

La Cour suprême du Canada peut-elle répondre à une pure question de droit international dans le cadre du renvoi sur la sécession unilatérale du Québec ?

Yves Le Bouthillier

Volume 28, numéro 4, décembre 1997

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1035615ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1035615ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Le Bouthillier, Y. (1997). La Cour suprême du Canada peut-elle répondre à une pure question de droit international dans le cadre du renvoi sur la sécession unilatérale du Québec ? *Revue générale de droit*, 28(4), 431–448.
<https://doi.org/10.7202/1035615ar>

Résumé de l'article

Dans le *Renvoi sur la sécession unilatérale du Québec*, la Cour suprême du Canada est invitée dans la deuxième question à déterminer si le Québec possède, en vertu du droit international, le droit de procéder à la sécession unilatérale. L'auteur est d'avis qu'il s'agit là d'une pure question de droit international à laquelle la Cour n'a pas la compétence de répondre. Se fondant sur les textes juridiques à l'origine de la Cour, sur la distinction entre les tribunaux de droit interne et de droit international et sur la jurisprudence de la Cour, il conclut que la Cour peut recourir au droit international uniquement aux fins d'interpréter le droit interne ou d'en combler les lacunes. Il démontre ensuite que la deuxième question du renvoi ne relève que du droit international et échappe ainsi à la compétence de la Cour.

La Cour suprême du Canada peut-elle répondre à une pure question de droit international dans le cadre du renvoi sur la sécession unilatérale du Québec?

YVES LE BOUTHILLIER*

Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Dans le Renvoi sur la sécession unilatérale du Québec, la Cour suprême du Canada est invitée dans la deuxième question à déterminer si le Québec possède, en vertu du droit international, le droit de procéder à la sécession unilatérale. L'auteur est d'avis qu'il s'agit là d'une pure question de droit international à laquelle la Cour n'a pas la compétence de répondre. Se fondant sur les textes juridiques à l'origine de la Cour, sur la distinction entre les tribunaux de droit interne et de droit international et sur la jurisprudence de la Cour, il conclut que la Cour peut recourir au droit international uniquement aux fins d'interpréter le droit interne ou d'en combler les

ABSTRACT

In the second question on the Reference on the unilateral secession of Québec, the Supreme Court of Canada is asked to determine if Québec possesses in international law a right to secede unilaterally. The author believes that this is a pure question of international law to which the Court is not competent to answer. Basing his argument on the legal texts at the origin of the Court, on the distinction between domestic and international tribunals and on the jurisprudence of the Court, he concludes that the Court can have recourse to international law only to interpret domestic law or complete its gaps. He then proceeds to demonstrate that the second question

* L'auteur a agi à titre d'expert dans le *Renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada* à la demande de l'*amicus curiae* désigné par la Cour, M^e André Joli-Coeur. Dans deux rapports distincts déposés à la Cour par l'*amicus curiae* l'auteur exprime l'opinion que la Cour suprême du Canada n'a pas compétence pour répondre à une pure question de droit international. Le présent article reprend, pour l'essentiel, l'argumentation développée par l'auteur dans ces deux rapports, en faisant allusion, au besoin, à d'autres rapports et mémoires déposés à la Cour ainsi qu'aux plaidoiries pertinentes. Ce texte ne saurait en aucune manière être attribué à l'*amicus curiae*.

N.D.L.R.: Alors que cet article était sous presse, la Cour suprême du Canada a rendu son avis sur ce renvoi, déclarant entre autres qu'elle était compétente pour répondre à la question 2 portant sur le droit international. Voir *Renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada*, (20 août 1998), n^o de greffe 25506.

lacunes. Il démontre ensuite que la deuxième question du renvoi ne relève que du droit international et échappe ainsi à la compétence de la Cour.

of the Reference is only concerned with international law and that consequently the Court is not competent to answer it.

SOMMAIRE

Introduction	432
I. La Cour suprême est un tribunal de droit interne	433
II. La Cour suprême n'est pas un tribunal international et n'a pas compétence pour agir comme un tribunal international.....	435
III. La Cour suprême ne peut recourir au droit international que pour élucider une question de droit interne	438
A. La Cour suprême a recours au droit international pour les fins de l'interprétation du droit interne	439
B. La Cour suprême a recours au droit international pour compléter, dans l'ordre interne, le droit existant	440
IV. La deuxième question du renvoi ne concerne que le droit international	446
V. La deuxième question du renvoi ne vise pas à élucider le droit interne	447
Conclusion.....	448

INTRODUCTION

Le 30 septembre 1996 le Gouverneur en conseil du Canada a soumis trois questions à la Cour suprême du Canada concernant le droit du Québec de procéder unilatéralement à la sécession¹: la première concerne le droit interne², la deuxième relève du droit international³ et la troisième soulève le problème de la préséance entre le droit interne et le droit international au Canada⁴.

1. Décret C.P. 1996-1497.

2. Le texte de la première question est comme suit: « L'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? »

3. Le texte de la deuxième question est comme suit: « L'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? »

4. Le texte de la troisième question est comme suit: « Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? »

La deuxième question du *Renvoi sur la sécession*⁵ est inusitée en ce que, contrairement aux renvois antérieurs à la Cour, elle vise uniquement à clarifier le droit international indépendamment du droit interne. En l'absence de précédents, il apparaît raisonnable de s'interroger sur la compétence du plus haut tribunal du pays pour répondre à cette question. Dans le présent article nous expliquons pourquoi, à notre avis, la Cour ne possède pas la compétence pour répondre à ce qu'il convient de qualifier de pure question de droit international. Dans un premier temps, nous rappelons que la Cour suprême du Canada est un tribunal de droit interne (I) et que cette Cour n'est pas habilitée à agir comme un tribunal international (II). De plus, nous démontrons que la pratique de la Cour a toujours été de se référer au droit international uniquement pour élucider le droit interne (III). Par la suite notre analyse cible directement la deuxième question du *Renvoi sur la sécession* en tant que pure question de droit international (IV) qui ne vise aucunement à élucider le droit interne (V).

I. LA COUR SUPRÊME EST UN TRIBUNAL DE DROIT INTERNE

Les textes juridiques auxquels la Cour suprême du Canada doit son existence suggèrent fortement que sa compétence ne porte que sur le droit interne. L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶ permet la création d'une « cour générale d'appel pour le pays » par le Parlement du Canada. Cet article se lit comme suit :

Nonobstant toute disposition du présent acte, le Parlement du Canada pourra à l'occasion pourvoir à l'institution, au maintien et à l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi qu'à l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada.

L'article 101 n'énumère aucune des fonctions ou pouvoirs de la future Cour suprême. L'expression « cour générale d'appel pour le Canada » suggère toutefois que cette Cour a pour mandat de statuer sur des questions soulevées dans le droit interne canadien. En effet, la précision « pour le Canada » semble exclure de son champ de compétence l'examen de questions de droit international n'ayant aucun lien avec le système juridique canadien.

La Cour suprême du Canada a été créée par la *Loi sur la Cour suprême*⁷. L'article 53 de la Loi prévoit la procédure de renvoi⁸. Selon le paragraphe (4) de l'article 53, la Cour doit répondre aux questions qui lui sont déférées; évidemment elle ne peut répondre à des questions que si celles-ci relèvent de sa compétence.

5. Bien que le nom officiel de ce renvoi est *Renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada*, nous utilisons la forme abrégée *Renvoi sur la sécession* dans le présent article.

6. (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

7. L.R.C. 1985, c. S-26.

8. L'article 53 se lit comme suit :

Questions déférées pour avis

53. (1) Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant :

- a) l'interprétation des Lois constitutionnelles;
- b) la constitutionnalité ou l'interprétation d'un texte législatif fédéral ou provincial;
- c) la compétence d'appel en matière d'enseignement dévolue au gouverneur en conseil par la *Loi constitutionnelle de 1867* ou une autre loi;
- d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur.

Comme l'a écrit un éminent auteur : « Knowing that the court has a duty to consider does not help us appreciate what it is that it can or must consider »⁹.

Le paragraphe (1) de l'article 53 identifie certaines questions que le gouverneur en conseil peut soumettre à la Cour. Toutes ces questions sont liées à l'ordre interne canadien. Par ailleurs, le paragraphe (2) de l'article 53 accorde au gouverneur général une grande discrétion quant à la nature des questions qui peuvent être posées à la Cour, en précisant qu'il est possible de « déférer à la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière, que celle-ci soit ou non, selon la Cour, du même ordre que les matières énumérées au paragraphe (1) ». Cette large discrétion ne signifie toutefois pas que la Cour possède la compétence pour répondre à toute question¹⁰. En effet, le paragraphe (2) de

Autres questions

(2) Le gouverneur en conseil peut en outre, s'il l'estime indiqué, déférer à la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière, que celle-ci soit ou non, selon la Cour, du même ordre que les matières énumérées au paragraphe (1).

Questions réputées importantes

(3) Les questions touchant les matières visées aux paragraphes (1) et (2) sont d'office réputées être importantes quand elles sont ainsi déferées à la Cour par le gouverneur en conseil.

Avis de la Cour

(4) La Cour est tenue d'étudier tout renvoi fait aux termes des paragraphes (1) ou (2) et de répondre à chaque question qui lui est ainsi déferée. Elle transmet ensuite au gouverneur en conseil, pour son information, un avis certifié et motivé sur chacune des questions, de la même manière que dans le cas d'un jugement rendu sur appel porté devant elle; tout juge dont l'opinion diffère de celle de la majorité transmet pareillement son avis certifié et motivé.

Avis aux provinces intéressées

(5) Si la question touche à la validité constitutionnelle d'une loi — ou de l'une quelconque de ses dispositions — adoptée par la législature d'une province, ou si, pour une raison quelconque, le gouvernement d'une province porte un intérêt particulier à cette question, le procureur général de cette province est obligatoirement avisé de la date d'audition afin qu'il puisse être entendu s'il le juge à propos.

Avis aux intéressés

(6) La Cour a le pouvoir d'ordonner qu'une personne intéressée ou des représentants d'une catégorie de personnes intéressées soient avisées de l'audition de toute question déferée à la Cour dans le cadre du présent article; ces personnes ont le droit d'être entendues à ce sujet.

Avocat commis d'office

(7) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de commettre d'office un avocat, en l'absence de toute autre représentation, relativement à un intérêt auquel il est porté atteinte; les frais entraînés peuvent être payés par le ministre des Finances sur les crédits affectés par le Parlement aux frais de justice.

9. R. St. J. MACDONALD, « The Relationship Between International Law and Domestic Law in Canada » dans R. St. J. MACDONALD *et al.*, dir., *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, 88, p. 90.

10. Dans leurs arguments écrits, la Procureure générale du Canada et l'un de ses experts, le professeur Crawford, ont eux-mêmes laissé entendre qu'il y aurait des limites à la compétence de la Cour de répondre à certaines questions. En effet, ils ont soutenu que la Cour avait compétence pour répondre à la deuxième question, étant donné que celle-ci soulève une question de droit international dans laquelle « aucun autre État n'a un intérêt juridique ». Voir la *Réplique de la Procureure générale du Canada* à la page 7, par. 20 et J. CRAWFORD, *Réponse aux Rapports d'experts de l'amicus curiae* à la page 16, par. 25. La Procureure générale ajoute : « Le présent renvoi ne concerne nullement un différend entre le Canada et un État étranger ». *Ibid.*, p. 7, par. 20. Ils suggèrent ainsi implicitement que dans le cas contraire la Cour ne serait pas compétente pour répondre à une question touchant un autre État.

l'article 53 doit être lu à la lumière de l'ensemble de la Loi. En particulier le libellé de l'article 3 de la Loi indique que la Cour suprême est une « cour générale d'appel pour l'ensemble du pays et un tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien »¹¹. Là encore les expressions « pour l'ensemble du pays » et « propre à améliorer l'application du droit canadien » semblent exclure la prise en considération de règles n'ayant aucun lien avec une question de droit interne canadien. Aucune autre disposition dans la Loi ne laisse entendre que la Cour suprême soit autre chose qu'un tribunal de droit interne.

II. LA COUR SUPRÊME N'EST PAS UN TRIBUNAL INTERNATIONAL ET N'A PAS COMPÉTENCE POUR AGIR COMME UN TRIBUNAL INTERNATIONAL

Plusieurs raisons, découlant surtout du fait que la Cour est un tribunal de droit interne canadien, permettent de conclure que la Cour n'a pas compétence pour agir comme si elle était un tribunal international. D'une part, la Cour n'a aucune autorité pour déclarer que le Canada doit respecter ses obligations internationales. Au contraire la Cour reconnaît que le législateur peut décider de ne pas respecter ses obligations internationales¹² et que le droit interne prime sur le droit international¹³. D'autre part, un jugement ou un avis de la Cour suprême en droit international n'aurait pas d'effet juridique en soi sur le système juridique international. Contrairement à l'autorité dont jouissent les jugements et opinions de la Cour suprême en droit interne, ses énoncés sur le droit international constituent pour un tribunal international de simples faits qu'il peut prendre en considération¹⁴.

Ainsi la Cour n'a pas compétence de se substituer aux tribunaux internationaux compétents afin de se prononcer sur des questions qui relèvent strictement du droit international. Divers moyens existent dans l'ordre international pour

11. L'article 3 se lit comme suit :

Tribunal de droit et d'équité du Canada, la Cour suprême du Canada est maintenue sous ce titre de cour générale d'appel pour l'ensemble du pays et de tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien. Elle continue d'être une cour d'archives.

12. Dans *États-Unis c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, le juge LaForest écrit, à la page 1500 : « Il peut également arriver que le gouvernement, pour des fins politiques supérieures ou pour la protection d'un accusé, soit disposé à ne pas respecter un traité ».

13. *Arrow River & Tributaries Slide Boom Co. c. Pigeon River*, [1932] R.C.S. 495, p. 510; *C.A.P.A.C. c. CTV Television Network*, [1968] R.C.S. 676, p. 682. Voir aussi P.A. CÔTÉ, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2^e éd., Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, p. 308; M. COHEN, A.F. BAYEFSKY, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Public International Law », (1983) 62 *Can. Bar Rev.* 265, p. 280; R. St. J. MACDONALD, *supra*, note 9, p. 119.

14. *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, C.P.J.I. Sér. A, n° 7, p. 19. Voir aussi R. HIGGINS, « General Course on Public International Law », (1991) V-230 *Rev. des Cours*, Académie de droit international, où l'auteure écrit à la page 265 : « The International Court has indicated that for it domestic law is a fact ». Dans sa réplique à mon premier rapport déposé à la Cour, le professeur Crawford reconnaît que mon affirmation selon laquelle les décisions de la Cour suprême constituent pour un tribunal international de simples faits est « vraie à certaines fins ». Il ajoute, toutefois : « les décisions des tribunaux internes sont reconnues à l'alinéa 38(1)(d) du *Statut de la Cour internationale de justice* parmi les sources, quoique subsidiaires, du droit international » (nos italiques). Pourtant le libellé même de l'article 38(1)(d) du *Statut de la Cour internationale de justice* qualifie les décisions judiciaires (incluant les décisions

répondre à ces questions. Par exemple, l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité des Nations Unies peut demander un avis consultatif à la Cour internationale de justice sur la portée du droit à l'autodétermination¹⁵ ou encore un arbitrage international auquel pourraient consentir la province de Québec et le gouvernement canadien¹⁶. Par ailleurs, en supposant que les tribunaux internationaux soient incapables pour diverses raisons de se prononcer sur la question, cela ne confère pas en soi la compétence à la Cour suprême, comme l'a souligné l'*amicus curiae* dans sa plaidoirie orale devant la Cour.

S'il est vrai que le droit international reconnaît à chaque État le pouvoir de déterminer l'étendue de la compétence de ses tribunaux internes, il ne faut guère se surprendre que les États n'aient pas cru souhaitable d'autoriser leurs tribunaux à se prononcer sur toute question de droit international qui est considérée d'un intérêt

internationales et internes) et la doctrine des publicistes non pas de « sources » mais, plus modestement, de « moyens auxiliaires » de détermination des règles de droit. De plus, la grande majorité de la doctrine considère que l'article 38 ne fait état que de trois sources de droit international : les traités, la coutume et les principes généraux de droit. Voir, entre autres, P. DAL-
LIER et A. PELLET, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 386; H. KINDRED
et al., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 5^e éd., Toronto, Emond
Montgomery, 1993, p. 78; P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 19,
p. 273. Il est vrai, tel qu'indiqué dans mon premier rapport à la Cour, que des décisions de tri-
bunaux internes peuvent « [...] constituer une partie de la pratique nécessaire à l'application
d'une coutume internationale [...] ». À cet effet, le professeur Brownlie fait l'observation
suivante :

Some decisions provide direct evidence of the practice of the state of the forum on the question involved; others involve a free investigation of the point of law and consideration of available sources, and may result in a careful exposition of the law. [...] However, the value of these decisions varies considerably, and many present a narrow national outlook or rest on a very inadequate use of the sources.

Voir I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 23.

15. Le paragraphe 96(1) de la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, prévoit : « L'Assemblée générale ou le Conseil de Sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique ». La Cour peut accepter de répondre à une pure question de droit international, comme en fait foi son avis consultatif le plus récent, l'*Avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*. Voir [1996] C.I.J. Rec. Dans cet avis, la Cour répond à la question suivante : « Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toutes circonstances ? » Par conséquent, on peut très bien imaginer que la Cour se prononce sur une question générale visant à déterminer le droit des peuples à la sécession unilatérale.

16. En principe rien n'empêche le Canada et une province de librement consentir à un arbitrage international ou à un arbitrage interne qui prévoit que le droit applicable est le droit international. D'ailleurs, notons que la *Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada-Terre-Neuve*, L.C. 1987, c. 3 prévoit, en cas de différend entre deux provinces sur des « zones extracôtières », le recours à une juridiction neutre, juridiction dont la constitution, la composition et la procédure est établie par le ministre fédéral désigné par la loi. Le paragraphe 6(4) dispose : « En cas d'arbitrage, l'arbitre applique, compte tenu des adaptations de circonstance, les principes du droit international relatifs au tracé des limites maritimes ». Pour les fins de l'application des principes de droit international le législateur a choisi de conférer le pouvoir de décision à un arbitre et non à un tribunal existant.

primordial pour un État¹⁷. D'une part, les États préfèrent faire connaître leur opinion en matière de droit international par l'entremise de leur ministère des Affaires étrangères plutôt que courir le risque qu'un tribunal interne contredise leur interprétation. D'autre part, les États sont conscients du fait qu'une question de droit international, si fondamentale soit-elle pour un État, ne peut en définitive être résolue que dans l'arène internationale, par des tribunaux internationaux créés précisément dans ce but, et non par un tribunal de droit interne dont la décision ou l'opinion pourrait immédiatement être contestée, juridiquement et légitimement, par des organes internationaux réputés ou des publicistes qualifiés¹⁸.

Il est vrai cependant, comme nous le verrons ci-dessous, qu'un tribunal national n'a parfois d'autres choix que de recourir au droit international pour éclairer son droit interne.

17. À l'appui de notre opinion selon laquelle les tribunaux internes ne se prononcent pas sur de pures questions de droit international, nous soulignons la jurisprudence issue d'autres ressorts. Ainsi dans une décision récente de la Haute Cour de l'Australie, *Lindon c. Commonwealth* (1996) 70 A.L.J.R. 541, à la demande du gouvernement australien, la Cour a rayé une action dans laquelle le demandeur priait à la Cour de déclarer par jugement que « The threat or use of nuclear weapons in any circumstances is not permitted under international law or transnational law ». L'un des motifs invoqués par le gouvernement à la page 544 pour rayer l'action était le suivant :

That the subject matter of the proceedings was not justiciable in the sense that (a) the proposed declarations related to breaches of international law which had not, as such, been incorporated into domestic law and were thus not the proper subjects of declaratory or other orders in a municipal court such as this; or (b) such matters were political in character, apt for resolution in the other branches of Government and not for judicial determination in this Court.

Bien que la Cour ne se soit pas prononcée directement sur la justiciabilité, rejetant plutôt l'action au motif que le demandeur n'avait pas invoqué « a reasonable cause of action », les commentaires formulés par la Cour à la page 546 nous apparaissent directement pertinents en l'espèce :

Whatever may be appropriate to that Court [the International Court of Justice], it is not appropriate to this [Court] to venture into a determination of the questions raised in the draft declarations. Before the International Court are states which undoubtedly possess nuclear weapons and which might, in some conceivable circumstances, use or threaten to use them. Furthermore, that Court has undoubted jurisdiction to give Advisory Opinions and to declare the requirements of international law. This Court's [the Australia High Court] constitutional and legal functions are different.

D'autres tribunaux de droit interne ont également refusé de statuer sur une réclamation fondée uniquement sur une violation par un État d'une obligation internationale envers un autre État. Voir, par exemple, *Maclaine c. Department of Trade*, [1989] 3 All E.R. 523 (H.L.). À notre avis, une telle situation illustre la règle plus générale selon laquelle les tribunaux de droit interne ne se prononcent pas sur de pures questions de droit international.

18. Un éminent auteur, W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens & Sons, 1964, p. 147, a formulé les réserves suivantes concernant la contribution des tribunaux internes au développement du droit international :

The importance of the contribution of national courts to the development of international law has often been stressed. In certain fields where international law is essentially a consensus derived from a comparison of national state practices, the role of national courts is decisive. [...] The role of the national courts in the evolution of international law, is, however, severely limited and distorted by the predominance of national prejudice, in matters where the interests of nationals have to be adjudicated in an international context. Few national courts have been able to resist the temptation of modifying doctrine when national passions are aroused.

III. LA COUR SUPRÊME NE PEUT RECOURIR AU DROIT INTERNATIONAL QUE POUR ÉLUCIDER UNE QUESTION DE DROIT INTERNE

Tel que l'énonce la Procureure générale du Canada dans son mémoire déposé dans le *Renvoi sur la sécession* :

Le droit international et le droit interne sont deux régimes distincts et parallèles qui sont généralement énoncés respectivement par les tribunaux internationaux et les tribunaux internes. Toutefois, les tribunaux internes peuvent faire face à des situations où ils sont invités à appliquer le droit international, c'est-à-dire des traités ou des règles de droit international coutumier.¹⁹

Tout en reconnaissant que le droit international et le droit interne canadien constituent deux régimes juridiques distincts, la Procureure générale du Canada et le professeur Crawford ont beaucoup insisté sur le degré d'interaction entre le droit interne et le droit international. Ainsi, le professeur Crawford écrit : « Des domaines importants du droit international (comme la compétence et l'immunité étatique, la détermination du statut de réfugié ou les effets juridiques de la reconnaissance) ont été développés largement, et dans certains cas uniquement, par des tribunaux internes »²⁰. Il s'agit là en effet de domaines où les tribunaux de droit interne ont fréquemment jugé nécessaire de se référer au droit international²¹. Toutefois, dans chacun de ces cas les tribunaux internes se réfèrent au droit international seulement dans la mesure où cela s'avère utile ou nécessaire pour résoudre des questions de droit interne²², car, à notre avis, en l'absence d'un lien avec le droit interne, la Cour n'a pas compétence pour se prononcer sur le droit international²³.

19. Mémoire de la Procureure générale du Canada dans le *Renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada* formulées dans le décret C.P. 1997-1497 en date du 30 septembre 1996, pp. 41-73.

20. *Supra*, note 10, p. 16, par. 24.

21. En ce qui concerne les décisions de la Cour suprême du Canada dans ces divers domaines, voir, entre autres, *Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997 et *États-Unis c. Alliance de la Fonction publique du Canada, Canada (P.G.) et Conseil canadien des relations de travail*, [1992] 2 R.C.S. 50 sur l'immunité étatique; *Canada (P.G.) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, *Chan c. Canada (M.E.I.)*, [1995] 3 R.C.S. 593 et *Pushpanathan c. Canada (M.C.I.)*, (4 juin 1998) n° de greffe 25173 sur le statut des réfugiés; *Laane and Baltser c. The Estonian State Cargo & Passenger Steamship Line*, [1949] R.C.S. 530 sur les effets juridiques de la reconnaissance.

22. Ainsi un auteur tel R. St. J. MACDONALD, *supra*, note 9, p. 88 a étudié « [...] the impact of customary and conventional international law on the courts as they discharge their responsibility of settling disputes by applying and shaping the common law or interpreting and enforcing the statute law ». Dans un article antérieur, R. St. J. MACDONALD, « Public International Law Problems Arising in Canadian Courts », (1955) 11 U.T.L.J. 224, écrivait à la page 246 :

With occasional exemptions, such as cases where direct recourse is had to a treaty, the Courts are in fact enforcing municipal laws which are alleged to have adopted a rule of international law. Consequently, the reason some rules of international law are enforced in Canada is that the courts have been able to find them already embodied in domestic law.

23. C'est aussi l'opinion qu'avait formulée un représentant du gouvernement canadien au Comité des droits de l'homme. En parlant des tribunaux canadiens il a déclaré :

Les tribunaux ne peuvent invoquer des règles internationales qu'en les interprétant dans le cadre d'une disposition du droit interne; en revanche, ils peuvent se référer au Pacte en tant qu'élément du droit international quand ils cherchent à interpréter des lois internes de caractère ambigu.

Déclaration de M. Low au Comité des droits de l'homme lors de l'examen du rapport périodique du Canada, CCPR-C-SR.559, par. 23.

En pratique cela signifie que la Cour suprême juge utile ou nécessaire de se référer au droit international si celui-ci facilite l'interprétation d'une règle de droit interne (A) ou vient compléter, dans l'ordre interne, le droit existant (B).

A. LA COUR SUPRÊME A RECOURS AU DROIT INTERNATIONAL POUR LES FINS DE L'INTERPRÉTATION DU DROIT INTERNE

La Cour suprême du Canada est appelée à l'occasion à se référer au droit international, conventionnel ou coutumier, afin d'interpréter des lois constitutionnelles ou ordinaires. Le droit international a alors un rôle limité, celui de venir éclairer le sens du droit interne canadien.

Lorsque les tribunaux canadiens ont recours au droit international pour interpréter une loi constitutionnelle ou ordinaire, ils doivent opter pour une interprétation qui soit conforme aux obligations internationales du Canada en vertu de la règle de la présomption de la conformité du droit interne et du droit international²⁴. Toutefois, si une règle de droit interne ne peut être interprétée autrement qu'en contradiction avec le droit international, le tribunal donnera préséance au droit interne²⁵. La Cour est fréquemment arrivée à la conclusion qu'en présence d'un texte législatif non ambigu, il n'est pas nécessaire de considérer le droit international²⁶.

Généralement les tribunaux canadiens ont eu recours au droit international pour les fins de l'interprétation de lois constitutionnelles ou ordinaires dans les situations suivantes :

- 1) Le Canada est partie à un traité relatif à un sujet aussi réglementé par des lois canadiennes invoquées devant la Cour²⁷.
- 2) Le Canada n'est pas partie à un traité, mais le tribunal s'y réfère parce que le libellé de certains articles de ce traité s'avère utile pour l'interprétation de lois canadiennes invoquées devant la Cour²⁸.

24. *Daniels c. White and the Queen*, [1968] R.C.S. 517, p. 541; *National Corn Growers c. C.I.T.*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371; voir aussi R. SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994, p. 330.

25. *Supra*, note 13.

26. *Capital Cities Comm. Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 173; P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 13, p. 308.

27. Ainsi le juge en chef Dickson pour la Cour suprême du Canada a déclaré, en matière des droits de la personne : « 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. » *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349. Sur le recours à des conventions relatives aux droits de la personne, voir aussi *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Kindler c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 779. Sur le recours à des traités internationaux touchant des matières autres que les droits de la personne, voir *C.A.P.A.C. c. CTV Television Network*, *supra*, note 13 (traité sur les droits d'auteur); *Zingre c. R.*, [1981] 2 R.C.S. 392 (traité sur l'extradition); *National Corn Growers c. C.I.T.*, *supra*, note 24 (traité sur le commerce international); *Canada c. Ward*, *supra*, note 21 (traité sur les réfugiés); voir aussi R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 24, pp. 459-463.

28. *États-Unis c. Cotroni*, *supra*, note 12, p. 1481 où la Cour se réfère à la *Convention européenne des droits de l'homme*; voir aussi *R. c. Keegstra*, *id.*, pp. 751-752; *Kindler c. Canada*, *ibid.*; R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 24, p. 464.

- 3) La Cour se réfère au droit international coutumier comme guide dans l'interprétation de lois canadiennes invoquées devant la Cour²⁹.
- 4) La Cour se réfère au droit international par analogie pour résoudre des questions de droit interne³⁰.

Par ailleurs, les rares cas où la Cour suprême du Canada a été appelée à se prononcer sur les obligations internationales du Canada dans le cadre d'un renvoi, portaient sur l'applicabilité d'une disposition constitutionnelle aujourd'hui désuète, l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³¹. En vertu de cet article, le Parlement fédéral peut envahir les champs de compétence provinciale pour remplir envers les États étrangers les obligations internationales créées par un traité conclu par l'empire britannique. Par conséquent, dans ces affaires, la Cour n'avait d'autres choix que de considérer certains articles de conventions internationales pour déterminer si l'article 132 s'appliquait dans une situation précise³².

B. LA COUR SUPRÊME A RECOURS AU DROIT INTERNATIONAL POUR COMPLÉTER, DANS L'ORDRE INTERNE, LE DROIT EXISTANT

La Cour doit prendre en considération les règles du droit international lorsqu'une ou plusieurs parties invoquent ce droit comme faisant partie intégrante du droit interne. Le droit international vient alors compléter le droit interne à titre de droit interne. Au Canada le droit international conventionnel est assimilé au

29. *Slight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, pp. 1056-1057 où la Cour écrit :

[...] les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la Charte, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits. De plus, aux fins de cette étape de l'examen de la proportionnalité, le fait qu'une valeur ait le statut d'un droit de la personne internationale, soit selon le droit international coutumier, soit en vertu d'un traité auquel le Canada est un État partie, devrait en général dénoter un degré élevé d'importance attaché à cet objectif.

30. *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, [1989] 2 R.C.S. 225, p. 299 : « Certes on pourrait faire une analogie entre l'immunité absolue en droit international public et l'immunité de la Couronne ».

31. L'article 132 se lit comme suit :

The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the British Empire, towards Foreign Countries, arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries.

Dans *Canada (A.G.) c. Ontario (A.G.)*, [1937] A.C. 326, le Conseil privé a déclaré que cet article ne s'appliquait qu'aux traités conclus par l'empire britannique et non à ceux conclus par le Canada. Il est communément accepté que le Canada a la capacité de conclure ses propres traités depuis 1923. Voir C. EMANUELLI, *Droit international public*, t. 1, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1993, p. 28.

32. Voir *In the matter of Legislative Jurisdiction over Hours*, [1925] R.C.S. 505. Dans ce renvoi, la première question posée à la Cour était la suivante :

What is the nature of the obligation of the Dominion of Canada as a member of the International Labour Conference, under the provisions of the Labour Part (Part XIII) of the Treaty of Versailles and of the corresponding provisions of the other Treaties of Peace, with relation to such draft conventions and recommendations as may be from time to time adopted by the said Conference under the authority of and pursuant to the aforesaid provisions?

droit interne, lorsqu'une telle incorporation est prévue par la loi³³. Quant au droit coutumier, il existe un débat à savoir s'il vient compléter le droit interne en vertu de la doctrine de l'adoption ou de la doctrine de la transformation³⁴. L'incertitude quant à cette question découle du fait que la Cour suprême ne s'est jamais prononcée de façon claire sur la question³⁵, se contentant plutôt de citer avec approbation l'énoncé classique de la Cour d'appel britannique dans l'affaire *Chung Chi Cheung c. The King*, suivant lequel :

It must always be remembered that, so far, at any rate, as the Courts of this country are concerned, international law has no validity save in so far as its principles are accepted and adopted by our own domestic law. There is no external power that imposes its rules upon our own code of substantive law or procedure. The Courts

Par ailleurs, dans le décret pour ce renvoi le ministre fédéral de l'époque établit clairement le lien entre le droit interne et la nécessité de qualifier la nature des obligations internationales du Canada. Ainsi dans le décret il exprime l'opinion suivante, à la page 507 :

The treaty engagement being of this character, it is not such as to justify legislation on the part of Parliament under the authority of section 132 of the *British North America Act, 1867*, to give effect to any of the proposals of the said draft conventions and recommendations, which must be held, as between the Dominion and the provinces, to be within the legislative competence of the latter.

La compétence du gouvernement fédéral de légiférer sur la base de l'article 132 a aussi été déférée à la Cour dans la deuxième question dans *Reference re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1930] R.C.S. 663, inf. [1932] A.C. 54. Dans cette affaire le lien entre le droit international et le droit interne était évident dans le libellé même de la question, qui se lisait comme suit :

Is legislation of the Parliament of Canada providing for the regulation and control of aeronautics generally within Canada, including flying operations carried on entirely within the limits of a province, necessary or proper for performing the obligations of Canada, or of any provinces thereof, under the Convention aforementioned, within the meaning of section 132 of the *British North America Act*?

33. Voir par exemple, en matière d'extradition, *Washington (État de) c. Johnson*, [1988] 1 R.C.S. 327, p. 388 où la Cour affirme que l'article 3 de la *Loi sur l'extradition du Canada* « entraîne donc l'incorporation du Traité dans le droit interne. Par conséquent, l'extradition doit se faire en conformité aussi bien avec la Loi qu'avec les dispositions du Traité ». Voir aussi *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, en particulier la page 576 concernant la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* qui a été incorporée à une loi manitobaine.

34. Sur cette question voit entre autre R. St. J. MACDONALD, *op. cit.*, note 9, p. 93, qui explique ainsi la différence entre les deux approches :

The doctrine of adoption apparently means that the rules of customary international law are applied as such; they become the equivalent of municipal law, directly applicable to individuals, not by the creation of parallel municipal norms, but by direct application [...] Those who subscribe to a dualist point of view prefer the doctrine of transformation, which seems to imply that the rules of customary international law must be converted into rules of municipal law and that this can only be accomplished through an act of transformation performed under the laws of the state concerned.

Voir aussi le jugement de Lord Denning dans *Trendtex Trading Corporation c. Central Bank of Nigeria*, [1977] A.C. 356, p. 364 [ci-après *Trendtex*].

35. *Re The Powers of the Corporation of the City of Ottawa and Corporation of the Village of Rockcliffe Park to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners, Residences*, [1943] R.C.S. 208, pp. 213-214; *In the Matter of a Reference as to whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483, p. 502.

acknowledge the existence of a body of rules which nations accept among themselves. On any judicial issue they seek to ascertain what the relevant rule is, and having found it, they will treat it as incorporated into the domestic law, so far as it is not inconsistent with rules enacted by statutes or finally declared by their tribunals.³⁶

Que l'on interprète l'affaire *Chung Chi Cheung c. The King* comme un fondement à l'appui de la doctrine de l'adoption ou de la doctrine de la transformation, il reste que ces deux doctrines ont, en commun avec la doctrine de l'incorporation des traités, la faculté de rendre le droit international équivalent au droit interne. Par le truchement de ces doctrines, les tribunaux internes peuvent appliquer directement des normes de droit international. Par ailleurs, la raison d'être de ces doctrines n'a jamais été de conférer aux tribunaux la compétence de se prononcer sur les règles de droit international sans se soucier d'établir d'abord leur pertinence pour le droit interne. Dans ce sens, le droit international se métamorphose en droit interne pour venir en aide au système juridique national³⁷. D'ailleurs, dans l'affaire *Chung Chi Cheung c. The King*³⁸, la Cour a été appelée à considérer le droit international uniquement à des fins de droit interne, en l'occurrence afin de déterminer si un tribunal pénal de la colonie de Hong Kong avait compétence pour juger un accusé qui avait commis un crime sur un bateau étranger et qui invoquait le principe d'immunité de l'État.

Par conséquent, même si l'on acceptait, comme l'affirme la Procureure générale du Canada, que « [l]a jurisprudence canadienne établit clairement que le droit international coutumier est applicable au Canada dans la mesure où il n'entre pas en conflit avec le droit interne »³⁹, il faudrait, avant de recourir au droit international coutumier, établir que ce droit est pertinent pour éclairer le droit interne existant. Contrairement au législateur qui peut incorporer le droit international à tout moment, les tribunaux sont tenus de se prononcer sur les conséquences de la transformation ou l'adoption de ce droit uniquement si la question se pose dans un dossier précis où il est allégué et démontré que le droit international est pertinent au droit interne. À cet égard deux scénarios sont possibles.

D'abord, lorsque les deux parties s'entendent pour dire que le droit interne est complété par des règles de droit international, la Cour, si elle accepte cette prétention des parties, identifie le droit international existant et, sur cette base, donne raison à l'une ou l'autre des parties. Ainsi, dans le *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, tant le gouvernement fédéral que le gouvernement de Terre-Neuve plaidaient que le droit international relatif au plateau continental faisait partie du droit canadien. Comme le note la Cour : « [...] en droit national, ni le Canada ni Terre-Neuve ne prétendent revendiquer rien de plus que ce que le droit

36. [1939] A.C. 160, pp. 167-168. Dans *Trendtex, supra*, note 34, p. 364, lord Denning cite l'affaire *Chung* à l'appui de la doctrine de transformation; en ce qui concerne les ambiguïtés découlant de cette affaire, voir, entre autres, J.M. ARBOUR, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, pp. 176-178; voir aussi C. EMANUELLI, *op. cit.*, note 31, pp. 54-58.

37. Discutant de la pertinence des règles de droit international en droit interne, R. St J. MACDONALD, *op. cit.*, note 9, écrit à ce sujet, à la page 97 :

[...] there are none to which appeal can be made directly, in the sense of there being immediate access to international courts and tribunals [...] for the appeal to international law must always be made through the municipal system, and, if we accept the terminology, through municipal law.

38. *Supra*, note 36.

39. *Supra*, note 19, p. 75.

international reconnaît [...] »⁴⁰. Par conséquent, les faits de cette affaire étaient tels que seul un recours au droit international permettait de résoudre un litige en droit interne.

Deuxièmement, lorsqu'une seule des parties prétend que le droit interne est complété par des règles de droit international, le tribunal doit déterminer si le droit interne existant se suffit à lui-même ou si le droit international doit venir le compléter. Le tribunal a alors recours au droit coutumier pour compléter le droit interne, non seulement parce que le droit interne n'empêche pas le recours au droit coutumier, mais aussi parce que le droit interne est silencieux quant aux règles préconisées par le droit international. Dans ce sens, le droit international coutumier vient effectivement compléter le droit interne.

Dans de telles situations, le tribunal peut être appelé à déterminer si la règle de droit international invoquée par une des parties peut suppléer aux lacunes du droit interne. Au Canada, cette situation s'est présentée surtout lorsque la règle de l'immunité de l'État a été invoquée. Dans le renvoi *Re The Powers of the Corporation of the City of Ottawa and the Corporation of the Village of Rockcliffe Park to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*⁴¹, les tribunaux devaient délimiter les pouvoirs de taxation des municipalités. Le gouvernement fédéral soutenait que les principes de droit international relatifs à l'immunité des États interdisaient l'imposition de taxes aux ambassades. La Cour a accepté cet argument⁴², de sorte que les principes de droit international sont venus compléter le droit interne⁴³. Dans le renvoi *In the matter of a Reference as to Whether Members of the Military Naval Forces of the United States of America Are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*⁴⁴, le gouvernement fédéral soutenait que le principe de l'immunité en droit international avait été adopté en droit canadien, de façon à empêcher la poursuite par les autorités canadiennes de soldats américains pour des actes criminels⁴⁵. La Cour a constaté que le gouvernement avait incorporé par décret les immunités existant en droit international dans le droit canadien. La Cour a donc procédé à identifier l'étendue de ces immunités en droit international pour délimiter la portée du droit interne⁴⁶.

40. [1984] 1 R.C.S. 86, p. 97; voir aussi à la page 95 : « Le Canada et Terre-Neuve revendiquent les droits que reconnaît aux États riverains le droit international. Ni l'un ni l'autre ne prétend revendiquer quelque chose de plus ou de différent ».

41. *Supra*, note 35.

42. *Id.*, p. 214 (M. le juge DUFF), p. 232 (M. le juge RINFRET) et p. 238 (M. le juge KERWIN).

43. Sur l'application du principe d'immunité pour empêcher une municipalité de taxer le bien d'un État étranger, voir aussi *Municipality of Saint John et al. c. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.*, [1958] R.C.S. 263.

44. *Supra*, note 35.

45. À cet effet le juge Taschereau écrit, *id.*, p. 511 :

The Attorney-General of Canada has submitted, that the first question should be answered in the affirmative, because under international law, Canada is under an obligation to accord immunity from jurisdiction in such cases, and the doctrine of international law involved has become a part of our municipal law.

46. Le juge Kerwin écrit, *id.*, p. 504 :

The result of this last Order in Council of April 6th, 1943, is that if by international law there exists an exemption from criminal proceedings prosecuted in Canadian criminal courts of the members of the US forces referred to in the first question, nothing that had been done by Canada should be taken as prejudicing or curtailing such exemption.

Dans l'affaire *Dessaules c. La Pologne*, la Cour suprême a accepté la prétention de l'État polonais, selon laquelle, en vertu du principe de l'immunité, un avocat ne peut intenter une action en compensation de ses services devant les tribunaux canadiens. La Cour a déclaré :

Il ne fait aucun doute qu'un État souverain ne peut être poursuivi devant les tribunaux étrangers. Ce principe est fondé sur l'indépendance et la dignité des États, et la courtoisie internationale l'a toujours respecté. La jurisprudence l'a aussi adopté comme étant la loi domestique de tous les pays civilisés.⁴⁷

Là encore le droit international a servi à délimiter le droit interne existant. De même dans l'arrêt *Flora Maritima Browning De Cuba S.A. c. Cuba*, la Cour suprême a accepté la prétention de l'État cubain selon laquelle, en vertu du principe de l'immunité des États, un navire de l'État cubain ne pouvait faire l'objet d'une saisie à la suite d'une ordonnance rendue par un tribunal canadien⁴⁸.

La Cour suprême a aussi, au besoin, fondé l'exercice de la juridiction canadienne sur le droit international. Dans l'arrêt *The Ship "North" c. The King*, un navire étranger avait été arrêté par les autorités canadiennes pour avoir pêché illégalement dans les eaux canadiennes. Le navire avait été arrêté en haute mer, au terme d'une poursuite commencée dans la mer territoriale du Canada. Les accusés soutenaient que l'arrestation était illégale. La Cour a rejeté cet argument, en se fondant sur le droit international pour compléter le droit interne⁴⁹.

Ainsi, dans toutes les affaires précitées la Cour suprême a eu recours au droit international pour compléter le droit canadien. La Cour a jugé nécessaire d'avoir recours au droit coutumier pour compléter le droit interne, non seulement parce que le droit interne n'empêchait pas le recours au droit coutumier, mais aussi parce qu'il était silencieux quant aux règles préconisées par le droit international.

Dans aucune de ces affaires la Cour n'a conclu qu'il existait un conflit entre le droit international et le droit interne. La situation est toute autre si l'une des parties au dossier prétend que le droit international vient non pas compléter, mais s'opposer au droit interne existant. Dans cette hypothèse, le rôle de la Cour consiste simplement à identifier la règle de droit interne pertinente, à l'appliquer en l'espèce et à laisser les questions de droit international aux tribunaux internationaux⁵⁰. C'est précisément la démarche du tribunal canadien dans l'affaire *Yukon*

47. [1944] R.C.S. 275. En matière de l'application du principe d'immunité pour mettre fin à une poursuite devant les tribunaux canadiens, voir aussi *Congo c. Venne*, *supra*, note 21.

48. [1962] R.C.S. 598.

49. (1906), 37 R.C.S. 385, p. 394, où le juge Davies écrit :

I think that the Admiralty Court when exercising its jurisdiction is bound to take notice of the law of nations, and that by that law when a vessel within foreign territory commits an infraction of its laws either for the protection of its fisheries or its revenues or coast she may be immediately pursued into the open seas beyond the territorial limits and there taken.

Voir aussi *The Schooner "John J. Fallon" c. R.*, (1917) 55 R.C.S. 348, où la Cour a eu recours au droit international pour déterminer si un bateau avait été arrêté dans les eaux canadiennes.

50. Dans sa réplique à mon rapport le professeur Crawford écrit : « [...] dans certaines circonstances, un tribunal interne comme la Cour suprême peut avoir l'obligation d'appliquer les règles de droit international, notamment dans les domaines de l'immunité diplomatique ou de l'immunité des États ». (Voir J. CRAWFORD, *supra*, note 10, p. 17, par. 27, et la réplique de la Procureure générale du Canada, *supra*, note 10, pp. 6-7, par. 17.) S'il existe sûrement une obligation

Territory (Commissioner) c. Canada. En l'espèce le demandeur soutenait qu'un projet d'amendement constitutionnel constituait une violation du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, plus précisément du droit à l'autodétermination protégé par l'article 1 ainsi que certains articles de la *Déclaration universelle*. La Cour a répondu :

Indeed, the written argument of counsel for the Petitioners does not assert that the provisions of conventions and treaties to which Canada is a party are part of the law of Canada even if not incorporated by legislation. Rather, the Petitioners simply ask that the court declare "that the proposed *Constitution Act, 1987*, is inconsistent with Canada's international obligations. However, in my view, it is entirely a matter for Canada, either in the context of the procedure by which the Constitution may be amended or in an ordinary statute enacted by the competent legislative body, to decide whether or not in domestic law Canada will comply with its international treaty or conventional obligations. Whether the provisions of a constitutional amendment that has been approved and proclaimed is or is not consistent with Canada's international obligations is not justiciable in the sense that it is neither obligatory nor appropriate for the courts to decide such an issue.⁵¹

au Canada d'appliquer une règle de droit international lorsque le législateur a incorporé cette règle dans le droit interne, une telle obligation ne s'impose pas lorsqu'il existe une règle interne contraire au droit international. En ce qui a trait en particulier au domaine de l'immunité des États, les tribunaux canadiens n'ont pas toujours appliqué les règles de droit international existantes, comme l'illustre bien ce commentaire du juge en chef Dickson dans l'affaire *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, *supra*, note 30, p. 299 :

Il semble que la tendance générale sur le plan international consiste à reconnaître une théorie de l'immunité restrictive où l'immunité est accordée à l'égard des activités « gouvernementales », mais non commerciales [...] Avant que le Parlement intervienne, cette Cour n'avait jamais adopté de distinction fondée sur les activités commerciales [...]

Voir aussi les propos des juges Kerwin à la page 502 et Taschereau à la page 517 dans *Reference as to Whether Members of the Military Naval Forces of The United States of America Are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, *supra*, note 35 qui affirme que les principes de droit international relatifs à l'immunité des soldats américains sont applicables au Canada en l'absence de législation contraire.

51. (1988) 2 Y.R. 262, p. 297 (Y.S.C.); voir aussi *Gordon c. R.*, [1980] 5 W.W.R. 668 (B.C.S.C.). Dans cette affaire le défendeur a affirmé non pas que le droit interne canadien devait être interprété à la lumière du droit international ou que le droit international venait compléter le droit interne canadien, mais que le droit international coutumier primait sur toute législation du Parlement canadien. La Cour a rejeté cet argument en affirmant, aux pp. 670-671 :

The Petitioner says that it is beyond the competence of the Federal Parliament to pass legislation which contravenes the "customary international law". He says that there is a category of law that can be described as "entrenched" such that: "When this entrenched category of customary international law and the criminal law of Canada come into conflict, the former prevails"; and that: "the customary international law regarding the freedom of the High Seas" properly belongs in this entrenched category of customary international law which is beyond the reach of Parliament [...] However, where Canada asserts jurisdiction over an area of the sea and purports to limit access thereto, from the standpoint of domestic law the access is in fact limited for a special purpose, and even if the law of Canada contravenes "customary international law", if Parliament, as here, has acted unambiguously, the courts of this country are bound to apply the domestic law.

La Cour ne s'est pas prononcée sur le contenu du droit international invoqué, vraisemblablement parce qu'il n'était pas allégué qu'il servait à interpréter ou compléter le droit interne existant.

IV. LA DEUXIÈME QUESTION DU RENVOI NE CONCERNE QUE LE DROIT INTERNATIONAL

Dans la deuxième question la Cour est appelée à se prononcer, sur la seule base du droit international, comme en témoigne le libellé de la question. Conséquemment et logiquement, l'argumentation de la Procureure générale du Canada sur cette question ne concerne que le droit international⁵².

Dans leur réplique la Procureure générale du Canada et le professeur Crawford ont tous deux fondé la compétence de la Cour de répondre à la deuxième question en invoquant deux critères : 1) la question est d'un intérêt primordial pour le Canada et 2) aucun autre État n'a d'intérêt juridique dans la question⁵³. Ils ne suggèrent pas, toutefois, que l'évocation de ces deux critères change de quelque façon le caractère international de la deuxième question⁵⁴. Ils n'ont pas davantage expliqué en quoi ces deux critères, qui n'ont jamais été utilisés par la jurisprudence canadienne, peuvent habiliter la Cour à répondre à une pure question de droit international.

52. *Supra*, note 19, pp. 41-73.

53. Contrairement à l'opinion de la Procureure générale du Canada et du professeur Crawford, nous sommes d'avis que l'exercice du droit à l'autodétermination intéresse l'ensemble de la communauté internationale. D'une part ce droit est inclus dans deux traités multilatéraux auxquels sont parties la majorité des États, y compris le Canada, c'est-à-dire le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1996, R.T. Can. 1976, n° 46, art. 1 (135 États parties en date du 31 décembre 1996) et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, R.T. Can. 1976, n° 47, art. 1 (136 États parties en date du 31 décembre 1996). D'autre part, ce droit est considéré par plusieurs comme une norme impérative de droit international liant tous les États. Voir P.-M. DUPUY, *op. cit.* note 14, p. 97 :

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est aujourd'hui généralement considéré comme l'un des principes fondamentaux du droit international au même titre que la règle d'interdiction du recours à la force ou celle de règlement pacifique des différends; c'est dire que beaucoup n'hésitent pas à y voir une norme impérative du droit international (*ius cogens*).

D'ailleurs, dans l'affaire relative au *Timor oriental*, 17 C.I.J. Rec., arrêt du 30 juin 1995, la Cour internationale de justice affirme à la page 102, paragraphe 29 :

[...] le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*. Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été reconnu par la *Charte des Nations Unies* et dans la jurisprudence de la Cour [...]; il s'agit là d'un des principes essentiels du droit international contemporain.

54. En ce qui concerne le critère de « l'intérêt primordial », la Procureure générale du Canada et le professeur Crawford prétendent que la deuxième question est d'un intérêt primordial pour le Canada parce que cette question lie la problématique du droit à l'autodétermination à un territoire particulier, en l'occurrence le Québec. Toutefois, la deuxième question n'en demeure pas moins purement de droit international. À cet égard la Procureure générale du Canada écrit : « La deuxième question soulève une *question de droit international* en rapport avec les institutions d'une province du Canada [...] » (*supra*, note 10, p. 7, par. 20, nos italiques). Voir aussi J. CRAWFORD, *supra*, note 10, p. 16, par. 25. L'allusion aux institutions d'une province, plutôt qu'à un peuple par exemple, n'enlève rien au caractère de droit international de la question. Quant au critère « d'intérêt juridique », en supposant pour un moment que seul le Canada a un intérêt juridique dans la détermination du droit à l'autodétermination du Québec, il reste que c'est la portée en droit international de ce droit que la Cour est appelée à délimiter.

V. LA DEUXIÈME QUESTION DU RENVOI NE VISE PAS À ÉLUCIDER LE DROIT INTERNE

Le mémoire de la Procureure général du Canada ne présente aucun argument quant à la pertinence ou à la nécessité de répondre à la deuxième question pour élucider une question de droit interne : la Cour n'est pas invitée, par exemple, à interpréter une loi constitutionnelle ou ordinaire à la lumière du droit international. Par conséquent, la Cour n'a pas à se prononcer sur un conflit possible entre une interprétation conforme ou contraire au droit international. La Cour n'est pas non plus invitée à déterminer si le droit international vient compléter le droit interne existant : il n'est pas allégué ou démontré dans le mémoire de la Procureure générale du Canada que le droit à l'autodétermination, tel qu'articulé en droit international, vient compléter un aspect précis du droit interne canadien. Tel que mentionné auparavant, il ne suffit pas de dire que le droit coutumier relatif à l'autodétermination n'est pas contraire au droit canadien existant. Encore faut-il démontrer en quoi il vient combler le droit interne.

De plus, même s'il avait été allégué et démontré par la Procureure générale du Canada que le droit coutumier relatif à l'autodétermination pouvait venir combler une lacune du droit interne, la Cour suprême ne serait pas davantage habilitée à répondre à la deuxième question. De par son libellé, celle-ci ne vise que le droit à l'autodétermination en vertu du seul droit international; elle ne fait aucune mention du droit interne. D'ailleurs, l'ancien procureur général du Canada, Allan Rock, dans une déclaration rapportée dans le mémoire initial du fédéral déposé à la Cour, distingue nettement le droit interne canadien du droit international : « Nous avons besoin de connaître l'état du droit interne canadien, du droit international et leur ordre de préséance »⁵⁵.

Dans leur réplique la Procureure générale et le professeur Crawford ont tout de même tenté, à titre d'argument subsidiaire, de lier la deuxième question au droit interne canadien en soutenant que le problème de la préséance entre le droit interne et le droit international soulevé à la troisième question permet de conclure au lien entre le droit international et le droit interne à la deuxième question⁵⁶. Pour notre part, nous ne pouvons que constater qu'il s'agit de deux questions posées séparément à la Cour comme en fait foi le décret⁵⁷.

55. *Supra*, note 19, p. 19.

56. Pour établir ce lien, la Procureure générale du Canada interprète la position du Québec sur les liens entre le droit international et le droit interne en s'inspirant du jugement du juge Pidgeon dans l'affaire *Bertrand c. Bégin*, [1996] R.J.Q. 2393. Pourtant, il nous semble que dans cette affaire le juge Pidgeon n'a pas bien saisi le motif d'irrecevabilité du Québec fondé sur le droit international. La formulation de la troisième question par le juge Pidgeon et la réplique de la Procureure générale du Canada en l'espèce laissent croire que l'argument du Québec dans l'affaire *Bertrand* était qu'en droit interne canadien le droit international prime sur le droit interne. Il me semble qu'il s'agit là d'une interprétation erronée du motif d'irrecevabilité présenté par le Québec. Dans sa requête le Québec fait valoir qu'un juge de droit interne n'a pas compétence pour se prononcer sur la démarche du Québec puisque celle-ci est fondée sur le droit international. Comment peut-on penser que le Québec, en contestant la compétence du juge de se prononcer sur le droit international, pose ainsi le problème de la préséance entre le droit international et le droit interne dans l'ordre juridique canadien, une question qu'il appartient évidemment aux tribunaux canadiens de trancher!

57. Décret C.P. 1996-1497. Dans le préambule du décret on distingue d'ailleurs entre les dimensions interne et internationale du problème : « Attendu que plusieurs Québécois et autres Canadiens sont incertains quant à la situation *constitutionnelle et internationale* qui prévaudrait dans l'éventualité d'une déclaration unilatérale d'indépendance du gouvernement du Québec [...] ».

Dans l'hypothèse toutefois où la Cour accepte de lire conjointement la deuxième et la troisième question, elle devra nécessairement répondre à la troisième question avant la deuxième pour déterminer s'il existe réellement un lien entre le droit international à l'autodétermination et le droit interne. En effet, dans leur argumentation la Procureure générale du Canada et le professeur Crawford font reposer la compétence de la Cour de répondre à la deuxième question sur la réponse de la Cour à la troisième question. Dans cette hypothèse, si la Cour devait affirmer la primauté, en droit interne canadien, des règles du droit interne sur le droit international, la Cour n'aurait pas compétence pour répondre à la deuxième question puisque la réponse à cette question n'aurait pas de conséquence en droit interne. Toutefois, si la Cour devait répondre à la troisième question en consacrant la primauté, en droit interne canadien, des règles de droit international sur le droit interne, la Cour pourrait alors avoir compétence pour répondre à la deuxième question. Une telle conclusion de la Cour serait cependant surprenante, dans la mesure où elle serait contraire à la jurisprudence antérieure de la Cour et à la position commune de la Procureure générale du Canada et de l'*amicus curiae* selon laquelle en droit interne canadien le droit interne prime sur le droit international.

CONCLUSION

Dans l'affaire *Bertrand*⁵⁸, à l'origine du Renvoi, l'une des objections préliminaires du gouvernement québécois était la compétence de la Cour supérieure du Québec de se prononcer sur la démarche du Québec en droit international. Comme nous l'avons indiqué précédemment, le juge Pidgeon, dans son jugement, n'a pas abordé cette question, même en déterminant quelles questions, selon lui, devaient être résolues⁵⁹. Le gouvernement fédéral n'a pas davantage tenu compte de cette objection du Québec lorsqu'il a formulé les trois questions à la Cour suprême. Il nous est permis d'espérer que la Cour suprême du Canada, à la suite de notre rapport et de l'argumentation de l'*amicus curiae* sur cette question, déterminera enfin si un tribunal canadien peut ou non se prononcer sur une pure question de droit international.

Yves Le Bouthillier
Faculté de droit
Section de common law
57, rue Louis Pasteur, Bureau 377
Université d'Ottawa, C.P. 450, succ. « A »
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800 poste 3283
Télec. : (613) 562-5124
C. élec.: ylebouth@uottawa.ca

58. *Supra*, note 56.

59. *Ibid.*