
Centre for International
Governance Innovation

Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir
document n° 20 – mars 2018

Le rôle du Parlement dans la négociation et l'adoption des traités

Armand de Mestral et Hugo Cyr



Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir
document n° 20 – mars 2018

Le rôle du Parlement dans la négociation et l'adoption des traités

Armand de Mestral et Hugo Cyr

L'équipe du CIGI

Haute direction

Président : **Rohinton P. Medhora**

Directeur adjoint, Droit international de la propriété intellectuelle et innovation : **Bassem Awad**

Directrice, Finances : **Shelley Boettger**

Directrice, programme Recherche en droit international : **Oonagh Fitzgerald**

Directeur, programme Sécurité et politiques internationales : **Fen Osler Hampson**

Directrice, Ressources humaines : **Susan Hirst**

Directeur intérimaire, programme Économie mondiale : **Paul Jenkins**

Directrice adjointe, Droit international de l'environnement : **Silvia Maciunas**

Directeur adjoint, Droit international économique : **Hugo Perezcano Díaz**

Directrice, Évaluation et partenariats : **Erica Shaw**

Administrateur général et avocat général : **Aaron Shull**

Directeur, Communications et médias numériques : **Spencer Tripp**

Publications

Directrice des publications : **Carol Bonnett**

Éditrice principale : **Jennifer Goyder**

Éditrice : **Susan Bubak**

Éditrice : **Patricia Holmes**

Éditrice : **Nicole Langlois**

Éditrice : **Lynn Schellenberg**

Graphiste : **Melodie Wakefield**

Pour toute demande au sujet des publications, écrivez-nous à : publications@cigionline.org.

Communications

Pour toute demande de renseignements de la part des médias : communications@cigionline.org.

© Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale, 2018

Les opinions exprimées dans le présent document n'engagent que l'auteur et ne traduisent pas nécessairement celles du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale ni de ses administrateurs.



Le contenu de la présente publication est protégé en vertu d'une licence de Creative Commons—Attribution—Pas d'utilisation commerciale—Pas de modification. Pour accéder à cette licence, visitez le site : www.creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/. En cas de réutilisation ou de distribution, veuillez inclure le présent avis de droit d'auteur.

« Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale » et « CIGI » sont des marques de commerce déposées.

Centre for International
Governance Innovation

67 Erb Street West
Waterloo, ON, Canada N2L 6C2
www.cigionline.org

Table des matières

vi	À propos de la série
vii	Au sujet du Programme de recherche en droit international
vii	À propos des auteurs
1	Introduction
1	La pratique canadienne
6	La pratique internationale comparée
10	Conclusions : la position canadienne semble être une des plus conservatrices
10	Propositions pour changer le droit et la pratique canadienne
13	À propos du CIGI
13	About CIGI

À propos de la série

Le 150^e anniversaire de la Confédération canadienne constitue pour les praticiens du droit international et les juristes spécialisés dans le domaine une occasion unique de réfléchir sur le passé, le présent et l'avenir du Canada en matière de droit international et de gouvernance. La série « Canada in International Law at 150 and Beyond/Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir » réunit des textes sur la question, dont chacun est rédigé dans la langue officielle choisie par son auteur. Offrant des points de vue éclairés sur le passé et le présent du Canada en ce qui a trait au droit international, elle décrit également les défis qui se posent à lui à cet égard et propose une nouvelle optique à adopter dans sa quête en faveur de la primauté du droit à l'échelle mondiale.

La série aborde des thèmes tels que l'histoire et la pratique du droit international (sources du droit international, traités autochtones, diplomatie fondée sur les traités internationaux, conclusion infranationale de traités, réception du droit international en droit interne et rôle du Parlement canadien relativement au droit international, p. ex.), ainsi que l'influence du Canada sur le droit international, la gouvernance et l'innovation dans le cadre plus vaste de domaines comme l'économie internationale, le droit de l'environnement et le droit de la propriété intellectuelle. Les sujets liés au droit économique dont la série traite englobent le commerce international, le règlement des différends, la fiscalité internationale et le droit international privé. Les questions de droit de l'environnement qui y sont analysées comprennent le régime juridique international applicable aux changements climatiques, les accords internationaux sur les produits chimiques et les déchets, la gouvernance relative aux eaux transfrontalières et le droit de la mer. Quant au droit de la propriété intellectuelle (PI), les auteurs examinent notamment à ce sujet la protection internationale dans le domaine de la PI et l'intégration du droit de la PI dans l'ensemble des règles du droit commercial international. Enfin, la série présente des points de vue canadiens sur les derniers développements internationaux survenus relativement aux droits humains et au droit humanitaire (y compris la mise en œuvre judiciaire des obligations afférentes), au droit du travail, au droit des affaires et aux droits humains sur le plan mondial, au droit pénal international, aux crimes de guerre et au droit international en ce

qui concerne les enfants-soldats. Elle permet aussi une réflexion sur le rôle du Canada au sein de la communauté internationale et sur son potentiel pour ce qui est de favoriser l'instauration progressive de la primauté du droit à l'échelle internationale.

Intitulée « Canada in International Law at 150 and Beyond/Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir », cette série témoigne du rôle clé joué par le Canada jusqu'à maintenant dans l'élaboration du droit international et met en lumière les contributions majeures qu'il est prêt à faire dans l'avenir. La direction du projet est assurée par Oonagh Fitzgerald, directrice du Programme de recherche en droit international du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI); Valerie Hughes, associée principale au CIGI, professeure adjointe auxiliaire en droit à l'Université Queen's et ancienne directrice à l'Organisation mondiale du commerce (OMC); de même que Mark Jewett, associé principal au CIGI, avocat au cabinet Bennett Jones et ancien avocat général et secrétaire général de la Banque du Canada. Au printemps 2018, tous les textes de la série seront regroupés et publiés dans un livre ayant pour titre : *Reflections on Canada's Past, Present and Future in International Law/Réflexions sur le passé, le présent et l'avenir du Canada en matière de droit international.*

Au sujet du Programme de recherche en droit international

Le Programme de recherche en droit international (PRDI) du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI) vise la réalisation d'études pluridisciplinaires intégrées et donne aux chefs de file de la recherche universitaire et de l'expertise juridique privée, ainsi qu'aux étudiants de premier plan du Canada et de l'étranger, la possibilité de contribuer à l'évolution du droit international.

Le PRDI se veut un modèle dans le domaine de la recherche internationale en droit, et son influence dans des dossiers internationaux importants est reconnue. Ce programme s'assortit d'une mission qui consiste à relier les connaissances, les politiques et la pratique afin de tabler sur le cadre juridique international — les règles de droit mondialisées — pour appuyer la gouvernance internationale de l'avenir. Il repose sur la prémisse suivant laquelle l'amélioration de cette gouvernance, notamment grâce à un cadre juridique international renforcé, peut améliorer la vie des gens partout sur la planète en assurant une prospérité accrue, une meilleure durabilité, le règlement des inégalités, la protection des droits de la personne et un monde plus sûr.

Le PRDI se centre sur les volets du droit international qui revêtent le plus d'importance pour l'innovation, la prospérité et la durabilité à l'échelle planétaire. Il s'agit du droit économique international, du droit international de la propriété intellectuelle et du droit international de l'environnement. Dans le cadre des recherches menées sous les auspices du PRDI, une attention particulière est portée aux interactions émergentes entre le droit transnational, le droit autochtone et le droit constitutionnel.

À propos des auteurs

Depuis 2014, **Armand de Mestral** est associé principal au CIGI, où il a dirigé un projet qui a débouché sur la publication, par le CIGI, d'un livre intitulé *Second Thoughts: Investor-State Arbitration between Developed Democracies*.

Spécialiste du droit international économique, Armand est professeur émérite et titulaire de la Chaire Jean Monnet en intégration économique internationale à l'Université McGill. Il a enseigné le droit constitutionnel, le droit maritime, le droit international public, le droit commercial international, l'arbitrage international, le droit de l'Union européenne et le droit aérien international public.

L'intégration économique internationale constitue le principal domaine d'intérêt d'Armand de Mestral en recherche. Il a fait partie d'organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, de tribunaux d'arbitrage liés à l'Accord de libre-échange nord-américain et de tribunaux d'arbitrage publics et privés. Armand a été fait membre de l'Ordre du Canada en décembre 2007 et a reçu la médaille John E. Read du Conseil canadien de droit international en 2017. Son travail au CIGI se centre sur une comparaison des recours nationaux et internationaux des investisseurs étrangers contre les États ainsi que sur l'incidence de l'arbitrage des différends entre investisseurs étrangers et États sur les pays en développement.

Hugo Cyr, LL.B., B.C.L. (McGill), LL.M. (Yale), LL.D. (Université de Montréal), est doyen de la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal, où il enseigne le droit public et la théorie du droit. Hugo est également membre du Barreau du Québec et directeur du chantier « Fédéralisme de coopération, asymétrie et solidarité » du Centre d'analyse politique : Constitution et Fédéralisme. Il est l'auteur de l'ouvrage *Canadian Federalism and Treaty Powers: Organic Constitutionalism at Work* (PIE/Peter Lang, 2009).

Introduction

Au cours de l'histoire du Canada, le parlement canadien a joué un rôle plutôt modeste dans la conduite des relations internationales. Ceci résulte en partie de l'héritage constitutionnel britannique, de la rédaction de la Constitution canadienne et aussi de la pratique des gouvernements canadiens. Le présent document se concentre sur le rôle du Parlement dans la négociation et l'approbation des traités internationaux où, à part l'adoption de nouvelles lois nécessaires pour assurer la mise en œuvre des traités de l'Empire britannique¹ et la mise en œuvre des traités en général, le Parlement ne jouit d'aucun pouvoir constitutionnel formel. Cette situation se justifiait en 1867, à l'époque où le Royaume-Uni conservait toujours la responsabilité des relations internationales du nouveau dominion et quand le droit international n'avait qu'une importance limitée. Or, de nos jours, le Canada fait partie, depuis 1921, de la communauté des États; les traités sont aujourd'hui au cœur du droit international contemporain et couvrent presque tous les aspects de l'activité humaine et, de ce fait, ont un impact important sur la conduite du pays.

La Constitution et les conventions constitutionnelles n'accordent aucun rôle au Parlement dans la direction de la politique internationale du Canada. À moins que le gouvernement choisisse de lui soumettre un traité pour des raisons politiques – ce qui arrive occasionnellement – le Parlement n'a aucun rôle formel dans l'approbation des traités avant le stade de la mise en œuvre législative. Dans l'exercice de la prérogative royale en matière de relations internationales, le gouvernement est maître du processus de négociation et d'approbation des traités. Le Parlement entre en ligne de compte seulement quand il est nécessaire de légiférer pour mettre en œuvre le traité puisque, dans la tradition britannique dualiste, l'exécutif ne peut pas changer le contenu de la loi et doit suivre les procédures législatives ordinaires pour accomplir les changements nécessaires. Il en résulte que les juges canadiens n'accordent qu'un statut légal limité aux traités et, même après la ratification et la mise en œuvre de ces ententes, rares sont les juges qui voient l'utilité de les envisager comme des documents ayant force de loi. Ainsi, les traités

1 *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5, art 132.

internationaux lient le Canada en droit international, mais n'ont pas nécessairement une valeur contraignante en droit interne. Par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de donner suite aux dispositions du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, un des traités les plus importants touchant les droits de la personne, comme un « unimplemented treaty »² puisqu'il n'existait aucune loi spéciale de mise en œuvre. Au mieux donnera-t-on à ces traités la valeur d'un outil interprétatif.

Pour toutes ces raisons, on peut soutenir que l'absence de surveillance et de contrôle des traités par le Parlement limite sérieusement leur importance en droit canadien. Le présent article passe en revue la pratique canadienne en matière de traités, la compare à la pratique de certains autres États, pour finalement proposer des mesures destinées à remédier à la situation actuelle afin d'accorder aux traités le statut juridique qu'ils méritent en droit canadien.

La pratique canadienne

Premières années

Lors de la formation du Canada en 1867 et de l'adoption de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*³, le nouveau pays demeure une colonie de l'Empire britannique. C'est donc à ce titre que le Parlement du Canada et son gouvernement naissant n'obtiennent pas le pouvoir autonome de conclure des traités internationaux puisque l'Empire conserve ce privilège⁴. En effet, la métropole gardant la mainmise sur l'engagement étatique par traité international, le Canada se voit néanmoins octroyer certains pouvoirs afin de remplir ses obligations, en tant que colonie britannique, envers les pays étrangers

2 *Ahani v Canada (Attorney General)* (2002) 156 OAC 37 (CA) aux para 33–57.

3 *Loi constitutionnelle de 1867*.

4 Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 6^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2012 à la p 188; Anne-Marie Jacomy-Millette, *L'introduction et l'application des traités internationaux au Canada*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1971 à la p 5; Allan E Gotlieb, *Canadian Treaty-Making*, Toronto, Butterworths, 1968 à la p 6; Hugo Cyr et Armand de Mestral, « International Treaty-Making and Treaty Implementation » dans Peter Oliver, Patrick Maklem, Nathalie Des Rosiers, dir, *Oxford Handbook of Canadian Constitutional Law* (Oxford University Press, 2017).

engagés avec le Royaume-Uni. L'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* assure cette capacité :

Obligations naissant des traités

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

Cet article ne prévoit nullement la possibilité de conclusion autonome de traités internationaux pour le Canada, mais garantit néanmoins la mise en œuvre ou l'incorporation en droit interne canadien des traités conclus par la Couronne britannique⁵. Ce n'est qu'avec l'autonomie qu'il gagne graduellement envers le Royaume-Uni que le Canada va acquérir le pouvoir de conclure des traités⁶.

L'acquisition de cette autonomie s'est forgée au cours d'un long processus qui s'est principalement matérialisé entre les années 1919 et 1931⁷. Ce serait cependant une erreur de passer sous silence l'évolution du détachement du Canada par rapport au Royaume-Uni précédant la signature du traité de Versailles.

Durant les premières années de la fédération, le Canada a su notamment conclure des traités commerciaux avec certains pays étrangers. En effet, dès 1871, lors de la conclusion du traité de Washington, le premier ministre de l'époque, sir John A. Macdonald, se joint à la délégation britannique à titre de ministre plénipotentiaire⁸. En revanche, ce n'est qu'en 1884 que l'Empire britannique accepte que le Canada agisse à titre de signataire à ses côtés lors des négociations d'un traité de commerce avec l'Espagne, et c'est en 1893 que la première signature est apposée par la métropole et sa colonie lors de la conclusion d'un traité sur les tarifs douaniers avec la France⁹. Cela étant, depuis 1909, le ministre des Affaires étrangères, appelé jusqu'en 1993 « secrétaire d'État

aux Affaires extérieures », se doit de présenter son rapport au Parlement sur une base annuelle¹⁰.

En tout état de cause, bien que le Canada ait alors connu ses premiers balbutiements d'indépendance en matière de conclusion de traités, force est de constater que le Parlement n'est en aucun cas impliqué dans les négociations, dans la signature ou encore dans la ratification des traités internationaux.

Entre les deux grandes guerres

En 1919, le traité de Versailles met officiellement fin à la Première Guerre mondiale, dessine les nouvelles frontières européennes et crée la Société des Nations¹¹. Le Canada, comme les autres dominions et l'Inde, se fait octroyer le statut de puissance à intérêts limités, en plus de faire partie de la délégation britannique lors de la Conférence de la Paix¹². La procédure admise lors de la signature mais surtout pour la ratification de ce traité nous intéresse ici puisqu'elle implique le Parlement canadien pour la première fois dans l'histoire du pays :

La procédure adoptée à cet égard au plan canadien se déroule de la manière suivante : sur la recommandation du gouvernement canadien présenté sous la forme d'un décret du Conseil, le Roi émet un instrument de pleins pouvoirs remis aux plénipotentiaires chargés de signer. Les plénipotentiaires ainsi désignés signent le traité, pour le compte du Canada, non pas dans l'ordre alphabétique des pays, mais en retrait, dans le cadre de l'Empire britannique. *Le Parlement canadien approuve ensuite le traité.* Et, sur l'avis du gouvernement canadien, qui approuve également le traité, le Roi procède à la ratification du traité « pour le compte » du Canada [nos italiques]¹³.

5 Gotlieb, *ibid* à la p 7.

6 Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers: Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, PIE/Peter Lang, 2009.

7 *Ibid.*

8 Jacomy-Millette, *supra* note 4 à la p 7.

9 *Ibid.*

10 Gotlieb, *supra* note 4 à la p 7.

11 Jean-Jacques Becker, *Le traité de Versailles*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

12 Jacomy-Millette, *supra* note 4 à la p 14.

13 *Ibid*, faisant référence à Canada, Ministère des Affaires Extérieures, « Documents relatifs aux Relations Extérieures du Canada », 1909-1918, vol 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, lettre de sir Robert Borden au Premier ministre, datée du 9 avril 1919; télégramme du 31 décembre 1922 du Gouverneur général au Secrétaire aux Colonies, Documentation, Ministère des Affaires Extérieures du Canada.

En droit anglais, conclure des traités internationaux relève entièrement du pouvoir exécutif¹⁴. C'est cette procédure qui a été intégrée dans le droit canadien quant à la conclusion des traités internationaux. Or, selon cette procédure, il n'y avait aucune obligation de solliciter l'approbation du Parlement et du gouvernement canadien, en deux étapes, marquant ainsi la différence et l'implication entre le législatif et l'exécutif de ce côté de l'Atlantique.

Il s'agit là de la première mention du Parlement dans les politiques d'adoption de traités internationaux, mais cette pratique ne fera pas école. En effet, aucun auteur ne mentionne la consultation du Parlement canadien lors de la négociation et de la signature des traités suivants; la pratique nouvelle, voulant que seuls les plénipotentiaires soient les rares privilégiés à avoir une place aux côtés des représentants de l'Empire britannique, demeure.

En 1931, le Statut de Westminster¹⁵ reconnaît l'acquisition de la personnalité internationale pour le Canada¹⁶. La constitution canadienne reposant sur des principes similaires à ceux de la constitution britannique¹⁷, les principes qui régissent la conclusion des traités internationaux sont naturellement importés en droit canadien. Ainsi, comme nous l'avons mentionné précédemment, le pouvoir exécutif est le seul des pouvoirs à être impliqué lors de la conclusion de traités internationaux. Le pouvoir législatif en est exclu¹⁸ et, jusqu'en 1945, le Parlement ne débat que peu du rôle du Canada sur la scène internationale, à l'exception des questions touchant le droit de la paix et le droit de faire la guerre¹⁹.

Entre 1945 et 1968

L'année 1945 marque la fin de la Seconde Guerre mondiale. Le statut autonome du Canada sur la scène internationale lui permet de se questionner sur sa propre position face au nouvel ordre mondial et sur ses politiques étrangères²⁰, et c'est au

Parlement que ces discussions ont lieu. Les membres du Parlement réclament une « participation à l'élaboration de la politique étrangère du Canada »²¹. C'est également cette année-là qu'est créé le Comité des Affaires extérieures, organe qui facilite l'examen des questions internationales à la Chambre des communes²². Mais la tenue de débats parlementaires sur les traités internationaux à venir n'est en aucun cas une obligation imposée à l'exécutif.

Aucune norme législative n'oblige le pouvoir exécutif à soumettre ses projets de traités ou les négociations de ceux-ci au Parlement. L'évolution des faits dans les années 1950 le démontre également. Entre 1945 et 1965, différentes déclarations ont été faites par le gouvernement au pouvoir, tant le Parti libéral que le Parti conservateur, et abondent dans le même sens : les détails des négociations des traités internationaux ne doivent en aucun cas être divulgués aux parlementaires. Pensons notamment aux déclarations de Paul Martin père, secrétaire d'État aux Affaires extérieures, lors des négociations sur un projet d'accord culturel avec la France en 1965, ou encore lors des négociations sur un projet d'accord commercial avec l'URSS l'année suivante²³. Paul Martin père ne vient ici pourtant que confirmer ce qui avait été établi plus tôt puisque les agissements du pouvoir exécutif en matière de conclusion de traités internationaux sont tels que le premier ministre Diefenbaker conclut, en 1958, qu'une coutume est dorénavant établie : le Parlement ne reçoit les traités internationaux qu'une fois la signature apposée²⁴.

Il est à noter cependant que le Parlement demeure néanmoins informé de la conclusion des traités internationaux. Les députés peuvent poser des questions à ce sujet, mais aucune discussion formelle n'a lieu²⁵. En somme, bien que tenu au courant des intentions et des conclusions de traités internationaux, le Parlement ne joue qu'un rôle passif dans l'engagement international du Canada en matière de négociation et de conclusion de traités, chasse gardée du pouvoir exécutif.

14 *Attorney General for Canada v Attorney General for Ontario*, [1937] AC 326, [1937] 1 WWR 299, [1937] 1 DLR 673 (PC) [*Affaire des conventions de travail*].

15 Statut de Westminster, 22 Georges V, 1931, c 4.

16 Jacomy-Millette, *supra* note 4 aux pp 36, 37.

17 *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 1, préambule.

18 Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 188.

19 Jacomy-Millette, *supra* note 4 à la p 108.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 *Ibid* aux pp 110, 111; Jacques-Yvan Morin, Francis Rigaldies et Daniel Turp, *Droit international public : Notes et Documents*, t 2, 3^e éd, Montréal, Thémis, 1997 aux pp 3, 4, citant *Statement by the Secretary of State for External Affairs*, Hon P Martin, on April 23, 1965, Department of External Affairs, Press release n° 25, reproduit dans (1966) 3 ACID 265.

24 *Ibid* à la p 111.

25 *Ibid* à la p 112.

La négociation et la conclusion de traités (tant que la loi ne prévoit pas autrement) relèvent entièrement de prérogatives de l'exécutif²⁶. Or, pour des raisons politiques où l'appui des chambres légitime les actions du pouvoir exécutif, ce dernier demande au Parlement d'approuver les traités signés par le Canada. C'est par la voie de résolutions que le Parlement vient donner son approbation aux traités déjà signés.

Cette pratique a d'abord été adoptée par résolution unanime du Parlement sous le gouvernement du premier ministre Mackenzie King en 1928. Il avait alors été décidé que l'approbation du Parlement était requise lorsqu'il était question de traités importants pour le Canada, et ce, afin de permettre un certain contrôle des parlementaires sur ces questions délicates²⁷. Cela dit, pour tous les autres traités internationaux, il est considéré que le contrôle indirect qu'exerce la Chambre des communes sur le pouvoir exécutif est suffisant. Or, dès 1948, une critique a été formulée en ces termes : « In the case of the treaty-making power, it may be desirable that there should be more direct and effective control [by the House of Commons], because of the specially important character of the executive action involved »²⁸.

Notons cependant que le réel processus démocratique où les élus sont directement impliqués dans la procédure d'engagement international ne prend jamais forme; ces mêmes élus se doivent de simplement approuver les engagements déjà accordés par le Cabinet.

Politique fédérale à partir de 1968

En 1968, le gouvernement de Pierre Elliot Trudeau tente de légitimer par la prérogative royale la conservation du pouvoir de négociation et de conclusion de traités internationaux entre les mains du Cabinet fédéral uniquement. En effet, en raison de l'héritage britannique qui échoit au Canada en vertu du préambule de la Constitution de 1867, il semble clair que la prérogative royale inclut la négociation

et la conclusion de traités internationaux²⁹. Mais il importe aussi à ce gouvernement d'énoncer qu'il détient le monopole de la conclusion des traités à l'encontre de prétentions provinciales contraires – particulièrement celles du Québec³⁰ – en plus de concentrer l'exercice de ce pouvoir entre les seules mains du pouvoir exécutif. Par la voix de son secrétaire d'État aux Affaires extérieures, le gouvernement s'exprime en ces termes :

Les pouvoirs de prérogative de la Couronne d'abord réservés à la Reine d'après l'article 9 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, sont maintenant exercés par le Gouverneur général. Pendant la période coloniale, la délégation du pouvoir de prérogative était limitée par l'état de subordination de la colonie, mais on peut présumer que, par suite de l'indépendance, ce qui restait à la Couronne de prérogatives royales est passé au Gouverneur général même en l'absence d'une délégation précise. Autrement dit, il est raisonnable de conclure que tous les pouvoirs nécessaires à un État indépendant résident effectivement dans cet État et, de plus, lorsque le Canada a réalisé son autonomie, une seule entité est devenue indépendante et a été reconnue comme telle par la communauté internationale³¹.

Les conclusions mêmes du secrétaire d'État Martin explicitent cette intention de ne pas inclure une autre instance dans le processus de conclusion des traités.

De l'analyse précédente, on peut tirer les conclusions suivantes :

1. Au Canada, l'autorité constitutionnelle nécessaire à la conclusion d'accords internationaux fait partie de la prérogative royale et, pour ce qui a trait aux traités, elle est exercée au nom du Canada par le Gouverneur général, habituellement

26 *Affaire des conventions de travail*, supra note 14 à la p 347.

27 Gotlieb, supra note 4 à la p 15.

28 *Ibid*, citant JE Read, « International Agreements » (1948) 26 Can Bar Rev 520 à la p 526.

29 Hugh M Kindred et al, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 8^e éd, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2014 à la p 160; Arbour et Parent, supra note 4 à la p 189.

30 Pour une analyse en profondeur de la « doctrine Gérin-Lajoie », élaborée quelques années plus tôt par le ministre québécois du même nom et qui prévoit le prolongement international des compétences internes des provinces, voir Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers*, supra note 5, introduction. Voir aussi le numéro spécial de la RQDI consacré à cette question (2015).

31 Morin, Rigaldies et Turp, supra note 23 à la p 6, citant Paul Martin, *Fédéralisme et Relations internationales*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

sur avis du Secrétaire d'État aux Affaires extérieures. *Les pouvoirs de prérogative à l'égard des affaires étrangères et de la conclusion des traités sont passés à l'exécutif fédéral* au moment où le Canada est devenu membre autonome du Commonwealth britannique des nations [nos italiques]³².

Cette pratique selon laquelle le gouvernement peut conclure les traités internationaux sans consulter le Parlement, avant la signature, demeure encore la règle aujourd'hui³³, même si on peut signaler des exceptions notables telles que le débat sur l'adoption du protocole de Kyoto³⁴.

Discours du Trône en 2006

En 2006, lors du premier discours du Trône suivant l'élection ayant porté au pouvoir le gouvernement conservateur de Stephen Harper, la gouverneure générale du Canada, la très honorable Michaëlle Jean, a annoncé en conclusion de son discours que « [d]'importants traités internationaux seront en outre présentés au Parlement pour être mis aux voix »³⁵. La réponse du premier ministre Harper le lendemain en Chambre ne reprend nullement cette dernière déclaration et ne fait aucune mention de l'intention du gouvernement nouvellement élu de soumettre les traités internationaux au Parlement pour fins de débats parlementaires³⁶. Les agissements du gouvernement ont d'ailleurs été conformes à cette attitude par la suite, et cette façon de faire demeure. Également, la conclusion du discours du Trône ne mentionne pas le moment où les parlementaires pourraient être impliqués et invités à voter sur les traités internationaux qui engagent le Canada. La réponse à cette question

est arrivée en 2008 par l'adoption d'une politique gouvernementale qui est encore d'actualité.

Toujours sous le gouvernement Harper, en 2008, a été adoptée la Politique sur le dépôt des traités devant le parlement³⁷. Celle-ci

visait à garantir le dépôt devant la Chambre des communes de tous les instruments considérés comme régis par le droit international public et signés entre le Canada et d'autres États ou organisations internationales, après leur signature ou leur adoption au moyen d'une autre procédure, mais avant que le Canada n'ait notifié officiellement qu'il est lié par l'instrument en question³⁸.

Ainsi, la prérogative royale du pouvoir exécutif est conservée et le Parlement demeure dans son rôle éternel de simple observateur et approbateur des engagements déjà établis³⁹. Les parlementaires ne sont pas impliqués ou même consultés lors des négociations et de la signature des traités internationaux. Ils peuvent toutefois normalement débattre de ceux-ci avant leur ratification par l'exécutif, lorsque le temps leur permet.

Force est de conclure que la fenêtre de contrôle effectif parlementaire n'est pas encore tout à fait ouverte.

La situation est différente en ce qui concerne la procédure d'approbation par le Québec des traités dont la matière relève de la compétence provinciale. En vertu de la *Loi sur le ministère des Relations internationales*⁴⁰, les ententes conclues par le Québec et l'accord du Québec aux traités relevant de la compétence provinciale doivent recevoir l'approbation de l'Assemblée nationale⁴¹.

32 Morin, Rigaldies et Turp, *supra* note 23 à la p 8, citant Martin, *Fédéralisme et Relations Internationales*.

33 Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 189. Voir aussi le document de Laura Barnett, *Le processus de conclusion de traités au Canada*, Bibliothèque du Parlement 2012, qui ne mentionne pas la possibilité d'un rôle pour le Parlement dans l'approbation des traités.

34 *Débats de la Chambre des communes*, 37^e parl., 2^e sess., n° 37 (3 décembre 2002).

35 Canada, Bureau du Conseil privé, *Discours du Trône ouvrant la première session de la 39^e législature du Canada*, 39^e parl., 1^{re} sess (4 avril 2006) (Michaëlle Jean), en ligne : <www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=aarchives/sft-ddt/2006-fra.htm>.

36 Canada, Bureau du Conseil privé, *Le Premier ministre appuie le discours du Trône*, 39^e parl., 1^{re} sess (5 avril 2006) (Stephen Harper), en ligne : <www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=aarchives/sft-ddt/2006_reply-fra.htm>.

37 Canada, Affaires mondiales Canada, *Politique sur le dépôt des traités devant le parlement*, janvier 2008, en ligne : <www.treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?Lang=fra>.

38 *Ibid*, à la section Objectif de la politique.

39 Kindred et al, *supra* note 29 aux pp 168-170.

40 RLRQ c M-25.1.1.

41 Voir S Paquin, « Fédéralisme et négociations commerciales au Canada : l'ALE, l'AECG et le PTP comparés », en ligne : <www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/stephane_paquin_-_federalisme_et_negociations_commerciales_au_canada_-_l_ale_l_aecg_et_le_ptp_comparés.pdf>.

La pratique internationale comparée

Article 218 du TFUE

Le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* précise en son article 218 la procédure à suivre lors de la conclusion d'accords entre l'Union européenne et des pays tiers ou encore des organisations internationales⁴². Le Parlement européen doit être informé à chaque étape de la conclusion d'un traité⁴³, et ce, même si la conclusion en elle-même relève du pouvoir du Conseil⁴⁴. En effet, c'est ce dernier qui ouvre et arrête les négociations, signe et conclut les traités, selon les recommandations de la Commission⁴⁵.

Or, bien que le Conseil adopte la décision de conclure l'accord, à moins que cet accord ne porte exclusivement sur la politique étrangère et la sécurité commune, il doit obtenir l'approbation du Parlement européen préalablement à la conclusion de l'accord, suivant la procédure législative ordinaire⁴⁶.

Finalement, le Parlement européen est également impliqué dans la procédure de conclusion des traités puisqu'il peut de sa propre initiative demander l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord à venir avec les traités⁴⁷. Le Parlement européen est présent à chaque étape de la conclusion d'un accord puisqu'il demeure informé de chaque étape de la procédure en vertu de l'article 218 du TFEU.

Constitution des États-Unis

Les États-Unis d'Amérique conçoivent les traités internationaux et les lois nationales sur un même pied d'égalité⁴⁸. Ces traités internationaux sont conclus par le président, appuyé par une majorité

des deux tiers du Sénat⁴⁹. Seul ce dernier organe législatif peut réellement engager les États-Unis puisque la responsabilité d'approbation et de ratification lui revient entièrement⁵⁰. Les normes prévues dans les traités internationaux ratifiés par le Sénat des États-Unis sont donc directement appliquées en droit interne étatsunien. Les traités internationaux n'ont cependant pas nécessairement prépondérance sur les lois internes, contrairement à d'autres pays, comme nous le verrons plus loin⁵¹.

Il existe deux sortes de traités internationaux selon la pratique étatsunienne : les *self-executing treaties* et les *non-self-executing treaties*. Dans le premier cas, il s'agit des traités internationaux qui ne nécessitent aucune loi de mise en œuvre pour leur incorporation dans le droit interne puisqu'ils s'appliquent directement comme les autres lois⁵². Quant aux *non-self-executing treaties*, il s'agit des traités qui nécessitent une loi de mise en œuvre afin que leurs dispositions soient intégrées dans le droit interne⁵³.

La jurisprudence a établi que, s'il y a conflit entre un traité international ratifié par les États-Unis et une disposition d'une loi ordinaire de leur droit, la règle la plus récente a préséance⁵⁴. S'il y a un conflit entre la Constitution des États-Unis et un traité international, la Constitution l'emporterait⁵⁵.

Dans la même optique, si une loi postérieure à un traité devait être votée par le Congrès et signée par le président alors qu'elle est contraire à un traité, il devrait y avoir une dénonciation unilatérale par le Congrès de l'engagement international pris par la présidence et le Sénat. La responsabilité internationale du pays pourrait être engagée⁵⁶. À l'opposé, il est possible pour le président, avec la majorité du Sénat, d'écarter des lois existantes en concluant un traité international qui serait

42 CE, *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, JO, C 326/1, art 218.

43 *Ibid*, art 218 (10).

44 *Ibid*, art 218 (2).

45 *Ibid*, art 218 (3).

46 *Ibid*, art 218 (6).

47 *Ibid*, art 218 (11).

48 US Const art VI, cl 2; Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 185.

49 US Const art II, § 2, cl 2; Arbour et Parent, *supra* note 4 aux pp 178, 179; David Sloss, « United States » dans David Sloss, dir, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, New York, Cambridge University Press, 2009, 504 aux pp 506, 507 [Sloss, « United States »].

50 *Ibid*.

51 Voir notamment la section sur la Constitution néerlandaise.

52 *Ibid*; Sloss, « United States », *supra* note 49 à la p 510.

53 *Ibid*.

54 Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 180, citant *Chae Chan Ping v United States*, 130 US 581 (1889), confirmé dans *Reid v Covert*, 354 US 1 (1957).

55 Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 181.

56 *Ibid*.

un *self-executing treaty*⁵⁷. Ce dernier aurait alors la même force qu'une loi en vertu de l'article VI de la Constitution et, comme nous l'avons mentionné précédemment, en raison de la règle *Lex posterior derogat legi priori*, le traité prendrait plein effet.

Étant donné la complexité et les difficultés politiques posées par la procédure d'approbation des traités par le Sénat, la pratique des États-Unis a développé de nombreux moyens législatifs d'approuver des traités, surtout dans le domaine des traités commerciaux⁵⁸. Dans ce dernier cas, la loi permet à la Chambre des représentants de voter l'adoption ou le rejet du traité de commerce sur présentation du traité accompagné des mesures de mise en œuvre⁵⁹.

Pratique britannique

Conformément au principe de suprématie de la constitution et de la Couronne, la Grande-Bretagne est un pays dualiste où le consentement préalable du Parlement n'est pas exigé pour la ratification d'un traité international⁶⁰. De plus, afin de protéger la séparation des pouvoirs, le Parlement a ensuite la possibilité d'adopter une loi de mise en œuvre du traité conclu⁶¹. Ainsi, comme au Canada, l'engagement par traité découle de la prérogative royale et revient donc à la Couronne elle-même⁶². La seule implication du Parlement britannique dans le processus de signature et de ratification de traités internationaux tient dans une convention constitutionnelle, connue sous le nom de *Ponsonby Rule*, qui implique que tout traité qui doit être ratifié doit être notifié au Parlement accompagné d'un descriptif pendant une période de 21 jours alors que le Parlement est en session⁶³. En 2010, le Parlement adopta la *Constitutional Reform and Governance Act*⁶⁴. Le but de cette loi est non seulement d'informer le Parlement des traités internationaux à venir⁶⁵, mais aussi d'interdire la ratification d'un traité sans que le Parlement en soit saisi pour au moins 21 jours.

57 *Ibid.*

58 Voir L. Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, (1972) à la page 179.

59 La procédure accélérée connue sous le nom de « fast track » *Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act of 2015*, 129 STAT. 320 PUBLIC LAW 114-26—JUNE 29, 2015.

60 Anthony Aust, « United Kingdom » dans Sloss, *supra note 49* à la p 477.

61 *Ibid.*

62 *Ibid.*

63 *Ibid* à la p 478.

64 *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, c 25, art 20.

65 Aust, *supra note 60*.

Le seul rôle fondamental du Parlement britannique en ce qui concerne les traités internationaux est ensuite l'intégration du droit international dans le droit interne par différents moyens : une incorporation par une loi de mise en œuvre du traité ratifié en entier ou en partie⁶⁶, une intégration des mises à jour des lois internes par les traités à venir (généralement en droit de l'aviation⁶⁷) et une assimilation par la création d'un cadre législatif subsidiaire pour les traités bilatéraux⁶⁸.

Depuis 1980, le rôle du Parlement dans l'approbation des traités fait l'objet d'une certaine controverse. Le débat autour de l'approbation de l'avis de retrait remis à l'Union européenne concernant le Brexit et les conditions entourant ce retrait du Royaume-Uni a renouvelé cette controverse.

Constitution néerlandaise

En raison du caractère moniste du Royaume des Pays-Bas, la majorité des traités internationaux conclus sont approuvés par le Parlement⁶⁹. Cette approbation préalable a pour effet de faire entrer les traités internationaux ratifiés dans le droit interne sans nécessiter de loi de mise en œuvre. Ce processus démocratique justifie l'application du droit international en droit interne et explique même parfois le fait que certaines règles émanant des traités ont prépondérance sur les règles de droit interne en cas de conflits⁷⁰.

La négociation des traités internationaux quant à elle relève de la responsabilité gouvernementale. Dès lors, le Parlement n'est pas impliqué dans ce processus de négociation⁷¹. Cela dit, il existe néanmoins une obligation législative qui contraint le gouvernement pendant tout le processus de négociations à informer le Parlement régulièrement sur l'état d'avancement et les modalités du traité

66 *Ibid* à la p 479.

67 *Ibid* à la p 480.

68 *Ibid.*

69 André Nollkaemper, « The Netherlands » dans Sloss, *supra note 49* à la p 328, citant *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands*, Government of the Netherlands, 2008, art 91, en ligne : <www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>.

70 Nollkaemper, *ibid* à la p 328.

71 *Ibid* à la p 327.

international négocié⁷². Cette disposition législative n'oblige pas le gouvernement à consulter le Parlement en ce qui a trait au contenu des traités internationaux, mais elle permet à ce dernier de demeurer à l'affût des négociations. Bien que ce pouvoir soit limité, le Parlement peut ainsi remettre en question certaines décisions gouvernementales avant d'approuver un traité international⁷³.

Un dernier moyen qui permet au Parlement d'avoir droit de regard sur la négociation de traités internationaux tient dans le fait que celui-ci peut également émettre certaines réserves ou déclarations qui seront parties intégrantes de l'approbation officielle du traité par le Parlement. Ces réserves ou déclarations seront ainsi incluses par le gouvernement au moment de la ratification du traité. Le Parlement a de cette manière un pouvoir d'exclure ou encore de limiter la portée de certaines obligations contenues dans le traité et leur application en droit interne néerlandais⁷⁴.

L'approbation des traités internationaux doit être votée par une majorité simple des deux chambres du Parlement⁷⁵. Ceci s'explique par le fait que les traités internationaux ont, comme nous l'avons dit précédemment, force de loi ordinaire en droit interne par leur application directe⁷⁶. Il existe une exception à cette règle de la majorité simple : tout traité qui entre en conflit avec la Constitution néerlandaise doit avoir obtenu le vote d'une majorité formée des deux tiers des deux chambres du Parlement⁷⁷.

Constitution française

La Constitution française donne aux traités internationaux ratifiés par la République une force de loi supérieure aux lois ordinaires de son

droit interne⁷⁸. Ainsi, contrairement aux États-Unis où la règle la plus récente a prépondérance sur la plus ancienne, en cas de conflit entre un traité international et une loi interne française, le traité international aura préséance sur la loi⁷⁹.

Le Parlement français est impliqué dans l'approbation des traités internationaux. En effet, bien que la négociation et la ratification relèvent des pouvoirs du président de la République⁸⁰, les traités nécessitent l'autorisation législative du Parlement⁸¹. Le Parlement peut être sollicité si un traité entre en conflit avec la Constitution. Sa ratification n'aura alors lieu qu'après une révision constitutionnelle⁸², ce qui doit être fait par le Parlement.

Constitution mexicaine

Comme en France, la Constitution mexicaine donne une force de loi supérieure aux traités⁸³. Elle affirme la suprématie de la Constitution, des lois votées par la Chambre des députés et des traités internationaux.

Le Parlement mexicain se divise en deux chambres distinctes : la Chambre des députés et le Sénat⁸⁴. Ces deux chambres sont impliquées lors de la conclusion de traités internationaux. En effet, bien que l'approbation des traités à proprement parler soit un pouvoir exclusif du Sénat⁸⁵, c'est le président qui les négocie, les conclut et les soumet pour ratification à la Chambre des députés⁸⁶. Le président représente quant à lui le pouvoir exécutif en vertu de la Constitution⁸⁷.

72 *Law on the Approval and Promulgation of Treaties* (Rijkswet Goedkeuring en bekendmaking verdragen), Staatsblad, 1994, n° 542, art 1; Jan Klabbers, « The New Dutch Law on the Approval of Treaties » (1995) 44 : 3 ICLQ 629 à la p 630.

73 Nollkaemper, *supra* note 69 à la p 327.

74 *Ibid* à la p 328.

75 *Ibid*.

76 *Ibid* à la p 331.

77 *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands*, *supra* note 27, art 91 (3); Nollkaemper, *supra* note 69 à la p 329.

78 « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » *Constitution de la République française*, JO, 4 octobre 1958, art 55, en ligne : <www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>; Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 184. Voir aussi Hugh M Kindred et al, *supra* note 29 à la p 171.

79 *Constitution de la République française*, *supra* note 78, art 55. Voir Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 185.

80 Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 184.

81 *Constitution de la République française*, *supra* note 78, art 53.

82 *Ibid*, art 55.

83 Kindred et al, *supra* note 29 à la p 171; *Constitution of the United Mexican States*, 5 février 1917, art 133, en ligne : <www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf>.

84 *Constitution of the United Mexican States*, *supra* note 83, art 50.

85 *Ibid*, art 76.

86 *Ibid*, art 89 (X).

87 *Ibid*, art 80.

En résumé, la Constitution mexicaine, parfait exemple d'approche moniste, implique le Parlement en entier lors de la conclusion de traités internationaux.

Loi fondamentale allemande

Comme le Canada, la République fédérale d'Allemagne est un pays dualiste en matière de traités⁸⁸. Ainsi, le législateur doit intervenir afin que le traité ratifié devienne partie intégrante du droit interne allemand. Cela dit, une différence avec le Canada réside dans le fait que l'article 25 de la Loi fondamentale allemande⁸⁹ énonce que les principes généraux du droit international public font partie du droit fédéral, qu'ils ont prépondérance sur les lois fédérales et qu'ils créent de droits pour les citoyens. Ces règles sont donc directement incluses dans le droit interne fédéral⁹⁰.

L'article 59 de la Loi fondamentale allemande précise la procédure à suivre lors de la ratification des traités internationaux par l'Allemagne⁹¹. Le président ratifie les traités internationaux, mais il doit préalablement obtenir l'accord du chancelier ou du ministre responsable du champ de compétence dont fait partie l'objet du traité⁹².

Le Parlement a également un rôle à jouer lors de la ratification de ces traités internationaux. En effet, ce n'est qu'après avoir reçu le consentement préalable du Parlement que le président peut ratifier certains traités internationaux. Deux sortes de traités internationaux nécessitent le consentement préalable du Parlement⁹³ : les traités qui portent sur les relations politiques de la République et les traités qui nécessitent une loi de mise en œuvre en droit interne⁹⁴.

Dans le premier cas, les relations politiques impliquent tout ce qui touche notamment les alliances et les traités de paix et de désarmement.

Ces traités internationaux ne sont débattus qu'au Parlement de la République puisque la compétence sur ces sujets est bien celle du Bundestag, qui doit donner son consentement, et non celle du Bundesrat, ce qui impliquerait la participation des Länder⁹⁵. Il y a donc une différence à faire entre consentement et participation : le Parlement fédéral doit donner son consentement préalable à la ratification alors que les parlements provinciaux réunis en conseil peuvent être invités à simplement participer à certains débats⁹⁶.

Dans le second cas, le sujet même des traités internationaux détermine si ceux-ci devront faire l'objet d'une loi de mise en œuvre ou s'ils seront simplement intégrés dans le droit interne. Si une loi de mise en œuvre est nécessaire, le pouvoir législatif doit donc être impliqué, et le Parlement fédéral doit ainsi donner son consentement préalable à la ratification⁹⁷. Rappelons cependant que seuls les traités internationaux qui entrent dans la description de l'article 59, paragraphe 2, de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne sont touchés par cette procédure. Tous les autres peuvent donc être ratifiés par le président seul avec la signature du chancelier ou du ministre responsable⁹⁸ et sont directement intégrés dans le droit interne.

Constitution de l'Inde

L'Inde est également un pays dualiste où tout traité international ratifié qui modifie le droit interne doit être mis en œuvre par une loi⁹⁹. Ainsi, les traités internationaux ratifiés dont le contenu ne vient que dédoubler les lois déjà en vigueur n'ont nul besoin de loi de mise en œuvre puisqu'ils ne font qu'ajouter à ce qui existe déjà en droit interne. En revanche, les traités internationaux dont l'objet n'existe pas encore en droit interne doivent passer par une loi de mise en œuvre.

L'article 246, paragraphe 1, de la Constitution de l'Inde établit les pouvoirs exclusifs du Parlement, ce qui inclut de signer et de ratifier les traités

88 Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 185.

89 *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, Deutscher Bundestag, en ligne : <www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf>; voir Joan Church, Christian Schulze, Hennie Strydom, *Human Rights from a Comparative and International Law Perspective*, University of South Africa, 2007 à la p 174.

90 Arbour et Parent, *supra* note 4 à la p 185.

91 Andrea L Paulus, « Germany » dans Sloss, *supra* note 49 à la p 214.

92 *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, *supra* note 89, art 58, cité par Paulus, *ibid*.

93 *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, *supra* note 89, art 59 (2).

94 Paulus, *supra* note 91 à la p 214.

95 *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, *supra* note 89, art 50.

96 Paulus, *supra* note 91 à la p 215.

97 *Ibid*.

98 *Ibid*.

99 *Third Periodic Report of India submitted under Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Doc NU CCPR/C/76/Add.6, 17 juin 1996 au para 8, cité dans Nihal Jayawickrama, « India », dans Sloss, *supra* note 49 à la p 244.

internationaux¹⁰⁰. Ce pouvoir n'échoit qu'au Parlement et ne peut relever ni de la compétence municipale, ni de la compétence des législatures.

Un fait doit être souligné : cette compétence exclusive où le Parlement est impliqué, et non pas simplement l'exécutif comme au Canada, dans la ratification des traités internationaux tire son origine d'une certaine interprétation d'un jugement canadien, soit la fameuse *Affaire des conventions de travail*¹⁰¹. L'extrait suivant formerait d'ailleurs le fondement de cette compétence selon l'interprétation qu'en fait le droit constitutionnel indien : « the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action »¹⁰².

En somme, il nous est donc permis de comprendre que le même extrait permet à la fois au gouvernement canadien de justifier de maintenir la ratification des traités internationaux en vertu de la prérogative royale par l'exécutif seul, et au gouvernement indien d'impliquer le Parlement dans la ratification des traités internationaux.

Conclusions : la position canadienne semble être une des plus conservatrices

En tout état de cause, comme nous l'avons vu, nombre de pays, tant dans le monde occidental que du côté des pays émergents, privilégient une approche moniste afin d'incorporer ce droit, dès la conclusion des traités internationaux, dans le droit interne étatique. Par ailleurs, même les pays qui mettent de l'avant l'approche dualiste octroient des pouvoirs au Parlement de veiller sur la négociation et la conclusion des traités. À l'exception de la pratique britannique, le Canada demeure non seulement nettement distinct de cette approche, mais en plus l'implication du Parlement dans la procédure qui précède la conclusion des traités reste très circonscrite.

¹⁰⁰ *The Constitution of India*, Government of India, Ministry of Law and Justice (Legislative Department), New Delhi, 9 novembre 2015, à la Seventh Schedule List I (14), en ligne : <<http://indiacode.nic.in/coiweb/welcome.html>>.

¹⁰¹ *Supra* note 14.

¹⁰² Jayawickrama, *supra* note 99 à la p 244.

Propositions pour changer le droit et la pratique canadienne

Dans le but de rehausser le statut des traités en droit canadien et d'encourager les tribunaux à leur accorder un effet juridique plus important, plusieurs approches seraient possibles. Certaines peuvent se réaliser dans le cadre du droit public existant, d'autres nécessiteraient la modification de notre cadre constitutionnel. Premièrement, de manière générale, le gouvernement pourrait s'engager à encourager des débats à la Chambre des communes sur l'adoption des traités et allouer plus de temps parlementaire à cette fin.

Deuxièmement, le Parlement pourrait également se servir de son pouvoir législatif pour accorder explicitement aux traités un statut égal aux lois. Cela se fait rarement, pour l'instant, à la pièce, et exige l'adoption d'une loi spécifique¹⁰³. Cette approche pourrait être étendue à d'autres catégories.

Troisièmement, au Canada, rien n'empêche que le gouvernement cherche à obtenir un mandat de négociation auprès du Parlement. Il serait tout à fait légal pour le gouvernement de solliciter l'avis du Parlement sur les grandes lignes de la négociation d'un traité. À ce titre, l'article 218 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* peut servir de modèle. Selon cet article, la Commission doit chercher à obtenir un mandat pour négocier un traité auprès du Conseil (représentant les États membres), elle doit tenir le Conseil et le Parlement informé du progrès des négociations, et la décision finale d'approuver le traité relève à la fois du Conseil et du Parlement.

Quatrièmement, rien n'empêche le gouvernement de demander l'approbation du Parlement avant de lier le Canada sur le plan international. Le Parlement pourrait aussi adopter une loi qui prévoit un mécanisme de consultation formel des députés avant la ratification d'un traité. Un tel mécanisme pourrait prévoir que les instruments internationaux les plus importants seraient soumis par défaut aux parlementaires pour approbation, alors que les autres ne leur seraient soumis que sur demande.

¹⁰³ *Loi sur les Conventions de Genève*, LRC (1985), c G-3.

Cinquièmement, la mise en œuvre des traités constitue l'étape capitale pour assurer leur place dans l'ordre juridique. Présentement, à moins d'adopter une loi spéciale de mise en œuvre, il est très difficile pour les tribunaux et le public de savoir comment le gouvernement a effectué la mise en œuvre d'un traité. L'adoption d'une loi spéciale n'est qu'un moyen d'assurer la mise en œuvre; il existe en effet au moins treize autres moyens, dont les quatre suivants¹⁰⁴ : l'adoption d'un règlement, une décision administrative, une déclaration d'interprétation ou le recours aux lois et principes juridiques existants. Puisqu'à l'heure actuelle il est très difficile de déterminer de façon officielle le moyen de mise en œuvre choisi par le gouvernement, les tribunaux se laissent convaincre trop facilement que le traité en question n'a pas été mis en œuvre et de ce fait, n'a pas de force exécutoire en droit canadien¹⁰⁵. Si les tribunaux savaient mieux comment le gouvernement et le Parlement avaient choisi d'agir pour mettre en œuvre un traité, il leur serait plus difficile de refuser de donner suite aux dispositions du traité et de ne pas accorder aux traités en droit canadien le même statut légal qu'ils possèdent en droit international. Un registre officiel détaillant les mesures de mise en œuvre contribuerait grandement à clarifier la situation pour les tribunaux et pour le public. Aussi, les lois de mise en œuvre ou des lois-cadres sur la mise en œuvre des traités pourraient spécifier la façon dont il faut interpréter les traités ou pourraient préciser que les traités auront un statut égal aux lois.

Il serait aussi possible de changer le statut normatif des traités en droit interne en leur accordant automatiquement le statut de loi. Toutefois, ce changement nécessiterait une modification à la Constitution du Canada afin de déclarer, comme en France, par exemple, que les traités ont un statut supérieur aux lois et une force exécutoire. Pour des raisons liées tant à la séparation des pouvoirs qu'au partage fédératif des compétences, nous ne favorisons pas cette option.

Nous suggérons toutefois une approche intermédiaire entre la modification constitutionnelle et l'approche législative que nous avons décrite au paragraphe précédent : les tribunaux pourraient dorénavant assimiler les principes fondamentaux

d'un traité – tel le principe de la protection de l'intérêt de l'enfant dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, à des règles de common law (ou de droit commun en droit civil) comme ils le font avec le devoir d'équité (*duty of fairness*) et d'autres principes de common law en droit administratif à la fois au Québec et dans les autres provinces¹⁰⁶. Les tribunaux pourraient adopter cette approche et contrôler l'application de ces principes tirés des traités sans modification de la Constitution. Cette approche étendrait aux normes conventionnelles le rôle subsidiaire que possède déjà la coutume internationale en droit interne.

D'une manière ou d'une autre, le simple fait d'appliquer de façon plus systématique la présomption de conformité du droit interne au droit international permettrait de faire des avancées significatives quant au respect des obligations internationales du Canada. Prendre au sérieux cette présomption signifie non seulement de favoriser l'interprétation conforme aux obligations du Canada, lorsque le texte en question s'y prête, mais également de présumer, sauf intention manifeste du contraire, que le législateur n'a pas délégué des pouvoirs réglementaires et administratifs permettant de violer les obligations internationales du Canada. En d'autres mots, l'application régulière de la présomption de conformité au droit international devrait faire en sorte que la quasi-totalité des pouvoirs délégués législativement seraient liés par les traités auxquels le Canada est partie.

Cette liste de mesures est loin d'être exhaustive. Elle sert à démontrer que, si toutes les branches du gouvernement cherchent à clarifier et à rehausser le statut des traités internationaux en droit canadien, ce processus passerait principalement par le Parlement. Tant que le Parlement ne joue pas un rôle plus important dans le processus de négociation et d'approbation des traités, ces derniers seront privés de la place qui leur revient en droit canadien. À l'heure actuelle, le droit international et le droit canadien souffrent de cette situation.

104 Voir Armand de Mestral et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008) 53 RD McGill 573 à la p 617.

105 *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817.

106 Voir de Mestral et Fox-Decent, *supra* note 104 à la p 633.

ON CANADA'S PAST, PRESENT AND FUTURE
IN INTERNATIONAL LAW

REFLECTIONS

RÉFLEXIONS

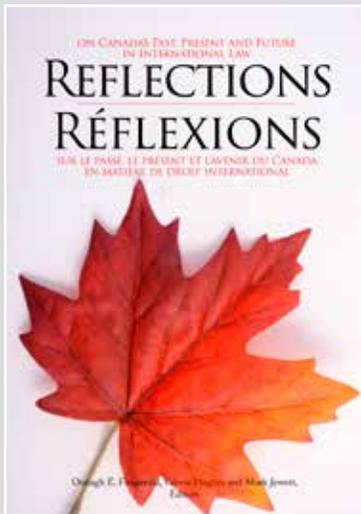
SUR LE PASSÉ, LE PRÉSENT ET L'AVENIR DU CANADA
EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL

Oonagh E. Fitzgerald, Valerie Hughes et Mark Jewett,
éditeurs

Le 150^e anniversaire de la Confédération canadienne est pour les praticiens du droit international et les juristes spécialisés dans ce domaine au Canada une occasion unique de réfléchir sur la riche histoire de notre pays en matière de droit international et de gouvernance, de se demander où nous en sommes aujourd'hui, au sein de la communauté des nations, et de s'interroger sur la façon dont nous pouvons contribuer à façonner un avenir où l'approche canadienne, progressiste et fondée sur des règles, aura gagné en influence. Les textes de la série, dont chacun est rédigé dans la langue choisie par son auteur, offrent des points de vue éclairés sur le passé et le présent du Canada en ce qui concerne le droit international, passent en revue les défis qui se posent à lui dans ce domaine et proposent une nouvelle optique à adopter dans la quête canadienne en faveur de la primauté du droit à l'échelle mondiale.

Dans la première partie, on se penche sur l'histoire et la pratique en matière de droit international, notamment les sources du droit international, les traités autochtones, la diplomatie fondée sur les traités internationaux, la réception du droit international en droit interne et le rôle du Parlement canadien à cet égard. Dans la deuxième partie, on examine l'influence du Canada sur le droit international, la gouvernance et l'innovation dans le cadre plus vaste de questions comme le droit économique, le droit de l'environnement et le droit de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale. Les sujets liés au droit international économique qui sont abordés englobent le commerce et l'investissement au plan international, le règlement des différends, la conclusion infranationale de traités, la fiscalité internationale et le droit international privé. Les questions de droit international de l'environnement qui sont analysées comprennent le régime juridique international applicable aux changements climatiques, les accords internationaux sur les produits chimiques et les déchets, la gouvernance relative aux eaux transfrontalières et le droit de la mer. Au chapitre du droit international de la propriété intellectuelle (PI), les sujets traités sont entre autres la création d'une protection internationale en matière de PI et l'intégration du droit de la PI dans l'ensemble des règles du droit international commercial. Dans la troisième partie, on présente des points de vue canadiens sur les derniers développements survenus en droit international visant les droits humains et en droit international humanitaire, y compris en ce qui a trait à la mise en œuvre judiciaire des obligations afférentes, au droit international du travail, à la question du commerce et des droits humains à l'échelle mondiale, au droit international pénal, aux crimes de guerre, aux enfants soldats et aux questions de genre.

Le livre *Reflections on Canada's Past, Present and Future in International Law/ Réflexions sur le passé, le présent et l'avenir du Canada en matière de droit international* met en lumière le rôle central que le Canada a joué jusqu'à présent dans le développement du droit international ainsi que les contributions majeures qu'il est prêt à faire à l'avenir dans ce domaine.



À propos du CIGI

Au Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI), nous formons un groupe de réflexion indépendant et non partisan doté d'un point de vue objectif et unique de portée mondiale. Nos recherches, nos avis et nos interventions publiques ont des effets réels sur le monde d'aujourd'hui car ils apportent de la clarté et une réflexion novatrice pour l'élaboration des politiques à l'échelle internationale. En raison des travaux accomplis en collaboration et en partenariat avec des pairs et des spécialistes interdisciplinaires des plus compétents, nous sommes devenus une référence grâce à l'influence de nos recherches et à la fiabilité de nos analyses.

Nos programmes de recherche ont trait à la gouvernance dans les domaines suivants : l'économie mondiale, la sécurité et les politiques mondiales, et le droit international, et nous les exécutons avec la collaboration de nombreux partenaires stratégiques et le soutien des gouvernements du Canada et de l'Ontario, ainsi que du fondateur du CIGI, Jim Balsillie.

About CIGI

We are the Centre for International Governance Innovation: an independent, non-partisan think tank with an objective and uniquely global perspective. Our research, opinions and public voice make a difference in today's world by bringing clarity and innovative thinking to global policy making. By working across disciplines and in partnership with the best peers and experts, we are the benchmark for influential research and trusted analysis.

Our research programs focus on governance of the global economy, global security and politics, and international law in collaboration with a range of strategic partners and support from the Government of Canada, the Government of Ontario, as well as founder Jim Balsillie.

**Centre for International
Governance Innovation**

67 Erb Street West
Waterloo, ON, Canada N2L 6C2
www.cigionline.org