

PRESENTATION

PROFESSOR LUCIE LAMARCHE

Faculty of Juridical Science, University of Quebec at Montreal

## LA FÉDÉRATION CANADIENNE ET LE PHÉNOMÈNE DE L'INTERNATIONALISATION DES DROITS DE LA PERSONNE : LE CANADA EST-IL ENCORE UN ÉTAT «PROVINCIAL» ?

Tout d'abord, je voudrais remercier la Commission interaméricaine des droits de l'Homme et l'International Justice Project pour cette invitation à participer aux travaux de la Commission portant sur la mise en œuvre au niveau national des conventions et traités des droits de la personne. L'invitation est d'autant séduisante que je suis une juriste québécoise, héritière d'une tradition civiliste et réfléchissant en français aux défis et aux enjeux que pose pour la fédération canadienne la question de la mise en œuvre du droit international des droits de la personne en droit interne. Sans doute cela est-il une autre manifestation du «pluralisme juridique».

Mon propos est structuré comme suit : d'abord, je rappellerai brièvement comment se pose la question de la ratification et de la mise en œuvre des accords internationaux au Canada. Ensuite, je m'attarderai spécifiquement à la question des traités relatifs aux droits de la personne. Puis, j'attaquerai le vif du sujet : les aspects contemporains de la mise en œuvre et de l'incorporation du droit international des droits de la personne au sein de la fédération canadienne. Plus particulièrement à cet égard, je tenterai d'exposer l'évolution des positions de la Cour suprême du Canada et celles des pratiques politiques, pour enfin mettre en évidence les écueils et les difficultés.

### Les fondements :

A la question de savoir si le *jus tractatum* ou le *Treaty Making Power* échoit uniquement aux organes exécutifs centraux de la fédération ou tout autant aux entités provinciales, la Loi constitutionnelle du Canada de 1867 ne répond pas. Seul son article 132 prévoit que les obligations issues des traités signés par l'Empire britannique, y compris en ce qui concerne leur mise en œuvre, incombent au Parlement fédéral. Les traités dont la ratification est postérieure à l'acquisition de son indépendance par le Dominion ne tombent pas dans cette catégorie. La Loi constitutionnelle est aussi muette en ce qui a trait au rôle du droit international dans l'interprétation du droit interne.

Dans l'histoire constitutionnelle du Canada, la décision du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres rendue en 1937 sert de repère. Il s'agissait alors pour le Canada de ratifier les conventions de l'OIT relatives à la durée de la journée de travail, au salaire minimum et au repos hebdomadaire, des sujets qui sont clairement de compétence provinciale en vertu des articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867. Dans un *obiter* devenu célèbre, Lord Atkin, du Conseil privé de Londres, établit alors une distinction entre la conclusion (formation) et l'exécution (performance) des traités, cette deuxième étape de l'incorporation du droit international devant respecter le partage des compétences prévu par la Constitution.

Le professeur Jacques Yvan Morin, dans un article écrit en 1965, analysa cet *obiter* en fonction de la théorie kelsenienne de «l'ordre constitutionnel total». Selon Kelsen, l'ordre central d'une fédération n'est pas plus important mais égal aux ordres locaux, le tout coiffé bien sûr par la Constitution. Évidemment, l'opinion de Lord Atkin dans *l'Affaire des Conventions internationales du travail* a été analysée de manière différente au Québec et dans le reste du Canada. Ainsi, au Québec, le gouvernement s'en est inspiré dès les années '60 et y a vu l'occasion d'affirmer la compétence du Québec de conclure à l'échelle internationale des ententes dont l'obligation d'exécution lui incomberait dans tous les cas (en matière de culture ou d'éducation, par exemple). Reste à savoir si ces ententes constituaient de réels traités ou plutôt,

des *gentlemen's agreements*. Pour le reste du Canada, le point de vue de Lord Atkin a été perçu comme rassurant, bien que vacillant du point de vue juridique. Encore aujourd'hui, plusieurs provinces canadiennes s'accommodent assez bien de la thèse d'un *Treaty Making Power* confié à l'exécutif du pouvoir central tout en affichant une attitude fort défensive, voire négative, lorsque l'exécution des engagements internationaux que le Canada a ratifiés relève de leurs domaines de compétence. Bref, la fédération canadienne a bon dos lorsqu'il s'agit du droit international. Le cas de l'OIT est intéressant puisque le Canada a, somme toute, ratifié assez peu de conventions. Habituellement, il invoquera sans réserve les exigences posées par le partage des compétences selon les termes de la Loi constitutionnelle de 1867.

Dans les débats entourant l'incorporation du droit international en droit interne, la dimension «fédérative» n'est pas la seule qui doit être considérée. Le Canada est un pays de tradition «dualiste». Un engagement international n'aura force de loi en droit interne que s'il est incorporé par un acte législatif. Cette incorporation peut prendre diverses formes : une loi peut choisir de donner effet au texte entier du traité. Cette technique est assez rarement utilisée. Une loi peut aussi reproduire certaines dispositions du traité. C'est le cas au Québec, par exemple, de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*<sup>1</sup>. Le Parlement peut aussi opter pour la technique de la loi de mise en œuvre, laquelle énumère l'ensemble des modifications devant être apportées à diverses lois afin d'incorporer le traité. Enfin, il ne faut pas négliger l'hypothèse où le droit interne serait déjà conforme à un engagement international. Le Parlement fédéral pourra aussi modifier une loi créant un tribunal administratif afin de se conformer à ses engagements internationaux. C'est le cas du Tribunal canadien sur la concurrence qui a vu accrue sa compétence dans le but de lui permettre de disposer des différends pouvant émaner de certains traités de commerce internationaux, dont l'ALÉNA et l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP).

L'éventail des possibilités destinées à l'incorporation du droit international en droit domestique rend le travail des tribunaux complexe, voire archéologique dans certains cas. Quels sont les signes de l'incorporation? Certes, il faut soustraire à cette question le cas de la coutume, qui, à moins d'être clairement contredite par le droit interne, fait partie de ce dernier. Mais encore ici, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *l'Affaire du Renvoi sur la sécession* (1998) n'est pas limpide à cet égard. Certains auteurs ont même prétendu, mais cette position est contestée, que la Cour suprême aurait exigé dans ce cas l'incorporation explicite de la coutume en droit interne.

Jusqu'à ce jour, la Cour suprême du Canada a procédé au cas à cas sans élaborer une méthodologie d'ensemble de la question. A cet égard, il est intéressant, bien que cela ne soit pas notre propos ici, de porter une attention particulière au sort des récents accords de commerce, et plus particulièrement de l'ALÉNA. Dans des affaires récentes<sup>2</sup>, les tribunaux se sont livrés à des analyses exégétiques complexes dans le but de déduire de l'état du droit canadien l'incorporation partielle ou totale des engagements du Canada dans ce domaine où des lois générales de mise en œuvre ont été privilégiées par les parlements des provinces, dont l'Assemblée nationale du Québec. A chaque fois, les tribunaux ont conclu que l'incorporation était insuffisante pour satisfaire les prétentions des entreprises qui avançaient l'argument du caractère directement applicable en droit interne des accords de commerce examinés.

---

<sup>1</sup> L.R.Q. c. A-23.01.

<sup>2</sup> Voir *Pfizer c. Canada*, Cour fédérale canadienne de première instance, #T-667-99, 1999; *UL Canada Inc. c. P.G. du Québec*, Cour supérieure du Québec, 26 mai 1999, # 500-05-039161-987; *Sanipan c. P.G. du Québec*, Cour supérieure du Québec, [1995] R.J.Q. 821.

## La «clause fédérale»

Suite à l'arrêt du Conseil privé de Londres de 1937 dans *l'Affaire des conventions internationales du travail*, plusieurs ont cru que la modification de la «clause fédérale» prévue à l'article 19(7) de la Constitution de l'OIT de 1946 favoriserait l'adhésion du Canada aux conventions adoptées. Rappelons que cette modification accroît l'engagement des fédérations envers le droit international du travail en prévoyant des obligations plus précises relativement à la soumission aux autorités compétentes de l'ordre juridique interne des normes internationales adoptées par l'OIT. Mais, au Canada, cela n'a pas accru le taux de ratifications des conventions de l'OIT.

Par contre, le Canada a ratifié *sans réserve* les Pactes des Nations Unies qui sont pour leur part dépourvus de clause fédérale. Le Canada a de plus rapidement ratifié le premier *Protocole facultatif se rapportant au Pacte sur les droits civils et politiques* par lequel il reconnaît que le Comité des droits de l'Homme a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte. L'expérience révèle que le Canada a généralement donné suite aux recommandations de ce Comité. Sans doute cela s'explique-t-il en partie par le fait que plusieurs des dispositions du *Pacte sur les droits civils et politiques* concernent des champs de compétence fédérale, particulièrement en matière de droit pénal, d'immigration ou de droits des autochtones. Mais cela n'est pas toujours vrai. Ainsi, en 1994<sup>3</sup> le Comité des droits de l'Homme a jugé que l'affichage bilingue au Québec, qui a adopté une *Charte de la langue française*, était acceptable si le français y prédominait. Le Québec s'est conformé à la décision du Comité et a amendé en conséquence cette Charte. Plus récemment (1999), la province de l'Ontario<sup>4</sup> a dû se pencher sur la décision du Comité des droits de l'Homme invalidant le système de financement séparé et exclusif aux écoles catholiques. Le Comité a estimé que ce financement devait être disponible à tout autre école confessionnelle. L'Ontario n'a pour autant dénoncé les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte ou encore remis en cause la compétence du Comité à son égard. La question de la «clause fédérale» ne semble donc pas significativement influencer le débat au Canada.

A vrai dire, et comme pour d'autres États, c'est l'adoption en 1982 de la Charte des droits et libertés au Canada qui a initié une véritable révolution quant au rôle du droit international en droit interne. Rappelons que le Québec avait alors déjà procédé à l'adoption de sa propre Charte des droits et libertés de la personne en 1976, Charte dont on dit qu'elle a une valeur quasi-constitutionnelle et qui exprime l'engagement explicite du Québec envers les Pactes des Nations Unies. La Charte québécoise, contrairement à la Charte canadienne, contient un chapitre destiné à la protection de certains droits économiques et sociaux.

## Les droits de la personne

Le parcours de la Cour suprême du Canada depuis l'entrée en vigueur de la Charte des droits et libertés est remarquable et se distingue à plusieurs égards. D'une part, la Cour s'est éloignée de sa position historique qui consistait à ne recourir au droit international que dans le cas exclusif de l'ambiguïté du texte domestique (*Capital Cities*, 1982). Depuis le début des années '90, la Cour estime au contraire que c'est la présence d'un texte international qui peut l'entraîner à conclure à l'ambiguïté du texte domestique (*National Corn Growers*, 1990). Elle considère que la Charte est

<sup>3</sup> Voir *Singer*, Communication 455/91, CCPR/C/51/D/455/1991.

<sup>4</sup> Voir *Waldman*, Communication 694/1996, CCPR/C/67/D/694/1996/1996.

le principal véhicule en droit canadien par lequel le droit international peut ou doit trouver une application en droit interne (*Ewanchuck, 1999; Pushpanathan, 1998; Finta, 1994*). Ce recours soutenu aux normes du droit international explique en partie la visibilité et la crédibilité de la Cour suprême du Canada sur la scène internationale. Ce déploiement a d'ailleurs récemment fait dire au professeur Schabas que la Cour suprême est dorénavant placée dans une position où, conformément, aux prescriptions du Statut de la Cour pénale internationale, elle contribue elle-même aux principes généraux du droit international.

La Charte est effectivement un terreau fertile aux fins de l'incorporation implicite ou indirecte du droit international en droit canadien. Se mettant à la recherche du sens et de la portée des garanties offertes par la Charte, la Cour suprême s'est abondamment inspirée du droit international des droits de la personne. Des concepts comme celui de la justice fondamentale, de la présomption d'innocence, des restrictions aux droits dans une société libre et démocratique ou de la juste réparation dans le cas d'une atteinte aux droits ont bénéficié largement des sources du droit international.

Certes, les nouvelles ne sont pas toujours à l'avantage des bénéficiaires de droits. Le cas de la peine de mort parle de lui-même. Le Canada s'enorgueillit du fait de l'interdiction de la peine de mort en droit interne, mais plaide devant la Cour suprême son droit d'extrader des accusés susceptibles d'être exécutés ou soumis à des traitements cruels et inusités dans le pays de renvoi. De même, le recours au droit international n'a rien produit de positif lorsqu'il s'est agi d'interpréter l'article 7 de la Charte canadienne afin de protéger le droit à la sécurité physique des plus démunis et de définir les obligations positives de l'État à cet égard. Enfin, la Cour a refusé de consacrer le droit à l'assistance aux fins de l'euthanasie dans le cas des personnes atteintes de maladies dégénératives (*Rodriguez, 1993*). Dans ces derniers cas, tout porte à croire que la Cour ait privilégié le principe du *self government* plutôt que le droit international.

La Cour suprême a indistinctement recouru aux différentes sources du droit international et, en ce qui concerne les traités, tant à ceux que le Canada a ratifiés que ceux qu'il n'a pas ratifiés, sauf lorsqu'il s'est agi d'interpréter la loi d'incorporation. En ce qui concerne la coutume, la Cour n'exprime pas non plus de réticence particulière. De même, elle recourra sans réserve à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* plutôt qu'à la Loi canadienne sur l'interprétation des lois, voire, aux travaux préparatoires relatifs aux traités pertinents.

Ces avancées spectaculaires de la Cour suprême du Canada en matière de protection des droits de la personne ravivent un vieux débat en ce qui a trait au rôle du droit international : dans un contexte dualiste, comment réconcilier le *Treaty Making Power* et le *self government*, c'est-à-dire le droit souverain des parlements de décider du sort du droit interne. La critique se situe à deux niveaux.

**Dans un premier temps**, il s'agit ici de savoir si le «**gouvernement des juges**» est la résultante d'une plus grande pénétration en droit canadien d'un droit international, incorporé ou non. Notons toutefois qu'avec ou sans l'apport du droit international, certains Canadiens sont incapables d'accepter les conséquences d'une Charte et de sa valeur fondamentale, lesquelles supposent entre autres une plus grande «intrusion» du judiciaire dans l'administration courante des affaires canadiennes. On l'a bien vu lorsque la Cour suprême a rendu une décision enjoignant à la province de l'Alberta d'amender le Code provincial des droits de la personne, afin d'y inclure l'orientation sexuelle à titre de motif prohibé de discrimination. À notre connaissance, la décision *Vriend* (1998) n'est pas explicitement fondée sur les engagements internationaux du Canada ou encore sur la règle de la présomption de conformité du interne au droit international. Vu le motif de discrimination en cause, c'eût été un sujet glissant. C'est une décision purement canadienne,

fondée sur l'enchâssement du droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la Charte. A vrai dire, cette crispation de certaines provinces et de certains groupes de citoyens devant «l'hégémonie» de la Cour suprême est un «phénomène de Charte», document dont aucune province ne peut contester la nature fondamentale. La résistance aux garanties offertes par le droit international des droits de la personne est donc indirecte puisque la Charte incorpore plusieurs des valeurs promues par ces protections.

**Dans un deuxième temps**, il convient de considérer la question des **ordres de gouvernement au Canada**. Ainsi, certains s'inquiètent du fait que le principe central de la fédération canadienne, le partage des compétences, puisse être ébranlé par les positions de la Cour suprême. Des questions précises sont ici en cause. Examinons-les brièvement.

*Le partage des compétences* : dans plusieurs cas, les décisions de la Cour suprême qui ont puisé à l'aune du droit international concernent des domaines de compétence fédérale : le droit criminel, l'immigration, l'extradition, etc ... Il est un domaine qui constitue une corde extrêmement sensible et où les susceptibilités culturelles, religieuses et régionales se font sentir : celui de la protection et des droits des enfants. La problématique est double : dans certains cas, des provinces s'objecteront au nom du droit international à une législation fédérale dont la mise en œuvre leur échoit en partie. C'est le cas des amendements fédéraux récemment apportés à *Loi sur les jeunes contrevenants* que la province de Québec conteste, particulièrement en ce qui concerne les procédures de renvoi devant les tribunaux d'adultes des mineurs accusés (16 ou 14 ans selon la gravité du crime) . Le Québec estime entre autres que ces dispositions sont contraires à la *Convention sur les droits de l'enfant*<sup>5</sup>. Dans d'autres cas, une province s'objectera à une intrusion dans ses champs de compétence, laquelle résulterait de la ratification par le Canada d'un traité international : c'est le cas, par exemple, de l'opposition de l'Alberta à la ratification de la *Convention sur les droits de l'enfant* par le Canada. Dans ce cas, l'argument est plutôt idéologique : l'Alberta refuse le cadre général de la Convention, c'est-à-dire l'affirmation des obligations positives des États d'agir dans le meilleur intérêt de l'enfant, et ce, en concurrence avec la famille. Pour les fins d'une mise en contexte, notons que l'Alberta est aux prises avec le problème pénétrant des droits des enfants issus de familles autochtones, et dont le taux d'adoption par des familles blanches est disproportionnée par rapport à la moyenne canadienne. De même, c'est entre autres en Alberta que se pose le débat de la légitimité du «spanking» dans l'éducation des enfants.

*Les droits économiques et sociaux*: la Charte canadienne est muette au sujet des protections prévues par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, que le Canada a ratifié. Or, la majorité des champs de compétence interpellés par le Pacte sont de nature provinciale. Dans une récente affaire (*Gosselin*, 2002), la Cour suprême a été appelée à se prononcer sur la question de savoir si l'article 7 de la Charte canadienne qui garantit à toute personne le droit à la vie, à la sécurité et à la liberté comprend le droit de toute personne d'être tenu à l'abri du dénuement total. Bien que la Cour ait maintenu sa position historique à l'effet que ce n'est pas le cas (sauf pour la remarquable dissidence de la Juge Arbour), on peut imaginer les conséquences d'une décision contraire qui aurait eu pour effet d'imposer aux gouvernements provinciaux l'obligation de prévoir des mesures d'aide de dernier recours au nom de la présomption de conformité au droit international des droits de la personne du droit interne, et plus précisément, du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. A l'heure où les protections sociales rétrécissent comme une peau de chagrin au Canada, les provinces sont peu portées à la générosité. Mais peuvent-elles y être contraintes en raison des engagements internationaux de nature conventionnelle pris par le pouvoir central? Ce questions

<sup>5</sup> Voir : <http://www.barreau.qc.ca/opinions/communiqués/1998/981016.html>.

se posent avec une nouvelle acuité en matière de droit du travail. Le droit de la province de la Colombie Britannique prévoit qu'un contrat collectif de travail peut prévoir des protections moindres que celles prévues par la Loi sur les normes minimales du travail (Labour Standards Act). En regard des avancées du droit international du travail mais aussi, compte tenu du faible taux de ratification par le Canada des conventions de l'OIT, doit-on prétendre que la Colombie Britannique peut à cet égard agir en toute impunité? Est-il légitime que la Cour suprême du Canada impose à la province de l'Ontario l'obligation de protéger le droit des travailleurs agricoles de se syndiquer en décrétant une obligation positive de l'État provincial d'agir et en s'inspirant aux fins du jugement de plusieurs standards du droit international (*Dunmore*, 2001)?

Ces illustrations nous incite à reposer la question du partage des compétences dans une logique plus politique. Exception faite du Québec, où la tradition social-démocrate marque le politique, les organisations de la société civile canadienne qui militent contre la pauvreté et en faveur des droits de la personne, affichent des attitudes résolument centralisatrices. Pour elle, l'évocation du besoin de respecter en matière de mise en œuvre des garanties relatives aux droits de la personne le partage des compétences au sein de la fédération canadienne n'est rien d'autre qu'un «écran de fumée néo-libérale». Il est vrai que le gouvernement central a souvent bousculé ce principe en matière sociale; soit en obtenant des provinces leur assentiment à un amendement constitutionnel (le cas de l'assurance-chômage), soit en recourant à son pouvoir de dépenser, pouvoir qui lui a permis de mettre en œuvre de nombreuses lois destinées à partager des dépenses en matière sociale (aide de dernier recours, santé, etc ...).

*L'application du droit international dans le temps* : souvent, le pouvoir exécutif central choisira de ratifier un traité après avoir constaté l'état de conformité du droit interne à la norme internationale. Il existe d'ailleurs plusieurs mécanismes inter-provinciaux et inter-ministériels destinés à de telles vérifications. Mais peut-on imposer aux provinces de se conformer à un engagement international issu d'un traité dont la ratification est postérieure à l'adoption de la loi provinciale examinée, et ce, au nom de la présomption de conformité du droit interne au droit international? Alors que la Cour suprême semble privilégier directement et sans autre condition la recherche de cette conformité, on constate que le principe du *self government* peut être pris de court par cette application. Par exemple, chaque province canadienne a adopté une loi destinée à la protection et à la promotion des droits des enfants. L'interprétation de telles lois provinciales (sauf dans les cas clairs où elles contrediraient les engagements internationaux du Canada) sera-t-elle en tout temps soumise à la présomption de conformité? La portée de la question est évidente : cela pourrait significativement altérer la définition «provinciale» du concept du «meilleur intérêt de l'enfant», sans doute au bénéfice des enfants, mais pas nécessairement à l'avantage des provinces. C'est pourquoi certains prônent la reconnaissance du meilleur intérêt de l'enfant à titre de coutume, court-circuitant ainsi les difficultés relatives au partage des compétences. Mais ce raisonnement là n'est pas toujours disponible.

*L'action administrative* : l'Administration publique canadienne est très développée et le droit administratif est un riche contentieux. Ce droit est assorti de multiples recours de type administratif donnant lieu à des décisions que les tribunaux supérieurs peuvent réviser en cas d'excès ou d'erreur grave de compétence de la part du juge administratif. Tout citoyen lésé peut généralement avoir accès à de tels recours en révision. De l'avis de plusieurs auteurs, le juge administratif participe activement à la démocratie délibérative. Dans la récente affaire *Baker* (1999), il s'agissait, en fait, de savoir si les règles administratives (directives) utilisées par les agents de l'immigration ont aussi pour fonction d'incorporer les «valeurs» contenues dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, que le Canada a ratifiée. Madame Baker faisait l'objet d'une ordonnance d'expulsion émise par l'instance administrative de l'immigration. Madame Baker, en situation claire d'illégalité au Canada, était néanmoins la mère de 4 enfants de

citoyenneté canadienne et qui résidaient au Canada. La révision judiciaire de la décision administrative a confirmé la décision administrative jusqu'à ce que la Cour suprême détermine que dans le cours de la prise de décision administrative, le fonctionnaire doit accorder une importance déterminante, sinon décisive, au meilleur intérêt des enfants. Selon la Juge l'Heureux Dubé, les «valeurs» de la *Convention relative aux droits de l'enfant* doivent influencer l'approche contextuelle des lois canadiennes malgré leur défaut d'application directe. La Cour a donc retourné le dossier à l'agent décideur afin qu'il révise sa décision. Les règles administratives gouvernant la décision de l'officier d'immigration avaient été adoptées en 1992 et la décision avait précédé les premières recommandations que le Comité des droits de l'Enfant des Nations Unies avaient adressées au Canada, suite à l'examen de son premier rapport périodique. Dans ces conclusions, le Comité recommandait au Canada d'accorder une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la poursuite de l'objectif humanitaire de la réunification des familles.

Les progressistes ont vu dans cette décision le signe de la reconnaissance du rôle des instances administratives dans le processus d'incorporation du droit international des droits de la personne en droit canadien. Certains ont néanmoins déploré le fait que Madame la Juge l'Heureux Dubé n'ait pas choisi de fonder sa décision sur l'aspect péremptoire et coutumier du principe du meilleur intérêt de l'enfant en droit international. Cela aurait pu aider à résoudre la confusion ambiante entre l'effet des règles coutumières sur le droit interne et celui de la présomption de conformité au droit international, dans l'interprétation du droit interne.

Les plus prudents se sont inquiétés : la décision de Madame la Juge l'Heureux Dubé rend totalement imprévisible l'effet du droit international en droit interne en le destinant aussi à l'action administrative. Les récalcitrants ont vu dans cette décision la «preuve par quatre» que le droit international tel qu'incorporé par la Cour suprême dans l'affaire *Baker* domine nettement le principe du *self government*, tant au niveau du gouvernement central qu'à celui des gouvernements provinciaux, cette dernière preuve n'étant toutefois pas encore faite (l'immigration est de compétence fédérale, sauf dans le cas du Québec où certains aspects de la compétence sont partagés).

Quoi qu'il en soit, le chemin parcouru depuis l'opinion de M. le juge Estey dans l'affaire *Capital Cities* (1982) jusqu'à celle de Madame la Juge l'Heureux Dubé dans l'affaire *Baker*, démontre sans l'ombre d'un doute qu'en matière de droits de la personne, l'affirmation du caractère «dualiste» de l'État canadien doit être nuancé. La Cour suprême a donc entrepris, de manière «non principielle», et au cas à cas, un processus d'incorporation implicite du droit international en droit canadien. Ce phénomène semble irréversible et s'inscrit dans la perspective plus large du «transnationalisme juridique».

Néanmoins, ces enjeux soulèvent une question politique : cette approche est-elle viable à long terme? Ne risque-t-on pas le *backlash*, particulièrement de la part de certaines provinces ? Il serait erroné de ne s'en remettre qu'aux tribunaux afin d'accroître la protection et le bénéfice des normes relatives aux droits de la personne en droit interne. C'est pourquoi il faut donc regarder de plus près, les mécanismes adoptés par les gouvernements au Canada afin d'assurer la cohérence politique de l'incorporation du droit international en droit interne au Canada. A cette fin, nous examinerons ci-dessous le processus politique précédant la ratification d'un traité au Canada ainsi qu'une autre procédure, de plus en plus significative pour la société civile, c'est-à-dire celle des rapports périodiques de mise en œuvre prévus par plusieurs traités des Nations unies en matière de droits de la personne.

**La ratification** : on le sait (exception faite des conventions adoptées par l'OÉA, semble-t-il !) le Canada est très soucieux de son image de marque en matière de droits de la personne. Il aura donc tendance à tirer avantage des privilèges conférés par la tradition britannique et par la *common law* à l'exécutif du pouvoir central pour accélérer la ratification d'un traité. Cette ambition, cependant, est pondérée par des mécanismes de consultation inter-ministériels et inter-gouvernementaux où siègent des représentants des Ministres de la Justice ainsi que ceux des commissions, fédérale et provinciales, des droits de la personne. Ce processus permanent de consultation se destine essentiellement à donner au pouvoir exécutif fédéral l'assurance que le droit interne est *a priori* en conformité avec la norme internationale pour laquelle on envisage la ratification ou encore, quelle peut être mise en conformité rapidement. Il semble toutefois que ce mécanisme soit plus parcellaire ou plus politisé qu'il n'y semble<sup>6</sup>. Car le pouvoir exécutif fédéral pourra aussi, devant la résistance de certaines provinces, en venir par lui-même à la conclusion que le droit interne est conforme à la norme internationale. Ce fut le cas lorsque le Canada a choisi de ratifier la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Vu les récents développements jurisprudentiels, cela signifie clairement que le gouvernement fédéral compte sur les tribunaux pour rappeler à «l'ordre international» les provinces récalcitrantes. Certains prétendront que cela s'inscrit parfaitement dans la tendance destinée à créer un rapport de proximité entre les citoyens et le droit international. D'autres diront que cette stratégie est vouée à l'échec non pas juridique, mais politique, puisqu'une province peut explicitement légiférer afin de désavouer une norme internationale issue d'un traité.

La stratégie peut aussi consister à promouvoir le règlement d'un problème politique en précipitant la ratification d'un traité. En date, le plus récent épisode est sans doute celui de la ratification du *Protocole de Kyoto sur les changements climatiques*, laquelle a eu lieu malgré les véhémentes protestations de certaines provinces, dont l'Alberta encore une fois. Le Québec pour sa part, s'est empressé d'adhérer au Protocole de Kyoto pour ensuite exiger la constitution d'une table inter-gouvernementale de mise en œuvre. En fait, Kyoto a révélé la capacité des entités fédératives de prendre en otage le droit international. Aujourd'hui, le Québec et d'autres provinces réclament la mise en marche d'un processus qui s'apparente de très près à une clause fédérative fondée toutefois sur une égalité dans les rapports entre l'autorité centrale et les autorités provinciales.

Le cas des accords de commerce n'est pas sans incidence sur les droits de la personne. Ainsi, le Québec a récemment adopté une loi destinée à soumettre à l'Assemblée nationale<sup>7</sup> l'acceptation ou le refus de tout accord de commerce ou d'un traité relatif aux droits de la personne que le pouvoir exécutif central canadien aurait choisi de ratifier. On y a eu recours pour la première fois dans le cas du *Protocole de Kyoto*. Bien que la Ministre responsable ait affirmé qu'il s'agissait pour le Québec de se distinguer de la tradition britannique, on doit reconnaître que les lois de mise en œuvre ne règlent pas la question de l'incorporation en droit interne du traité. A vrai dire et comme le disait la Ministre, il s'agit de prévoir des munitions politiques dans le but de s'opposer à la ratification par le Canada de certains accords, dont, dit-elle, l'éventuel traité créant la Zone de libre échange des Amériques (ZLÉA). Selon la Ministre, cette opposition forcerait le Canada à dénoncer lors de la ratification l'opposition du Québec. Mais selon la doctrine, rien n'est moins certain.

La fédération canadienne est marquée, au-delà des oppositions fortes, par les résistances douces. Le cas le plus éloquent à cet égard est sans doute celui de la *Convention américaine des droits de l'Homme*. Il est à ce jour impossible de prendre connaissance, tant des motifs de réticence

---

<sup>6</sup> On pourra comparer le «cas» de la *Convention américaine des droits de l'Homme* et celui de la *Convention interaméricaine sur le terrorisme*, que le Canada a ratifiée avec une incroyable rapidité !

<sup>7</sup> Voir : [http://www.mri.gouv.qc.ca/francais/ministere/communiqués/2002/20020509\\_fr.html](http://www.mri.gouv.qc.ca/francais/ministere/communiqués/2002/20020509_fr.html).

fédérale à la ratification de la Convention américaine que de ceux des provinces. Des rumeurs, des murmures et des mémos oubliés constituent l'essentiel de l'argumentation. Alors que la société civile reproche en général au processus de détermination de l'opportunité de ratifier un traité son manque de transparence, voilà que, dans le cas de la Convention américaine, le gouvernement se fonde sur les résistances de la société civile, et plus particulièrement sur celles du mouvement féministe, pour expliquer son incapacité de ratifier la Convention. Les provinces, pour leur part, se cachent avec élégance derrière l'argumentaire du gouvernement central et le principe du *Treaty Making Power* de l'exécutif de ce gouvernement.

S'il est vrai que le mouvement des femmes au Canada (moins au Québec) n'apprécie pas beaucoup le libellé de l'article 4(1) de la Convention américaine relatif à la protection du droit à la vie, il n'est pas moins vrai que le gouvernement fédéral n'a consenti aucun effort pour enclencher le dialogue avec la société civile à cet égard. Les mauvaises langues prétendent même que cette inertie est fondée sur des résistances plus sérieuses : le spectre de la compétence de la Cour interaméricaine d'une part, et d'autre part, la perspective de demandes émanant de la société civile relatives à l'éventuelle ratification du Protocole de San Salvador. On peut se demander à juste titre si la présence d'une «clause fédérale» dans la Convention, contrairement aux Pactes des Nations Unies, ajoute quelque chose au débat. Peut-être bien. Après tout, le mérite d'une telle clause n'est-il pas de forcer les fédérations, à l'aide d'un argument convaincant, à mettre en œuvre des mécanismes de consultation inter-gouvernementaux? Ce qui n'a pas fonctionné pour l'OIT fonctionnerait-il pour l'OÉA ? Le Canada, et surtout certaines provinces, savent très bien que la société civile pourrait démontrer un certain intérêt dans la mise en œuvre de cette clause fédérale. Ainsi, les débats entourant l'opportunité de la clause fédérale pourraient devenir un outil utile dans les mains de la société civile.

Car il n'existe au Canada aucun processus de consultation digne de ce nom lorsque se pose la question de savoir si l'exécutif du gouvernement central doit ou non ratifier un traité relatif aux droits de la personne. A contrario, les mécanismes formels et informels de consultation du secteur des affaires vont bon train lorsqu'il s'agit de l'ALÉNA, de l'OMC ou de la ZLÉA . Fort de la théorie britannique conférant à l'exécutif central le pouvoir de ratifier des traités, le gouvernement canadien a la fâcheuse habitude de recourir à la société civile comme bon lui semble à cet effet. Certaines histoires sont heureuses. Il faut célébrer à cet effet le cas de la Convention D'Ottawa sur les mines anti-personnels (AMP). Mais dans ce dernier cas, reconnaissons qu'il s'agissait d'abord de convaincre les «autres états» d'adopter ce traité.

**La procédure de rapport** : plusieurs traités de droits de la personne prévoient la soumission par l'État les ayant ratifiés de rapports périodiques de mise en œuvre. C'est le cas des *Pactes des Nations Unies*, de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, de la *Convention des Nations Unies relative à la torture*, de la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, et de la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination raciale*. Avec l'avènement des rapports alternatifs produits par la société civile (shadow reports) et par les ONG, le gouvernement fédéral, responsable de la production de ses rapports, a pu constater que rien n'est simple au royaume des états fédéraux. A vrai dire, ces rapports sont assez faciles à produire lorsqu'il s'agit de traités embrassant essentiellement la protection des libertés fondamentales classiques. Le Ministère fédéral de la Justice assume alors la responsabilité de la production de ces rapports. Lorsque le traité pour lequel le Canada soumet un rapport évoque toutefois des problématiques plus complexes, soit en raison du groupe protégé ( les femmes, les enfants) soit en raison du sujet (les droits économiques et sociaux, par exemple) la structure fédérative et ministérielle du Canada pose d'énormes problèmes. En fait, les rapports ressembleront souvent à un immense «couper-coller» constitué de la somme des informations transmises par les ministères compétents, somme

à laquelle s'ajoutent de manière erratique les Annexes produites par les provinces en ce qui a trait à leurs domaines de compétence. L'exemple le plus pathétique est probablement celui du *Pacte des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, dont le Rapport périodique canadien est pourtant scruté à la loupe par les ONG. Il faut dire qu'en ce domaine, les provinces ont développé l'art de l'indifférence en choisissant de s'abstenir de toute présence lors de la comparution du Canada devant le Comité d'Experts compétent (sauf pour le Québec). Le comité d'Experts, pour sa part, est tenté de rechercher le point de vue des provinces, mais s'est encore abstenu de le réclamer jusqu'à ce jour.

Récemment, toutefois, on a vu comparaître, devant le Comité d'expertes de la CEDAW, 4 provinces (Colombie Britannique, Nouvelle Écosse, Ile du Prince Édouard et Québec). Le vent tournerait-il ? Probablement, et la raison est de nature politique: comment une province peut-elle accepter d'être dénoncée *in absentia* par les ONG devant un Comité international? Cela modifiera-t-il la «donne fédérative» au Canada? Nous le croyons. Contre la collision frontale, la meilleure arme canadienne est le dialogue. Il faudra donc suivre de près les modèles en émergence, que développeront dans ce contexte tout autant le gouvernement central que les provinces.

A cette fin, une attitude créative de la part des organes de contrôle des traités internationaux serait très utile. Les récentes Recommandations du Comité d'Expertes de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, bien que prudentes, nous instruisent à cet égard des voies à explorer ou à renforcer<sup>8</sup>:

*Para. 25 : the Committee acknowledges the State party's complex federal, provincial and territorial political and legal structures. However, it underlines the federal Government's principal responsibility in implementing the Convention. The Committee is concerned that the federal Government does not seem to have the power to ensure that governments establish legal and other measures in order to fully implement the Convention in a coherent and consistent manner.*

Para. 26 : The Committee recommends that the State party search for innovative ways to strengthen the currently existing consultative federal-provincial-territorial continuing Committee of Officials for human rights as well as other mechanisms of partnership in order to ensure that coherent and consistent measures in line with the Convention are achieved.

Il faut aussi considérer qu'une nouvelle pratique se développe devant les tribunaux canadiens laquelle consiste à «plaider» aux fins de l'interprétation du droit interne ou encore du droit international, les propos tenus par le gouvernement central canadien devant les organes de contrôle de traités. A titre d'exemple, l'affirmation par le Canada devant le Comité des droits de l'Homme en 1999 que l'article 7 de la Charte canadienne protège le droit à la vie des plus démunis en a étonné plus d'un. Car le Canada a toujours nié devant ses propres tribunaux une telle interprétation. Recourant à de telles affirmations, les ONG se situent dans un rapport «non fédératif» avec le Canada, oubliant que le gouvernement central, quoi qu'il dise, ne peut pas lier les provinces dans leur champ de compétence. La pauvreté, l'assistance sociale et les droits civils sont des compétences provinciales.

On constate ainsi que non seulement l'existence du droit international des droits de la personne, mais aussi celle des mécanismes en assurant le contrôle et la mise en œuvre, participent au débat

---

<sup>8</sup> Voir Doc. UN CEDAW/C/2003/I/CRP.3/Add.5/Rev. 1, 31 janvier 2003.

de la mise en œuvre du droit international au sein des états fédératifs de tradition dualiste. A vrai dire, l'effet combiné d'une attitude proactive de la Cour suprême du Canada, de l'implication des organisations de la société civile et du tout nouvel intérêt des provinces pour les organes de contrôle des traités internationaux risquent enfin d'accroître l'efficacité des mécanismes traditionnels de consultation au Canada aux fins de la ratification et de la mise en œuvre des traités. La combinaison de facteurs judiciaires et non judiciaires sont en voie de faire du Canada un État plus hybride que proprement dualiste, et plus kelsenien (de par ses structures coopératives en regard du droit international) que le souhaitait le professeur Morin dans son célèbre article écrit en 1964.

### **Conclusion : Le transnationalisme et le droit international des droits de la personne**

Au royaume des États de tradition britannique, l'introduction de Chartes écrites a définitivement modifié le paysage et la théorie. A titre d'exemple, jamais n'aura-t-on autant plaidé les décisions des tribunaux canadiens devant des juridictions étrangères. Ce constat n'est pas limité aux États de tradition britannique. Il exprime une sorte de «révolution des colonies». Ainsi, les décisions de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud sont régulièrement plaidées devant la Cour suprême du Canada. La Nouvelle Zélande, l'Inde et dans une moindre mesure, le Royaume Uni, qui apprivoise le droit européen des droits de la personne, sont, avec le Canada, des exemples concluants. Seule l'Australie résiste farouchement en recourant au contraire au droit interne pour rejeter explicitement certains standards du droit international des droits de la personne (voir l'affaire Teoh, par exemple).

Devant un tel mouvement de transnationalisation ou d'internationalisation, on peut se demander si les arguments issus de l'évocation des particularités des états fédératifs ont encore un sens.

Nous croyons que oui. Le risque politique de désaveu des conséquences issues de l'incorporation indirecte ou implicite des normes du droit international des droits de la personne en droit interne au Canada est encore élevé, surtout dans les domaines de compétence provinciale. Dans un si «grand petit» pays qui se distingue par une multitude de cultures, de croyances religieuses, de droite et de gauche, de prétentions à l'autodétermination, de théories de l'État, mais aussi, par sa proximité avec son puissant voisin du Sud, il importe de ne pas prendre la question à la légère.

Mais l'effet conjugué de ces phénomènes devrait donner au gouvernement central l'inspiration nécessaire afin d'enrichir ce que Kelsen appelle «l'ordre constitutionnel total». Cet ordre repose sur l'égalité des pouvoirs entre le gouvernement central et les autres ordres de gouvernement et non, comme le présument les clauses fédérales classiques, sur un devoir ou un pouvoir supérieur quelconque de l'État central. Si l'exécutif central peut engager le Canada sur la scène internationale, ce qu'il ne se prive pas pour faire, il doit aussi mesurer les conséquences de ses actes sur le plan interne et entreprendre avec les provinces et la société civile un dialogue constructif destiné à éviter la rupture entre certaines provinces et les promesses du droit international des droits de la personne. Dans certaines régions du Canada, le vent vient de la droite. Et certaines provinces pourraient être tentées de laisser souffler ce vent en encourageant l'Exécutif fédéral à exercer en solitaire son *Treaty Making Power*, au risque de se voir rappeler à l'ordre de temps à autre par la Cour suprême. Cela a déjà et aura des conséquences dramatiques, particulièrement en matière de droits économiques et sociaux puisqu'à cet égard, la Cour suprême ne montre aucun signe d'ouverture, s'inclinant encore devant le silence d'une Charte canadienne que nous ne sommes pas sur le point de «revisiter». C'est donc de manière holistique et non seulement judiciaire qu'il faut prévoir l'incorporation en droit interne des normes du droit international. Cela exige une bonne dose d'institutions destinées au dialogue et à la mise en

œuvre. L'ère de la méfiance réciproque, qui a servi tantôt l'un et tantôt l'autre ordre de gouvernement devrait donc être déclaré révolue.

*Lucie Lamarche*

*Mars 2003*

*Université du Québec à Montréal, Canada*

*Faculté de science politique et de droit*

*Département de sciences juridiques*

*Références :*

Craig SCOTT & Philip ALSTON, *Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context : A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise*, (2000) 16 South African Human Rights Journal 206-268;

Gavan Griffith and Carolyn Evans, *Teoh and Visions of International Law*, U. of Melbourne, Faculty of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper no 34, 2002, on line : [http://ssrn.com/abstract\\_id=364820](http://ssrn.com/abstract_id=364820).

France Houle, *L'Arrêt Baker : Le rôle des règles administratives dans la réception du droit international des droits de la personne en droit interne*, (2002) 27 Queen's Law Journal, no 2, 511-577;

Karen Knop, *Here and There : International Law in Domestic Courts*, (2000) 32 International Law and Politics, 501-535;

Jacques Yvan Morin, *La conclusion d'Accords internationaux par les provinces canadiennes à la lumière du droit comparé*, (1965) The Canadian Yearbook of International Law, (vol. III, Tome III), 127-186;

William A. Schabas, *Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada*, (2000) 79 Canadian Bar Review 174-195;

Sylvie Scherrer, *L'effet des traités dans l'ordre juridique interne canadien à la lumière de la jurisprudence récente*, (2000) Développements récents en droit administratif, no 131, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, 57-85;

Gibran Van Ert, *Using Treaties in Canadian Courts*, (2000) The Canadian Yearbook of International Law, 3-87;

Sauf indication contraire, toutes les décisions citées sont celles de la Cour suprême du Canada. Elles peuvent être consultées en ligne à : <http://www.scc-csc.gc.ca/>.