver⁹⁰. Un des membres du tribunal devait d'ailleurs donner lui-même une opinion « doctrinale » sur cette décision, à laquelle il avait participé⁹¹. L'affaire des Conventions du travail a aussi considérablement divisé les auteurs, les partisans du centralisme s'opposant vigoureusement à ceux qui favorisent l'autonomie des provinces. On peut regretter que les uns et les autres n'aient pas saisi l'occasion pour discuter le problème, si fécond aux États-Unis, de l'activisme et de la retenue judiciaires. Plutôt que d'y voir l'une de ces situations où, la constitution étant muette, le juge doit exercer une liberté créatrice, les deux camps se sont surtout acharnés à prouver que le problème pouvait être résolu par une lecture correcte de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique.

La décision dans l'affaire des Conventions du travail est aussi l'une de celles qui ont le plus mécontenté le gouvernement fédéral à l'égard du Conseil privé et qui l'ont poussé à entreprendre les démarches pour l'abolition des appels à Londres. L'espoir que le plus haut tribunal canadien, une fois débarrassé de cette tutelle, modifierait la solution adoptée en 1937 ne

89. Cf. l'affaire des Conventions du travail : *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*, [1937] A.C. 326, pp. 347-348.

90. Il est impossible de citer ici toutes les contributions doctrinales sur le sujet, tellement elles sont nombreuses. Voir la bibliographie relevée dans : G.V. LA FOREST, « The Labour Conventions Case Revisited », (1974) 12 *A.C.D.I.* 137, pp. 137 et 138. Voir également : JACOMY-MILLETTE, *supra* note 38, pp. 236 et s.

91. Il s'agit de lord Wright ; cf. (1955) 33 *R. du B. Can.* 1123, pp. 1125 et s. Feu le juge Rand de la Cour suprême s'est également exprimé *ex cathedra* sur le sujet ; cf. I. RAND, « Some Aspects of Canadian Constitutionalism », (1960) 38 *R. du B. Can.* 135, p. 142.

s'est pas encore réalisé. Cependant, depuis 1949, la Cour suprême semble préparer les esprits pour un tel revirement et elle a même été à deux doigts de le réaliser, il y a quelques années⁹².

Dans l'affaire *Vapor Canada*, était mise en cause la constitutionnalité de l'article 7(e) de la loi fédérale sur les marques de commerce⁹³. Au soutien de la validité de cette disposition, l'intimée et le procureur général du Canada avançaient, entre autres, qu'elle avait été édictée pour exécuter les obligations encourues par le Canada du fait de sa participation à la Convention Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (la Convention d'Union de Paris) et qu'elle se justifiait donc comme un exercice de la compétence fédérale relative à la mise en œuvre des traités. Le juge en chef Laskin, qui rend le jugement au nom de la majorité⁹⁴, aborde ce problème d'une façon fort explicite :

Il y a deux questions importantes soulevées à cet égard. D'abord, prenant pour acquis que j'ai à juste titre conclu que l'article 7, dans son texte actuel, ne relève pas de la compétence fédérale, est-ce que l'arrêt relatif aux *Conventions du travail* ([1937] A.C. 326), empêche le pouvoir fédéral de décréter une loi pour exécuter une obligation internationale découlant d'un traité ou accord international ? En second lieu, si la réponse à cette question est négative et le pouvoir fédéral n'est pas ainsi restreint, l'article 7 est-il une disposition législative régulièrement décrétée pour exécuter une obligation internationale ?⁹⁵

Étant donné que le juge en chef discute ensuite longuement de la deuxième question, il semble bien indiquer par là qu'il est prêt à répondre à la première par la négative. En outre, comme pour confirmer cette impression, il cite de façon approfondie la décision du Conseil privé dans l'affaire de la Radiocommunication où lord Dunedin avait précisément reconnu la compétence fédérale de mettre en œuvre tous les traités, quel que soit leur objet⁹⁶. Enfin, il fait référence aux opinions *ex cathedra* de lord Wright et du juge Rand, toutes les deux fort critiques à l'égard de la solution des Conventions du travail⁹⁷. Cette attaque en règle n'est cependant pas menée à son terme car, comme le dit le juge, « même si ce que je viens de mentionner pouvait justifier un nouvel examen de l'affaire des Conventions

92. *Johanesson v. West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, p. 303 ; *Francis v. La Reine*, [1956] R.C.S. 618, p. 621 ; *Affaire des droits miniers sous-marins*, [1967] R.C.S. 792, pp. 815-817 ; *MacDonald v. Vapor Canada*, [1977] 2 R.C.S. 134, pp. 167-173.

93. *Ibid.*

94. Les juges Martland, Judson et de Grandpré rejettent l'argument relatif au pouvoir de mise en œuvre en insistant sur le fait que le texte du traité et celui de la loi ne coïncident pas. Cependant, le juge de Grandpré, qui a écrit les motifs, dit que l'argument « a retenu [son] attention » (pp. 176 et 177).

95. [1977] 2 R.C.S. 134, pp. 167-168 (c'est nous qui soulignons).

96. *Ibid.*, pp. 168 et 169 ; voir aussi *supra*, note 88.

97. *Id.* ; voir aussi *supra*, note 91.

du travail, je ne le trouve pas nécessaire en l'espèce... ». On verra plus loin la façon dont s'y prend le juge Laskin pour éviter de régler le problème une fois pour toutes. La véritable raison de son attitude semble cependant résider dans un reste de réticence de la Cour suprême à renverser purement et simplement un précédent bien établi du Conseil privé. Par ailleurs, le jugement dans cette affaire prend place parmi une série de décisions qui contiennent des indications de plus en plus claires à l'effet que la Cour suprême, à l'exemple d'autres tribunaux de dernier ressort du monde anglo-saxon, se reconnaît désormais la liberté d'ignorer ses propres précédents et qu'elle devrait donc se sentir libre d'en faire de même avec ceux posés par le Conseil privé dans ses décisions pour le Canada⁹⁸.

Dans l'affaire *Vapor*, il n'était cependant pas nécessaire de remettre en cause la solution donnée par le Conseil privé en 1937, car en supposant que le Parlement central puisse légiférer pour exécuter une obligation internationale contractée par le Canada dans un domaine qui autrement ne relèverait pas de sa compétence, le juge Laskin est d'avis « qu'on ne peut pas dire que l'article 7 a été ainsi édicté »⁹⁹. La raison en est que rien dans la *Loi sur les marques de commerce*, sauf l'article d'interprétation, n'indique qu'elle a été adoptée pour mettre en vigueur la Convention internationale. C'est donc l'absence de référence expresse au traité dans la loi canadienne¹⁰⁰ qui interdit au tribunal de considérer « qu'il y ait, en l'espèce, exercice de la compétence fédérale relative à la mise en œuvre d'un traité ou d'une convention, en supposant que cette compétence existe »¹⁰¹.

Ce point de vue est fort surprenant, au premier abord du moins. En effet, la raison d'être de la loi d'incorporation d'un traité est de modifier le droit interne, ou de permettre sa modification, de façon à le mettre en conformité avec les normes internationales et rendre ainsi possible l'exécution de celles-ci dans l'ordre juridique national. Ce but peut être atteint de différentes façons, mais il n'exige nullement que la loi contienne une déclaration expresse à l'effet qu'elle est édictée pour exécuter les obligations du traité, ni même qu'un lien quelconque puisse être établi entre le texte de la loi et le traité d'origine¹⁰². La condition posée par le juge Laskin ne peut donc avoir logiquement trait à l'effet des lois d'incorporation sur les rapports entre le droit interne et le droit international.

98. Voir le commentaire de l'affaire *Vapor Canada* par P.W. HOGG, (1976) 54 *R. du B. Can.* 361, pp. 370 et 371. Cf. également l'opinion du juge en chef Laskin dans l'affaire *Capital Cities* (*supra*, note 68, p. 161): « Bien que cette Cour ne soit pas plus liée par les jugements du Conseil privé que par ses propres jugements... ».

99. [1977] 2 R.C.S. 134, p. 169.

100. Il semble que le juge en chef se satisferait soit d'une référence expresse au traité, soit d'une déclaration expresse à l'effet que la loi est un exercice du pouvoir de mise en œuvre.

101. [1977] 2 R.C.S. 134, p. 172.

102. Voir EMANUELLI et SLOSAR, *supra* note 72, pp. 73-74.

Le concept d'une déclaration expresse revêt un sens beaucoup plus cohérent si on l'envisage du point de vue de la problématique fédérale. Comme on l'a vu, le monopole fédéral en matière de mise en œuvre, que le juge Laskin semble tout prêt à réinstaurer, présente certains avantages mais il comporte aussi un considérable inconvénient puisqu'il permet l'empiétement du pouvoir central sur tous les domaines provinciaux de compétence. Les auteurs qui sont favorables à cette forme de centralisme législatif atténuent cette difficulté en faisant appel à la théorie dite des lois déguisées : les juges auraient toujours la possibilité d'invalidier les lois fédérales chaque fois que la mise en œuvre d'un traité apparaîtrait comme un pur prétexte pour envahir une compétence provinciale que le pouvoir central est incapable de s'accaparer d'une autre manière¹⁰³. Il est cependant permis de croire qu'une protection de ce genre serait insuffisante ; le rôle de l'Exécutif fédéral dans la conduite des relations internationales est tellement prédominant qu'il est illusoire de penser que les juges se reconnaîtraient le pouvoir d'interroger sa bonne foi lorsqu'il conclut des traités internationaux. Comment faire la preuve devant un tribunal que la conclusion d'un traité fédéral sur les échanges culturels, avec un ou plusieurs pays étrangers, n'est motivée que par le désir d'Ottawa d'aller légiférer dans le domaine de la compétence provinciale sur l'éducation ? Ce serait aussi difficile que de prouver l'inexistence d'un état d'urgence appréhendé pour faire annuler une proclamation en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*.

Dans ce contexte, la nécessité d'une déclaration expresse ne pourrait-elle pas être analysée comme une exigence procédurale d'un type un peu particulier, destinée à faire ressortir le caractère quelque peu extraordinaire du pouvoir que conférerait au Parlement fédéral le monopole de la mise en œuvre des traités (monopole que le juge Laskin semble tellement prêt à reconnaître) ?

On pourrait reprendre les mots que le juge Beetz utilise dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*¹⁰⁴, en ce qui concerne le pouvoir d'urgence, et dire, cette fois-ci à propos du pouvoir de mise en œuvre : « Le Parlement ne peut envahir le champ normalement interdit de la compétence provinciale sans signaler de façon non équivoque qu'il agit en vertu de son pouvoir extraordinaire. Pareil signal n'est pas concluant pour légitimer l'action du Parlement mais son absence est fatale »¹⁰⁵ ; ou encore : « Le recours au pouvoir national d'urgence [au pouvoir de légiférer pour mettre en œuvre un traité, dirions-nous] permet au Parlement de transcender les lois provinciales dans pratiquement tous les domaines : il doit être explicite »¹⁰⁶.

103. Voir, par exemple : MACDONALD, *supra* note 58, p. 316.

104. [1976] 2 R.C.S. 373.

105. *Ibid.*, p. 463.

106. *Ibid.*, p. 464.

En d'autres termes, le juge Laskin aurait créé jurisprudentiellement une exigence procédurale particulière pour l'exercice du pouvoir fédéral de mise en œuvre, lorsque celui-ci s'exerce à l'égard de matières relevant normalement de la seule compétence provinciale, tout comme le juge Beetz a inventé une exigence semblable en ce qui concerne le pouvoir d'urgence¹⁰⁷. Le parallèle est valable au moins en ce qui concerne les effets pareillement destructeurs de l'un et de l'autre de ces pouvoirs sur l'équilibre du fédéralisme. Cette condition ainsi posée à l'exercice du pouvoir de mise en œuvre permettrait à la Cour suprême de franchir, à la prochaine occasion, le petit pas qu'elle n'a pas voulu faire cette fois-ci et de renverser le précédent du Conseil privé. En tout cas, il nous semble extrêmement difficile d'expliquer, autrement que par ce souci de protéger les compétences provinciales, l'exigence d'une référence ou déclaration expresse dans la loi d'incorporation d'un traité¹⁰⁸.

Quelle serait la portée de cette protection, advenant que l'on retourne véritablement à la solution centralisatrice? Ce que nous avons relevé auparavant concernant la timidité des juges lorsqu'il s'agit de contrôler l'exercice de la politique extérieure gouvernementale reste vrai même si l'on impose une déclaration expresse dans les lois d'incorporation: pour appliquer la théorie des «lois déguisées», le tribunal devrait prouver la mauvaise foi du gouvernement au niveau de la conclusion même du traité; une fois que l'on a admis que celle-ci constitue un exercice légitime du pouvoir extérieur fédéral, comment pourrait-on ensuite refuser la mise en œuvre législative nécessaire pour l'exécution des obligations qu'elle a fait naître pour le Canada (et cela même si cette mise en œuvre se fait au détriment des provinces)?

Par contre, comme le dit le juge Laskin, l'exigence d'une disposition expresse faciliterait une autre forme de contrôle judiciaire: «Les tribunaux doivent être capables de décider, d'après le texte, qu'il s'agit d'une loi de mise en vigueur. Évidemment, même dans ce cas, on pourra toujours soulever la question de savoir si la loi dépasse ou ne dépasse pas les obligations naissant du traité ou de la convention.»¹⁰⁹. Nous ne pensons pas, quant à nous, qu'un

107. [1977] 2 R.C.S. 134, p. 171: «À mon avis, en supposant que le Parlement a le pouvoir de légiférer pour mettre en vigueur un traité ou une convention à l'égard de matières qui en font l'objet *mais autrement relèveraient de la compétence législative provinciale seulement*, il faut que cela ressorte clairement du texte de la loi visant la mise en vigueur et ne soit pas objet de déduction» (c'est nous qui soulignons).

108. On pourrait appliquer au pouvoir de mise en œuvre conçu comme un monopole fédéral ce que F. CHEVRETTE et H. MARX disent à propos du pouvoir d'urgence, dans leur commentaire de l'affaire *Anti-Inflation*: «The courts should not be asked to second guess Parliament as to whether or not it intended to suspend the distribution of powers in its own favour. Parliament should take the political responsibility with the legislative power», (1976) 54 R. du B. Can. 732, p. 743.

109. [1977] 2 R.C.S. 134, p. 171.

contrôle « quantitatif » de ce type serait suffisant pour contrebalancer les graves dangers que ferait courir au fédéralisme canadien le retour au monopole fédéral sur la mise en œuvre des traités.

Malgré ses inconvénients, le système instauré par l'affaire des Conventions du travail fonctionne de façon satisfaisante et est aujourd'hui bien établi. Si des modifications doivent intervenir, il vaut mieux qu'elles viennent d'une négociation entre les provinces et le pouvoir central que d'un oukase judiciaire. Même les adversaires les plus décidés de la solution actuelle ont déjà reconnu qu'il ne serait pas politique d'en changer de cette façon ¹¹⁰.

Conclusion

En 1929, le grand juriste Hersch Lauterpacht écrivait, à propos des responsabilités qui incombent au juge interne à l'égard du droit international :

The wide scope of the function of municipal judges administering international law [...] appear[s] clearly [...] in regard to their part in creating general rules of customary international law, in developing the substance of international law, and in formulating rules of particular international law binding upon their state and applicable in it as law endowed with formal validity [...]. For one who chooses to confine himself to the field of municipal law, judges administer in all these cases the law of their own country, and nothing else. But one who looks at the substance of things rather than at their form must realize that when acting in that capacity municipal judges are the organs of the international legal community. In their decisions, perhaps only in them, the unity of international and municipal law reveals itself.¹¹¹

Another duty flowing from the realization of the international task imposed upon municipal courts is that of thorough acquaintance with and equally thorough treatment of questions of international law underlying their judgments.¹¹²

Comment les tribunaux canadiens ont-ils assumé leurs responsabilités dans ce domaine? M. Macdonald résume sans doute l'opinion de bien des auteurs lorsqu'il écrit que : « In regard to customary international law, it [is] suggested that our courts, by adopting customary rules and incorporating them into our domestic law, [are] performing quite adequately »¹¹³. En ce qui concerne le droit des traités, la doctrine est beaucoup moins satisfaite des solutions actuelles provenant de la jurisprudence. Elle estime que celles-ci font défaut à tous les points de vue, qu'il s'agisse du fonctionnement du

110. Voir, par exemple : MACDONALD, *supra* note 21, p. 130; G.L. MORRIS, « Canadian Federalism and International Law », in : R.St.J. MACDONALD, G.L. MORRIS and D.M. JOHNSTON (dir.), *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, 55, pp. 62 et s.

111. *Supra* note 12, p. 92.

112. *Id.*, p. 94.

113. *Supra* note 21, p. 130. Cependant, voir la citation du même auteur *supra*, note 21.

fédéralisme, du principe de séparation des pouvoirs ou encore des rapports entre le droit international et le droit interne. Mais, comme le fait encore remarquer M. Macdonald, c'est trop demander aux tribunaux que de régler eux-mêmes tous ces problèmes : étant donné leur importance fondamentale, ils relèvent du législateur et du pouvoir constituant ¹¹⁴.

114. *Ibid.*