

Using International Law in Canadian Courts

par Gibran van Ert

La Haie, Kluwer Law International, 2002. Pp. 286.

LES MANUELS D'HISTOIRE RACONTERONT peut-être que le 21^e siècle—celui de la mondialisation avait-on prédit—n'a pas débuté le 1^{er} janvier 2001, mais plutôt le 11 septembre 2001. Des cendres du World Trade Centre s'est érigée une nouvelle politique étrangère états-unienne, caractérisée par la surenchère de la souveraineté étatique et la dévaluation concomitante du multilatéralisme. En 2002, alors que les États-Unis enrégimentés déferlent leur courroux et redessinent de leurs bombes la géographie désolée de l'Afghanistan, la Cour pénale internationale (la C.P.I.) voit le jour à La Haie. En 2003, prétendument dans le cadre de ce qu'on avait surnommé « la guerre contre le terrorisme », les États-Unis et le Royaume-Uni envahissent l'Irak motivés par des objectifs variables : était-ce pour dénicher des armes de destruction massive, pour libérer le peuple irakien du joug de la tyrannie, pour installer un régime démocratique ou pour protéger les intérêts pétroliers occidentaux? Depuis, le droit international et ses institutions tentent d'encaisser le coup, et le Canada, qui s'était résolument abstenu de toute participation militaire en Irak, s'interroge désormais sur la nature de son rôle dans une société internationale qui ne se ressemble plus.

Alors que certains commentateurs nostalgiques de l'époque révolue de Mackenzie King et de Lester B. Pearson lamentent le mutisme canadien sur la scène internationale, soulignant son impotence militaire et le rétrécissement de sa sphère d'influence, d'autres (dont les auteurs de la présente recension) s'enorgueillissent des importantes contributions récentes du Canada en droit international. Rappelons, en guise d'exemple, la mise en accusation de Slobodan Milosevic en 1999 par une Canadienne, Louise Arbour, dans sa capacité de procureure en chef du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Rappelons l'initiative du gouvernement canadien en 1999 à l'égard de la *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction* (Convention d'Ottawa)¹ et en 2000 à l'égard du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*², pour nommer que ces deux traités. Rappelons également que c'est un Canadien, Philippe Kirsch, qui a été nommé à la présidence de la C.P.I. en 2003. Décidément, si le Canada n'ouvre plus le front militaire comme jadis, il n'en demeure pas moins un acteur de premier plan sur la scène internationale, faisant valoir les intérêts de la justice et de la paix,

1. 18 septembre 1997, R.T. Can. 1999 n° 2, (entrée en vigueur : 1^{er} mars 1999, accession du Canada 3 décembre 1999).

2. 17 juillet 1998, Nations Unies Collection des traités [Doc. A/CONF.183/9] (entré en vigueur : 1^{er} juillet 2002) (En juillet 2000, Canada fut le premier pays à ratifier ce statut).

préférant pour ce faire la force de la diplomatie à la diplomatie de la force.

Parmi les nombreuses contributions canadiennes à l'avancement du droit international, il sied de souligner le travail acharné des juristes, juges et philosophes canadiens—on peut penser aux Humphrey, aux La Forest et aux Ignatieff. Le droit international, dans tous ses aspects, occupe depuis longtemps une place privilégiée dans le discours socio-juridique canadien, soucieux que nous sommes de nos obligations internationales et de leurs aboutissements domestiques. Du cabinet au Parlement, des tribunaux aux universités, le droit international fait intimement partie du panorama politique et juridique canadien. Or, l'inexorable complexification des rapports interétatiques et la multiplication continuelle des litiges transnationaux exigent désormais de tous les juristes canadiens une familiarité élémentaire avec le droit international et son opération. Il n'est plus admis d'ignorer les sources du droit international (il n'y a pas que la coutume et les traités) ni de méconnaître le rôle et le fonctionnement de nos institutions mondiales (l'Organisation des Nations Unies, la Cour internationale de Justice, l'Organisation mondiale du Commerce, l'Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle etc.).

À cet égard, la parution de l'excellent ouvrage de Gibran van Ert³ *Using International Law in Canadian Courts*⁴, est d'une opportunité remarquable. D'une plume rigoureuse et admirablement limpide, van Ert propose à ses lecteurs (il vise surtout les avocats-praticiens) un guide d'emploi, comme le suggère le titre du livre, à l'utilisation du droit international devant les tribunaux canadiens. Cet objectif, faut-il l'avouer, est plus ou moins réussi : les avocats à la recherche d'une démarche détaillée ou d'un véritable guide du praticien ne trouveront pas leur compte dans cet ouvrage dont le titre aurait pu être choisi plus judicieusement. En revanche, les juristes désireux d'approfondir leur entendement de la jurisprudence et des mécanismes canadiens de « réception » des normes internationales seront bien servis par la monographie de van Ert qui en expose savamment le détail.

Le livre *Using International Law in Canadian Courts* est un bel objet. Une photographie en noir et blanc de Jean Chrétien et de Kofi Annan, respectivement les figures emblématiques du Canada et de la société internationale, orne la couverture cartonnée (la reliure de choix chez Kluwer) noire et luisante. La seule couleur qui saute à l'œil est ce bleu ciel « nations-unies » utilisé sobrement dans le titre du livre et pour mettre en relief le nom de l'auteur. L'anatomie du livre est conventionnelle mais complète : un probe prologue de l'Honorable Bill Graham, le Ministre des

3. B.A., M.A., LL.M., avocat chez Borden Ladner Gervais s.r.l. à Vancouver. Au moment de la publication de l'ouvrage, il était auxiliaire juridique du juge Gonthier à la Cour suprême du Canada. Son *curriculum vitae* est disponible en ligne : <<http://www.gibvanert.com/using/author.html>>.

4. Gibran van Ert, *Using International Law in Canadian Criminal Courts*, La Haie, Kluwer Law International, 2002.

Affaires étrangères et du Commerce international actuel, une préface reconnaissante de l'auteur, une table des matières bien détaillée, des tables successives de traités, de lois, de jurisprudence et d'abréviations, un glossaire (un peu maigre), le texte du livre suivi enfin d'un bon index thématique. Bref, tout y est. De plus, suivant les dernières tendances du monde de l'édition, l'auteur fournit à ses lecteurs des mises à jour de son ouvrage par le biais d'un site web impressionnant dont l'accès est gratuit : www.gibvanert.com.

Using International Law in Canadian Courts se prête aisément à la lecture intégrale, de la première page à la dernière ou encore, étant donné l'auto-suffisance des chapitres, au grappillage⁵. D'un ton confiant, frisant parfois l'exaltation, et d'une langue claire, van Ert initie ses lecteurs aux grandes lignes de son herméneutique (c'est bien de ça dont il s'agit) dès le premier chapitre « International Law and Canada: An Introduction ». Peignant à grands traits l'histoire juridique du Canada en tant qu'ex-colonie britannique, l'auteur expose les fondements du système canadien de réception des normes internationales. Selon van Ert, deux principes gouvernent. D'une part, le principe du « respect » du droit international, que l'auteur assimile à une obligation fondamentale découlant de la personnalité juridique du Canada en tant qu'état qu'État souverain et membre de la communauté internationale. D'autre part, le principe d'autodétermination, c'est-à-dire le droit inaliénable des nations souveraines de disposer d'elles-mêmes, principe incarné dans celui de la démocratie et de la souveraineté parlementaire. Radicalement antinomiques, ces principes forment ensemble une dialectique caractérisée par la primauté présomptive de celui-ci et la suprématie ultime de celui-là. Voilà grossièrement réduite la formule qu'applique van Ert tout au long de son ouvrage afin de décrire et analyser l'ensemble des règles qui régissent la réception du droit international au Canada.

Dans le deuxième chapitre, convenablement intitulé « Definitions, Sources and Forums », l'auteur expose méthodiquement, et sans présomption à l'égard de l'érudition de ses lecteurs, les sources du droit international, son jargon, sa portée et ses acteurs principaux. Pour les débutants en droit international, il s'agit d'un bon tour d'horizon ; pour les initiés, une révision des principes élémentaires et de leur traitement au Canada. La section portant sur les règles de connaissance d'office du droit international est assez détaillée et intéressera sans doute les praticiens.

Le troisième chapitre, « Foundations of the Reception System », est d'une importance capitale : l'auteur s'emploie à décrire les mécanismes en vertu desquels le droit international s'applique au Canada. Il s'agit, insiste van Ert, d'une question de droit constitutionnel, qui puise son fondement des principes non écrits et de la common law. À la fois moniste et dualiste, le

5. Voir « Le Qu'en-Lira-t'On (ou les droits imprescriptibles du lecteur) » dans Daniel Pennac, *Comme un roman*, Paris, Gallimard-Folio, 1992, à la p. 147.

Canada est une juridiction hybride, incorporant les normes internationales coutumières directement par la common law, mais nécessitant la mise en œuvre des traités par voie législative. Or, l'opération de ces deux modes de réception est déterminée par quatre principes : (1) la suprématie parlementaire; (2) la prérogative royale (*i.e.* le droit de conclure des traités); (3) le fédéralisme; et (4) les garanties constitutionnelles des droits de la personne. Seuls les deux premiers font l'objet d'une réflexion approfondie. À l'égard de la suprématie parlementaire, van Ert soutient que celle-ci inclut la compétence de légiférer en contravention du droit international, pouvoir excessif que les tribunaux réussissent à freiner par le truchement de la présomption du respect du droit international, laquelle fait l'objet d'un examen poussé au quatrième chapitre.

Comme le titre l'indique, le chapitre quatre, « The Presumption of International Legality » est voué à la présentation et à l'analyse de « [...] la règle d'interprétation selon laquelle le Parlement n'est pas censé légiférer de manière à violer un traité ou de quelque manière incompatible avec la courtoisie internationale ou avec les règles établies du droit international »⁶. Cette présomption du respect du droit international s'avère selon van Ert le contre-poids salutaire de la souveraineté parlementaire. En vertu de la présomption, les lois et la common law canadiennes doivent être interprétées, dans la mesure du possible, conformément au droit international et à la courtoisie. La présomption relèverait simultanément, selon l'auteur, d'une politique judiciaire visant le calibrage de l'intention législative aux obligations internationales de l'État et du devoir des tribunaux de favoriser le respect du droit international et d'assurer le développement convivial de la common law. Malheureusement, la question du devoir des tribunaux nationaux à l'égard du droit international—dont l'ascendance remonte au moins à Georges Scelles—ne reçoit pas le traitement qu'elle mériterait à notre avis. Au lieu, et sans doute avec raison, l'auteur voue la majorité du chapitre à l'analyse (méticuleusement appuyée) de la jurisprudence britannique et canadienne à l'égard de ladite présomption et aux permutations possibles de son application.

Le cinquième chapitre, « The Incorporation of Custom », traite de la relation entre la coutume internationale et le système juridique canadien par le biais d'une analyse approfondie de la jurisprudence canadienne et britannique. C'est ici que la dialectique esquissée au chapitre premier—le fil conducteur de l'ouvrage—devient le plus tangible. Le droit coutumier international est automatiquement reçu par la common law (le principe du respect du droit international), mais, ce faisant, adopte le talon d'Achille de cette dernière, à savoir sa soumission à la volonté contraire du législateur (le

6. *Daniels c. White et la Reine*, [1968] R.C.S. 517 à la p. 541, tel que cité dans Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1982 à la p. 317 [traduction de l'auteur].

principe de l'autodétermination). Or, le problème se pose-t-il différemment lorsqu'il est question des normes du *jus cogens* (des règles de droit coutumier international auxquelles aucune dérogation n'est permise⁷) et de leur adoption en droit canadien? Qu'advient-il de la faculté du législateur de légiférer en contravention au droit international lorsqu'il est question des normes théoriquement inviolables du *jus cogens*? L'auteur traite de ces questions admirablement dans le cadre d'une analyse approfondie de l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁸, s'attardant notamment sur les motifs du juge Robertson de la Cour d'appel fédérale⁹.

Ce sont les traités qui font l'objet du chapitre six, « Implemented and Unimplemented Treaties ». Le lecteur y trouvera un bon survol jurisprudentiel et doctrinal des moyens par lesquels le législateur ratifie les obligations contractées par l'exécutif, ainsi qu'un bon traitement des questions afférentes au partage des pouvoirs. La part d'originalité du chapitre, toutefois, est sans doute la discussion touchant le poids qu'il convient d'accorder, le cas échéant, aux traités non ratifiés dans le contexte d'une révision judiciaire de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. La dialectique autodétermination-respect du droit international réapparaît derechef dans un traitement en trois temps de l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁰.

Le dernier chapitre, « Using International Human Rights Law », aborde le traitement particulier réservé aux normes de droit international de la personne. Le ton est différent, l'auteur s'étant ici livré à un plaidoyer dirigé tant aux barreaux qu'à la magistrature en faveur de l'intégration du droit international en matière de droits de la personne au Canada. Après avoir brièvement esquissé le rôle du droit international dans l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹, van Ert offre une excellente synthèse critique des deux cadres théoriques avancés dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alberta)*¹². Selon le premier paradigme, le recours au droit international ne constituerait rien de plus qu'un exercice de droit comparé dont l'utilité se limiterait à sa valeur persuasive. Selon le second, la *Charte* accorderait une protection tout au moins aussi grande que celle assurée par les instruments internationaux. Point satisfait de signaler les lacunes de ces présomptions juridiques, l'auteur s'emploie à les corriger par le truchement d'une troisième approche, la sienne, qu'il baptise « la présomption universelle ». En fait, ce que propose van Ert est l'application

7. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art. 53.

8. [2002] 1 R.C.S. 3, 208 D.L.R. (4th) 1.

9. [2000] 2 C.F. 592, 183 D.L.R. (4th) 629 (C.A.).

10. [1999] 2 R.C.S. 817, 174 D.L.R. (4th) 193.

11. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [la *Charte*].

12. [1987] 1 R.C.S. 313, 38 D.L.R. (4th) 161.

d'une version amplifiée du principe du respect du droit international (voir le chapitre quatre, *supra*) dans l'interprétation de nos libertés et garanties juridiques canadiennes. La présomption selon laquelle le législateur ne saurait légiférer de manière à violer le droit international doit, selon l'auteur, dans l'interprétation de droits de la personne, s'appliquer à l'égard de l'ensemble des sources du droit international, incluant celles qui ne lient pas le Canada (par exemple, les traités non ratifiés et les déclarations de comités), dans la mesure où elles expriment et s'harmonisent à la conception canadienne de la personne humaine et de ses droits. La proposition de van Ert fera rêver les droits-de-l'hommes et frémir les constitutionnalistes. Pour assurer sa légitimité, l'amplification du principe de légalité du respect du droit international ne devrait-il pas s'accompagner d'une élévation concomitante de son contre-poids, le principe d'autodétermination? Malheureusement, bien que l'auteur, toujours fidèle au leitmotiv de son ouvrage, préconise l'équilibre des deux principes directeurs, il garde pour lui seul le secret de sa réalisation.

Using International Law in Canadian Courts n'est pas un guide du praticien mais un traité analytique de première qualité dont la parution ne saurait s'avérer plus opportune. L'interface du droit international et domestique jouissait d'un traitement académique un peu maigre au Canada; seul l'admirable *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*¹³ faisait autorité¹⁴. Dans le domaine connexe du droit international privé, le célèbre *Canadian Conflict of Laws* de J.-G. Castel et J. Walker¹⁵ demeure incontournable. La voix de van Ert se joint donc à une petite mais illustre chorale et, compte tenu de l'assurance et de la clarté de ses propos, il est à espérer que sa première contribution livresque ne sera pas sa dernière. Par ailleurs, nous souhaitons vivement que l'auteur entreprenne la traduction de son ouvrage afin de bien adresser tous les auditoires juridiques canadiens.

À l'ère de l'internationalisation des enjeux humains—droits de la personne, sécurité collective, écologie, commerce—de plus en plus de juristes sont appelés à œuvrer aux confins du droit international et du droit domestique, là où le local et le global font bloc. L'interface des deux sphères juridiques n'est pas marécageuse; ce n'est pas du « soft law » mais une terre ferme aux contours encore indéfinis sur laquelle, grâce à l'éclairage de van Ert, il est permis d'avancer avec plus de confiance.

François Larocque¹⁶

Mark C. Power¹⁷

13. Hugh M. Kindred et al., éd., 6e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2000.

14. Voir aussi Edward M. Morgan, *International Law and the Canadian Courts*, Toronto, Carswell, 1990.

15. Jean-Gabriel Castel & Janet Walker, 6e éd., Markham (Ont.), Butterworths, 2003.

16. B.A., LL.B., du barreau du Haut-Canada, doctorant, Trinity College, University of Cambridge.

17. B.A., M.A., LL.B., du barreau du Haut-Canada, avocat chez Heenan Blaikie s.r.l., Toronto.