

Cour suprême du Canada

Note : ce rapport a été préparé par le Professeur Beaulac – à la demande de la Cour suprême du Canada – et n’engage en rien cette Cour.

I. Suprématie de la Constitution dans l’ordre interne – Effectivité de la suprématie

1. STATUT DE LA CONSTITUTION ET HIÉRARCHIE DES NORMES

La première question à aborder, de savoir si la Constitution du Canada contient une disposition déterminant son rang normatif et son efficacité juridique, est assez simple, puisqu’elle se réfère de façon générique (sans besoin de préciser sa nature et ses sources) à l’ensemble des règles et principes d’ordre supérieur et organique dans un pays «qui définissent les droits essentiels des citoyens d’un État, déterminent son mode de gouvernement et règlent les attributions et le fonctionnement des pouvoirs publics»¹. Depuis *le rapatriement de la Constitution*², cette disposition se trouve explicitement dans un texte, à l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³, précisément au paragraphe 1 :

• 52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Le paragraphe 2 poursuit en mentionnant que la Constitution du Canada comprend, non seulement la présente *Loi de 1982*, mais tous les textes législatifs et les décrets figurant à l’annexe de cette loi, dont l’autre important texte

1. Centre national de ressources textuelles et lexicales, Trésor de la langue française : www.cnrtl.fr/definition/constitution (consulté le 4 avril 2015).

2. Au sujet du rapatriement, en général, voir Jeremy Webber, *The Constitution of Canada – A Contextual Analysis* (Oxford & Portland, É.-U. : Hart Publishing, 2015), p. 42 et ss.

3. *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)].

de droit constitutionnel écrit : la *Loi constitutionnelle de 1867* (qui, anciennement, portait le nom de l'*Acte d'Amérique du nord britannique*, ou en anglais, le «*British North American Act*»⁴).

Une précision importante s'impose immédiatement : l'idée de la suprématie de la Constitution, expressément prévue depuis relativement peu de temps, n'est pas nouvelle du tout au Canada. Rappelons que le pays est devenu un État souverain⁵, dans le sens du droit international et des éléments constitutifs codifiés à la Convention de Montevideo⁶, bien après la confédération de 1867, mais aussi bien avant *le rapatriement de 1982* ; on s'entend généralement pour dire que l'accession progressive du Canada à l'indépendance internationale a connu son point tournant avec le Statut de Westminster de 1931⁸. Ceci étant, le principe de la suprématie de la Constitution – de concert avec deux autres méta-principes, à savoir la souveraineté du parlement⁹ et la primauté du droit («*rule of law*»)¹⁰ – s'inscrit dans la longue tradition juridique anglo-saxonne de *common law*, y compris le parlementarisme et le constitutionnalisme, dont le Canada a hérité de Grande-Bretagne. Le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867, dont les tribunaux se servent souvent en interprétation constitutionnelle¹¹ – le considérant certes comme faisant formellement partie du bloc de constitutionnalité¹² – prévoit, en effet, que le

4. *British North America Act*, (1867) 30-31 Vict., ch. 3 (R.-U.).

5. Sur l'aspect de droit international, voir en général, Stéphane Beaulac, *Précis de droit international public – théorie, sources, interlégalité, sujets* (Montréal : LexisNexis, 2012), particulièrement p. 360 et ss.

6. *Convention sur les droits et devoirs des États* (surnom. *Convention de Montevideo*), 26 décembre 1933, article premier.

7. Voir Peter C. Oliver, *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada and New Zealand* (Oxford : Oxford University Press, 2005).

8. *Statute of Westminster*, (1931) 22 Geo. V., ch. 4.

9. Voir, en général, Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution – Process, Politics and Democracy* (Oxford & Portland, É.-U. : Hart Publishing, 2015) ; et Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty – Contemporary Debates* (Cambridge : Cambridge University Press, 2010).

10. Voir, en général, Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law – History, Politics, Theory* (Cambridge : Cambridge University Press, 2004) ; et Trevor R.S. Allan, «*Legislative Supremacy and the Rule of Law* :

Democracy and Constitutionalism» (1985), 44 *Cambridge Law Journal* 111.

11. Voir, en général, Mélanie Samson, «*L'interprétation en droit constitutionnel*», dans Stéphane Beaulac & Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Droit constitutionnel – JurisClasseur Québec* (série «*droit public*»), feuilles mobiles (Montréal : LexisNexis, 2011), fasc. 2.

12. Voir, en général, Liav Orgad, «*The Preamble in Constitutional Interpretation*» (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 714. Très récemment, dans l'affaire *Mouvement laïque québécois c. Saguenay* (Ville), 2015 CSC 16, 15 avril 2015, la Cour suprême du Canada a abordé la question du rôle du préambule de la Charte canadienne des droits et libertés, qui prévoit : «*Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent*

Canada est fondé sur « une Constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ».

La deuxième question sous cette rubrique nous amène à apporter des précisions importantes quant à la nature du droit constitutionnel au Canada et, surtout, quant aux sources normatives. En effet, pour traiter de l'échelle de prévalence entre les différents types de normativités constitutionnelles (valeur, principes, droits, pouvoirs, garanties, etc.), il faut bien évidemment établir des paramètres ontologiques à la discussion qui, du coup, requièrent des éléments de classification. La première distinction cruciale est entre la constitution « juridique » et la constitution « politique », cette dernière concernant pour l'essentiel les conventions constitutionnelles, abordées dans un moment. Ceci étant, la constitution juridique, au Canada, est formée de droit constitutionnel « écrit » et de droit constitutionnel « non écrit », celui-ci faisant référence au droit jurisprudentiel, aux décisions judiciaires des tribunaux nationaux compétents. Rappelons, à cet égard, les propos de la Cour suprême du Canada dans le (premier) renvoi sur le *rapatriement de la Constitution* – Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution¹³ – où la majorité (non contredire sur ce point précis) définissait le droit constitutionnel comme les « parties de la Constitution du Canada qui sont formées de règles législatives et de règles de *common law* »¹⁴.

Le droit constitutionnel écrit au pays comprend bien évidemment les textes constitutionnels, formellement parlant, tels la Loi constitutionnelle de 1982 et la Loi constitutionnelle de 1867, déjà mentionnées. En plus de ces textes faisant partie de la Constitution du Canada – en vertu de l'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, comme il a été vu – il existe d'autres textes de loi qui ont un statut constitutionnel, au niveau matériel. Cette source de droit constitutionnel écrit, souvent appelée simplement (à défaut de mieux) « loi ordinaire », est définie comme suit par la doctrine : « toute loi “constitutionnelle” en raison, non pas de son statut [formel] dans la hiérarchie des normes juridiques, mais de son contenu, dès lors que celui-ci se rapporte de près ou de loin à la forme de gouvernement de l'État ou aux droits des personnes ou groupes avec lesquels l'État pourra entrer en relations »¹⁵. Très récemment, la décision

la suprématie de Dieu et la primauté du droit ». On souhaitait utiliser la mention de Dieu pour donner un statut privilégié aux pratiques religieuses théistes dans la protection de la liberté de religion, prévue à l'article 2(a), un argument qui a été rejeté catégoriquement (*ibid.*, para. 148-149) ; voir aussi Lorne Sossin, « The “Supremacy of God”, Human Dignity and the Charter of Rights and Freedoms » (2003), 52 *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick* 227.

13. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

14. *Ibid.*, p. 877.

15. Maxime St-Hilaire & Laurence Bich-Carrière, « La constitution juridique et politique du Canada : notions, sources et principes », dans Stéphane Beaulac & Jean-François

dans le Renvoi relatif au juge Nadon¹⁶, nous donne un exemple d'une telle loi ordinaire (à son origine, à tout le moins), adoptée par le Parlement fédéral, qui a acquis depuis un statut constitutionnel et ne peut être changée sans recourir à la procédure de modification prévue à la partie V de la Loi constitutionnelle de 1982. Cette législation fait partie du droit constitutionnel, au niveau matériel, parce qu'elle concerne le plus haut tribunal du pays, qui « constitue un élément essentiel de l'architecture constitutionnelle du Canada »¹⁷.

S'agissant de la hiérarchie normative de ces deux sources de droit constitutionnel écrit, il ne fait aucun doute que les textes de loi formellement constitutionnels sont vus comme ayant préséance, dans l'hypothèse d'un conflit avec une loi dite ordinaire ayant le statut constitutionnel. Il en relève de la théorie des sources en droit interne, qu'on associe à l'image de la « pyramide kelsenienne »¹⁸, au sommet de laquelle se trouvent les textes constitutionnels. Suivant ce raisonnement, la jurisprudence constitutionnelle, c'est-à-dire le droit relevant de la Constitution « non écrite » au Canada, est clairement de hiérarchie inférieure aux deux sources (textes formellement constitutionnels, lois ordinaires à statut constitutionnel) de droit constitutionnel écrit. Pour être précis, la jurisprudence dont il est question ici comprend à la fois les décisions judiciaires dans le cadre du règlement d'un litige¹⁹, d'une part, et les avis consultatifs ou renvois sur des questions de droit soumises par un gouvernement²⁰, d'autre part. Ajoutons par ailleurs que les décisions judiciaires, sources de droit constitutionnel, peuvent se fonder, en tout ou en partie, sur des textes de nature constitutionnelle ou des lois ordinaires constitutionnelles, ou peuvent aussi être le fruit de règles d'origine jurisprudentielle autonome, ce à quoi on fait souvent référence à l'aide de l'expression anglaise « *judge-made law* », que d'aucuns traduisent en français par « droit prétorien ».

On doit distinguer ces sources de droit (écrit, non écrit) relatif à la Constitution « juridique » du Canada, d'un côté, des éléments relevant de la Constitution

Gaudreault-DesBiens (dir.), *Droit constitutionnel – JurisClasseur Québec (série « droit public »)*, feuilles mobiles (Montréal : LexisNexis, 2011), fasc. 1.

16. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21.

17. *Ibid.*, para. 100. Voir aussi William R. Lederman, « *Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada* » (1985), 26 *Cahier de droit* 195, p. 200.

18. Le théoricien austro-américain Hans Kelsen, figure de proue du positivisme juridique, a proposé une vision synthétique des sources de droit suivant une hiérarchie, c'est-à-dire l'image d'une pyramide au sommet de laquelle se trouve la constitution d'un État. Voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, trad. Charles Eisenmann.

19. Par exemple, récemment, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire du registre des armes à feu : Québec (*Procureur général*) c. Canada (*Procureur général*), 2015 CSC 14, 27 mars 2015.

20. Par exemple, récemment, la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704.

« politique » du pays, de l'autre²¹. Il s'agit, pour paraphraser la question à aborder ici, d'une façon élaborée pour compléter ou modifier le droit constitutionnel positif au pays²². Selon la terminologie consacrée, on parle de « convention constitutionnelle », définie comme « une règle élaborée empiriquement, sous la forme d'une entente entre gouvernants ou politiciens, règle qui n'est pas sanctionnée par les tribunaux mais appliquée et respectée par les parties en raison d'un sentiment de nécessité politique »²³. Cette conception de l'ordre constitutionnel dans la tradition anglo-saxonne de *common law* vient de l'œuvre d'Albert Venn Dicey²⁴, qui a élaboré cette dichotomie juridique-politique²⁵, s'agissant de la Constitution, et qui a suggéré du coup que les conventions constitutionnelles viennent venir compléter, voire modifier, les règles applicables pour les autorités publiques dans une juridiction.

Au début des années 1980, la Cour suprême du Canada a entériné le concept de conventions constitutionnelles, à deux reprises²⁶, dans les renvois sur le rapatriement de la constitution²⁷. S'inspirant des travaux de Sir W. Ivor Jennings, on a proposé un test à trois conditions : (i) il doit y avoir des précédents à la pratique conventionnelle ; (ii) les acteurs considèrent que cette règle d'usage est en fait obligatoire ; (iii) et il faut qu'il y ait une raison d'être à ladite règle²⁸. Une situation assez récente où cette problématique s'est présentée au Canada, bien que les tribunaux n'aient pas eu à se prononcer, fut la crise parlementaire en décembre 2008, six semaines après l'élection d'un gouvernement

21. Voir aussi Graham Gee & Grégoire C.N. Webber, « *What is a Political Constitution* » (2010) 30 *Oxford Journal of Legal Studies* 273.

22. Voir Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics* (Oxford & Toronto : Oxford University Press, 1991), p. 1 : « As many areas of the constitution are structured by archaic or incomplete laws, the political arena has given birth to binding conventions and customary usages that not only direct political actors in these matters, but ultimately determine the full substance and character of the Canadian constitution ».

23. Henri Brun & Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2^e éd. (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 1990), p. 45.

24. Voir Albert Venn Dicey, « *Introduction : The True Nature of Constitutional Law* », dans *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd. (Londres : Macmillan, 1959), p. 1.

25. Cette distinction, à l'intérieur du paradigme positiviste traditionnel, a récemment été mise en doute ; voir Léonid Sirota, « *Towards a Jurisprudence of Constitutional Conventions* » (2011) 11 *Oxford University Commonwealth Law Journal* 29.

26. Voir Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, supra note 13, p. 888 ; Renvoi : *Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 791, p. 815.

27. Voir Trevor R.S. Allan, « *Law, Convention, Prerogative : Reflections Prompted by the Canadian Constitutional Case* » (1986) 45 *Cambridge Law Journal* 305 ; et Fabien Gélinas, « *Les conventions, le droit et la Constitution du Canada dans le renvoi sur la "sécession" du Québec : le fantôme du rapatriement* » (1997) 57 *Revue du Barreau* 291.

28. W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd. (Londres : University of London Press, 1959), p. 136.

minoritaire conservateur à Ottawa²⁹. Face à l'impasse en chambre au sujet d'une mise à jour budgétaire, le scénario sérieusement envisagé était de renverser le gouvernement et de le remplacer par un gouvernement de coalition (libéral, néo-démocrate, bloquiste); la crise a pris fin lorsque le Premier ministre Stephen Harper a obtenu de la gouverneure générale Michaëlle Jean la prorogation du Parlement. La question au centre des débats, en doctrine notamment³⁰, concernait le rôle des conventions constitutionnelles dans cette affaire et, précisément, si une coalition pouvait (voire devait) se voir donner l'occasion, par la gouverneure générale, de former le Gouvernement³¹.

Sauf erreur, il n'existe pas de normes de droit interne supérieures à la constitution au Canada qu'on pourrait qualifier de « supra-constitutionnelles ». En revanche, depuis 1998 et le Renvoi sur la sécession du Québec³², la Cour suprême du Canada a articulé des « principes sous-jacents » à l'ordre constitutionnel du pays. Bien que la liste ne soit pas exhaustive, ces principes « non écrits » seraient au nombre de quatre (4), à savoir: (i) le fédéralisme, (ii) la démocratie, (iii) le constitutionnalisme et la primauté du droit, et (iv) le respect des minorités; on a déjà suggéré, dans des opinions minoritaires, un cinquième de ces principes, (v) soit « l'honneur de la Couronne »³³ en matière autochtone, et même un sixième, (vi) soit « le respect des droits et libertés de la personne »³⁴.

Dans le Renvoi de 1998, on dit que les quatre (4) principes sous-jacents à notre constitution « ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle »³⁵. Ces éléments de notre ordre juridique constitutionnel ont « plein effet juridique »³⁶, c'est-à-dire qu'ils « peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises »³⁷. Pour être très clair: « Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force

29. Voir Melissa Bonga, « *La crise de la coalition: le choc de deux visions opposées de la démocratie canadienne* » (2010) 33 *Revue parlementaire canadienne* 9.

30. Voir Peter H. Russell & Lorne Sossin (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis* (Toronto: University of Toronto Press, 2009).

31. Voir Warren J. Newman, « *Of Dissolution, Prorogation, and Constitutional Law, Principle and Convention: Maintaining Fundamental Distinctions During a Parliamentary Crisis* » (2009) 27 *National Journal of Constitutional Law* 217.

32. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 [ci-après « Renvoi »].

33. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 104, juges Deschamps et LeBel (minoritaires), para. 97.

34. *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, juge LeBel (minoritaire), para. 79.

35. *Renvoi*, supra note 32, para. 32.

36. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 752.

37. *Renvoi*, supra note 32, para. 54.

normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements »³⁸. Peut-être pourrait-on parler de « supra-constitutionnalité » en relation avec ces principes, mais ils relèvent néanmoins du droit constitutionnel formel (non pas du droit interne), du droit non écrit en fait, c'est-à-dire de la jurisprudence constitutionnelle. Récemment, trois (3) affaires ont fait référence à ces méta-principes constitutionnels : le *Renvoi sur les valeurs mobilières*³⁹, en 2011, le *Renvoi sur le Sénat*⁴⁰, en 2014, et la toute dernière affaire du registre des armes à feu⁴¹, en mars 2015.

S'agissant de la question du droit international, il ne fait pas formellement partie du bloc de constitutionnalité au Canada. On remarquera, tout d'abord, que la Constitution écrite du pays ne dit pratiquement rien concernant le droit international, ce qui n'est pas surprenant puisqu'au moment de sa création, en 1867, la Grande-Bretagne assumait les relations internationales de ses colonies. Ce sera le *Statut de Westminster* de 1931⁴² qui habilitera explicitement le Parlement fédéral en ce qui concerne les affaires étrangères et le droit international ; l'article 3 prévoit en outre que « le Parlement d'un Dominion a le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extraterritoriale ». La jurisprudence a fait référence à quelques reprises au *Statut de Westminster* afin de valider le pouvoir exclusif d'Ottawa en matière de relations internationales⁴³. La principale loi organique du pays, la *Loi constitutionnelle de 1867*, est ainsi presque muette au sujet de l'international ; la seule exception, l'article 132, qui se lit ainsi :

Le Parlement et le Gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers, comme portion de l'Empire britannique, les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces, naissant de traités conclus entre l'empire et ces pays étrangers.

Avant l'indépendance internationale du pays, il était donc prévu que c'était l'ordre juridique fédéral qui avait compétence en matière de traité international, « pour remplir [...] les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces ». L'article 132 est devenu désuet, nous dit-on⁴⁴, puisque l'exercice

38. *Ibid.*

39. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, para. 61.

40. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, supra note 20, para. 25.

41. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, supra note 19, para. 18-19 (majorité) et para. 145-146 (dissidence).

42. *Supra* note 8.

43. Voir *Reference : Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792, p. 816 ; et *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, supra note 13, p. 802-806.

44. Voir Gérard-A. Beaudoin, coll. Pierre Thibault, *La Constitution du Canada – Institutions, Partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés* (Montréal : Wilson & Lafleur, 2004), p. 757 et 764 ; et Ivan C. Rand, « *Some Aspects of Canadian Constitutionalism* » (1960) 38 *Revue du Barreau canadien* 135.

de la pleine souveraineté externe – *de facto*, depuis la *Déclaration de Balfour*, en 1926 ; *de jure*, avec le *Statut de Westminster*, en 1931 – a rendu caduque la compétence donnée explicitement au fédéral pour mettre en œuvre les « traités conclus entre l'empire et ces pays étrangers ». La célèbre décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'*Affaire des Conventions du travail*⁴⁵ a confirmé que l'article 132 était rendu lettre morte⁴⁶, un aspect qui a été fortement critiqué, surtout au Canada anglais⁴⁷.

Ceci étant, à la question spécifique de savoir si la normativité internationale fait partie, en tant que telle, de l'ordre constitutionnel interne au Canada, il faut répondre par la négative, et ce, au premier chef en raison du méta-principe structurel de la souveraineté des États⁴⁸. À l'instar des autres pays de tradition juridique anglo-saxonne de *common law*⁴⁹, le Canada adhère au modèle dit « westphalien » des relations internationales, avec son idée-structure de la souveraineté des États, ce qui a des conséquences importantes en matière d'interlégalité. Cela explique que l'international, y compris au niveau juridique, est vu en termes de communauté de membres, souverainement égaux et indépendants les uns aux autres, chacun possédant sa propre volonté et sa propre finalité, relativement à sa population habitant son territoire⁵⁰. En vertu de cette épistémologie dominante – qui sera certes qualifiée de traditionnelle par certains publicistes⁵¹ – un État souverain comme le Canada appréhende la réalité normative globale du monde en considérant qu'il existe une sphère internationale séparée et distincte des domaines internes du pays. Une auteure a présenté

45. *A.G. Canada c. A.G. Ontario* (surnom. *Conventions du travail*), [1937] A.C. 326 (C.P.).

46. Voir Stéphane Beaulac & John H. Currie, « Canada », dans Dinah SHELTON (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems – Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford & New York : Oxford University Press, 2011), 116, p. 117.

47. Voir Norman A.M. MacKenzie, « Canada: The Treaty-Making Power » (1937) 18 *British Yearbook of International Law* 172 ; Frank R. Scott, « *The Consequence of the Privy Council Decisions* » (1937) 15 *Revue du Barreau canadien* 485 ; George J. Szablowski, « Creation and Implementation of Treaties in Canada » (1956) 34 *Revue du Barreau canadien* 28 ; Edward McWhinney, « *Federal Constitutional Law and the Treaty-Making Power* » (1957) 35 *Revue du Barreau canadien* 842 ; et Gerald L. Morris, « *The Treaty Making Power : A Canadian Dilemma* » (1967) 45 *Revue du Barreau canadien* 478.

48. Voir, en général, Stéphane Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law – The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia* (Leiden & Boston : Martinus Nijhoff, 2004).

49. Giorgio Gaja, « Dualism – A Review », dans Janne Nijman & André Nollkaemper (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (Oxford & New York : Oxford University Press, 2007), 52.

50. Voir Stéphane Beaulac, « The Westphalian Model in Defining International Law : Challenging the Myth » (2004) 8 *Australian Journal of Legal History* 181.

51. Voir, notamment, Gib van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2008).

la problématique de l'interlégalité de façon toute simple, suivant l'approche de *common law*: «*domestic law is “here” and international law is “there”*»⁵².

Bref, il faut parler d'interaction (et non d'intégration) du droit international avec le droit interne canadien puisqu'il existe deux réalités juridiques séparées et distinctes ou, pour emprunter au langage mathématique, deux ensembles non intersectants (en anglais «*non-intersecting sets*») ⁵³. Il s'ensuit qu'au plan de l'activité judiciaire nationale, on ne considère pas que le droit international est contraignant pour les tribunaux du pays, pas plus qu'il peut les «lier» dans leur prise décision⁵⁴. Le mandat constitutionnel des cours de justice est d'interpréter et d'appliquer le droit canadien, pas le droit international, qui relève de la sphère juridique séparée et distincte de l'international. Ceci étant, plus loin, nous verrons comment les règles de réception permettent au droit international d'avoir un impact substantiel en droit interne au Canada.

Pour la question des limites constitutionnelles à la participation du Canada à un ordre international, il faut aborder le pouvoir de conclure des conventions ou des traités, ce qu'on appelle souvent dans le jargon le «*jus tractatus*», ou anglais «*treaty-making power*». Pour ce faire, il est nécessaire de faire référence de nouveau au préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 qui, on l'a vu, dit *inter alia* que notre constitution repose «sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». Outre cette mention expresse, les règles impériales de réception du droit anglais dans les colonies de Sa Majesté ont établi un lien, à la fois originel et continu, entre le droit public de la Grande-Bretagne et celui de sa colonie nord-américaine, le Canada⁵⁵. L'autorité publique en ce qui concerne les relations internationales, y compris le *jus tractatus*, tire sa source de la prérogative royale, c'est-à-dire le «pouvoir dont est revêtu le souverain et qui fait partie de cet ensemble de pouvoirs discrétionnaires dérivant du droit coutumier dont le monarque en personne avait l'exercice»⁵⁶, comme on l'a déjà expliqué au Parlement du Canada. À vrai dire, la particularité de l'autorité publique qui relève de la prérogative royale est le fait qu'elle n'a pas à être autorisée par une mesure habilitante du Parlement; à ce titre, ce type d'autorité

52. Karen Knop, «Here and There: International Law in Domestic Courts», (2000) 32 *New York University Journal of International Law and Policy* 501, p. 504.

53. Voir Stéphane Beaulac, «Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois», dans Stéphane Beaulac & Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Droit constitutionnel – Juris Classeur Québec (série «droit public»)*, feuilles mobiles (Montréal: LexisNexis, 2011), fasc. 23, para. 2.

54. Voir Stéphane Beaulac, «Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont “liés” par le droit international» (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 359.

55. Voir, à cet égard, l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, p. 854.

56. William F. O. Connor, *Rapport du président du Sénat du Canada sur l'A.A.N.B. de 1867* (Ottawa: Imprimeur du Roi, 1939), p. 145-146.

fait exception au principe de la primauté du droit (« *rule of law* »), qui requiert que les actes publics se fondent sur un texte de loi. La nature de la prérogative royale est jurisprudentielle – « *judge-made law* » ou de droit prétorien – c'est-à-dire que ce sont les tribunaux de *common law* qui ont développé ces pouvoirs et, incidemment, déterminé que ceux-ci peuvent être limités, modifiés, voire abolis au moyen d'une loi⁵⁷.

Par conséquent, suivant la tradition britannique de *common law* de droit public, dont le Canada a hérité, c'est sur la base de ses prérogatives que la Couronne (c.-à-d. le gouvernement) était et, dans les faits, est toujours la seule responsable de la conduite des relations internationales, y compris la conclusion de traités (qui ferait, par exemple entrer le Canada dans un ordre juridique international). À l'époque de la confédération en 1867, la Grande-Bretagne avait à sa charge les affaires étrangères de ses colonies ; ce n'est qu'à la suite de son émancipation que le Canada est venu à assumer cette autorité de façon autonome. La question de la compétence constitutionnelle (fédérale ou provinciale) en ce concerne le *jus tractatus* est clairement réglée⁵⁸ – malgré la doctrine minorité défendue au Québec⁵⁹ – au pays : la couronne du Chef du Canada, c'est-à-dire le gouvernement fédéral, détient la plénitude de la compétence en la matière. Pour être clair, cela signifie que la Couronne fédérale peut conclure toute convention internationale, peu importe son objet, que sa matière relève des compétences législatives fédérales ou provinciales (en vertu des articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867)⁶⁰. *De facto*, cette situation juridique existe depuis le Traité sur le flétan, en 1923, voire du Traité de Versailles, en 1919 ; *de jure*, cette autorité plénière du fédéral fut formellement validée par les Lettres patentes de 1947, quoique la jurisprudence allait déjà résolument dans ce sens, avec les décisions dans l'Affaire des Conventions du travail⁶¹ dans les années 1930.

57. C'est ce qui faisait dire à Dicey que les prérogatives royales sont des « résidus de pouvoir » en faveur du gouvernement ; voir Albert Venn Dicey, *supra* note 24, p. 424 : « [they are] nothing else than the residue of discretionary or arbitrary authority which at any given time is legally left in the hands of the Crown ».

58. Voir Stéphane Beaulac, « The Myth of *Jus Tractatus* in *La Belle Province* : Quebec's Gérin-Lajoie Statement » (2012) 35 *Dalhousie Law Journal* 237, p. 249-254.

59. Voir Jacques-Yvan Morin, « La personnalité internationale du Québec » (1984) 1 *Revue québécoise de droit international* 163 ; cette idée fut reprise dans une thèse de doctorat à l'Université de Montréal, publiée sous le titre suivant : Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers – Organic Constitutionalism at Work* (Bruxelles : P.I.E. Peter Lang (Diversitas), 2009).

60. Voir John H. Currie, *Public International Law*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2008), p. 240 ; voir aussi Jean-Yves Grenon, « De la conclusion des traités et de leur mise en œuvre au Canada » (1962) 40 *Revue du Barreau canadien* 151, p. 152-153.

61. Au Comité judiciaire du Conseil privé, *A.G. Canada c. A.G. Ontario* (surnom. Conventions du travail), *supra* note 45, on a pris pour acquis que la Couronne fédérale avait compétence pour

Un exemple où l'on voit que le Canada n'a pas eu d'obstacles constitutionnels à entrer dans un ordre juridique international – ni au niveau structurel organique, ni en ce qui a trait aux contraintes d'ordre fédéraliste – nous vient de la zone de libre-échange qui a été établie en Amérique du Nord. Tout d'abord, en 1988, l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis a été conclu, par la Couronne fédérale, et comprenait clairement des matières qui relèvent des provinces (article 92 de la Loi constitutionnelle de 1867), dont les tarifs sur les produits et services et les barrières non tarifaires comme les quotas et les subventions. Certes, les représentants des gouvernements provinciaux ont discuté, voire conseillé les autorités fédérales au moment de la négociation de cette convention internationale, mais il est clair que c'est le gouvernement fédéral qui avait la compétence exclusive pour la conclure au nom du Canada⁶². L'histoire s'est répétée en 1992, lors de la négociation et la conclusion par le gouvernement fédéral de l'Accord de libre-échange nord-américain, entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994.

Comme dans toutes démocraties constitutionnelles, l'idée même de la suprématie de l'ordre juridique constitutionnel au Canada – tant dans l'organisation des organes, que pour la structure fédérale et, depuis 1982, en ce qui a trait aux droits humains – contribue grandement à la stabilité dans la gouvernance du pays. Nous avons déjà vu que l'article 52, paragraphe 1, de la Loi constitutionnelle de 1982 prévoit expressément la suprématie de la Constitution; au paragraphe 3 de la même disposition, on ajoute: «La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elles». La partie V de la Loi constitutionnelle de 1982 élabore, de façon assez précise, les pouvoirs en question, sous la rubrique «Procédure de modification de la Constitution du Canada». En fait, il existe quatre (4) procédures de modification constitutionnelle; la première est d'application générale, les trois autres sont applicables dans les circonstances prévues expressément par ces dispositions. Il n'est pas opportun d'examiner en détail ce domaine du droit constitutionnel canadien, qui est par ailleurs fort complexe⁶³, comme

conclure les traités en question, qui portait sur des matières provinciales. Quelque temps plus tôt, à la Cour suprême du Canada, *Reference re The Weekly Rest in Industrial Undertaking Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act*, [1936] R.C.S. 461, p. 535, où une majorité des juges avaient abordé expressément l'aspect du *jus tractatus* et avait reconnu la plénitude des pouvoirs en faveur du gouvernement fédéral.

62. Voir Vilaysoun Loungnarath, «La participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis» (1987) 4 *Revue québécoise de droit international* 9.

63. Pour plus de détail, voir Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada* (Scarborough: Carswell, 1996).

l'illustre éloquemment la récente décision de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif au juge Nadon⁶⁴.

Il suffira de mentionner que la procédure de la partie V de la Loi constitutionnelle de 1982 a certes contribué grandement à la stabilité de la constitution du pays – voire à sa trop grande rigidité⁶⁵ – puisque, dans les faits, il n'a pas été possible d'effectuer de vraies modifications constitutionnelles depuis le rapatriement. Autrement dit, il n'y a aucun changement adopté en vertu de la formule d'application générale (si l'on fait abstraction de la proclamation de 1983 convoquant une conférence constitutionnelle sur les droits autochtones), qui requiert l'accord du fédéral et celui d'au moins deux tiers des provinces (représentant au moins 50 % de la population); *a fortiori*, il a été impossible d'en faire en vertu de la formule exigeant l'unanimité des provinces et l'accord du fédéral. En réalité, seuls des changements mineurs – selon la procédure bilatérale (fédéral-provincial) ou la procédure unilatérale fédérale – ont pu être réalisés; au total, une dizaine de ces modestes modifications ont eu lieu. Un exemple: la modification constitutionnelle de 1997 (Québec)⁶⁶, qui a permis à cette province de remplacer son système d'éducation confessionnel par un système fondé sur des regroupements linguistiques (français et anglais). Pour être complet, ajoutons que la Constitution du Canada n'a jamais non plus été modifiée en réaction à une décision judiciaire, ni en raison de traités internationaux conclus par la Couronne fédérale.

2. APPRÉCIATION DE L'EFFECTIVITÉ

Surtout depuis le rapatriement de la constitution en 1982, qui a amené l'adoption d'un instrument supra-législatif de protection des droits humains, la *Charte canadienne des droits et libertés*, on dit du droit constitutionnel au pays qu'il est davantage fondé sur l'idée de la suprématie de la constitution que sur celle de la souveraineté du Parlement. Le Canada n'a pas eu de décision fondatrice

64. *Supra* note 316.

65. À cet égard, il faut rappeler les négociations constitutionnelles ambitieuses qui ont fait l'objet d'échecs majeurs: l'*Accord du lac Meech*, négocié en 1987 et avorté en 1990, ainsi que l'*Accord de Charlottetown* en 1992, rejeté dans le cadre d'un référendum pan-canadien: à cet égard, voir Gérard-A. Beaudoin, coll. Pierre Thibault, *supra* note 44, p. 310-313. Ajoutons que la rigidité de la constitution écrite au pays ne devrait pas occulter la flexibilité dont a fait montre les tribunaux en ce qui concerne la constitution non écrite, notamment en adoptant généralement une interprétation dynamique (par opposition à statique, voire originaliste) des textes constitutionnels; il s'agit de la métaphore de «l'arbre vivant», qui sera examinée plus loin; voir *infra* note 128-134 et le texte les accompagnant.

66. *Modification constitutionnelle de 1997* (Québec), TR/97-141.

majeure, du genre de *Marbury c. Madison*⁶⁷ à la Cour suprême des États-Unis, qui a assis le principe du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité et de la suprématie de la constitution. Étant un « dominion » de la mère patrie, la Grande-Bretagne, créé par voie d'une loi impériale, l'*Acte d'Amérique du nord britannique* (renommé la *Loi constitutionnelle de 1867*), le Canada et sa constitution ont simplement suivi la logique de révision judiciaire en common law, en vertu du pouvoir inhérent des cours supérieures. Cela s'est manifesté, au premier chef, en ce qui concerne le partage des compétences législatives – articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* – pour s'assurer que les deux ordres de gouvernement dans la fédération canadienne respectent leurs pouvoirs et n'agissent pas *ultra vires* eu égard à la loi organique du pays. Dans une large mesure, l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* – vu plus haut – n'est que la confirmation et la validation du principe de la suprématie de la Constitution, dans le contexte du Canada contemporain, un État émancipé et indépendant, qui suit la tradition anglo-saxonne de droit public (constitutionnalisme, souveraineté du Parlement, primauté du droit).

Les acteurs politiques et juridiques au pays reconnaissent unanimement le rôle et la place de la Constitution dans la gouvernance de notre société. D'aucuns pensent que, à l'occasion, les débats publics au pays sont mis, peut-être exagérément, en termes de droit constitutionnel, de libertés fondamentales pour être précis⁶⁸. Dans ces cas, il semble que les intervenants politiques cherchent à légitimer leurs choix, voire parfois leur agenda législatif, en insistant qu'ils souhaitent (même doivent) aller dans un certain sens afin de respecter les impératifs constitutionnels, par exemple de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une illustration relativement récente de ce phénomène est arrivée en 2004, avec le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*⁶⁹, qui avait été fait par le gouvernement fédéral pour avaliser sa proposition de loi définissant le mariage comme « l'union de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne », sans égard au sexe. Le premier ministre de l'époque, le très honorable Paul Martin Jr., avait fait porter une bonne partie des discussions, y compris à la Chambre des communes – notamment via son ministre de la Justice, l'honorable Irwin Cotler⁷⁰ – sur la conformité de ce projet de loi C-38⁷¹

67. *Marbury c. Madison*, 5 U.S. (1Cranch) 137 (1803). Voir aussi Luc B. Tremblay, « *Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice* » (2003) 37 *Revue juridique Thémis* 375.

68. Voir Luc B. Tremblay, « La Loi sur le mariage civil et la clause dérogatoire » (2006) 85 *Revue du Barreau canadien* 87.

69. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698.

70. Canada, *Débats parlementaire*, 38e législature, 1^{re} session, Chambre des communes, l'honorable Irwin Cotler (28 juin 2005), 1005.

71. Qui deviendra la *Loi sur le mariage civil*, 2005, ch. 33.

avec le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur le sexe, tel qu'interprété par la Cour suprême du Canada dans sa décision. Alors, non seulement la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois n'est-elle pas contestée au Canada, elle s'avère être parfois instrumentalisée par les intervenants politiques.

Une affaire récente a fait craindre une possible brisure de l'équilibre entre les branches exécutive et judiciaire, dans le contexte d'une révision judiciaire de la légalité d'une décision de l'administration, précisément en matière de relations internationales. L'affaire *Khadr*, qui a connu plusieurs rebondissements et plus d'une décision de la Cour suprême du Canada⁷², concernait l'exercice de l'autorité du gouvernement fédéral en matière d'affaires étrangères. Dans le deuxième dossier *Khadr*⁷³, on devait décider si l'on pouvait forcer la main du premier ministre Harper pour demander le rapatriement de ce ressortissant canadien détenu illégalement dans une zone de non-droit à Guantanamo, Cuba. Dans une décision unanime, la Cour a confirmé sa compétence pour décider de la légalité de l'exercice de la prérogative royale en la matière avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, tout en reconnaissant une large marge d'appréciation au gouvernement, s'agissant des relations internationales. Dans un troisième dossier *Khadr*, qui n'est pas celui-là monté au plus haut tribunal du pays⁷⁴ – le procès devant la commission militaire à Guantanamo ayant connu son dénouement, avec le plaidoyer de culpabilité de Khadr – on contestait comme insuffisantes les mesures de réparation prises par le Gouvernement suite au jugement dans le deuxième dossier *Khadr*, se limitait à une note diplomatique ne demandant pas le retour du détenu. Compte tenu des tergiversations du Premier ministre Harper dans cette affaire et, en fait, de la fin de non-recevoir au rapatriement de Khadr, il était à craindre qu'une ordonnance judiciaire dans ce sens, en raison de la violation de la *Charte canadienne*, n'aurait pas été suivie par le Gouvernement. Évidemment, on ne le saura jamais, ce qui est mieux comme ça diront plusieurs, et ce, tant pour l'intégrité de nos institutions que pour le principe de la primauté du droit et le respect de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire.

Suite à l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés* est venue l'obligation pour le ministère de la Justice fédéral de s'assurer que les textes législatifs sont en conformité avec les garanties constitutionnelles en matière de droits humains⁷⁵. Ainsi, un processus de validation est imposé, depuis 1985,

72. La première décision de la Cour suprême du Canada: *Canada (Justice) c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 143.

73. *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44.

74. *Khadr c. Canada (Premier Ministre)*, [2010] R.C.F. 36 (C.F.).

75. Voir Adam Dodek, «Lawyering at the Intersection of Public Law and Legal Ethics: Government Lawyers as Custodians of the Rule of Law» (2010) 33 *Dalhousie Law Journal* 1.

par la *Loi sur le ministère de la Justice*⁷⁶ : « en vue de vérifier si l'une de leurs dispositions [des projets ou propositions de loi] est incompatible avec les fins et dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* »⁷⁷. À titre de conseiller juridique, le ministre de la Justice doit, le cas échéant, faire : « rapport de toute incompatibilité à la Chambre des communes dans les meilleurs délais possible »⁷⁸. Ceci étant, ce processus de vérification ne semble pas très efficace puisque, depuis son adoption, aucun rapport n'a jamais été soumis par le ministre de la Justice à la Chambre des communes pour faire état d'une quelconque incompatibilité⁷⁹. Or, il appert fort surprenant qu'aucun des plusieurs centaines de projets de loi adoptés à Ottawa depuis 30 ans n'était problématique quant aux protections constitutionnelles des droits humains⁸⁰. Le ministère de la Justice répond que la procédure interne, notamment grâce aux travaux de la Section des droits de la personne, donne plusieurs occasions pour corriger les lois qui pourraient porter atteinte aux droits et libertés garantis⁸¹.

Une récente cause intentée par Edgar Schmidt⁸² – un avocat senior et conseiller spécial à la Section de la législation du ministère de la Justice, depuis suspendu de ses fonctions⁸³ – devant la Cour fédérale du Canada a permis d'avoir de l'information inédite relativement à cette procédure de vérification. En effet, selon les directives internes du ministère, la norme de validation serait excessivement basse, très permissive en fait, ce qui laisserait passer à peu près tout dans les projets de loi⁸⁴. Les documents dans l'affaire *Schmidt* montrent que seule une disposition « manifestement inconstitutionnelle » sera relevée par les

76. *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. 1985, ch. J-2, art. 4.1, para. 1.

77. Une obligation similaire est prévue sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1969, ch. 44, en vertu de son art. 3.

78. *Loi sur le ministère de la Justice*, *supra* note 76, art. 4.1, para. 1.

79. Cela fait contraste avec d'autres juridictions de common law où il existe de telles obligations, par exemple en Nouvelle-Zélande ; voir Janet L. Hiebert, « Rights-Vetting in New Zealand and Canada : Similar Idea, Different Outcomes » (2005) 3 *New Zealand Journal of Public and International Law* 65.

80. Voir Grant Huscroft, « Reconciling Dury and Discretion : The Attorney in the Carter Era » (2009) 34.

Queen's Law Journal 773, p. 793, note 57.

81. Voir Mary Dawson, « The Impact of the Charter on the Public Policy Process and the Department of Justice » (1992) 30 *Osgoode Hall Law Journal* 595 ; et James B. Kelly, « Bureaucratic activism and the Charter of Rights and Freedoms : The Department of Justice and its Entry into the Centre of Government » (1999) 42 *Canadian Public Administration* 476.

82. *Edgar Schmidt c. Canada (Procureur général)*, Cour fédérale, dossier #T-2225-12, procédure déposée en décembre 2012.

83. Voir Cristin Schmitz, « Charter vetting challenge heading to Federal Court », *The Lawyers Weekly*, 30 janvier 2015, p. 5.

84. Voir Jennifer Bond, « Failure to Report : The Manifestly Unconstitutional Nature of the Human Smugglers Act » (2014) 51 *Osgoode Hall Law Journal* 1.

avocats de Justice, une norme permettant jusqu'à la hauteur de 95 % de risques d'inconstitutionnalité⁸⁵. Cette complaisance expliquerait, pourrait-on penser, pourquoi jamais aucun rapport n'a été soumis à la Chambre des communes en vertu de l'obligation statutaire du ministère de la Justice.

S'agissant de son droit public, le Canada se revendique de la tradition juridique anglo-saxonne de *common law*, où le principe de la « *stare decisis* » constitue la pierre d'assise, notamment pour assurer la sécurité, la stabilité et la prévisibilité dans les règles normatives⁸⁶. Nous avons vu, par ailleurs, qu'une bonne partie du droit constitutionnel au pays est « non écrit », c'est-à-dire qu'il est basé sur la jurisprudence, ou « *judge-made law* » (droit prétorien). En principe, il est donc clair que les autorités jurisprudentielles sont reconnues, surtout lorsqu'elles proviennent de la Cour suprême du Canada, par les tribunaux judiciaire à travers le pays. Soyons clair : la *ratio decidendi* du précédent est suivie (pas les commentaires en *obiter dictum*), dans la mesure qu'il n'est pas opportun de faire du « *distinguishing* ». Depuis la fin des années 1960⁸⁷, la Cour suprême est plus flexible quant à l'application du principe par rapport à sa propre jurisprudence, ce qu'on appelle le *stare decisis* horizontal⁸⁸ (par opposition à vertical). Pour la Constitution, la Cour suprême a déjà précisé que, « les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle »⁸⁹. En ce qui concerne les droits humains, le plus haut tribunal du pays a émis une mise en garde, toutefois : « la Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d'écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte [canadienne]* »⁹⁰. Récemment, dans l'affaire *Carter*⁹¹, la Cour suprême a effectué un ajustement important quant au *stare decisis* vertical :

85. *Ibid.*, p. 43-44.

86. Voir, en général, Mathieu Devinat, *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne : études de méthodologie juridique comparée* (Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005); et Debra Parkes, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2007) 32 *Manitoba Law Journal* 135.

87. Voir, en particulier, *Binus c. R.*, [1967] R.C.S. 594, p. 601 (juge Cartwright) : « I do not doubt the power of this Court to depart from a previous judgment of its own but, where the earlier decision has not been made *per incuriam*, and especially in cases in which Parliament or the Legislature is free to alter the law on the point decided, I think that such a departure should be made only for compelling reasons ». Voir aussi Gerald L. Gall, *The Canadian Legal System*, 5^e éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2004), p. 439-441.

88. Depuis l'arrêt de principe, *Stuart c. Bank of Montreal* (1909), 41 S.C.R. 516, la règle veut que la Cour suprême soit liée par ses propres précédents, dans une logique horizontale.

89. *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, p. 704.

90. *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, para. 44. Voir aussi Mathieu Devinat, « The Trouble with Henry : Legal Methodology and Precedents in Canadian Law » (2006-2007) 32 *Queen's Law Journal* 278.

91. *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, 6 février 2015.

La doctrine selon laquelle les tribunaux d'instance inférieure doivent suivre les décisions des juridictions supérieures est un principe fondamental de notre système juridique. Elle confère une certitude tout en permettant l'évolution ordonnée et progressive du droit. Cependant, le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l'inertie. Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose ; et (2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve « change radicalement la donne »⁹².

Il semble ainsi que maintenant, en ce qui concerne la *Charte canadienne* à tout le moins, le principe du *stare decisis* est beaucoup plus flexible qu'avant au pays et permettrait aux tribunaux inférieurs de reconsidérer le bien-fondé des précédents, même en matière de droit constitutionnel.

Outre le droit constitutionnel, écrit et non écrit (vu plus haut), il existe au Canada des lois « quasi constitutionnelles », qui ne sont pas formellement supralégislatives, mais qui ont un statut spécial en raison de leur objet. Voici les célèbres propos du juge La Forest dans l'arrêt *Robichaud* : « Bien sûr, ce que laisse entendre cette expression n'est pas que la loi en cause est en quelque sorte enchâssée dans la Constitution, mais plutôt qu'elle exprime certains objectifs fondamentaux de notre société »⁹³. Ainsi, on considère que ces lois traitent de sujets d'ordre constitutionnel, ce pourquoi les tribunaux leur ont accordé un statut supérieur. C'est le cas de la législation visant la protection juridique des droits humains, qu'elle soit provinciale ou fédérale⁹⁴, bloc de quasi-constitutionnalité auquel on a ajouté deux autres textes de lois dans l'arrêt *Lavigne*⁹⁵ : la *Loi sur les langues officielles*⁹⁶ ; et, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*⁹⁷. Concrètement, ce statut de lois quasi constitutionnelles signifie, pour les tribunaux canadiens, qu'on leur donnera une interprétation large et libérale, c'est-à-dire généreusement, qui s'accorde

92. *Ibid.*, para. 44 [références omises].

93. *Robichaud c. Canada* (Conseil du Trésor), [1987] 2 R.C.S. 84, para. 8.

94. Au fédéral, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, comme dans *Canada c. Canada* (*Commission canadienne des droits de la personne*), [1987] 1 R.C.S. 1114 ; dans les provinces, en Ontario, le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, comme dans *O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 ; et au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. ch. C-12, comme dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 ; et *Québec* (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) *c. Montréal (Ville)* ; *Québec* (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) *c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.

95. *Lavigne c. Canada* (*Commissariat aux langues officielles*), [2002] R.C.S. 773.

96. *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.).

97. *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21.

avec l'objectif visé⁹⁸ et, en outre, qu'en cas de conflit normatif avec une autre loi, on leur donnera préséance dans un processus de hiérarchisation des dispositions contradictoires⁹⁹.

Le contrôle de la constitutionnalité et de la légalité des lois et autres mesures des autorités publiques ne connaît pas de restriction de principe au Canada¹⁰⁰. Comme nous avons vu plus tôt, peu importe la source des règles normatives, en fait même les pouvoirs qui reposent sur des prérogatives royales peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire¹⁰¹, comme en matière de relations internationales¹⁰². Le critère juridique pouvant limiter le contrôle de la légalité est celui de la « justiciabilité » d'une question¹⁰³, ce qu'on appelle parfois aussi la doctrine de la question politique¹⁰⁴. Dans le contexte de l'exercice de la prérogative royale en matière d'affaires étrangères, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'examiner la décision du Premier ministre du Canada concernant l'octroi de la pairie à Conrad Black, la qualifiant de question de « haute politique » :

« *Where matters of high policy are concerned, public policy and public interest considerations far outweigh the rights of individuals or their legitimate expectations. In my view, apart from Charter claims, these decisions are not judicially reviewable*¹⁰⁵. »

A contrario, on comprendra : le contrôle judiciaire aurait été possible si le dossier avait soulevé des questions de droits et libertés. C'était le cas dans l'affaire *Abdelrazik*¹⁰⁶ – à savoir, l'article 6 de la *Charte canadienne* – où

98. Voir *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3, R.C.S. 3.

99. Voir *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, p. 157-158 (juge Lamer).

100. Voir, en général, Stanley A. De Smith, Harry Woolf & Jeffrey L. Jowell, *Principles of Judicial Review* (Londres : Sweet & Maxwell, 1999).

101. Voir, par exemple, la décision de la Cour suprême du Canada dans *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, para. 28 : « Certes, il revient à l'exécutif, et non aux tribunaux, de décider si et comment il exercera ses pouvoirs ; mais les tribunaux ont indéniablement compétence pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* [...] ou à d'autres normes constitutionnelles [...] ».

102. Voir *supra* note 74 et le texte l'accompagnant.

103. Voir, à ce sujet, Lorne Sossin, *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada* (Scarborough : Carswell, 1999).

104. Voir, à ce sujet, Nada Mourtada-Sabbah & Bruce Cain (dir.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* (Lexington : Plymouth, 2007).

105. *Black c. Canada (Prime Minister)*, (2001) 54 O.R. (3d) 215, 199 D.O.R. (4th) 228, para. 52. Voir aussi Lorne Sossin, « The Rule of Law and Justiciability of Prerogative Powers : A Comment on *Black v. Chrétien* » (2002) 47 *Revue de droit de McGill* 435.

106. *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2010] 1 R.C.F. 267 (C.F.).

la Cour fédérale a ordonné aux autorités fédérales canadiennes d'aider un ressortissant canadien pris à l'étranger sans passeport.

À vrai dire, l'absence de justiciabilité dans une affaire est régulièrement soulevée en cour, mais rarement retenue dans les jugements, comme l'illustre bien la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*¹⁰⁷. Sous la rubrique « justiciabilité », trois arguments étaient avancés, dont celui que les questions soulevées, en lien avec la sécession et l'autodétermination des peuples, étaient de nature politique et ne pouvaient donc être considérées dans une instance judiciaire. La Cour a identifié deux situations où elle refuserait de répondre à une question dans un renvoi pour cause de non-justiciabilité : « (i) en répondant à la question, la Cour outrepasserait ce qu'elle estime être le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement, ou (ii) la Cour ne pourrait pas donner une réponse relevant de son champ d'expertise : l'interprétation du droit ». Aucun des deux cas ne correspondait à l'espèce. Très récemment¹⁰⁸, la Cour fédérale du Canada s'est penchée sur cette possible limite à la révision judiciaire dans un dossier de droit autochtone, soulevant à la fois des aspects de prérogative en matière d'affaires étrangères et de devoir de la Couronne de consulter les premières nations. Voici comment l'on résume la problématique de la justiciabilité, non seulement en termes de la nature politique d'un dossier, mais aussi eu égard au principe de la séparation des pouvoirs¹⁰⁹ :

« In rare cases, however, exercises of executive power are suffused with ideological, political, cultural, social, moral and historical concerns of a sort not at all amenable to the judicial process or suitable for judicial analysis. In those rare cases, assessing whether the executive has acted within a range of acceptability and defensibility is beyond the courts' ken or capability, taking courts beyond their proper role within the separation of powers. For example, it is hard to conceive of a court reviewing in wartime a general's strategic decision to deploy military forces in a particular way [...]»¹¹⁰.

En bout de ligne, la Cour fédérale fut d'avis que les enjeux soulevaient des questions de droit qui sont clairement du ressort des tribunaux dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

107. Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, para. 24-31.

108. *Hupacasath First Nation c. Canada (Procureur général)*, 2015 FCA 4, (2015) 379 D.L.R. (4th) 737, 9 janvier 2015.

109. Voir, en général, Roger Masterman, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

110. *Hupacasath First Nation*, *supra* note 108, para. 66 [références omises].

La prochaine question, relativement à l'adéquation et l'efficacité des mécanismes de contrôle de constitutionnalité, concerne essentiellement le domaine des redressements judiciaires, ce qu'on appelle aussi les «recours» (en anglais «*remedies*»). Les règles et principes en la matière se sont surtout développés, quoique pas exclusivement¹¹¹, autour de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'arrêt de principe en ce qui concerne les mesures correctives constitutionnelles, rendu en 1992 par la Cour suprême du Canada, est *Schachter c. Canada*¹¹², dont l'essence se résume ainsi :

Une fois l'incompatibilité précisée, l'étape suivante consiste à déterminer quelle est la mesure corrective appropriée. Dans l'arrêt *Schachter*, notre Cour a signalé que, tout dépendant des circonstances, un tribunal peut choisir entre plusieurs mesures correctives lorsqu'il conclut à l'existence d'une violation de la *Charte* non justifiée en vertu de l'article premier. Il peut notamment annuler la loi, retrancher les dispositions fautives, ordonner l'annulation ou la dissociation assortie d'une suspension temporaire de la déclaration d'invalidité, recourir à l'interprétation atténuée ou inclure des dispositions par interprétation large¹¹³.

Plusieurs options s'offrent donc au tribunal en cas de violation d'un droit constitutionnel, en vertu des effets combinés des articles 24 et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la question devenant de savoir quelle est la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. Il s'agira de «celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur»¹¹⁴, c'est-à-dire qu'il doit exister un lien suffisant entre la violation et le redressement demandé. En outre, la mesure corrective doit «fai[re] appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle»¹¹⁵. Elle doit par ailleurs défendre «le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal»¹¹⁶. Enfin, de l'autre côté, une réparation convenable et juste sera «équitable pour la partie visée par l'ordonnance»¹¹⁷. S'agissant du contrôle de la constitutionnalité du pouvoir relatif aux affaires étrangères fondé sur les prérogatives royales, nous avons une illustration de

111. Voir, par exemple, une importante décision de la Cour suprême du Canada sur la suspension temporaire de l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité, prise en vertu de la Loi constitutionnelle de 1867 et de la Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II : Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721.

112. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

113. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, para. 38.

114. *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, para. 55.

115. *Ibid.*, para. 56.

116. *Ibid.*, para. 57.

117. *Ibid.*, para. 58.

cet exercice de pondération de ces différents facteurs dans la deuxième cause *Khadr*¹¹⁸ en 2010. La Cour suprême a conclu que la réparation appropriée était le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité¹¹⁹, une mesure qui ne forçait pas la main du gouvernement fédéral pour demander le rapatriement du ressortissant canadien détenu à Guantanamo, Cuba.

En ce qui concerne les méthodes d'interprétation en droit constitutionnel, il fut une époque où l'approche était considérée foncièrement différente de celle applicable pour les simples lois, en interprétation législative. On se souviendra, par exemple, de la première occasion que la Cour suprême du Canada a eue pour établir les jalons interprétatifs de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans l'arrêt *Hunter c. Southam*¹²⁰, et du passage célèbre des motifs du juge Dickson, qui suggérait sans détour :

« L'interprétation d'une Constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi¹²¹. » Toutefois, c'était avant (au début, en fait) de la période de transition, s'agissant de l'interprétation des lois au pays¹²², qui a vu l'approche fort restrictive de la règle de l'interprétation littérale (ou « *plain meaning rule* ») laisser place à une méthodologie d'interprétation beaucoup plus intentionnaliste¹²³, c'est-à-dire fondée sur l'idée-structure de l'intention du législateur et inspirée de la doctrine d'Elmer Driedger et son « *modern principle* »¹²⁴. De nos jours¹²⁵, plusieurs soutiennent que l'interprétation constitutionnelle et l'interprétation des simples lois ont grandement convergé depuis 30 ans¹²⁶ et,

118. *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, *supra*, note 73, para. 27-45.

119. *Ibid.*, para. 46-47.

120. *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145.

121. *Ibid.*, p. 155.

122. Voir, à cet égard, Stéphane Beaulac & Frédéric Bérard, *Précis d'interprétation législative*, 2^e éd. (Montréal : LexisNexis, 2014).

123. Voir Ruth Sullivan, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada » (1999) 30 *Revue de droit d'Ottawa* 175.

124. Voir Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983), p. 87 : « *Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament* ». Voir aussi, Stéphane Beaulac & Pierre-André Côté, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization » (2006) 40 *Revue juridique Thémis* 131 ; et Louis LeBel, « La méthode d'interprétation moderne : le juge devant lui-même et en lui-même », dans Stéphane Beaulac & Mathieu Devinat, (dir.), *Interpretatio non cessat – Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté / Essays in Honour of Pierre-André Côté* (Cowansville : Yvon Blais, 2011), 103.

125. Voir, par exemple, Hugo Cyr, « L'interprétation constitutionnelle, un exemple de post-pluralisme » (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 565, p. 57, qui écrit que la particularité de l'interprétation de la *Charte canadienne* « a été plus affirmée que démontrée ».

126. Voir les commentaires du professeur émérite Pierre-André Côté dans la dernière édition de son traité (coll. de Stéphane Beaulac & Mathieu Devinat), *Interprétation des lois*, 4^e éd.

en réalité, répondent à des logiques et suivent des raisonnements en beaucoup de points semblables, voire pareils¹²⁷.

Ceci étant, il existe certes des particularités en interprétation constitutionnelle, y compris pour ce qui est du contrôle de constitutionnalité. La première est typiquement canadienne et prend fermement position en faveur d'une interprétation dynamique (ou évolutive) de la constitution, par opposition à une interprétation statique ou, suivant la terminologie américaine, originaliste¹²⁸. C'est à l'aide d'une métaphore, depuis devenue célèbre, que ce principe d'interprétation constitutionnelle est habituellement exprimé : la métaphore de l'arbre vivant (en anglais « *living tree* »). Elle vient d'une affaire du temps où le Comité judiciaire du Conseil privé, en Grande-Bretagne, était le tribunal de dernier ressort au pays : le pourvoi *Edwards c. Canada*¹²⁹. On a comparé l'Acte d'Amérique du nord britannique (renommé la *Loi constitutionnelle de 1867*) à un arbre vivant pouvant croître et se développer à l'intérieur de ses limites naturelles. Suite au rapatriement de la Constitution en 1982, la Cour suprême du Canada a immédiatement élargi la portée de ce principe interprétatif à la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³⁰, ajoutant dans une autre cause (paraphrasant la doctrine¹³¹) que les tribunaux ne doivent « pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu'elle ne le devienne »¹³². Assez récemment, dans un litige important relativement aux partages des compétences législatives entre le fédéral et les provinces, le *Renvoi sur les valeurs mobilières*¹³³, la Cour suprême a renouvelé sa profession de foi : « Cette métaphore perdure et constitue l'approche préférée en matière d'interprétation constitutionnelle, puisqu'elle garantit “que le pacte confédératif [peut] répondre aux réalités nouvelles «¹³⁴»¹³⁵.

(Montréal : Éditions Thémis, 2009), p. 54 : « Le droit relatif à l'interprétation des lois au Canada aura donc connu, ces quatre dernières décennies, plus de transformations qu'au cours de tout le siècle précédent ».

127. Voir Stéphane Beaulac, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluatif du rôle du droit international » (2005) 27 *Supreme Court Law Review* (2d) 1.

128. Voir Ian Binnie, « Constitutional Interpretation and Original Intent », dans Grant Huscroft & Ian Brodie (dir.), *Constitutionalism in the Charter Era* (Markham : LexisNexis, 2004), 345 ; et Vicki C. Jackson, « Constitutions as “Living Trees” ? – Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors » (2006) 75 *Fordham Law Review* 921.

129. *Edwards c. Canada (A.G.)*, [1930] A.C. 114, p. 136 (C.P.).

130. Voir *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

131. Paul A. Freund, « The Supreme Court of the United States » (1951) 29 *Revue du Barreau canadien* 1080, p. 1087 : « *not to read the provisions of the constitution like a last will and testament, lest indeed they come one* ».

132. *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145.

133. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, supra note 39.

134. *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 9.

135. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, supra note 39, para. 56.

Il ne faudrait pas croire, toutefois, que cette métaphore de l'arbre vivant donnera « pour autant carte blanche »¹³⁶ au pouvoir judiciaire en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle, pour inventer des choses « sans rapport avec l'objectif original de la disposition en litige »¹³⁷. Comme la Cour suprême a pris le soin de l'expliquer, assez tôt dans sa jurisprudence sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'interprétation « de tout document constitutionnel [doit demeurer] circonscrite par la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société »¹³⁸. Pour ce qui est d'autres éléments de la méthodologie d'interprétation en matière constitutionnelle – par exemple, le principe d'interprétation large et libérale, la méthode d'interprétation téléologique, et l'argument pragmatique (lié à la présomption de constitutionnalité) – ils ne sont pas, de nos jours, le propre d'une application particulière au domaine constitutionnel. Ces règles et principes s'appliquent de façon générale au vaste champ de l'interprétation législative, que ces normes de droit écrit viennent de simples lois ou de textes constitutionnels.

L'évolution des pouvoirs jurisprudentiels des tribunaux au Canada, précisément quant au respect de la constitution, doit être considérée en lien avec une autre métaphore, qui elle se rapporte à la relation institutionnelle entre les branches législative et judiciaire de l'État. Il s'agit de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien¹³⁹, une théorie applicable en matière de *Charte canadienne des droits et libertés*. Développée en doctrine¹⁴⁰, cette métaphore a rapidement été entérinée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vriend*¹⁴¹, la majorité expliquant :

[L]a *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du Gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de « dialogue » (voir par exemple Hogg et Bushell, *loc. cit.*). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, *loc. cit.*, à la

136. *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, para. 40.

137. *Ibid.*

138. Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, p. 394.

139. Voir Jean Leclair, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien » (2003) Numéro spécial, *Revue du Barreau* 377.

140. Voir Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, « *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)* » (1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75. Voir aussi Peter W. Hogg, Allison A. Bushell Thornton & Wade K. Wright, « Charter Dialogue Revisited – Or “Much Ado About Metaphors” » (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal* 1.

141. *Vriend c. Alberta*, supra note 113.

p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du Gouvernement¹⁴².

On ajoute que ce processus réflexif est précieux « parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes »¹⁴³. En effet, ces va-et-vient entre les branches législative et judiciaire de l'État, ajoute la majorité de la Cour dans *Vriend*, « loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent »¹⁴⁴.

II. Suprématie de la Constitution et internationalisation du droit – Rapports de systèmes et influences internationales sur la Constitution

1. STATUT DES NORMES INTERNATIONALES DANS LA HIÉRARCHIE DES NORMES

Nous avons déjà vu qu'au Canada, suivant la tradition anglo-saxonne de *common law* en droit public, en lien avec le paradigme dit « westphalien » et son idée-structure de la souveraineté des États, il convient d'aborder ces questions en termes d'interaction du droit international avec le droit interne. À vrai dire, au point de vue conceptuel, les deux réalités juridiques sont séparées et distinctes : le droit international n'est pas contraignant en droit interne au pays, pas plus que le droit étranger (e.g. droit japonais) ne l'est¹⁴⁵. Les tribunaux au Canada interprètent et appliquent le droit interne (fédéral, provincial) et, de fait, peuvent se référer à la normativité internationale dans le cadre de l'exercice de cette mission juridictionnelle nationale¹⁴⁶. Bref, le droit inter-

142. *Ibid.*, para. 31.

143. *Ibid.*, para. 32.

144. *Ibid.* Voir aussi une autre importante décision de la Cour suprême à ce sujet : R. c. Mills, [1999] 3, R.C.S. 668.

145. *Contra*, voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2013] 2 R.C.S. 678, où l'on semble confondre les sphères juridiques internationale et interne en effectuant l'exercice d'interprétation de l'exception de l'art. 1(Fa) de la *Convention relative au statut des réfugiés des Nations unies*, R.T. Can. 1969 n° 6, mise en œuvre au Canada par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, non pas eu égard au droit pénal canadien, mais à la lumière du droit pénal international, surtout le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U. À/CONF. 183/9), lui-même transformé en droit interne canadien avec la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24. Ceci étant, cette décision ne représente sans doute pas un changement fondamental d'approche ; il s'agirait peut-être plutôt d'un jugement *per incuriam*, s'agissant de l'interface international-nationale.

146. Stéphane Beaulac, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont “liés” par le droit international » (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 359.

national *qua* droit international ne fait pas partie *ipso facto* du droit interne au Canada¹⁴⁷. Dans l'hypothèse d'un conflit entre une norme émanant de l'international et une norme de droit interne, c'est la loi de mise en œuvre du traité international, par exemple, qui fera l'objet de l'évaluation par rapport à l'autre loi incompatible. La Cour suprême du Canada s'est prêtée précisément à ce type d'exercice dans la récente affaire *Thibodeau c. Air Canada*¹⁴⁸, où ce n'est pas la norme de la *Convention de Montréal*¹⁴⁹ (principe de l'exclusivité des recours), comme telle, qui a été considérée dans la discussion sur l'existence d'un conflit avec les recours en vertu de la *Loi sur les langues officielles*¹⁵⁰; plutôt, c'est la législation de mise en œuvre dudit traité international – c'est-à-dire la *Loi sur le transport aérien*¹⁵¹ – au sujet de laquelle on a décidé qu'il n'y avait pas contradiction, mais plutôt chevauchement entre les normes de droit interne¹⁵².

À la question de savoir si la Constitution au Canada prime sur les normes de droit international, la réponse est oui, absolument, puisque celle-ci se situe au plus haut de la hiérarchie des sources normatives à l'intérieur de la sphère juridique séparée et distincte du droit interne du pays. Cette appréhension relationnelle des deux réalités juridiques est fort significative puisque, en cas de conflit, c'est très clairement la norme de droit interne qui va primer, dans une instance judiciaire par exemple¹⁵³. Une illustration vient de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh*¹⁵⁴, où il fallait décider si les autorités fédérales pouvaient refouler un individu vers un pays où il risque d'être torturé. Le débat portait sur la portée des « principes de justice fondamentale » prévus à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans le cadre de son interprétation, les juges ont beaucoup fait référence au droit international des droits humains, précisément le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Convention contre la torture et autres*

147. Voir Louis LeBel & Gloria Chao, « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002) 16 *Supreme Court Law Review* (2nd) 23.

148. *Thibodeau c. Air Canada*, [2014] 3 R.C.S. 340.

149. *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 2242 R.T.N.U. 309 [Convention de Montréal].

150. *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 77(4), permettant l'octroi d'une réparation « convenable et juste ».

151. *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, ch. C-26.

152. *Thibodeau c. Air Canada*, supra note 148, para. 88-118.

153. Voir, en général, André Nollkaemper, « Rethinking the Supremacy of International Law » (2010) 65 *Zeitschrift für öffentliches Recht / Journal of Public Law* 65.

154. *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Voir aussi Stéphane Beaulac, « The Suresh Case and Unimplemented Treaty Norms » (2002) 15 *Revue québécoise de droit international* 221.

peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et la *Convention relative aux droits des réfugiés*. L'examen de cette normativité a amené la Cour à conclure que le droit international prohibe, et ce de façon absolue, l'expulsion d'une personne s'il y a un risque sérieux de torture. Cependant, s'agissant de son interprétation de l'article 7 de la *Charte canadienne* – pour laquelle il y a eu référence à ces instruments internationaux – la conclusion fut différente, la norme canadienne étant non absolue, en fait : « dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture [peut] être justifiée, soit au terme du processus de pondération requis à l'article 7 de la *Charte* soit au regard de l'article premier de celle-ci »¹⁵⁵. Clairement, dans l'arrêt *Suresh*, les normes à l'international et en droit constitutionnel au pays ne prévoyaient pas la même chose : une, la prohibition absolue ; l'autre, non absolue. Face à cette opposition, la Cour suprême du Canada a donné préséance à cette dernière, confirmant non seulement qu'elle ne se sent pas liée par la normativité internationale, mais aussi que le droit constitutionnel interne sera favorisé en cas de conflit.

Un autre exemple intéressant de la hiérarchisation supérieure du droit interne – et non seulement constitutionnel – par rapport au droit international, découle de la décision récente dans *Kazemi*¹⁵⁶. Au cœur du débat, la *Loi sur l'immunité des États*¹⁵⁷, pour savoir s'il s'existe une nouvelle exception à l'immunité juridictionnelle ouvrant la voie à une poursuite dans un dossier contre l'Iran. Dans une perspective d'interlégalité, la Cour suprême a refusé de considérer le droit international comme venant dicter – à contresens de la jurisprudence interne – le contenu de la législation applicable. On dit que la *Loi sur l'immunité des États* « codifie de manière exhaustive le droit canadien concernant la question de l'immunité des États à l'encontre de poursuites civiles »¹⁵⁸. On explique que cette législation est par ailleurs péremptoire : « En conséquence, il n'est pas nécessaire de se fonder sur la *common law*, les normes de *jus cogens* ou le droit international – et il ne saurait en être ainsi – pour créer des exceptions additionnelles à l'immunité accordée aux États étrangers »¹⁵⁹. Par conséquent, à l'instar du droit constitutionnel, les simples lois ont préséance dans l'hypothèse d'un conflit ou d'une incompatibilité avec la normativité internationale, étant entendu que les tribunaux au Canada appliquent, au premier chef, le droit national du pays. On remarque aussi, dans la dernière citation, que la Cour suprême ne considère même pas que le « *jus cogens* » jouit d'une quelconque primauté eu égard à l'interprétation de la législation interne ; il s'agit d'un

155. *Suresh, ibid.*, para.78.

156. *Kazemi (Succession) c. Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176.

157. *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18.

158. *Kazemi, supra note 156*, para. 54.

159. *Ibid.*, para. 56.

indice convaincant qu'il n'existe pas au Canada de normes internationales de valeur supérieure (supra-constitutionnalité).

En ce qui concerne l'interface du droit international et du droit interne, il existe ce que d'aucuns appellent des outils heuristiques afin d'aider à articuler et à comprendre les règles applicables¹⁶⁰. Il s'agit des théories dites « dualistes » et « moniste »¹⁶¹ qui, on le sait, ne devraient pas être vues comme des modèles omniscients rationalisant de façon exhaustive la problématique en présence. Assez récemment, la jurisprudence du Canada a confirmé la pertinence des deux thèses, qui s'appliqueraient selon laquelle des sources de normativité internationale on veut recourir¹⁶², les deux principales étant la coutume et les traités¹⁶³. Pour résumer à l'essentiel, la logique moniste (ou doctrine de l'adoption) est suivie pour la coutume, tandis que la logique dualiste (ou doctrine de l'incorporation) est celle applicable pour les conventions internationales¹⁶⁴. S'agissant de la première source, la Cour suprême écrivait ceci, dans l'affaire *Hape* en 2007 : « conformément à la tradition de la *common law*, il appert que la doctrine de l'adoption s'applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire »¹⁶⁵. On remarque, *in fine*, que la présence du droit interne est réaffirmée, même si on parle d'application automatique de la coutume.

En ce qui concerne l'autre principale source de normativité internationale, l'arrêt *Baker* en 1999 a réaffirmé, dans un premier temps, le dualisme : « Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être applicables par la loi »¹⁶⁶. Il faut souligner, par ailleurs, comment

160. Voir, en général, Rosalyn Higgins, *Problems and Process – International Law and How We Use It* (Oxford : Clarendon Press, 1994).

161. Ces théories existent depuis longtemps : voir Joseph G. Starke, « Monism and Dualism in the Theory of International Law » (1936) 17 *British Yearbook of International Law* 66.

162. Voir Stéphane Beaulac, « La problématique de l'interlégalité et la méthodologie juridique – Exemples canadien d'opérationnalisation du droit international », dans Jean-Yves Chérot et al. (dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture – Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel* (Bruxelles : Bruylant, 2013), 5.

163. En vertu de l'article 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*.

164. Voir Stéphane Beaulac & John H. Currie « Canada », dans Dinah Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems – Incorporation, Transformation and Persuasion* (Oxford & New York : Oxford University Press), 116 ; Stéphane Beaulac, « Customary international Law in Domestic Courts : Imbroglia, Lord Denning, Stare Decisis », dans Christopher P.M. Waters (dir.), *British and Canadian Perspectives on International Law* (Leiden & Boston : Martinus Nijhoff, 2006), 379.

165. *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, para. 39.

166. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, para. 69.

la majorité de la Cour suprême ne s'en est pas tenue à l'orthodoxie et a ajouté que, même en l'absence de transformation formelle en vertu d'une législation : « Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »¹⁶⁷. Le dualisme au Canada n'est donc plus d'application stricte, c'est le moins qu'on puisse dire¹⁶⁸. Ultimement, la majorité de la Cour a utilisé une norme internationale issue d'un traité, celle du meilleur intérêt de l'enfant, et ce, même si la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'a pas fait l'objet de législation de mise en œuvre au Canada¹⁶⁹.

2. INFLUENCES SUR LE CONSTITUANT

Sans surprise, il n'existe aucune filiation internationale à la *Loi constitutionnelle de 1867*, le premier des deux principaux textes de droit constitutionnel écrit au Canada. Il en est bien autrement pour la *Loi constitutionnelle de 1982*, plus particulièrement pour ce qui est de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷⁰. Il est amplement documenté que les rédacteurs de celle-ci, au début des années 1980, se sont grandement inspirés des instruments internationaux de protection juridique des droits humains, auxquels le pays fait partie (p. ex. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *Pacte international des droits civils et politiques*), ainsi que d'autres ayant fait œuvre de figures de proue dans le domaine (p. ex. *Convention européenne des droits de l'homme*)¹⁷¹.

167. *Ibid.*, para. 70.

168. Voir Hugh M. Kindred, « Canadians as Citizens of the International Community : Asserting Unimplemented Treaty Rights in the Courts », dans Stephen G. Coughlan & Dawn Russell (dir.), *Citoyenneté et participation à l'administration de la justice* (Montréal : Éditions Thémis, 2002), 263.

169. Voir, à cet égard, Stéphane Beaulac, « Thinking Outside the “Westphalian Box” : Dualism, Legal Interpretation and the Contextual Argument », dans Christoffer C. Eriksen & Marius Emberland (dir.), *The New International Law – An Anthology* (Leiden : Brill Publishers, 2010) 17.

170. Voir, sur les aspects historiques du mouvement de protection juridique des droits humains et la *Charte canadienne des droits et libertés* : William A. Schabas & Stéphane Beaulac, *International Human Rights and Canadian Law – Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3^e éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2007), p. 1-47.

171. Voir Walter S. Tarnopolsky, « A Comparison Between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the International Covenant on Civil and Political Rights » (1982) 8 *Queen's Law Journal* 211 ; Gérard La Forest, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : An Overview » (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 19 ; Maxwell Cohen & Anne F. Bayefsky, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and International Law » (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 265 ; Anne F. Bayefsky, *Canada's Constitution Act 1982 and Amendments : A Documentary* (Toronto : McGraw-Hill Ryerson, 1989) ; et William A. Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada » (2000) 79 *Revue du Barreau canadien* 174.

Il est clair, toutefois, que la *Charte canadienne* ne constitue pas une législation de mise en œuvre, pour les besoins du droit interne, des obligations internationales du pays en la matière¹⁷².

L'énoncé de principe concernant le rôle du droit international des droits humains en ce qui a trait à la *Charte canadienne* vient des motifs du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*¹⁷³. En insistant sur le fait que la normativité internationale est une source pertinente et persuasive d'interprétation pour celle-ci, il rejette l'idée d'un lien réel de filiation entre les deux régimes juridiques :

Je crois qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne.

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la *Charte*, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne¹⁷⁴.

Comme le soulignait Michel Bastarache (hors de ses fonctions judiciaires), certes, le rejet de la thèse voulant que la *Charte canadienne* ait incorporé implicitement les obligations internationales du pays a été fait dans le cadre de motifs dissidents, mais ils représentent l'état du droit en la matière¹⁷⁵. À vrai dire, quelques années après sa dissidence, le juge en chef Dickson a eu l'occasion de se référer à cet extrait dans l'arrêt *Slaight*¹⁷⁶ et, en fait, d'entériner dans ses motifs majoritaires l'idée voulant que le droit international constitue des éléments pertinents et persuasifs afin d'interpréter les droits et libertés dans la *Charte canadienne* ; des propos semblables ont été exprimés par le juge en chef Dickson en lien avec la clause limitative de l'article premier de la *Charte*, dans l'arrêt *Keegstra*¹⁷⁷.

172. Voir William A. Schabas, *International Human rights Law and the Canadian Charter*, 2^e éd. (Toronto : Carswell, 1996), p. 15-16. Contra, Gib van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2008), p. 333-335.

173. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

174. *Ibid.*, para. 59-60 [nos soulèvements].

175. Michel Bastarache, « The Honourable G.V. La Forest's Use of Foreign Materials in the Supreme Court of Canada and His Influence on Foreign Courts », dans Rebecca Johnson & John P. McEvoy (dir.), *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (Winnipeg : Canadian Legal History Project, 2000), 433, p. 434.

176. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

177. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

Il y a plusieurs autres exemples depuis, à la Cour suprême du Canada, où le droit international des droits humains a été utilisé comme une source pertinente et persuasive d'interprétation, soit pour aider à interpréter les droits et libertés de la *Charte*, soit pour décider de la raisonnable limite sous l'article 1¹⁷⁸. Une illustration récente vient de l'affaire *Divito*¹⁷⁹, en 2013, où la Cour suprême du Canada a été appelée à examiner la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*¹⁸⁰ au regard du droit d'un citoyen canadien d'entrer au pays et d'y demeurer, prévu à l'article 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'opinion majoritaire, la juge Abella fait référence aux propos célèbres du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*¹⁸¹, avant de recourir à l'article 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont « le § 6(1) de la *Charte* s'inspire, en droit international »¹⁸², tel qu'interprété en outre par le Comité des droits de l'homme de l'ONU¹⁸³.

3. COMPÉTENCE DE LA COUR

Compte tenu de ce qui a été vu jusqu'à maintenant – sphères juridiques séparées et distinctes, théories moniste et dualiste, source pertinente et persuasive d'interprétation :

– la réception du droit international au Canada et, éventuellement, son application réelle en droit interne doivent souvent passer par l'activité judiciaire. Les tribunaux du pays devront ainsi voir à l'opérationnalisation de la normativité internationale, ce qui se fera suivant les règles et principes propres à la méthodologie de l'interprétation juridique, y compris ceux relevant de l'interprétation législative¹⁸⁴. Essentiellement, au Canada, le droit international peut s'avérer une source « pertinente et persuasive » d'interprétation de l'une de deux façons : (i) l'argument d'interprétation contextuel, et (ii) la présomption de conformité au droit international¹⁸⁵. Notre étude permettra ainsi d'aborder

178. Voir, notamment, États-Unis d'Amérique c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283 ; *Canadian Foundation for children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76 ; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

179. *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157.

180. *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21.

181. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, supra note 173.

182. *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, supra note 179, para. 24.

183. *Ibid.*, para. 26.

184. Voir Stéphane Beaulac, « National Application of International Law : The Statutory Interpretation Perspective » (2003) 41 *Annuaire canadien de droit international* 225.

185. Voir, en général, Stéphane Beaulac, « Le droit international et l'interprétation législative : oui au contexte, non à la présomption », dans Oonagh E. Fitzgerald (dir.), *Règle de droit et*

à la fois la question de l'application par les tribunaux de la normativité internationale et celle de la conformité des lois au droit international.

L'affaire *Baker*¹⁸⁶, que nous avons déjà examinée, illustre bien le recours au droit international par l'entremise de l'argument de contexte¹⁸⁷. Après avoir statué que les valeurs sous-jacentes aux normes internationales du traité non transformé peuvent être prises en considération, le juge L'Heureux-Dubé (pour la majorité) se réfère à la doctrine et explique que c'est en tant qu'élément de contexte d'adoption et d'application d'une loi que la norme du meilleur intérêt de l'enfant est utile en l'espèce¹⁸⁸. L'arrêt *Suresh*¹⁸⁹ est un autre exemple où le droit international a été considéré par le biais de l'argument de contexte, ici pour aider à interpréter les « principes de justice fondamentale » à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹⁰. L'opérationnalisation de la normativité internationale au moyen de cet argument interprétatif fut également favorisée dans l'arrêt *Mugesera*¹⁹¹, en 2005, concernant les dispositions du *Code criminel* canadien¹⁹² relatives à l'incitation au meurtre, au génocide et à la haine, ainsi que les crimes contre l'humanité. Récemment, dans l'affaire *Amarantunga*¹⁹³, la Cour suprême du Canada a fait référence au droit international relativement à l'accès à la justice et au droit à une audition équitable pour aider à interpréter, suivant le « principe moderne » et son « contexte global »¹⁹⁴, la norme de droit interne prévue par le *Décret sur l'immunité de l'OPANO*¹⁹⁵.

Mondialisation : rapports entre le droit international et le droit interne (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2006), 413.

186. *Baker c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), supra note 166.

187. Voir aussi Stéphane Beaulac, « Le droit international comme élément contextuel en interprétation des lois » (2004) 6 *Revue canadienne de droit international* 1.

188. *Baker c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), supra note 166, para. 70, se référant à l'auteure Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto : Butterworths, 1994).

189. *Suresh c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), supra note 154.

190. *Ibid.*, para. 75-76.

191. *Mugesera c. Canada* (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] 2 R.C.S. 100, para. 82.

192. *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-45.

193. *Amarantunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest*, [2013] 3 R.C.S. 866.

194. Voir, en général, Stéphane Beaulac « International Treaty Norms and Driedger's "Modern" Principle of Statutory Interpretation », dans Conseil canadien de droit international (dir.) *La légitimité et la responsabilité en droit international* – 33^e congrès annuel, 2004 (Ottawa : C.C.D.I., 2005), 141.

195. *Décret sur les privilèges et immunités de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest*, DORS/80-64, pris en vertu de la *Loi sur les privilèges et immunités des organisations internationales*, L.R.C. 1985, ch. P-23. Il s'agissait de l'expression « dans la mesure où ses fonctions l'exigent », prévue à l'art. 3(1) du Décret.

L'autre technique d'opérationnalisation du droit international en droit interne au Canada fait appel à une présomption d'intention, donc essentiellement un argument de type pragmatique en interprétation législative¹⁹⁶. La présomption de conformité au droit international – appelée aux États-Unis « *Charming Betsy rule* »¹⁹⁷ – amène les tribunaux à interpréter le droit interne, y compris le droit écrit législatif, dans le même sens que les obligations internationales du Canada, qu'elles soient de source internationale coutumière ou conventionnelle. Hérité du droit public de la Grande-Bretagne¹⁹⁸, cet argument a été résumé ainsi par la Cour suprême du Canada :

Bien que le droit international ne lie pas le Parlement ni les législatures provinciales, le tribunal doit présumer que la législation est conçue de manière qu'elle respecte les obligations qui incombent au Canada en vertu des instruments internationaux et en sa qualité de membre de la communauté internationale. En choisissant parmi les interprétations possibles celle qu'il doit donner à la loi, le tribunal doit éviter les interprétations qui entraîneraient la violation par le Canada de telles obligations¹⁹⁹.

Précision importante : étant une simple présomption d'intention, le droit international ne sera pas considéré pertinent en interprétation législative si le texte de loi est clair²⁰⁰. Il s'agit d'une facette qui avait été soulignée par le juge Pigeon dans *Daniels c. White*²⁰¹, une des premières affaires au pays faisant référence à la présomption de conformité au droit international.

196. Voir, au sujet des présomptions d'intention et de la méthode d'interprétation pragmatique, Pierre-André Côté, coll. Stéphane Beaulac & Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd. (Montréal : Éditions Thémis 2009), p. 509 et ss.

197. Cette règle tire son nom de la cause *Murray c. The Charming Betsy* (1804), 6 U.S. 64. Voir, en général, Gerald L. Neuman, « International Law as a Resource in Constitutional Interpretation » (2006) 30 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 177 ; Curtis A. Bradley, « The Charming Betsy Canon and Separation of Powers : Rethinking the Interpretative Role of International Law » (1998) 86 *Georgetown Law Journal* 479.

198. L'auteur britannique Peter Maxwell écrivait ceci à son sujet : « *every statute is to be so interpreted and applied, as far as its language admits, as not to be inconsistent with the comity of nations, or with the established rules of international law* » : Peter B. Maxwell, *On the Interpretation of Statutes* (Londres : Sweet & Maxwell, 1896), p. 173. Voir aussi Hersch Lauterpacht, « Is International Law a Part of the Law of England ? » (1939) 25 *Transactions Grotius Society* 51.

199. *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, para. 137.

200. Voir Charles-Emmanuel Côté, « La réception du droit international en droit canadien » (2010) 52, *Supreme Court Law Review* (2d) 483, p. 535-536.

201. *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 541 : « *I Wish to add that, in my view, this is a case for the application of the rule of construction that Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty or in any matter inconsistent with the comity of nations and the established rules of international law. It is a rule that is not often applied, because if a statute is unambiguous, its provisions must be followed even if they are contrary to international law* » [nos soulignements].

En 2004, dans l'affaire de « la fessée », *Canadian Foundation for Children*²⁰², les motifs majoritaires de la Cour suprême font référence au fait que : « Les lois doivent être interprétées d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada »²⁰³. Ce même argument d'interprétation a été invoqué dans *Hape*²⁰⁴, en lien avec une disposition de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par rapport à une norme coutumière de droit international²⁰⁵. Plus récemment, dans l'affaire *Németh*²⁰⁶, on invoquait l'argument pour interpréter le principe de non-refoulement en contexte d'extradition. Après avoir souligné à grands traits qu'il s'agit d'une présomption « réfutable »²⁰⁷, le juge Cromwell n'est pas allé dans le sens de la norme internationale en matière de réfugié, puisque la loi interne – l'article 115 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*²⁰⁸ – « ne vise pas le renvoi par extradition » et, par conséquent, « il faut [...] donner effet au sens clair de cette disposition »²⁰⁹.

Encore l'an dernier, dans l'affaire *Kazemi*²¹⁰ (dont il a été question plus haut), la majorité de la Cour suprême Canada a refusé de faire droit à l'argument de conformité au droit international :

L'état actuel du droit international sur les réparations destinées aux victimes de torture ne modifie pas la loi et ne la rend pas ambiguë. On ne saurait utiliser le droit international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi. De même, la présomption de conformité ne permet pas d'écarter l'intention claire du législateur (voir S. Beaulac, « *Texture ouverte* », *droit international et interprétation de la Charte canadienne* », dans E. Mendes et S. Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (5^e éd. 2013), p. 231-235). De fait, la présomption voulant que la loi respecte le droit international ne demeure que cela – une simple présomption. Or, selon la Cour, celle-ci peut être réfutée par les termes clairs de la loi en cause [...]»²¹¹.

202. *Canadian Foundation for children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, supra note 178.

203. *Ibid.*, para. 31.

204. *R. c. Hape*, supra note 165, para. 53.

205. Voir aussi l'ouvrage d'interprétation législative auquel la Cour suprême fait référence : Ruth Sullivan, Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes, 4^e éd. (Markham & Vancouver : Butterworths, 2002), p. 422.

206. *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] 3 R.C.S. 281.

207. *Ibid.*, para. 35.

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

209. *Németh c. Canada (Justice)*, supra note 206, para. 35.

210. *Kazemi (Succession) c. Iran*, supra note 156.

211. *Ibid.*, para. 60 [nos soulignements].

Bref, dans cet arrêt, la *Loi sur l'immunité des États*²¹² a été interprétée sans avoir recours au droit international coutumier, puisque cette législation était sans équivoque et, partant, ne donnait pas ouverture à un raisonnement interprétatif de type présomptif.

4. SITUATIONS DE CONFLITS OU DE CONCURRENCE

Nous avons vu déjà comment et pourquoi toutes situations de conflits normatifs entre, d'une part, le droit international et, d'autre part, le droit de nature constitutionnelle, voire même le simple droit écrit législatif, seront tranchées en faveur de ces derniers. La présomption de conformité au droit international, que nous venons tout juste de voir, va dans le même sens, puisque les tribunaux donneront toujours préséance à la disposition législative de droit interne si elle est claire et sans ambiguïté, rejetant par le fait même la possibilité d'une influence du droit international en interprétation juridique. En outre, il n'y aurait pas de raison de principe pour limiter ces raisonnements au seul champ de la protection juridique des droits humains. Enfin, ajoutons que les tribunaux au Canada semblent s'efforcer de limiter les cas de conflits normatifs entre les sphères juridiques internationales et internes ; il s'agit, après tout, de la raison d'être même de la deuxième technique d'opérationnalisation discutée qu'est la présomption de conformité au droit international : éviter de placer le pays en violation de ses obligations internationales, autant que faire se peut. Ceci étant, l'arrêt *Kazemi*²¹³ vient juste de confirmer qu'il n'est pas possible de faire l'économie de ces possibles conflits interlégaux dans tous les cas.

5. INFLUENCES SUR LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

La Cour suprême du Canada tient compte régulièrement des instruments de droit international, et ce, expressément dans ses jugements, nous l'avons vu déjà. Il peut être intéressant de remarquer, par ailleurs, que suivant l'approche du recours à la normativité internationale comme source « pertinente et persuasive » d'interprétation, s'agissant de la *Charte canadienne des droits et libertés*, on ne fait pas de distinction de principe entre les différents types de droit²¹⁴. Autrement dit, les tribunaux semblent s'intéresser peu, ou pas du tout en fait, qu'on soit en présence de droit dur liant le Canada à l'international

212. *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18.

213. *Kazemi (Succession) c. Iran*, *supra* note 156.

214. Voir Daniela Bassan « The Canadian Charter and Public International Law : Redefining the State's Power to Deport Aliens », 34 *Osgoode Hall Law Journal* 583, p. 591-594.

ou de droit mou (« *soft law* ») ou autre source internationale non contraignante pour le pays²¹⁵. Par exemple, les tribunaux utilisent régulièrement la *Convention européenne des droits de l'homme*²¹⁶ et même la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sans se soucier qu'il s'agit d'un régime international dont le Canada ne fait pas partie (et ne peut faire partie)²¹⁷. Les motifs majoritaires de la juge en chef McLachlin dans l'affaire *Canadian Foundation for Children*²¹⁸ en donne une belle illustration : non seulement y a-t-on fait référence à la *Convention relative aux droits de l'enfant* et au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, mais on a aussi

215. Ce manque de rigueur, comme d'aucuns appellent, a été souligné en doctrine canadienne ; voir entre autres : Jutta Brunée & Stephen J. Toope, « A Hésitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002) 40 *Annuaire canadien de droit international* 3. *Contra*, voir William A. Schabas & Stéphane Beaulac, *supra* note 256, p. 52 : « In other words, the failure of Canadian courts to adopt a theoretical concept by which some international human rights law is actually binding upon them may actually have enhanced the dynamism of the law and, in turn, strengthened the protection of human rights and fundamental freedoms within the country » ; voir aussi, dans le même sens, Anne W. La Forest, « Domestic Application of International Law in Charter Cases : Are We There Yet ? » (2004) 37 *University of British Columbia Law Review* 157, p. 208.

216. Surtout dans les premières années de l'interprétation de la *Charte canadienne*. Voir, par exemple, cet échantillon des dix premières années : *R. c. Oakes*, (1983) 145 D.L.R. (3d) 123, confirmé dans [1986] 1 R.C.S. 1031 ; *R. c. King* [1984] 4 W.W.R. 531 ; *Rowland c. R.*, (1984) 10 D.L.R. (4th) 724 ; *Lazarenko c. Law Society (Alberta)*, [1984] 4 D.L.R. (4th) 389 ; *Borowski c. Canada (A.G.)*, [1984] 4 D.L.R. (4th) 112 ; *Reference re Education Act (Ontario)*, [1984] 10 D.L.R. (4th) 491 ; *R. c. Morgentaler*, [1984] 12 D.L.R. (4th) 502, confirmé dans (1984) 14 C.R.R. 107 ; *R. c. Punch*, [1985] 22 C.C.C. (3d) 289 ; *Association des détaillants en alimentation du Québec c. Ferme Carnaval Inc.*, [1986] R.J.Q. 2513 ; *Black v Law Society of Alberta*, [1986] 27 D.L.R. (4th) 527, confirmé dans [1989] 1 R.C.S. 591 ; *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; *Borowski c. Canada (P.G.)*, [1987] 39 D.L.R. (4th) 731, confirmé dans [1989] 1 R.C.S. 342 ; *R. c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500 ; *R. c. Morgentaler*, [1986] 22 D.L.R. (4th) 641, renversé dans [1988] 1 R.C.S. 30 ; *Cotroni c. Centre de Prévention de Montréal*, [1989] 1 R.C.S. 1469 ; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 ; *R. c. Pearson*, [1990] R.J.Q. 2438, renversé dans [1992] 3 R.C.S. 665 ; *Lippé c. Charest*, [1990] R.J.Q. 2200, renversé dans [1991] 2 R.C.S. 114 ; *R. c. Keegstra*, *supra* note 177 ; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor* [1990] 3 R.C.S. 892 ; *Lavigne c. OPSEU* [1991] 2 R.C.S. 211 ; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 ; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Immeubles Nil/Dia Inc.*, [1992] R.J.Q. 2977.

217. Voir Gérard V. La Forest, « The Use of International and Foreign Material in the Supreme Court of Canada », dans *Conseil canadien de droit international* (dir.), Actes du 27^e congrès annuel (Ottawa : C.C.D.I., 1998), 230, p. 241 : « The Convention decisions are obviously not directly applicable to the Canadian context, reflecting as they do the compromises necessary for a multinational agreement in Post-war Europe. However, given that the Commission has had the opportunity to consider many of the issues that are coming before our courts, the more frequent citation of these materials would assist us as we develop a Canadian approach to these common issues ».

218. *Canadian Foundation for children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 178, para. 33-34.

considéré utile la décision de la Cour européenne dans l'affaire *A. c. Royaume-Uni*²¹⁹, rendue en 1998.

À vrai dire, on a déjà estimé qu'environ 85 % des références au droit international des droits humains faites à la Cour suprême empruntaient de la *Convention européenne* et de la jurisprudence de sa Cour²²⁰. Le Canada n'est évidemment pas le seul pays à trouver que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait figure de proue en matière de protection des droits humains. Par exemple, le jugement *Soering*²²¹, au sujet du « phénomène du couloir de la mort » a été cité à plusieurs reprises par notre Cour²²², mais aussi à la Cour suprême des États-Unis²²³, à la Cour suprême du Zimbabwe²²⁴, à la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud²²⁵ et à la Haute cour de Tanzanie²²⁶. Ajoutons que les références à l'expérience européenne à la Cour suprême du Canada ne se limitent pas au domaine des droits de la personne, comme en fait foi l'affaire *Société canadienne des auteurs*²²⁷ de 2004. Pour aider à l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*²²⁸, on a fait référence au *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*²²⁹ – auquel le Canada n'est pas partie, mais dont il est seulement signataire – mais aussi au fait que l'Union européenne a adopté, en 2000, une *directive sur le commerce électronique*²³⁰.

Enfin, s'agissant du droit mou (communément appelé « *soft law* »), on constate au Canada que c'est le domaine des relations de travail auquel notre Cour suprême s'est souvent référée pour aider à interpréter la *Charte canadienne*, précisément l'article 2(d) concernant la liberté d'association. Par exemple,

219. *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI.

220. Voir Anne F. Bayefsky, « International Law in Canadian Courts », Conseil canadien de droit international (dir.), *Actes du 19^e congrès annuel* (Ottawa : C.C.D.I., 1990), 273, p. 279.

221. *Soering c. Royaume-Uni et Allemagne*, Cour européenne des droits de l'homme, 7 juillet 1989, séries A, no. 161, 11 E.H.R.R. 439.

222. Voir *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, supra note 516; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858; *États-Unis d'Amérique c. Burns*, supra note 478; et *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

223. *Lackey c. Texas*, 115 S.Ct. 1421, 63 L.W. 3705 (1995).

224. *Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe c. Attorney-General et al.*, (1993) 14 Human Rights Law Journal 323.

225. *S. v. Makwanyane* (1995), 16 Human Rights Law Journal 154.

226. *Republic c. Mbushuu*, [1994] 2 L.R.C. 335.

227. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, para. 65-67.

228. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.

229. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, CRNR/DC/94, 23 décembre 1996.

230. *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »)*, [2000] J.O. L. 178/1.

dans l'arrêt *Delisle*²³¹, la question était de savoir si l'exclusion des membres de la GRC (police fédérale) des employés pouvant se syndiquer violait les garanties constitutionnelles des travailleurs ; en dissidence, on a fait référence à plusieurs instruments internationaux – *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* – sans égard à leur nature, et en outre à une convention adoptée par l'Organisation internationale du travail²³², en plus du document de clôture de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe²³³, clairement un instrument de « *soft law* »²³⁴. Un exercice semblable a été effectué par la Cour dans *Dunmore*²³⁵, relativement aussi à la liberté d'association prévue par la *Charte canadienne*. Mentionnons finalement que le domaine du droit pénal international, avec le *Statut de Rome*, mais également les tribunaux *ad hoc* (ex-Yougoslavie et Rwanda) et leur jurisprudence en ce qui concerne les crimes de guerre et contre l'humanité²³⁶, s'avère une importante source « pertinente et persuasive » d'interprétation à la Cour suprême. Il n'y a eu aucune hésitation à faire référence à ces aspects de droit mou, comme par exemple en 2005 dans l'affaire *Mugesera*²³⁷, ou encore très récemment dans *Ezokola*²³⁸ en 2013.

231. *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989.

232. *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 67 R.T.N.U. 17.

233. *Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, Document de clôture* (Conférence de Madrid (1983), 22 I.L.M. 1398.

234. *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, *supra*, note 531, para. 71, juges Cory et Iacobucci, dissidents.

235. *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

236. Voir, par exemple, la fameuse décision Tadić, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : *Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 juillet 1999.

237. *Mugesera c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, *supra* note 191.

238. *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, *supra* note 445.