

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LES FONCTIONS DE LA COUTUME INTERNATIONALE ET SON APPLICATION
PARTIELLE PAR LES TRIBUNAUX CANADIENS

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
SERHIY TITORENKO

SEPTEMBRE 2015

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.07-2011). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Je remercie d'abord mon directeur de recherche, le professeur Hugo Cyr, pour avoir accepté de diriger mon mémoire, pour l'encadrement qu'il m'a fourni et pour ses conseils précieux quant au but, à la portée et à la forme de ce mémoire.

Je tiens aussi à remercier le professeur Rémi Bachand, la professeure Lucie Lamarche et la professeure Mirja Trilsch pour les recommandations qu'ils m'ont offertes lors de la présentation du projet de mémoire.

Finalement, j'adresse ma gratitude profonde envers mes parents qui m'ont soutenu tout au long de mes études et sans qui je n'aurais pas pu me rendre jusqu'au dépôt du mémoire.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	v
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I	
LES THÉORIES DE LA COUTUME INTERNATIONALE.....	12
1.1 Les théories traditionnelles de la coutume internationale.....	14
1.1.1 La doctrine des deux éléments.....	15
1.1.2 La source de l'obligation légale.....	21
1.1.3 La méthodologie pour l'identification de la coutume internationale...	26
1.2 Les théories rationalistes de la coutume internationale.....	31
1.2.1 Les positions rationalistes sur l'opinio juris.....	33
1.2.2 Le rejet de l'élément objectif de la coutume internationale.....	41
1.2.3 Le caractère approprié de la coutume internationale pour la coopération entre les États.....	47
Conclusion du Chapitre I.....	56
CHAPITRE II	
LE STATUT DE LA COUTUME INTERNATIONALE EN DROIT CANADIEN...	60
2.1 La doctrine anglaise de l'incorporation de la coutume internationale.....	61
2.1.1 L'immunité diplomatique.....	63
2.1.2 L'immunité juridictionnelle des États.....	66
2.1.3 Le droit pénal anglais.....	72
2.2 Les réalités de l'application de la coutume internationale par les tribunaux canadiens.....	77
2.2.1 Le droit de poursuite et de saisie de navires étrangers : la justification de l'exercice de prérogatives du gouvernement canadien.....	78
2.2.2 Les immunités diplomatique et juridictionnelle : la préservation des relations bilatérales du Canada.....	83
Conclusion du Chapitre II.....	98

CHAPITRE III	
LES FONCTIONS DE LA COUTUME INTERNATIONALE.....	102
3.1 Les fonctions de la coutume internationale : la perspective des États.....	104
3.1.1 Le choix entre la coutume et les traités.....	107
3.1.2 Le maintien de la communication entre les États.....	113
3.1.3 Régir de manière subsidiaire les rapports interétatiques.....	120
3.2 Les fonctions de la coutume internationale : la perspective des tribunaux canadiens.....	126
3.2.1 La préservation des relations bilatérales du Canada.....	127
3.2.2 La légitimation des actes souverains du gouvernement canadien.....	135
Conclusion du Chapitre III.....	141
CONCLUSION.....	143
BIBLIOGRAPHIE.....	148

RÉSUMÉ

Les juristes canadiens reconnaissent que la coutume internationale reçoit une application partielle par les tribunaux canadiens, mais ils n'offrent pas d'explication pour cette application partielle. L'application sélective de la coutume par les tribunaux canadiens peut être expliquée par le fait que les fonctions de la coutume du point de vue des États et du point de vue des tribunaux canadiens limitent les cas dans lesquels une règle coutumière peut s'appliquer dans un litige canadien. Ce travail procédera en trois étapes pour ce faire.

Dans la première partie, nous identifierons deux types de théories de la coutume internationale : (1) les théories traditionnelles, qui présument que les États suivent une règle coutumière parce qu'ils reconnaissent qu'elle constitue un standard de comportement obligatoire, et (2) les théories rationalistes, qui cherchent à vérifier cette assertion. Présument que les États sont des acteurs rationnels qui agissent dans la poursuite de leurs intérêts, les théories rationalistes cherchent à identifier comment les règles coutumières affectent le comportement individualiste des États, et ce faisant elles soulèvent la question suivante : quelle est la fonction de la coutume pour les États?

Les réalités de l'application de la coutume internationale par les tribunaux canadiens seront décrites dans la deuxième partie. La doctrine anglaise de l'incorporation de la coutume, la règle en vertu de laquelle la coutume reçoit une application directe en droit canadien, sera présentée telle qu'elle a été développée par les tribunaux anglais et, ensuite, les contours de l'importation de cette règle de réception par les tribunaux canadiens seront présentés. En étudiant des cas de l'application directe de la coutume, il sera possible d'identifier les cas dans lesquels la coutume est appliquée et les types de règles coutumières qui le sont.

Le travail se terminera par l'identification des fonctions possibles que les États et les tribunaux canadiens accordent à la coutume internationale. Du point de vue des États, la coutume aurait pour fonction primaire d'assurer la communication entre eux ainsi qu'une fonction secondaire ou supplétive, régir les questions de fond des relations interétatiques. Quant aux tribunaux canadiens, ils tendent à appliquer des règles coutumières dans l'une des deux situations suivantes : (1) pour préserver les relations bilatérales du Canada avec un autre État et (2) pour légitimer certains actes souverains du gouvernement canadien. Si un litige ne relève pas de l'une de ces situations, les tribunaux canadiens évitent d'appliquer directement la coutume internationale, mais elle peut constituer un outil interprétatif des lois canadiennes ou de la Constitution du Canada.

MOTS-CLEFS : droit international public, droit international coutumier, relations internationales, analyse économique du droit, réception du droit international en droit canadien.

INTRODUCTION

L'application de la coutume internationale en droit canadien est un sujet qui reçoit peu d'attention de la part des auteurs canadiens lorsqu'on le compare à l'application de traités internationaux. Dans un article sur l'influence du droit international sur la Cour d'appel du Québec rédigé par la juge en chef du Québec Nicole Duval Hesler et publié en 2013, il a été reconnu que, contrairement aux traités, le droit international coutumier peut être directement appliqué en absence d'une loi d'incorporation, mais la juge en chef Hesler qualifie cette pratique de rare et note que « les juges *peuvent considérer* une coutume internationale comme étant incorporée en droit canadien [nos italiques] »¹. Pourtant, dans l'arrêt *R c Hape* (2007), la Cour suprême du Canada a reconnu que les règles prohibitives du droit international coutumier font partie intégrante de la common law du Canada sans qu'il ne soit nécessaire d'adopter une loi pour les incorporer en droit canadien². La plupart des auteurs canadiens considèrent que *Hape* a mis fin à l'ambiguïté quant au statut de la coutume internationale en droit canadien en confirmant la pratique de longue date des tribunaux canadiens de donner un effet direct aux règles coutumières, car elles font partie de la common law³.

¹ Nicole Duval Hesler, « L'influence du droit international sur la Cour d'appel du Québec », (2013) 54 C. de D. 177, à la p. 180.

² *R c Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 RCS 292, au par. 39 [*Hape*].

³ Stéphane Beaulac et John H. Currie, « Canada », dans Dinah Shelton, dir, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 116, à la p. 138; Martin Kreuser et François Larocque, « L'incorporation de la coutume internationale en common law canadienne », (2007) 45 A.C.D.I. 173, aux pp. 216-217 [Kreuser et Larocque, « L'incorporation de la coutume internationale en common law canadienne »]. Malgré une pratique de longue date des tribunaux canadiens d'appliquer la coutume internationale dans des litiges en matière de droit de la mer, de l'immunité diplomatique et de l'immunité de juridiction des États, les professeurs Jutta Brunnée et Stephen J. Toope avaient affirmé dans un article publié en 2002 : « [I]e statut du droit international coutumier en droit canadien est ambigu [TRADUCTION] ». Source : Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts », (2002) 40 Can. Y.B. Int'l L. 3, à la p. 42 [Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts »].

Les rares monographies et articles ayant étudié l'application de la coutume par les tribunaux canadiens viennent au constat que l'application de cette source de droit est incomplète car les tribunaux omettent parfois de considérer des règles coutumières pertinentes ou refusent de leur donner un plein effet⁴. Un exemple récent et marquant est le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*⁵. La Cour a rejeté une action civile en dommages-intérêts contre la République islamique d'Iran et des fonctionnaires iraniens pour des actes de torture commis contre une citoyenne canadienne sur le territoire iranien. L'action a été jugée irrecevable en raison de la *Loi sur l'immunité des États*, une loi qui codifie la règle coutumière de l'immunité juridictionnelle des États⁶. Adoptant la doctrine restreinte de cette immunité en droit canadien, la *Loi* énumère des exceptions à l'immunité des États contre des poursuites civiles telles que les poursuites reliées aux activités commerciales d'un État ou aux délits physiques qu'un État étranger aurait commis sur le territoire canadien⁷. Selon les motifs majoritaires, la codification de cette immunité par la *Loi* est exhaustive et ne saurait donc inclure des exceptions issues du droit international coutumier ou de la common law qui ont émergé après l'adoption de cette loi sauf par un amendement à cette dernière pour incorporer ces exceptions⁸. La Cour nie donc l'incorporation en droit canadien d'une exception coutumière à l'immunité civile des États permettant à une victime de torture extraterritoriale d'intenter une action en dommages-intérêts contre l'État tortionnaire devant un tribunal canadien. Pourquoi est-ce que la Cour est arrivée à cette conclusion?

⁴ Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts », *supra* note 3, aux pp. 44-50; Stéphane Beaulac et William A. Schabas, *International Human Rights and Canadian Law. Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, à la p. 81.

⁵ *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62 [*Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*].

⁶ *Loi sur l'immunité des États*, LRC (1985) c S-18 [*Loi sur l'immunité des États*]; *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, *supra* note 5, au par. 54.

⁷ Les exceptions sont énumérées aux articles 4 à 8 de la *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 6.

⁸ *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, *supra* note 5, aux par. 54-56.

Bien que la doctrine constate que la coutume internationale ne reçoit pas une application complète de la part des tribunaux canadiens, elle n'offre pas de véritable explication pour l'application partielle de la coutume. Parmi les pistes de réponse fournies par les auteurs sont l'ambivalence des juristes canadiens à l'endroit du droit international en général⁹ et les problèmes de preuve de la coutume pour les plaideurs¹⁰, mais les auteurs ne développent pas sur ces pistes pour montrer qu'elles correspondent même à première vue à la réalité. La première piste de réponse est généraliste et occulte les différences entre un traité international et une règle coutumière. Un traité est écrit et est le fruit de la volonté délibérée de la part des États l'ayant négocié et ratifié. Un État choisit de se lier à un traité et il est généralement facile d'identifier les États qui ont fait ce choix¹¹. Pour sa part, une règle coutumière est non-écrite et ne résulte pas d'un effort concerté de coopération. Dans le cas d'une coutume universelle, elle naît de la pratique de l'ensemble des États et lie tous les États même si on ne peut démontrer que chaque État suit cette pratique ou reconnaît que cette pratique exprime un standard de comportement qui lie tous les États¹². Quant à une coutume régionale, elle découle de la pratique d'un groupe d'États identifiables qui reconnaissent tous que cette pratique établit un standard de comportement obligatoire entre eux¹³. Les auteurs reconnaissent qu'un État puisse s'exclure de l'application d'une coutume avant sa formation sous la doctrine de l'objecteur persistant¹⁴. Une explication de l'application partielle de la coutume internationale par les tribunaux canadiens doit donc

⁹ Ronald St. John Macdonald, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada », dans Ronald St. John Macdonald et al., dir, *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, 88, à la p. 88 [Macdonald, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada »].

¹⁰ Kreuser et Larocque, « L'incorporation de la coutume internationale en common law canadienne », *supra* note 3, à la p. 176.

¹¹ La facilité d'identifier les États liés par un traité dépend du dépositaire des ratifications et des adhésions au traité.

¹² James Crawford, *Brownlie's Public International Law*, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, aux pp. 24-30.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Ted Stein, « The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law », (1985) *Harv. Int'l L.J.* 457.

tenir compte des différences entre les traités et la coutume et spécifier si ces différences affectent le choix d'un tribunal d'appliquer l'un ou l'autre de ces sources de droit international. Ce travail d'analyse en contexte canadien n'avait pas encore été fait avant le présent mémoire.

Quant aux problèmes de la preuve d'une règle coutumière, ils sont bien connus par les publicistes et constituent une des difficultés de la coutume. Pourtant, les tribunaux internationaux n'hésitent pas à appliquer des règles coutumières dans des litiges et les tribunaux anglais appliquent directement des règles coutumières depuis le dix-huitième siècle¹⁵. Il faut donc creuser plus loin pour comprendre pourquoi la coutume internationale reçoit une application partielle en droit canadien.

Les auteurs qui adoptent une analyse économique du droit international s'intéressent à la coutume internationale et l'analysent sous une optique largement ignorée par les juristes canadiens : l'utilité de la coutume pour les États. Certains auteurs tels que les professeurs Jack Goldsmith (l'Université Harvard) et Eric Posner (de l'Université de Chicago) affirment que la coutume internationale n'est pas un moyen approprié pour régir les rapports interétatiques car elle ne permet pas aux États de formuler et de s'entendre sur des règles de droit suffisamment précises¹⁶. L'incapacité des États de communiquer pour former des règles coutumières ainsi que le nombre élevé d'États devant participer à la formation de règles coutumières inhiberait la création de règles coutumières¹⁷. Les traités internationaux n'ont pas ces problèmes parce qu'il faut peu d'États pour les adopter, leur

¹⁵ Gibran van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008, à la p. 185 [van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*]. L'application de la coutume internationale par les tribunaux anglais sera explorée dans la section 2.1.

¹⁶ Jack L. Goldsmith et Eric A. Posner, « A Theory of Customary International Law », (1999) 66 U. Chi. L. Rev. 1113, à la p. 1171 [Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law »].

¹⁷ Francesco Parisi, « The Formation of Customary Law », (2001) George Mason Law & Economics Research Paper No. 01-06. En ligne: <http://papers.ssrn.com> <<http://ssrn.com/abstract=262032>> (consulté le 18 mars 2014), à la p. 23 [Parisi, « The Formation of Customary Law »].

caractère écrit permet aux États de formuler des règles plus précises que la coutume et les États communiquent lorsqu'ils négocient ou ratifient un traité, ce qui leur permet de plus facilement adopter des compréhensions communes quant au contenu et à la portée d'un traité¹⁸. Ces arguments sont contestables – et ont été contestés¹⁹, mais ils ont le mérite d'offrir un nouvel angle d'attaque à la question épineuse de l'application partielle de la coutume internationale. Nous partirons donc de leur point de vue pour tenter de répondre à la question principale autour de laquelle s'articule notre mémoire : pourquoi les tribunaux canadiens n'appliquent pas de manière uniforme la doctrine de l'incorporation dans les cas où la coutume internationale serait pourtant appelée à être d'application directe dans les litiges en question?

Pour répondre à cette question, il sera utile de distinguer entre diverses fonctions accomplies par la coutume internationale du point de vue de deux groupes d'acteurs : les États et les tribunaux canadiens. Une erreur serait commise de présumer que les fonctions respectivement reconnues par ces acteurs sont identiques. Tel qu'il sera expliqué, ces fonctions s'entrecoupent et traduisent des compréhensions de la coutume qui sont partagées par ces deux groupes d'acteurs, mais elles sont néanmoins différenciables.

Les États accordent à la coutume internationale deux fonctions, une fonction principale et une fonction résiduaire ou secondaire. La première fonction est de permettre aux États d'établir et de maintenir des relations afin de rendre possible la coopération entre eux. Sans la capacité de communiquer, les États ne peuvent coopérer pour s'attaquer à des problèmes

¹⁸ Jack L. Goldsmith et Eric A. Posner, « International Agreements: A Rational Choice Approach », (2003) 44 *Va. J. Int'l L.* 113, à la p. 118 [Goldsmith et Posner, « International Agreements: A Rational Choice Approach »].

¹⁹ Mark A. Chinen, « Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner », (2001) 23 *Mich. J. Int'l L.* 143 [Chinen, « Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner »]. George Norman et Joel P. Trachtman, « The Customary International Law Game », (2005) 99 *AJIL* 541 [Norman et Trachtman, « The Customary International Law Game »].

communs. Certes, la capacité de communiquer ne suffit pas à elle seule pour assurer la coopération internationale, mais elle est nécessaire. La coutume sert aussi, mais de manière résiduaire, à régir les aspects de fond des relations interétatiques. Nous divisons le corpus de règles coutumières en deux types, les règles coutumières primaires et les règles coutumières supplétives. Le premier type sert la première fonction et seulement trois régimes coutumiers remplissent cette fonction : (1) l'immunité diplomatique; (2) l'immunité de juridiction; et (3) le droit des traités. Quant aux règles coutumières supplétives, elles sont constituées du reste des règles coutumières (ex. le droit international coutumier de la mer, les règles relatives à la responsabilité des États, le droit international humanitaire, etc.) et elles remplissent la deuxième fonction. Ces règles, qui ont fait l'objet d'un traité multilatéral de codification en vigueur ou d'un texte non contraignant de codification qui jouit d'une reconnaissance générale des États et des tribunaux internationaux, ne sont appliquées par les États qu'à titre résiduaire²⁰.

La distinction entre les règles coutumières primaires et supplétives facilite l'identification des fonctions que les tribunaux canadiens réservent à la coutume. On en identifie deux. Contrairement aux fonctions qu'attribuent les États à la coutume, les deux fonctions que semble remplir la coutume aux yeux des tribunaux paraissent être d'une importance égale pour eux. La première fonction met en cause deux règles coutumières primaires, soient l'immunité diplomatique et l'immunité juridictionnelle : les tribunaux canadiens tendent à utiliser ces deux régimes coutumiers dans un litige impliquant un État étranger afin de préserver les relations bilatérales du Canada avec cet État. L'autre fonction se rapporte aux règles coutumières supplétives : la coutume tend à être utilisée pour justifier un acte

²⁰ Un exemple d'un texte non contraignant de codification reconnu par les États et appliqué par des tribunaux internationaux régulièrement est le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*. Source : Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Doc off AGNU, 56^e sess, supp n°10, Doc NU AG/56/82 (2001) [Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*]. Voir la sous-section 3.1.1.

souverain du gouvernement canadien qui peut avoir des conséquences sur les relations étrangères du Canada. Si une règle coutumière ne peut servir l'une de ces fonctions, les tribunaux canadiens ne lui donnent généralement pas une application directe.

La démarche entreprise pour répondre à notre question se fera en trois temps. D'abord, la coutume internationale, en tant que source de droit international, sera expliquée à partir des diverses théories qui lui sont consacrées. Ces théories seront regroupées en deux catégories : les théories « traditionnelles » et les théories « rationalistes ». Chacune de ces catégories est loin d'être uniforme, mais deux différences importantes entre les diverses théories permettent de justifier cette catégorisation. Les théories traditionnelles définissent la coutume internationale par deux composantes : une composante objective (la pratique des États) et une composante subjective (un critère pour distinguer entre des pratiques que les États estiment obligatoires et celles qui sont motivées par la courtoisie, l'opportunité ou la tradition). Cette définition bipartite est reflétée par le paragraphe 38(1)(b) du *Statut de la Cour internationale de justice*²¹ qui définit la coutume en fonction de la pratique des États et l'*opinio juris* (l'acceptation qu'une pratique est obligatoire en raison d'une règle de droit). Ensuite, les auteurs traditionnalistes présument que la coutume exerce un pouvoir normatif sur le comportement des États en l'altérant.

Les théories « rationalistes » soumettent à une vérification les deux assertions précitées pour évaluer leur degré de correspondance à la réalité. Regroupant l'analyse économique du droit international ainsi que les théories dites rationalistes des relations internationales, le néoréalisme et l'institutionnalisme néolibéral, ces théories cherchent à comprendre si et comment le droit international affecte le comportement des États²². Les États sont

²¹ *Statut de la Cour internationale de justice*, annexe à la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7, art. 38(1)(b) (entrée en vigueur : 24 octobre 1945) [*Statut de la Cour internationale de justice*].

²² Jack L. Goldsmith et Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, aux pp. 3-4 [Goldsmith et Posner, *The Limits of International Law*].

considérés comme des acteurs rationnels qui cherchent à maximiser leurs intérêts²³. En prenant ce postulat, on peut dire que ces approches théoriques visent à déterminer si le droit international peut affecter la conduite rationnelle (au sens instrumental du terme) et individualiste des États et, le cas échéant, comment. La majorité des auteurs issus de ces approches tendent à rejeter une définition bipartite de la coutume au motif que l'élément objectif est inexistant ou qu'il n'est pas nécessaire pour la formation de règles coutumières²⁴. Quant à la capacité de la coutume internationale de modifier le comportement des États, cette présomption est soumise à une vérification, mais les auteurs rationalistes arrivent à deux conclusions différentes. D'une part, il y a des auteurs qui soumettent que la coutume ne peut altérer le comportement des États car la décision des États de former, de suivre et de contrevenir à une règle coutumière est uniquement dictée par la poursuite de leurs intérêts respectifs, qui sont considérés endogènes²⁵. D'autre part, certains auteurs concluent qu'une règle coutumière peut affecter la conduite des États par le biais de sanctions directes et de sanctions contre la réputation d'un État²⁶.

L'esquisse des théories traditionnelles et rationalistes nous servira ultimement à montrer que, pour comprendre l'application de la coutume, il faut comprendre les fonctions que les sujets de droit international lui accordent.

La deuxième partie du mémoire aura pour but de souligner les réalités de l'application de la coutume internationale par les tribunaux canadiens. Nous retracerons dans la jurisprudence anglaise la genèse de la doctrine de l'incorporation – la règle de réception en vertu de laquelle les tribunaux canadiens doivent donner une application directe à des règles

²³ *Ibid.*

²⁴ Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16. Andrew T. Guzman, « Saving Customary International Law », (2005) 27 Mich. J. Int'l L. 115 [Guzman, « Saving Customary International Law »].

²⁵ Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16.

²⁶ Guzman, « Saving Customary International Law », *supra* note 24.

coutumières en l'absence d'une loi à l'effet contraire. Ensuite, l'usage de cette règle de réception par les tribunaux canadiens, qui a débuté à la fin du dix-neuvième siècle, sera étudié. Les différences dans l'incorporation de la coutume en droit anglais et en droit canadien seront mises en contraste. Deux tendances dans la jurisprudence canadienne seront identifiées : un tribunal tend à appliquer directement une règle coutumière pour éviter de rendre un jugement qui pourrait directement mettre en péril les relations bilatérales du Canada avec un autre État, ou pour valider un acte souverain du gouvernement canadien qui pourrait affecter les relations étrangères du Canada.

La jurisprudence anglaise et canadienne qui sera étudiée se limitera à des arrêts dans lesquels une règle coutumière a été *directement* appliquée par le tribunal sans qu'une loi du Parlement britannique ou canadien ne prévoit l'application de la coutume internationale. Nous entendons donc par « limitation directe », l'application de la règle coutumière d'une manière autonome à d'autres règles qui pourraient porter sur le même objet. Cette limitation écarte l'étude d'arrêts en droit pénal dans lesquels le tribunal a appliqué la coutume car, dans ces arrêts, une loi du Parlement incorporait les règles coutumières applicables en droit canadien²⁷. Tel qu'il sera démontré dans la sous-section 2.1.3, un crime reconnu par le droit international ne peut faire partie du droit canadien sauf si une loi du Parlement l'incorpore. Une telle loi ne constitue donc pas un cas d'application *directe* de la coutume par les tribunaux canadiens. De plus, les arrêts dans lesquels la coutume a été utilisée pour donner sens à la Constitution seront exclus de notre analyse puisque la

²⁷ Voir la conclusion du Chapitre II. Dans certains arrêts où un tribunal canadien a été saisi d'une demande du statut de réfugié, le droit pénal international est parfois appliqué car le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration affirme que le demandeur a commis un crime international. La section Fa) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137, RT Can n°6 (entrée en vigueur : 2 septembre 1969) [*Convention relative au statut des réfugiés*], qui est incorporé en droit canadien par l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, prévoit qu'une personne ne peut avoir droit à la protection des réfugiés s'il a commis un crime international. Pour déterminer si le demandeur a commis un tel crime, il faut recourir aux traités et aux règles coutumières qui définissent les crimes internationaux. Pour un exemple d'un tel usage de la coutume, voir : *Ezokola c Canada*, 2013 CSC 40, [2013] 2 RCS 678.

coutume est habituellement présentée comme n'étant qu'une source « interprétative » du droit constitutionnel – et donc *indirecte* – et qu'elle ne serait que « pertinente et persuasive »²⁸. Seront donc aussi exclus de notre étude les cas où la coutume est utilisée *indirectement* à titre d'auxiliaire interprétatif en vertu de la présomption de conformité des lois à la coutume internationale puisque nous concentrons notre analyse uniquement sur les cas d'application *directe*. Nous cherchons en effet à comprendre pourquoi les tribunaux canadiens n'appliquent pas toujours cette règle pourtant réputée obligatoire selon laquelle la coutume internationale est incorporée en droit interne en l'absence d'une loi à l'effet contraire. La question de l'usage indirect de la coutume internationale en droit canadien devra donc faire l'objet d'une étude distincte de la présente.

Ainsi, les arrêts relatifs aux droits de la personne ne seront pas examinés car, dans ceux-ci, les tribunaux procèdent à l'interprétation de dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou de lois relatives aux droits de la personne en fonction de la coutume et non pas à l'application directe de la coutume. Les arrêts étudiés se limiteront à trois cas d'application de règles coutumières : les immunités diplomatique et consulaire, les immunités juridictionnelles des États et le droit de la mer.

La troisième partie du mémoire portera sur l'identification des fonctions que la coutume internationale paraît remplir dans la perspective des États et des tribunaux canadiens. Nous ne soumettons pas que les acteurs agissant au nom des États ont nécessairement à l'esprit ces fonctions lorsqu'ils agissent ou que les juges canadiens appliquent consciemment les règles coutumières dans le but de remplir ces fonctions. Nous constatons toutefois que le comportement des États et des tribunaux canadiens correspond à celui d'agents accordant de telles fonctions aux règles coutumières internationales.

²⁸ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 RCS 313, à la p. 358.

La distinction entre les règles coutumières primaires et supplétives, qui sera expliquée dans cette troisième partie, vise notamment à offrir une rationalisation de la diversité des attitudes et comportements des États et des tribunaux canadiens en regard à divers types de coutumes internationales. La distinction que nous proposons entre règles coutumières primaires et règles coutumières supplétives offre une explication à ces attitudes et comportements divergents qui tient compte du fait que les États effectuent un choix entre régir leurs rapports par des traités ou par la coutume. Nous suggérons ici des raisons pour lesquelles les États et les tribunaux accordent à la coutume les fonctions que nous avons identifiées plus tôt. Aussi, ces explications seront accompagnées d'une démonstration de la corrélation qui existe effectivement entre les types d'attitudes et comportements en question et les deux types de règles que nous avons identifiées.

Au final, cette reconstruction théorique des fonctions que les tribunaux canadiens peuvent attribuer respectivement aux règles coutumières primaires et aux règles coutumières supplétives nous offrira une explication plausible de l'application non uniforme de la doctrine de l'incorporation de la coutume internationale en droit interne et, du fait même, nous offrira une clé de lecture pour mieux anticiper les circonstances où cette doctrine sera ou ne sera pas appliquée par les tribunaux.

CHAPITRE I : LES THÉORIES DE LA COUTUME INTERNATIONALE

Avant même d'étudier l'application de la coutume internationale par les tribunaux canadiens, il faut d'abord comprendre ce qu'est la coutume. Les auteurs qui étudient ou réfèrent à l'application de la coutume internationale par des tribunaux nationaux offrent en introduction la définition énoncée par le *Statut de la Cour internationale de justice* : la preuve d'une pratique étatique générale que les États estiment obligatoires en vertu d'une règle de droit²⁹. Le professeur Peter Haggemacher appelle cette définition « la doctrine des deux éléments du droit coutumier » parce qu'elle définit la coutume par un élément objectif, la pratique des États, et par un élément subjectif, « la reconnaissance générale » par les États que cette pratique est obligatoire entre eux (*l'opinio juris*)³⁰. Cependant, la coutume internationale ne fait pas l'objet d'une théorie unique généralement acceptée et même la définition précitée ne fait pas l'objet d'un accord unanime³¹. Les auteurs qui adoptent une analyse économique du droit international excluent l'élément objectif de la définition de la coutume pour deux raisons différentes. Certains nient qu'une pratique étatique puisse être suffisamment générale et uniforme³². Une deuxième raison, partagée par d'autres auteurs, est qu'une règle coutumière exprime les attentes qu'entretiennent les

²⁹ Brunnée et Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts », *supra* note 3, aux pp. 15-18. Kreuser et Larocque, « L'incorporation de la coutume internationale en common law canadienne », *supra* note 3, à la p. 174. Curtis A. Bradley et Jack L. Goldsmith, « Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position », (1997) 110 Harv. L. Rev. 815, à la p. 818. Ernest Young, « Sorting Out the Debate Over Customary International Law », (2002) 42 Va. J. Int'l L. 365, à la p. 372.

³⁰ *Statut de la Cour internationale de justice*, *supra* note 21, par. 38(1)(b). Peter Haggemacher, « La doctrine de deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », (1986) 90 RGDIP 1, aux pp. 10 et 12 [Haggemacher, « La doctrine de deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale »].

³¹ Tel que le constate Michael Akehurst, les publicistes « invoquent des règles coutumières quotidiennement, mais ils ne s'entendent pas sur une même définition [TRADUCTION] ». Michael Akehurst, « Custom as a Source of International Law », (1977) 47 Brit. Y.B. Int'l L. 1, à la p. 1 [Akehurst, « Custom as a Source of International Law »].

³² Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, aux pp. 1129-1131.

États quant à leur comportement³³. Ces attentes peuvent se former indépendamment d'une pratique répétée et générale. Il faut donc parler *des* théories de la coutume internationale.

Cette partie sera consacrée à l'identification de la coutume en fonction de ces théories. Nous distinguerons entre deux types de théories, les théories « traditionnelles » et les théories « rationalistes ». Le premier type comporte l'ensemble des théories qui ont deux caractéristiques : (1) elles définissent la coutume internationale en fonction de deux éléments et (2) elles présument que la coutume exerce une influence exogène sur le comportement des États à travers l'*opinio juris*. Quant aux théories rationalistes, celles-ci attaquent la cohérence du modèle de deux éléments et examine le prétendu effet exogène de la coutume sur la conduite des États³⁴. Cette approche théorique adopte les postulats du choix rationnel pour expliquer le comportement des États : les États poursuivent leurs intérêts; les États sont des acteurs rationnels – c'est-à-dire qu'ils comprennent les conséquences de leurs actions et qu'ils pondèrent les avantages et les coûts de ces actions – et leurs actions *sont motivées* par la poursuite de leurs intérêts³⁵. Modelant la conduite des États par des modèles tirés de la théorie des jeux, ces théories évaluent si le comportement des États a été affecté par une règle coutumière ou si ce comportement peut être simplement attribuable aux caractéristiques des États, i.e. les postulats du choix rationnel. Les grandes lignes des théories traditionnelles seront d'abord donc tracées (1.1) et, ensuite, celles des théories rationalistes (1.2) pour établir le socle théorique sur lequel reposera notre analyse de la pratique canadienne en matière d'incorporation directe de la coutume en droit interne.

³³ Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008, à la p. 201 [Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*].

³⁴ Andrew T. Guzman, « A Compliance-Based Theory of International Law », (2002) 90 Cal. L. Rev. 1823, aux pp. 1840-1841 [Guzman, « A Compliance-Based Theory of International Law »].

³⁵ Guzman, « Saving Customary International Law », *supra* note 24, à la p. 132.

1.1 Les théories traditionnelles de la coutume internationale

La coutume internationale a premièrement été identifiée comme une source du *jus gentium* (le droit des gens) par le théologien et juriste espagnol Francisco Suárez³⁶. Le *jus gentium* consistait en ce « droit que tous les peuples et les nations doivent observer dans leurs relations réciproques [TRADUCTION] »³⁷. Suárez assimilait le droit des gens aux coutumes avec lesquelles les nations étaient en accord et qu'elles observaient³⁸. Pour décrire ces coutumes, Suárez a repris les caractéristiques des coutumes médiévales dans les systèmes de droit européen, dont leur définition bipartite. Cette conception « médiévale » de la coutume façonne toujours notre conception de la coutume. Selon la conception médiévale, une coutume comporte : (1) une composante « factuelle », une pratique de l'ensemble des peuples, et (2) une composante « juridique » ou morale, qui sert à distinguer entre de simples habitudes dépourvues de force obligatoire et les pratiques obligatoires. Selon Suárez, la composante juridique était l'acceptation de la pratique comme étant du droit par le consentement général des peuples³⁹. La composante juridique équivaut à l'élément subjectif de la définition moderne de la coutume, l'*opinio juris*⁴⁰. On constate alors que la doctrine des deux éléments a des racines historiques profondes⁴¹.

³⁶ Il a l'identifié comme source de droit international dans son ouvrage *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore*, qui a été publié en 1612. Cet ouvrage a été traduit en anglais. Gladys L. Williams et al., *Selections from Three Works of Francisco Suárez*, vol. 2., Oxford, Clarendon Press, 1944 [Williams et al., *Selections from Three Works of Francisco Suárez*]. Emily Kadens et Ernest A. Young, « How Customary is Customary International Law? », (2013) 54 Wm. & Mary L. Rv. 885, à la p. 900 [Kadens et Young, « How Customary is Customary International Law? »].

³⁷ Williams et al., *Selections from Three Works of Francisco Suárez*, *supra* note 36, à la p. 347.

³⁸ Kadens et Young, « How Customary is Customary International Law? », *supra* note 36, à la p. 900.

³⁹ Williams et al., *Selections from Three Works of Francisco Suárez*, *supra* note 36, aux pp. 446 et 450. Raphael Walden, « The Subjective Element in the Formation of Customary International Law », (1977) 12 Isr. L.R. 344, à la p. 344 [Walden, « The Subjective Element in the Formation of Customary International Law »].

⁴⁰ Walden, « The Subjective Element in the Formation of Customary International Law », *supra* note 39, aux pp. 359-362 et 364.

⁴¹ À l'instar des théories courantes de la coutume internationale, Suárez s'attardait aussi la question du caractère obligatoire du droit des gens. Il affirmait que le principe de *pacta sunt servanda*, une règle de droit naturel, accorde au droit des gens sa force obligatoire : Alfred Verdross, « Le fondement du droit international », (1927) 16 Rec. de Cours 247, à la p. 256 [Verdross, « Le fondement du droit international »]. Une première école du droit international qui est apparu après le *jusnaturalisme*, la théorie volontariste, puise

Un élément ignoré par Suárez, mais qui constitue une autre ligne de démarcation entre les théories de la coutume, est la méthodologie à privilégier pour l'identification des règles coutumières. Certains auteurs privilégient une approche inductive, qui infère des règles coutumières à partir de la pratique des États. D'autres adoptent plutôt une approche déductive qui accentue l'importance de l'*opinio juris* en déduisant des règles coutumières à partir de conventions internationales et de résolutions d'organisations internationales universellement acceptées⁴². Cette dernière approche considère que l'adoption d'instruments internationaux constitue des déclarations reconnaissant l'existence d'une règle coutumière. L'adoption de ces instruments peut aussi constituer des éléments de preuve d'une pratique étatique car ils démontrent parfois un comportement généralisé et consistant⁴³.

Nous allons maintenant dresser un portrait des théories traditionnelles de la coutume internationale en mettant l'accent sur (1.1.1) l'explication de la coutume internationale en fonction de deux éléments, (1.1.2) la source de l'obligation légale de la coutume, et (1.1.3) la méthodologie pour l'identification de règles coutumières.

1.1.1 La doctrine des deux éléments

Cette doctrine explique la coutume internationale en fonction de deux éléments – la pratique des États et l'*opinio juris* – et elle sert deux fonctions : (1) expliquer la formation

le caractère obligatoire d'une règle dans le consentement tacite d'un État : Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbat, *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2012, aux pp. 365-366.

⁴² Anthea Elizabeth Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation », (2001) 95 Am. J. Int'l L. 757, à la p. 758 [Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law »].

⁴³ Brian D. Lepard, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, New York, Cambridge University Press, 2012, aux pp. 34-35 [Lepard, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*].

de règles coutumières, et (2) distinguer entre les règles coutumières et de simples usages non-obligatoires tels que la courtoisie internationale⁴⁴. Examinons-la de plus près.

Cette doctrine traditionnelle a fait l'objet d'une attention particulière par la Cour internationale de justice dans les *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*⁴⁵. L'Allemagne de l'Ouest, le Danemark et les Pays-Bas, des États limitrophes, cherchaient à délimiter le plateau continental qu'ils partageaient et ils ont demandé à la Cour d'identifier les règles de délimitation applicables. La Cour devait notamment déterminer si la règle de l'équidistance, prévue à l'article 6 de la *Convention sur le plateau continental*⁴⁶, était une règle coutumière qui a été codifiée par la *Convention* ou qui s'était cristallisée en règle coutumière après l'adoption de la *Convention*. Après avoir rejeté la première possibilité⁴⁷, la Cour a examiné des cas d'application antérieurs de la règle de l'équidistance dans la délimitation d'un plateau continental. Elle a noté qu'il n'y avait pas une pratique suffisamment générale et fréquente de la part des États d'appliquer cette règle pour délimiter un plateau continental qu'ils partageaient⁴⁸.

De plus, indépendamment de la fréquence des actes d'application de la règle de l'équidistance, la Cour n'aurait pas pu conclure que cette règle s'était cristallisée en règle coutumière parce que l'existence de l'*opinio juris* n'avait pas été prouvée. En plus de

⁴⁴ Haggemacher, « La doctrine de deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *supra* note 30, aux pp. 10-11.

⁴⁵ *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark; République fédérale d'Allemagne c Pays-Bas)*, [1969] CIJ Rec 3, le 20 février 1969 [*Affaires du plateau continental de la mer du Nord*].

⁴⁶ *Convention sur le plateau continental*, le 29 avril 1958, 499 RTNU 311, [1970] RT Can n°4 (entrée en vigueur : 8 mars 1970). Suivant la règle de l'équidistance, les limites d'un plateau continental adjacent aux territoires de plusieurs États limitrophes sont fixées de « telle sorte que tous les points de la ligne de délimitation soient équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des États ». *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 45.

⁴⁷ *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 45, aux par. 61-66.

⁴⁸ *Ibid.*, aux par. 78-80.

constituer une pratique constante, les actes doivent, selon la Cour, « témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit » car beaucoup d'actes sont « motivés par des considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition »⁴⁹. La conviction de l'obligation légale de suivre une pratique, l'*opinio juris*, ne peut être prouvée par la fréquence de la pratique⁵⁰. Il faut donc démontrer une pratique générale et fréquente des États, et ensuite, prouver que les États croient que la conformité à cette pratique est requise par une règle de droit – et non qu'ils estiment cette pratique être le pur fruit de la courtoisie, ou de l'opportunité ou de la tradition.

Il faut rappeler que l'inclusion d'un élément subjectif dans la définition de la coutume sert principalement à distinguer entre les pratiques que les États reconnaissent comme obligatoires et les pratiques qui sont dénuées d'une reconnaissance de force obligatoire. François Gény, dans un autre contexte que le droit international public, réservait à l'*opinio juris* uniquement la fonction de différencier entre des usages juridiques (des coutumes) et des usages sociaux⁵¹. Il définissait la coutume d'abord par son élément objectif – la pratique des sujets de droit – et il fallait donc accorder davantage de poids à la preuve de l'élément objectif que l'élément subjectif. Comme il sera montré plus loin, le poids à accorder à chacun de ces éléments divise les auteurs issus des théories traditionnelles de la coutume.

⁴⁹ *Ibid.*, au par. 77.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. 1, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, au par. 110. L'intérêt des publicistes pour les travaux de François Gény, qui étudiait les sources de droit privé français, est dans son étude de la coutume comme source de droit et la distinction entre des coutumes obligatoires et des pratiques non obligatoires. Voir Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, à la p. 48 [D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*].

Pour constituer une règle de droit international coutumier, une pratique étatique s'appuie sur trois éléments : la durée, l'uniformité et la généralité⁵². Ces éléments sont inter-reliés et la faiblesse de l'un de ces éléments peut être compensée par les deux autres éléments, mais certains éléments prennent plus d'importance que d'autres⁵³. La durée est d'une importance secondaire selon certains auteurs⁵⁴ et peut être compensée par la preuve d'une pratique extensive et uniforme de la part des États les plus intéressés par la règle⁵⁵. En ce qui a trait à la généralité et l'uniformité de la pratique, l'importance de ces éléments dépendra notamment du caractère régional ou universel de la règle coutumière. Tel qu'il appert de l'*Affaire du droit d'asile*, une règle coutumière régionale requiert la preuve d'une pratique consistante et uniforme de la part de chaque État lié par cette règle⁵⁶. Dans le cas d'une règle universelle – c'est-à-dire une règle qui s'applique à l'ensemble des États – il faut une pratique généralisée et quasi-uniforme de la part des États les plus intéressés.

L'idée d'une formulation bipartite de la coutume internationale date de Suárez et, depuis, différentes formulations bipartites ont été proposées. Définir la coutume en fonction de la pratique et de l'*opinio juris* est certes la plus courante et celle retenue par la jurisprudence internationale, mais elle n'est pas la seule. Une des plus anciennes définitions bipartites est celle des volontaristes⁵⁷. Dans sa formulation stricte, l'école volontariste soumet que la

⁵² Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, à la p. 76.

⁵³ Robert Kolb, « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », (2003) 50 *Nethl. Int'l L. Rev.* 2, 119, à la p. 133.

⁵⁴ Bin Cheng a évoqué la possibilité que des résolutions d'organisations internationales telles que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies puissent créer du droit international coutumier de manière instantanée. Bin Cheng, « United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law? », dans Bin Cheng, dir, *Studies in International Space Law*, 1997, 125, aux pp. 136-141.

⁵⁵ *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 45, au par. 74. La jurisprudence internationale ne fournit toutefois pas de critères pour préciser les États les plus intéressés ou les plus affectés par une règle coutumière. La difficulté d'identifier ces États est aggravée par la notion de règles coutumières ayant un statut *erga omnes* ou *jus cogens*. Maurice H. Mendelson, « The Formation of Customary International Law », (1998) 272 *Rec. des Cours.* 155, aux pp. 257-258 [Mendelson, « The Formation of Customary International Law »].

⁵⁶ *Affaire du droit d'asile (Colombie c Pérou)*, [1950] *CIJ Rec* 266, le 20 novembre 1950, aux pp. 285-286.

⁵⁷ Voir la note 41.

coutume internationale est la preuve d'une pratique étatique (l'élément objectif) à laquelle chaque État a consenti (l'élément subjectif)⁵⁸. Deux critiques sont adressées à cette formulation. Premièrement, il est pratiquement impossible d'établir que tous les États ont consenti à une même règle coutumière⁵⁹. Or, les volontaristes reconnaissent que des règles coutumières telles les droits souverains sur le plateau continental et l'immunité diplomatique lient tous les États sans démontrer que chaque État y a consenti⁶⁰. Deuxièmement, la coutume, tant en droit interne qu'en droit international, est habituellement développée par un groupe restreint d'acteurs influents. Jusqu'à l'adoption de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*⁶¹, le droit de la mer, qui était principalement d'ordre coutumier, était l'œuvre des quelques puissances maritimes⁶². En réponse à ces critiques, certains volontaristes ont introduit une présomption de consentement tacite. Un État spécialement affecté par la règle qui connaissait ou aurait dû connaître une règle coutumière et qui ne s'y objecte pas est présumé avoir acquiescé ou tacitement consenti à cette règle⁶³. Il faudrait toutefois prouver le consentement des autres États.

Certains auteurs maintiennent la formulation bipartite courante, mais ils privilégient l'importance d'un élément sur l'autre. Précédemment, il a été indiqué que l'*opinio juris* ne servait qu'un seul but : distinguer entre les pratiques que les États croient obligatoires et celles qu'ils ne croient pas être obligatoires. Cette affirmation n'a pas empêché des auteurs d'accorder à l'*opinio juris* une importance moindre ou plus grande. Le professeur

⁵⁸ Mendelson, « The Formation of Customary International Law », *supra* note 55, à la p. 254.

⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 255.

⁶⁰ Charles De Visscher, « La codification du droit international », (1925) 6 Rec. des Cours 325, aux pp. 361, 383 et 440.

⁶¹ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1833 RTNU 3, 21 ILM 1261 (1982), (entrée en vigueur : 7 décembre 2003) [*Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*].

⁶² Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, aux pp. 39-40 [Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*].

⁶³ I.C. MacGibbon, « The Scope of Acquiescence in International Law », (1954) 31 Brit. Y.B. Int'l L. 143, aux pp. 150-151.

Mendelson attribue à l'*opinio juris* une fonction limitée : exclure des actes équivoques comme des éléments de preuve d'une coutume⁶⁴. Un corollaire de cette fonction est que la pratique des États est plus importante et, qu'en présence d'une pratique des États non-équivoque, il faut conclure que cette pratique constitue une règle coutumière. À cet effet, dans l'*Affaire du Lotus*, la France a argumenté que la rareté des cas dans lesquels un État a intenté des poursuites criminelles contre des étrangers pour des collisions en haute mer prouvait qu'il y avait une règle coutumière qui réservait la compétence pénale exclusive à l'État du pavillon⁶⁵. La Cour permanente de justice internationale a refusé de reconnaître une telle obligation légale car il y avait plusieurs autres motifs potentiels qui auraient pu expliquer l'omission d'intenter de telles poursuites⁶⁶.

Pour sa part, le professeur D'Amato accorde un rôle plus expansif à l'*opinio juris* par son hypothèse de l'articulation : l'*opinio juris* exige qu'une règle de droit international soit articulée précédemment ou, concurremment à, une pratique étatique correspondante⁶⁷. Une règle coutumière pourrait alors naître d'actes motivés par la croyance qu'une règle de droit international est nécessaire même si ces actes ne fondent pas encore une pratique générale, constante, uniforme et de durée suffisante. Toutefois, d'après la Cour internationale de justice, l'*opinio juris* signifie qu'un État agit d'une manière spécifique sur la base de la croyance qu'il a déjà une obligation légale de faire ainsi et que la pratique en question est déjà bien établie⁶⁸. Cette observation soulève la question suivante : pourquoi la coutume internationale serait-elle obligatoire?

⁶⁴ Mendelson, « The Formation of Customary International Law », *supra* note 55, aux pp. 273-274.

⁶⁵ *Affaire du « Lotus » (France c Turquie)*, (1932) C.P.J.I. (sér. A) n°10, à la p. 22.

⁶⁶ *Ibid.*, aux pp. 28-30.

⁶⁷ D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, *supra* note 51, à la p. 73.

⁶⁸ *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 45, au par. 77.

1.1.2 La source de l'obligation légale

Avant que l'adoption de traités multilatéraux ne devienne fréquente, la question du fondement de la force obligatoire de la coutume était considérée synonyme à celle du fondement du caractère obligatoire du droit international en général (le droit des gens) car la coutume internationale en était la principale source⁶⁹. Dans les années suivant la conclusion des traités de Westphalie en 1648, les auteurs s'interrogeaient sur ce que le droit des gens requérait des États et non pas pourquoi les États devaient suivre les règles du droit des gens⁷⁰. À cette époque, l'approche *jusnaturaliste* était dominante dans l'étude du droit international, mais elle a cédé sa place à l'approche volontariste au dix-neuvième siècle.

Le *jusnaturalisme* trace ses origines à la Grèce antique et comporte différents courants⁷¹. Seuls les traits communs entre ces courants seront identifiés. Le droit international régit les relations humaines sur la base de principes éthiques qui sont communs à toutes les nations parce qu'ils émanent de la raison humaine universelle⁷². Ces principes éthiques forment le corpus du « droit naturel », corpus qui ne constitue pas du « droit positif », mais qui en est le fondement normatif, la justification morale. Transposé à la coutume internationale, le *jusnaturalisme* identifie et interprète des règles coutumières en fonction de principes éthiques qui sont acceptés par les États et qui les unissent⁷³. En se soumettant aux principes éthiques qui fondent le droit international, les États s'engageraient à respecter les règles du droit international.

⁶⁹ Harold Honju Koh, « Why Do Nations Obey International Law? », (1997) 106 Yale L.J. 2599, à la p. 2608 [Koh, « Why Do Nations Obey International Law? »].

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Josef L. Kunz, « Natural-Law Thinking in the Modern Science of International Law », (1961) 55 AJIL 951, à la p. 951.

⁷² Antônio Augusto Cançado Trindade, *International Law for Mankind*, 2^e éd., Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, à la p. 12.

⁷³ Lopard, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, *supra* note 43, aux pp. 77-78.

L'approche volontariste, quant à elle, part du principe que le droit est l'œuvre d'une volonté délibérée de personnes⁷⁴. Conformément à l'approche positiviste, cette approche étudie le droit tel qu'il est, indépendamment de la morale⁷⁵. Une obligation légale ne pourrait lier un sujet de droit sans le consentement de ce dernier, ce qui signifie qu'une règle de droit international lierait seulement les États qui y ont consenti⁷⁶. Les auteurs volontaristes justifient l'exigence du consentement étatique de différentes manières. Une première théorie volontariste, la théorie de l'autolimitation, suppose l'existence d'États isolés qui ne sont soumis à aucune autorité supérieure⁷⁷. Les États sont alors libres de se lier à des règles de droit pour régir leurs relations. Un traité ou une règle coutumière serait donc le résultat de volontés distinctes et un État qui s'est lié peut en tout temps révoquer son adhésion. D'autres auteurs volontaristes puisent le caractère obligatoire du droit international dans la volonté commune de l'ensemble des États⁷⁸. Contrairement à la théorie de l'autolimitation, cette position présume que tous les États qui adhèrent à un traité ou qui reconnaissent la force obligatoire d'une règle coutumière partagent les mêmes intentions. La théorie néo-volontariste d'Anzilotti se distingue des deux autres variantes en ce qu'elle identifie le fondement du caractère obligatoire du droit international dans une norme fondamentale, la règle «*pacta sunt servanda*», et non pas dans la volonté individuelle ou collective des États qu'elle leur lie⁷⁹.

⁷⁴ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, à la p. 19.

⁷⁵ *Ibid.* Ceci n'empêche pas certains positivistes d'admettre que des critères moraux peuvent constituer des critères de la validité d'une règle de droit : François Chevette et Hugo Cyr, « De quel positivisme parlez-vous? », (2010) 15 *Lex Electronica* 33 (http://www.lex-electronica.org/docs/articles_254.pdf) et reproduit dans Pierre Noreau et Louise Rolland, dir, *Mélanges en l'honneur d'Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, 33 ; Harry Gould, « Categorical Obligation in International Law », (2011) 3 *Int'l Theory* 254, à la p. 260.

⁷⁶ Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. 1, London, New York, Bombay, Longmans, Green, and Co, 1905, à la p. 15.

⁷⁷ Verdross, « Le fondement du droit international », *supra* note 41, aux pp. 263 et 266.

⁷⁸ *Ibid.*, aux pp. 275-276.

⁷⁹ Maurice Kamto, « Le volonté de l'État en droit international », (2004) 310 *Rec. de Cours* 1, à la p. 62.

Une lacune des approches *jusnaturalistes* et volontaristes est que leurs propositions normatives ne correspondent pas nécessairement à la conduite réelle des États. Ces approches ne permettent pas adéquatement de prédire la conduite des États et, si elles offrent des hypothèses quant aux motivations possibles des États, ces hypothèses ne sont pas concluantes. En d'autres termes, ces approches ne permettent pas de prédire si une règle de droit international sera suivie ou les raisons pour lesquelles elle le sera dans un cas donné. Si l'ensemble des États reconnaissent que la torture est un acte moralement répugnant⁸⁰, pourquoi de nombreux États continuent à contrevenir aux règles conventionnelle et coutumière l'interdisant? Il semble y avoir un écart entre ce que la règle requiert des États et la conduite réelle des États. Expliquer le caractère obligatoire du droit international par des principes éthiques ou par le consentement étatique, surtout dans le cas de la coutume qui s'applique à tout État, ignore, d'une part, la possibilité, et la malheureuse réalité, que les États ne suivent pas toujours les prescriptions du droit international et, d'autre part, les raisons pour lesquelles les États suivent ces prescriptions.

Le professeur Harold Hongju Koh attaque la question du caractère obligatoire du droit international en s'interrogeant sur les raisons pour lesquelles les États suivent une règle de droit international. Il en identifie quatre : (1) les États suivent la règle par coïncidence (la coïncidence); (2) les États suivent la règle de manière libérale car il est commode de faire ainsi sans pour autant qu'ils ne recherchent à tirer des gains ou évitent de pertes spécifiques

⁸⁰ La *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, le 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85, [1987] RT Can n°37, (entrée en vigueur : le 24 juillet 1987) [*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*], qui a reçu 155 ratifications, interdit la torture. Voir ONU, en ligne : treaties.un.org, <<https://treaties.un.org/pages/UNTSONline.aspx?id=2>> (consulté le 25 juin 2014). Cette interdiction constitue aussi une norme coutumière ayant le statut de *jus cogens*. Voir : *Le Procureur c Furundzija*, IT-95-17/1-5, jugement (10 décembre 1998), au par. 137 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance) (WL), confirmé en appel dans *Le Procureur c Furndizija*, IT-95-17/1-A, jugement (21 juillet 2000) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) et Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, aux pp. 94-97.

(la commodité); (3) les États se conforment à la règle pour obtenir des gains spécifiques ou pour éviter des pertes spécifiques (la conformité instrumentaliste); et (4) les États obéissent à la règle car ils l'ont internalisée (l'obéissance)⁸¹. Puisque nous nous intéressons à la question de savoir ce qui *motive* un État à suivre une règle coutumière spécifique, nous nous pencherons plus spécifiquement sur les approches courantes qui mettent l'accent sur l'obéissance ou la conformité instrumentaliste.

Une approche théorique qui explique la conformité d'un État au droit international par des engagements internes que cet État prendrait à l'égard du respect de la normativité du droit serait catégorisée comme relevant de l'« obéissance ». L'approche *jusnaturaliste* s'y retrouverait car les principes éthiques qui constitueraient le fondement du droit international seraient universels et partagés par tous. La vision kantienne moderne du droit international comporte d'importantes affinités avec l'approche *jusnaturaliste* car elle accorde une fonction morale au droit international : le droit international est un système voué au maintien de la paix entre les États et reposant sur la justice, la démocratie et un libéralisme basé sur la centralité des droits de la personne⁸². La vision kantienne reconnaît qu'il y a des États qui respectent le droit international plus que d'autres. Par opposition à des États non-démocratiques, les démocraties libérales seraient davantage disposées à régler des différends entre elles de manière pacifique⁸³ et à respecter les règles de droit international⁸⁴. Ces prédispositions seraient attribuables à deux caractéristiques internes des démocraties libérales : (1) elles sont des systèmes de gouvernance ouvertement

⁸¹ Koh, « Why Do Nations Obey International Law? », *supra* note 69, aux pp. 2600-2601.

⁸² Fernando R. Tesón, « The Kantian Theory of International Law », (1992) 92 *Colum. L. Rev.* 53, aux pp. 74 (la paix), 61 (la démocratie et les droits de la personne) et 97 (la justice).

⁸³ William Dixon, « Democracy and the Peaceful Settlement of International Conflict », (1994) 88 : 1 *American Political Science Review* 14-32, à la p. 14 [Dixon, « Democracy and the Peaceful Settlement of International Conflict »].

⁸⁴ José Alvarez, « Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory », (2001) 12 *EJIL* 183, à la p. 187 [Alvarez, « Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory »].

concurrentiels dans lesquels des intérêts et des valeurs entrent continuellement en conflit, mais cette concurrence est non violente et est encadrée par des normes généralement acceptées⁸⁵, et (2) l'État de droit est un principe fondamental dans ces régimes qui reçoivent une application vigilante⁸⁶. Dans leurs relations réciproques, les démocraties libérales transposeraient les exigences de leur mode de concurrence et de l'État de droit⁸⁷.

De nombreuses approches théoriques sont toutefois sceptiques que les États *obéissent* réellement aux règles de droit international et sont plutôt d'avis que les États s'y *conforment* pour des raisons prudentielles. Même si certains auteurs réalistes des relations internationales sont sceptiques ou rejettent l'idée même que le droit international existe réellement⁸⁸, d'autres penseurs réalistes reconnaissent son existence. Hans Morgenthau⁸⁹, un père du réalisme classique en relations internationales, attribuait l'existence du droit international à deux facteurs : la présence d'intérêts étatiques identiques ou complémentaires stables, et la distribution de la puissance entre les États⁹⁰. Une convergence ou une complémentarité d'intérêts étatiques stables ainsi qu'une distribution suffisante de la puissance entre États seraient requises pour que des États acceptent d'adopter, de se lier à et de respecter des règles de droit international. Lorsque la mise en œuvre et la conformité à une règle de droit international affecteraient directement la puissance relative des États, des considérations de puissance détermineraient les décisions

⁸⁵ Dixon, « Democracy and the Peaceful Settlement of International Conflict », *supra* note 83, aux pp. 15-16.

⁸⁶ Alvarez, « Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory », *supra* note 84, à la p. 236.

⁸⁷ Dixon, « Democracy and the Peaceful Settlement of International Conflict », *supra* note 83, à la p. 17. Alvarez, « Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory », *supra* note 84, à la p. 236.

⁸⁸ Kenneth Abbott, « Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers », (1989) 14 *Yale J. Int'l L.* 335, aux pp. 337-338.

⁸⁹ Il suffit de se rappeler que Hans Morgenthau était un juriste avant qu'il ne s'intéresse aux relations internationales et qu'il ne publie son ouvrage *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Brief Edition, Boston, McGraw Hill, 1993 [Morgenthau, *Politics Among Nations*].

⁹⁰ *Ibid.*, à la p. 256.

que pendraient les États à son égard⁹¹. De telles règles constituent des règles politiques de droit international parce que leur adoption et leur maintien dépendent de fluctuations dans l'équilibre de la puissance et du caractère temporaire des intérêts en cause⁹². Dans le cas de règles qui se fondent sur des intérêts étatiques identiques ou convergents stables, les États auront tendance à s'y conformer de manière volontaire car il est tous dans leur intérêt de le faire⁹³. Morgenthau qualifiait celles-ci de règles non-politiques de droit international⁹⁴. Les règles relatives aux immunités diplomatiques, à l'extradition et à la procédure arbitrale feraient partie de ce groupe de règles.

La jurisprudence internationale ne réfléchit pas ouvertement sur la question de la source obligatoire de la coutume internationale ou du droit international car remettre en question le statut juridique des règles qu'elle doit appliquer reviendrait à remettre en cause l'utilité même de la fonction des tribunaux internationaux. La méthodologie requise pour l'identification de règles coutumières figure toutefois largement dans leurs réflexions.

1.1.3 La méthodologie pour l'identification de la coutume internationale

La coutume, dans les systèmes juridiques internes, doit normalement être identifiée en se référant à la pratique des sujets de droit⁹⁵. L'identification de règles coutumières suit alors un processus de preuve empirique. Lorsqu'un État allègue l'application d'une règle du droit international coutumier, la Cour internationale de justice n'exigera pas toujours la preuve de cette règle. Dans certains cas, la Cour constate qu'une disposition d'un traité international s'est cristallisée en règle coutumière sans en faire la démonstration⁹⁶. Par

⁹¹ *Ibid.*, à la p. 268.

⁹² Hans Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law », (1940) 34 AJIL 260, aux pp. 278-279 [Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law »].

⁹³ Morgenthau, *Politics Among Nations*, *supra* note 89, à la p. 267.

⁹⁴ Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law », *supra* note 92, à la p. 279.

⁹⁵ J. Patrick Kelly, « The Twilight of Customary International Law », (1999) 40 Va. J. Int'l L. 449, à la p. 463.

⁹⁶ Alberto Alvarez-Jiménez, « Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009 », (2011) 60 ICLQ 681, aux pp. 689-690 [Alvarez-

exemple, dans l'*Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo*, elle a déclaré :

« [d']après une règle bien établie, de caractère coutumier, énoncée à l'article 3 de la quatrième convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 ainsi qu'à l'article 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949, une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui font partie de ses forces armées »⁹⁷.

Parfois, la Cour citera une affaire précédente pour affirmer qu'une règle de droit international a un statut coutumier comme elle l'a fait dans l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* où elle a rappelé que, dans l'arrêt *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*⁹⁸, elle avait noté que l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁹⁹ constitue une codification du droit international coutumier¹⁰⁰. Ces cas demeurent toutefois des exceptions et, en général, la Cour exige la preuve d'une règle coutumière.

La méthodologie retenue pour prouver une règle coutumière varie. Dans certaines affaires, une méthodologie inductive est prônée par la Cour qui exige la preuve que la pratique de l'ensemble des États correspond aux prescriptions de la règle alléguée¹⁰¹. Un exemple récent de l'application d'une méthodologie inductive se trouve dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État*¹⁰². Dans cette affaire qui opposait l'Allemagne et Italie, un tribunal italien avait accueilli une poursuite civile contre l'Allemagne pour des violations

Jiménez, « Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009 »].

⁹⁷ *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo*, [2005] CIJ Rec 168, le 19 décembre 2005, au par. 214.

⁹⁸ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, [1999] CIJ Rec 1045, le 13 décembre 1999, au par. 18.

⁹⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, [1980] RT Can n°37, (entrée en vigueur : 27 mai 1980) [*Convention de Vienne sur le droit des traités*].

¹⁰⁰ *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c France)*, [2008] CIJ Rec 177, le 4 juin 2008, au par. 112.

¹⁰¹ Alvarez-Jiménez, « Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009 », *supra* note 96, à la p. 686.

¹⁰² *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie; Grèce (Intervenant))*, [2012] CIJ Rec 99, le 3 février 2012 [*Immunités juridictionnelles de l'État*].

de droit international humanitaire commises par le Troisième Reich pendant la Seconde Guerre mondiale en Italie. L'Allemagne alléguait que la décision de ce tribunal était contraire au droit international parce que l'Allemagne était protégée par l'immunité juridictionnelle pour les actes reprochés. La Cour devait déterminer si le droit international coutumier reconnaissait à « un État l'immunité dans des procédures ayant trait à des actes dommageables ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis sur le territoire de l'État du for [l'Italie] par les forces armées et organes associées d'un autre État [l'Allemagne] dans le cadre d'un conflit armé »¹⁰³.

Pour déterminer si une telle immunité existait, la Cour s'est référée aux législations nationales de neuf États relatives à l'immunité juridictionnelle des États dont celles du Canada, des États-Unis et du Royaume-Uni¹⁰⁴. Certaines de ces lois ne s'appliquaient pas aux actes des forces armées étrangères sur l'État tandis que d'autres octroyaient une immunité aux actes de forces armées étrangères présentes sur le territoire de l'État du for avec son consentement¹⁰⁵. L'étude de ces lois ne permettait pas de conclure qu'une seule et même pratique avait été généralement adoptée par les États. En raison de l'ambiguïté de ces lois, la Cour a estimé que la pratique étatique « la plus pertinente » se trouvait dans les décisions rendues par les tribunaux nationaux qui ont été appelés à déterminer si un État étranger pouvait invoquer l'immunité pour exclure sa responsabilité pour des actes que ses forces armées auraient commis lors d'un conflit armé sur le territoire de l'État du for¹⁰⁶.

La jurisprudence nationale analysée était principalement constituée d'affaires introduites contre l'Allemagne pour des actes que ses forces armées avaient commises durant la

¹⁰³ *Ibid.*, au par. 69.

¹⁰⁴ *Ibid.*, au par. 70. Canada : *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 6. États-Unis : *Foreign Sovereign Immunities Act*, 28 U.S.C. §§ 1330, 1602-1611 (2006) [*Foreign Sovereign Immunities Act*]. Royaume-Uni : *State Immunity Act 1978* (R.-U.), c. 33, 17 ILM 1123, 1128 (1978) [*State Immunity Act*].

¹⁰⁵ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 102, au par. 71.

¹⁰⁶ *Ibid.*, au par. 73.

Seconde Guerre mondiale. Ces jugements, tous rendus durant les années 2000, provenaient de tribunaux égyptiens, néerlandais, britanniques, irlandais, français, slovènes, polonais, belges, brésiliens, allemands, grecs ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁷. Avec l'exception d'un arrêt grec, tous ces jugements ont retenu l'immunité de l'Allemagne. Sur la base de cette jurisprudence, la Cour conclut que la coutume internationale requiert de reconnaître l'immunité à l'État dont les forces armées sont accusés d'avoir commis sur le territoire de l'État du for des actes dommageables durant un conflit armé¹⁰⁸. La preuve de cette règle s'est principalement portée sur la pratique des États. Qu'en est-il de l'*opinio juris*? La Cour note de manière limpide : « [c]ette pratique est assortie de l'*opinio juris*, ainsi que l'attestent les positions de divers États et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité »¹⁰⁹. La Cour paraît avoir déduit l'*opinio juris* des législations et de la jurisprudence nationales.

Inversement, la Cour accepte parfois une méthodologie déductive pour prouver l'existence d'une règle coutumière. Il suffirait alors pour un État de déduire une règle coutumière à partir de principes qui sont énoncés dans des conventions multilatérales ou des résolutions d'organisations internationales ayant fait l'objet d'une ratification ou d'un vote universel ou quasi-universel¹¹⁰. Dans l'*Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*¹¹¹, une méthodologie déductive a été adoptée. Le Nicaragua alléguait que les États-Unis avaient contrevenu au droit international coutumier en violant la souveraineté du Nicaragua, en utilisant la force armée contre le Nicaragua et en

¹⁰⁷ *Ibid.*, aux par. 72-76.

¹⁰⁸ *Ibid.*, au par. 78.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Alvarez-Jiménez, « Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009 », *supra* note 96, aux pp. 687-688.

¹¹¹ *Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, [1986] CIJ Rec 14, le 27 juin 1986 [*Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*].

intervenant dans les affaires internes du Nicaragua¹¹². Pour évaluer les réclamations du Nicaragua, la Cour a dû déterminer la substance des règles coutumières relatives au non-recours à la force et à la non-intervention¹¹³. Par opposition à l'*Affaire des immunités juridictionnelles de l'État* dans laquelle la pratique des États était prouvée et l'*opinio juris* était présumée ensuite, la Cour note, dans le contexte du différend entre le Nicaragua et les États-Unis, qu'elle doit d'abord chercher l'existence des règles en cause dans l'*opinio juris* des États, qui doit être ensuite confirmée par la pratique¹¹⁴. Autrement dit, l'*opinio juris* vient en premier et la preuve pratique des États vient après¹¹⁵. La pratique des États n'a pas à être « rigoureusement conforme » à la règle; il suffit que les États suivent la règle dans leur conduite générale et qu'ils traitent les comportements non-conformes à la règle comme des violations et non pas comme des précédents pour former une nouvelle règle¹¹⁶. Cette déclaration accentue le rôle secondaire de la pratique des États.

Abordant la preuve de l'*opinio juris*, la Cour écrit qu'elle « peut se déduire entre autres, quoique avec la prudence nécessaire, de l'attitude des Parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale [des Nations Unies] »¹¹⁷. Référant à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale¹¹⁸, il est observé que le consentement des États à une telle résolution peut « s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolutions et prises en elles-mêmes »¹¹⁹. Citant des conventions multilatérales et régionales auxquelles les États-Unis étaient partie ainsi que

¹¹² *Ibid.*, aux pp. 18-19.

¹¹³ *Ibid.*, au par. 185.

¹¹⁴ *Ibid.*, au par. 184.

¹¹⁵ Anthony D. D'Amato, « Trashing Customary International Law », (1987) 81 AJIL 101, à la p. 102.

¹¹⁶ *Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, supra note 111, au par. 186.

¹¹⁷ *Ibid.*, au par. 188.

¹¹⁸ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés AG 85 (XXV), Doc Off AG NU, 25^e sess, supp n°18 Doc NU A/8082 131.

¹¹⁹ *Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, supra note 111, au par. 188.

des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies pour lesquelles ils ont voté, la Cour déduit que les États-Unis, comme tous les autres États ayant ratifié ou voté pour des textes, ont la conviction que le recours à la force dans les relations internationales est interdit et qu'ils reconnaissent l'existence de l'obligation de non-ingérence dans les affaires internes d'un État¹²⁰.

En adoptant une approche inductive, l'accent est mis sur l'élément objectif de la coutume et l'observateur prend la position qu'il est possible d'identifier des régularités comportementales chez les États. Comme il sera montré dans la section 1.2, cette position n'est pas nécessairement fondée dans les faits. Lorsqu'une approche déductive est retenue, l'élément subjectif de la coutume est privilégié et l'observateur présume qu'il peut connaître les « pensées » des États. Cette présomption est discutable dans la mesure qu'un État est un objet abstrait et qu'on ne peut savoir ce qu'un État pense¹²¹, mais a le mérite de simplifier les tâches de vérification de certaines hypothèses. Les approches rationalistes adoptent aussi cette mécanique déductive pour expliquer la conduite des États et pour comprendre si et comment le droit international façonne la conduite des États.

1.2 Les théories rationalistes de la coutume internationale

Même si elles s'inscrivent dans des champs différents, l'analyse économique du droit international et les théories dites « rationalistes » des relations internationales étudient des questions semblables, partagent plusieurs postulats et emploient des méthodologies apparentées. Ces diverses théories, auxquelles nous référerons globalement sous le vocable de « théories rationalistes » étudient le comportement des États, les conditions sous lesquelles les États coopèrent et comment la coopération internationale affecte le comportement des États. L'adoption de règles de droit international et l'usage de

¹²⁰ *Ibid.*, au par. 189.

¹²¹ Akehurst, « Custom as a Source of International Law », *supra* note 31, aux pp. 36-37.

mécanismes de surveillance pour assurer que les États s'y conforment constituent des « efforts de coopération ». Les États doivent coopérer pour effectuer ces tâches¹²² et lorsqu'une règle de droit international voit le jour, elle peut potentiellement affecter le comportement futur des États liés par la règle.

Les études rationalistes de la coutume internationale étudient la question de savoir si la coutume internationale affecte et, le cas échéant, comment elle affecte la conduite des États. La décision de coopérer est expliquée par les postulats du choix rationnel. Les États poursuivent leurs intérêts individuels respectifs¹²³. Un intérêt étatique est la préférence d'un État quant à son avenir¹²⁴. Il est consistant, complet, mais transitif. Transposant ces postulats à la décision d'un État de reconnaître une règle coutumière ou à sa décision de s'y conformer, les théories réalistes prédiront que l'État ne prendra ces décisions que s'il tire des gains suffisants par rapport aux coûts encourus par le fait de reconnaître et de se conformer à une telle règle coutumière. Si les actions des États ne sont motivées que par des intérêts transitifs, la notion de l'*opinio juris* selon laquelle les États suivent une règle coutumière par un sentiment d'obligation légale tombe à l'eau et, du même coup, met en question la possibilité que cette règle puisse réellement affecter la conduite des États.

Comparant le système international à un marché dans lequel les États se rencontrent et concluent des transactions, les théories rationalistes soutiennent que, dans une transaction, des États échangent des composantes de leur pouvoir réglementaire en échange de gains qui comblent leurs intérêts¹²⁵. L'adoption d'une règle de droit international est une transaction. Il peut toutefois survenir des cas où des États n'arrivent pas à conclure une transaction qui leur serait bénéfique en raison de la structure du marché, ce qui résulte dans des interactions

¹²² Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, aux pp. 1129-1131.

¹²³ Goldsmith et Posner, *The Limits of International Law*, *supra* note 22, aux pp. 3-4.

¹²⁴ *Ibid.*, aux pp. 6-7.

¹²⁵ Jeffrey L. Dunoff et Joel P. Trachtman, « Economic Analysis of International Law », (1999) 24 Yale J. Int'l L. 1, à la p. 13.

qui n'optimisent pas les gains que les États auraient pu obtenir¹²⁶. Ces cas constituent des défaillances dans le marché. Pour reprendre le théorème de Coase, un type de problème du marché qui peut causer ces défaillances est l'imperfection dans l'information disponible aux acteurs¹²⁷. Ceci pourrait être le cas pour la coutume internationale car il est difficile d'obtenir des informations sur la pratique des États et leur opinion quant au caractère obligatoire d'une pratique donnée¹²⁸. La difficulté d'obtenir ces informations peut rendre difficile tout effort des États d'agir de manière concertée pour former une pratique générale, consistante et de durée consistante¹²⁹. Si une pratique étatique ne peut se former, l'existence de l'élément objectif de la coutume internationale est mise en doute. L'absence d'information suffisante est aussi problématique car elle remet en question l'utilité de la coutume comme un moyen pour faciliter la coopération entre les États. Les théories rationalistes posent des questions importantes auxquelles tout défenseur de la coutume internationale comme une source de droit international doit répondre. Nous présenterons une esquisse de trois questions qui nous paraissent être importantes : (1) les positions rationalistes sur l'*opinio juris*; (2) le rejet de l'élément objectif de la coutume internationale et (3) le caractère approprié de la coutume internationale pour la coopération entre les États.

1.2.1 Les positions rationalistes sur l'*opinio juris*

La prétention des théories traditionnelles que les États suivent une pratique parce qu'ils reconnaissent qu'une coutume internationale constitue un standard de comportement peut paraître difficile à concilier avec l'explication rationaliste du comportement des États selon laquelle les États agissent de manière à maximiser leurs intérêts. À cet effet, les professeurs Jack L. Goldsmith et Eric A. Posner soumettent que la coutume internationale n'exerce

¹²⁶ Robert O. Keohane, « The Demand for International Regimes », (1982) 36:2 *International Organization* 325-355, aux pp. 334-335 [Keohane, « The Demand for International Regimes »].

¹²⁷ R.H. Coase, « The Problem of Social Cost », (1960) 3 *J.L. & Econ.* 1 [Coase, « The Problem of Social Cost »].

¹²⁸ Norman et Trachtman, « The Customary International Law Game », *supra* note 19, à la p. 555.

¹²⁹ Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, à la p. 1130.

aucune influence exogène sur la conduite des États car la décision d'un État de suivre une règle coutumière est motivée par sa perception que cette règle avance ses intérêts¹³⁰. Dès qu'il cesse d'être dans l'intérêt de l'État de suivre une règle coutumière ou dès que les avantages d'une violation de la règle deviennent supérieurs aux gains qui puissent être tirés de l'observation de la règle, l'État l'enfreindra. Cet argument revient à nier l'*opinio juris* car il explique une conduite étatique conforme à la coutume par un facteur endogène, l'intérêt égoïste des États¹³¹. En réfutant l'*opinio juris*, cet argument implique que la coutume n'est pas une source de droit car il n'y aurait plus d'élément permettant de distinguer entre les pratiques obligatoires et celles qui ne le sont pas. Cet argument ne fait pas l'objet d'un consensus chez les auteurs issus des théories rationalistes. Une théorie rationaliste « pro-coutume » qui reconnaît un rôle à jouer à l'*opinio juris* sera donc aussi décrite.

S'appuyant sur des modèles tirés de la théorie des jeux pour expliquer le comportement des États, les professeurs Goldsmith et Posner argumentent que la décision de se conformer à une règle coutumière peut s'expliquer sans faire référence à la croyance qu'auraient les États dans son caractère obligatoire. Ils identifient quatre situations où ces explications s'appliqueraient : la coïncidence d'intérêts, la coercition, la coopération et la coordination¹³². Dans la première situation, les intérêts des États convergent et ils tirent tous des gains optimaux d'une même action peu importe comment les autres États agissent. Puisque les États prennent la même action, une régularité comportementale, c'est-à-dire une pratique étatique, se crée. Ces situations correspondent à une coïncidence d'intérêts¹³³. Les professeurs Goldsmith et Posner donnent comme exemple d'une telle situation le cas de deux États belligérants qui s'abstiennent d'attaquer les navires de pêches de l'autre parce

¹³⁰ *Ibid.*, à la p. 1139.

¹³¹ Jun Shik Hwang, « A Sense and Sensibility of Legal Obligation: Customary International Law and Game Theory », (2006) 20 *Temple Int'L & Comp. L.J.* 111, à la p. 111.

¹³² Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, aux pp. 1114-1115.

¹³³ *Ibid.*, à la p. 1122.

que chacun conclut qu'agir ainsi serait un usage inutile de sa marine¹³⁴. Pour chaque État, les coûts d'entretien élevés de sa marine ainsi que les gains marginaux qu'il tirera s'il attaque les navires de pêche de l'autre État font en sorte qu'il tirera davantage de gains s'il ignore ces navires de pêche. Cette structure de coûts et de gains demeure la même peu importe si l'autre État attaque ou ignore les navires de pêche du premier État. Les deux États choisissent donc d'ignorer l'autre de manière continue. La pratique de ne pas attaquer les navires de pêche de l'autre s'est donc développée entre ces deux États sans l'adoption d'une norme parce que les intérêts de ces deux États ont convergé par hasard.

Inversement, dans le cas de la coercition, deux États ou deux groupes d'États ont des intérêts divergents. L'État ou le groupe d'États plus puissant contraint l'autre à prendre une action qui va à l'encontre de ses intérêts sous la menace de sanctions. Une règle coutumière ne saurait se former dans l'une de ces situations car aucune conviction ne pousse les États à adopter la règle.

Par contre, une règle coutumière pourrait se former dans les situations de « coopération » et de « coordination ». Tant en situation de coopération de coordination, les gains qu'un État peut tirer d'une action dépendent des actions prises par les autres États¹³⁵. Ce que les professeurs Goldsmith et Posner appellent la « coopération » est en fait le « dilemme du prisonnier »/« dilemme d'intérêts communs »¹³⁶ tandis que la « coordination » correspond au « dilemme des aversions communes »¹³⁷. Pour illustrer le premier scénario, prenons l'exemple du dilemme du prisonnier¹³⁸. Imaginons que deux membres d'une organisation

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ George Norman et Joel Trachtman, « Measuring the Shadow of the Future: An Introduction to the Game Theory of Customary International Law », (2008) U. Ill. L. Rev. 127, à la p. 131.

¹³⁶ Arthur Stein, « Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World », dans David A. Baldwin, dir, *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate*, New York, Columbia University Press, 1993, 29, à la p. 34.

¹³⁷ *Ibid.*, à la p. 40.

¹³⁸ *Ibid.*, à la p. 35.

criminelle sont arrêtés et emprisonnés. Chaque prisonnier est placé en isolation l'un de l'autre. La police ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve pour inculper les deux détenus de l'infraction principale qui comporte une punition lourde, trois ans d'emprisonnement, mais elle a les éléments de preuve requis pour porter des accusations sur une infraction secondaire qui comporte une punition moindre, un an d'emprisonnement. On offre à chaque détenu l'opportunité de témoigner contre l'autre au sujet de l'infraction principale en échange d'une libération, ou de ne rien dire et de risquer de recevoir la punition moindre si son complice garde lui aussi le silence. Il y a donc trois résultats possibles. Si les deux détenus s'incriminent mutuellement, ils seront inculpés en vertu de l'infraction principale et recevront une punition lourde, soient trois ans d'emprisonnement chacun. Dans le cas où l'un incrimine l'autre et qui avait gardé le silence, le premier sera libéré et l'autre recevra la punition lourde de l'infraction principale, soit trois ans d'emprisonnement. La troisième possibilité est que les détenus ne disent rien et reçoivent donc la punition moindre pour l'infraction secondaire, soit un an d'emprisonnement chacun. Puisqu'il est plus avantageux sur le plan individuel de dénoncer que de ne rien dire, les deux détenus vont probablement opter pour ce choix, mais en ce faisant, ils vont faire six ans d'emprisonnement en tout. Si la deuxième possibilité s'était produite, trois ans d'emprisonnement auraient été purgés. S'ils n'avaient rien dit, ils n'auraient reçu que deux ans d'emprisonnement de manière globale. La troisième possibilité était donc le moins pire choix possible pour les deux détenus pris en tout. Cet exemple illustre que des agents (qui peuvent des États) ont un intérêt à collaborer de manière à optimiser leurs gains, mais qu'ils peuvent aussi avoir des incitatifs à agir pour soi d'une manière qui les mène à obtenir un résultat suboptimal.

Ainsi, dans le cas d'un dilemme d'intérêts communs, les gains collectifs sont optimaux si tous les États adoptent une stratégie coopérative telle que suivre une règle coutumière. Si un État adopte une stratégie de défection (il contrevient à la règle) et l'autre coopère, l'État

« tricheur » maximise ses gains individuels, mais les gains collectifs sont suboptimaux. Toutefois, si les deux États adoptent une stratégie de défection, les gains individuels et collectifs sont suboptimaux par rapport aux deux autres résultats. Conscients de ces possibilités, deux États qui jouent ce jeu une fois adopteront une stratégie de défection, ce qui est le pire choix possible.

Quant au dilemme d'aversion communes, les agents ont un intérêt à éviter un sort spécifique, mais ils doivent coordonner leurs actions pour l'éviter¹³⁹. Une illustration d'une telle situation est l'adoption d'un sens de la circulation commun¹⁴⁰. Rouler d'un côté n'est pas, en soi, plus ou moins avantageux que de rouler de l'autre côté. Il importe seulement que les conducteurs roulent du même côté de la route pour assurer une circulation fluide et éviter des accidents. Le désir d'éviter des accidents amène donc les automobilistes à adopter un même sens de la circulation. Pour revenir au contexte des relations internationales, nous pouvons parler d'un problème de coordination *pure*¹⁴¹ lorsqu'aucune modalité d'action particulière n'est privilégiée par un État qui cherche néanmoins à atteindre un objectif et que plusieurs actions possibles pourraient produire des gains individuels et collectifs optimaux à la condition que chaque acteur choisisse la même. Si les États choisissent des actions différentes, les gains individuels et collectifs seront minimaux. Dans l'hypothèse où les États sont isolés et ne jouent qu'une seule fois, ils ne peuvent savoir comment les autres vont agir et risquent de choisir différemment. Ces cas montrent que des États rationnels agissant de manière individualiste, risquent tout de même d'obtenir des gains suboptimaux¹⁴².

¹³⁹ *Ibid.*, à la p. 38.

¹⁴⁰ Richard H. McAdams, « Beyond the Prisoner's Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law », (2009) 82 S. Cal. L. Rev. 209, à la p. 219.

¹⁴¹ Par opposition à un jeu de coordination pure, les États, dans un jeu de coordination non pure, ont des préférences quant à l'action à prendre pour résoudre leur problème commun. La coordination de ces préférences rend la coordination difficile. Peter G. Bennett, « Modelling Decisions in International Relations: Game Theory and Beyond », (1995) 39:1 *Mershon International Studies Review* 19-52, à la p. 22.

¹⁴² Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, aux pp. 1125 et 1128.

Ce n'est qu'en ajoutant des paramètres aux deux jeux que des États peuvent coopérer et se coordonner. Si, dans un dilemme du prisonnier, le jeu se joue de manière itérative sans que les États ne sachent le temps que le jeu durera et s'ils ont une préférence pour des gains futurs par rapport à des gains immédiats, les acteurs rationnels devraient éventuellement privilégier l'action coopérative¹⁴³. Semblablement, si le jeu de coordination se joue de manière itérative, les États vont, après ajustements, coordonner leurs actions¹⁴⁴. Dans les deux cas, une régularité comportementale se formera, indépendamment de la conviction des États qu'ils étaient légalement tenus d'agir ainsi. Cela dit, même si les gains qui puissent être retirés d'une action particulière changent, la règle ne pourra pas toujours être abandonnée par les États parce que la coutume étant déjà établie, elle modifie la structure des gains et pertes à long terme.

Des auteurs rationalistes attaquent la démarche et les suppositions des professeurs Goldsmith et Posner à l'effet que les États ne suivent pas une règle coutumière en raison d'une conviction qu'elle est obligatoire. Une première critique fait valoir que la théorie des jeux peut seulement décrire et expliquer des régularités comportementales chez des joueurs; elle ne peut nous dire s'il est approprié d'attacher une importance juridique à une régularité comportementale¹⁴⁵. Il faut une théorie du droit pour indiquer à quelles régularités comportementales une force obligatoire peut être rattachée. La théorie des jeux peut néanmoins (1) soutenir la légitimité des règles coutumières en déterminant si la conduite des États correspond aux prescriptions d'une règle coutumière alléguée, et (2) identifier

¹⁴³ Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984, aux pp. 10-12 [Axelrod, *The Evolution of Cooperation*].

¹⁴⁴ Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, à la p. 1128.

¹⁴⁵ Chinen, « Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner », *supra* note 19, aux pp. 157-158.

quelles règles coutumières sont efficaces, soient celles qui fournissent des gains optimaux aux États, et lesquelles ne le sont pas¹⁴⁶.

Quant aux suppositions adoptées dans leur démarche, elles sont contestables sur deux points. En premier lieu, ces auteurs semblent percevoir un conflit entre la notion d'*opinio juris* et le postulat que les États suivent une règle de droit car il est présentement avantageux de la suivre¹⁴⁷. Or, ce conflit est plutôt apparent que réel car il est difficilement concevable qu'une loi soit adoptée dans un État sans qu'elle ne sert l'intérêt d'une partie de la population. Le fait qu'il soit dans l'intérêt d'un acteur d'agir d'une certaine manière qui coïncide par ailleurs avec ce que le droit lui demande indépendamment de faire n'a pas pour effet de retirer le caractère obligatoire de la loi! En deuxième lieu, il n'est pas évident qu'un État enfreindra une règle de droit dès qu'il cesse d'être dans leur intérêt de le suivre. Bien que les intérêts étatiques soient transitifs, tel que nous l'enseignent certains auteurs rationalistes en relations internationales, la conduite des États n'est pas toujours synchronisée avec des changements dans leurs intérêts¹⁴⁸. La stratégie qu'un État adopte ainsi que les gains qu'il puisse tirer d'une stratégie donnée sont souvent dans un état de fluctuation¹⁴⁹. De plus, les gains qui peuvent résulter de l'adoption d'une stratégie peuvent se produire après l'écoulement d'une longue période de temps¹⁵⁰. Si un État a engagé des coûts importants dans la mise sur pied et le maintien d'une règle de droit, ces coûts engagés ainsi que de possibles gains à long terme pourraient contrer un incitatif à contrevenir à la règle¹⁵¹.

¹⁴⁶ Eugene Kontorovich, « Inefficient Customs in International Law », (2007) 48 Wm. & Mary L. Rev. 859.

¹⁴⁷ Chinen, « Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner », *supra* note 19, à la p. 180.

¹⁴⁸ Steven J. Brams, « Game Theory: Pitfalls and Opportunities in Applying It to International Relations », (2001) 1 International Studies Perspectives 221-232, à la p. 223.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Robert O. Keohane, « International Institutions: Two Approaches », (1988) 32:4 International Studies Quarterly 379-396, à la p. 387.

Une théorie rationaliste alternative de la coutume internationale qui préserve l'*opinio juris* a été articulée par le professeur Andrew Guzman. Il définit la coutume comme suit : « une règle de droit qui, en vertu de son statut juridique, affecte les gains des États [TRADUCTION] »¹⁵². La théorie de Guzman est néanmoins une théorie qui s'inscrit dans la rubrique « conformité instrumentaliste » de la classification du professeur Koh parce qu'elle explique une conduite étatique conforme au droit international par un calcul avantages-coûts¹⁵³. L'existence des attentes légitimes des autres États est prouvée par l'imposition de sanctions directes ou de sanctions contre la réputation d'un État qui contrevient à une règle coutumière¹⁵⁴. La crainte de l'un des deux types des sanctions modifie les gains qu'un État peut retirer d'une violation de la règle coutumière¹⁵⁵. Une sanction directe rend moins attrayants les gains d'une violation de la coutume, mais elle peut être coûteuse à mettre en œuvre, ce qui rend un système de sanctions multilatérales difficile à créer; un seul État l'imposera généralement¹⁵⁶. Pour sa part, une sanction contre la réputation peut être aisément multilatérale car il coûte peu pour l'ensemble des États à l'imposer; ces sanctions modifient leurs perceptions de l'État contrevenant et leur volonté de coopérer avec lui dans l'avenir¹⁵⁷. Un État qui respecte une règle coutumière signale à d'autres États qu'on peut avoir confiance qu'il respectera ses engagements tandis qu'une violation signale l'inverse¹⁵⁸. Il faut toutefois reconnaître qu'un État peut avoir plusieurs réputations, une par domaine, et qu'une sanction contre sa réputation dans un domaine tel

¹⁵² Guzman, « Saving Customary International Law », *supra* note 24, à la p. 133.

¹⁵³ Voir la sous-section 1.1.2. Dans un article publié trois ans avant « Saving Customary International Law », le professeur Guzman a décrit une théorie pour expliquer les raisons pour lesquelles les États agissent conformément au droit international : Andrew T. Guzman, « A Compliance-Based Theory of International Law », *supra* note 34.

¹⁵⁴ Guzman, « A Compliance-Based Theory of International Law », *supra* note 34, à la p. 1860.

¹⁵⁵ Guzman, « Saving Customary International Law », *supra* note 24, à la p. 134.

¹⁵⁶ Emilie M. Hafner-Burton, Yonatan Lupu et David G. Victor, « Political Science Research on International Law: The State of the Method », (2012) 106 AJIL 47, à la p. 91.

¹⁵⁷ Guzman, « Saving Customary International Law », *supra* note 24, à la p. 137.

¹⁵⁸ Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, *supra* note 33, à la p. 191.

que les droits de la personne ne produira pas nécessairement d'effets dans un autre domaine tel que les traités de limitation des armements¹⁵⁹.

Cette explication de la coutume déroge à la doctrine des deux éléments car elle définit la coutume internationale uniquement en termes de l'*opinio juris*¹⁶⁰. Dans le modèle de Guzman, l'élément subjectif de la coutume réfère à la convention des États qu'il existe une obligation légale de suivre une règle coutumière et qu'en cas de non-respect de celle-ci, des effets négatifs pourraient être imposés à l'État contrevenant.

Par ailleurs, il est à noter que les différences entre les auteurs rationalistes quant à l'élément objectif de la coutume internationale ne sont pas aussi prononcées que celles relatives à l'*opinio juris*. Nous soumettons qu'une raison possible pour l'absence de discordance majeure quant à l'élément objectif de la coutume est que ces auteurs centrent leurs analyses sur l'*opinio juris* car celle-ci constitue l'élément clé qui permet de distinguer entre les régularités comportementales auxquelles une force obligatoire est rattachée et celles qui sont dénuées d'une telle force. Si l'*opinio juris* ne peut exister, il importerait peu de prouver l'existence de l'élément matériel de la coutume car la pratique en question ne pourrait plus être catégorisée comme une source de droit international. Cela dit, il importe néanmoins d'examiner ce que les auteurs rationalistes ont à dire sur l'élément objectif de la coutume internationale pour bien saisir leur point de vue.

1.2.2 Le rejet de l'élément objectif de la coutume internationale

Telle que nous venons de le voir, les théories rationalistes adoptent une position semblable relative à la place de l'élément objectif de la coutume, la pratique générale des États. En

¹⁵⁹ George W. Downs et Michael A. Jones, « Reputation, Compliance, and International Law », (2002) 31 J. Legal Stud. 95, à la p. 107.

¹⁶⁰ *Ibid.*, à la p. 153. L'exclusion de la pratique des États par le professeur Guzman sera abordée dans la sous-section 1.2.2.

effet, elles tendent à l'écartier même si les raisons pour lesquelles elles le font diffèrent. Des auteurs « pro-coutume » (tels que le professeur Guzman) affirment que la pratique des États n'est pas un élément essentiel pour la coutume¹⁶¹, tandis que des auteurs « sceptiques » (tels que les professeurs Goldsmith et Posner) avancent que le critère de la généralité de la pratique des États est inopérant¹⁶².

De l'avis du professeur Guzman, une pratique étatique n'est pas requise pour la formation d'une règle coutumière car la coutume est définie uniquement en fonction des attentes des États¹⁶³. L'existence de ces attentes peut être notamment inférée à partir de l'imposition de sanctions directes bilatérales ou de sanctions multilatérales contre la réputation d'un État contrevenant, mais la perception des États qu'une règle coutumière est obligatoire peut exister sans la preuve de ces sanctions¹⁶⁴. L'État A peut formuler des attentes quant à la conduite de l'État B en examinant les perceptions des autres États envers l'État B¹⁶⁵. L'effet de signalisation de la conduite antérieure des États contribue aussi à la formation d'attentes. Selon ce point de vue, la coutume serait uniquement définie en référence à l'*opinio juris*. La pratique des États peut constituer une preuve de l'*opinio juris*, mais elle n'est pas une preuve essentielle et sa valeur probante dépendra des épisodes de pratique¹⁶⁶. Une action étatique qui va manifestement à l'encontre des intérêts de l'État aura davantage de valeur que le vote d'un État dans l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies. Concevoir la coutume internationale uniquement en fonction de l'*opinio juris* pourrait ranger la théorie de Guzman dans le camp des théories modernes de la coutume¹⁶⁷, mais ces théories déduisent des règles coutumières à partir de préceptes

¹⁶¹ Guzman, « Saving Customary International Law », *supra* note 24, à la p. 153.

¹⁶² Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, aux pp. 1129-1131.

¹⁶³ Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, *supra* note 33, à la p. 201.

¹⁶⁴ Guzman, « Saving Customary International Law », *supra* note 24, à la p. 153.

¹⁶⁵ Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, *supra* note 33, à la p. 195.

¹⁶⁶ Guzman, « Saving Customary International Law », *supra* note 24, à la p. 154.

¹⁶⁷ Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law », *supra* note 42, à la p. 758.

moraux ou éthiques – chose contre laquelle le professeur Guzman met en garde¹⁶⁸. La moralité et l'éthique sont en principe évacuées des récits rationalistes du droit international.

Les auteurs « sceptiques » de la coutume internationale réfutent l'existence de l'élément objectif car la pratique étatique qui sous-tend la coutume ne peut être suffisamment générale et uniforme pour deux raisons : (1) les régularités comportementales, qu'on appelle des règles coutumières, se formeraient de manière bilatérale et non de manière multilatérale, et (2) ces régularités comportementales sont inconsistantes. Ces arguments sont fondés sur la prémisse que les théories traditionnelles de la coutume présument que cette dernière obéit à une logique unitaire : les régularités comportementales surviennent dans des interactions d'un grand nombre d'États (de manière multilatérale) et dans des contextes semblables (la consistance)¹⁶⁹.

Les régularités comportementales ne peuvent se former de manière multilatérale car la formation de règles coutumières et la surveillance de la conformité des États avec ces règles constitueraient un problème analogue à celui associé aux « biens publics »¹⁷⁰. Si des États encourrent un coût « privé » et génèrent un bénéfice « public », c'est-à-dire un bénéfice pour l'ensemble des États, lorsqu'ils créent une règle coutumière et assurent que les autres États la respectent, un nombre suboptimal de règles coutumières sera créé parce que chaque État voudra que les autres États respectent une règle coutumière plus fréquemment qu'il le fait

¹⁶⁸ Guzman, « Saving Customary International Law », *supra* note 24, à la p. 156.

¹⁶⁹ Chinen, « Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner », *supra* note 19, à la p. 177.

¹⁷⁰ Parisi, « The Formation of Customary Law », *supra* note 17, à la p. 23. Un bien public a deux caractéristiques : (1) il est non appropriable car on ne peut empêcher des personnes de le consommer et (2) il est d'usage commun car sa consommation par une personne ne réduit pas ce qui reste pour les autres. Ce type de bien est collectif parce qu'il profite à tous les agents (les États). Voir : Gregory Shaffer, « International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World », (2012) 23 EJIL 669, à la p. 673 et Mancur Olson, Jr. et Richard Zeckhauser, « An Economic Theory of Alliances », (1966) 48:3 *The Review of Economics and Statistics* 266-279, à la p. 267.

lui-même¹⁷¹. Ce désir sera présent chez chaque État, ce qui aura pour effet de les amener à adopter moins de règles coutumières et à s'y conformer moins souvent.

Et puisqu'elle s'apparente à un « bien public », la formation d'une règle coutumière ne pourrait donc se faire que parmi un groupe restreint d'États car la multiplication d'États engendre trois problèmes. Une augmentation de participants à la formation de la règle fera croître les coûts de transaction et d'information car il faut identifier les participants les plus affectés par la règle, définir les intérêts des participants, et arriver à des accords qui incarnent les intérêts mutuels des participants¹⁷². S'il était question d'adopter une loi dans un État spécifique, cette question ne se poserait pas pour deux raisons : (1) l'État, dans la mesure qu'il dispose des ressources nécessaires, assume ces coûts, et (2) l'État impose la loi sur le territoire pourvu qu'il y exerce un contrôle effectif. Or, dans un contexte d'anarchie, les États sont également souverains, ce qui implique que seuls les États peuvent assumer ces coûts.

Ensuite, lorsque le nombre de participants croît, l'hétérogénéité dans les caractéristiques des États augmente, ce qui peut poser un obstacle à l'adoption d'une règle coutumière¹⁷³. Pour reprendre le dilemme du prisonnier, différents États accordent une valeur différente à des gains futurs par rapport à des gains immédiats. Cette différence peut avoir pour conséquence qu'un État moins patient sera plus disposé à contrevenir à la règle conclue. Et certains États qui peuvent identifier l'action qui accroîtra leurs gains, peuvent néanmoins ne pas avoir la volonté nécessaire pour prendre cette action.

¹⁷¹ Parisi, « The Formation of Customary Law », *supra* note 17, à la p. 24.

¹⁷² Kenneth A. Oye, « Explaining Cooperation under Anarchy: Hypotheses and Strategies », (1985) 38:1 *World Politics* 1-24, à la p. 19.

¹⁷³ *Ibid.*

Une troisième conséquence de la multiplication de participants est que les mécanismes de sanction perdraient leur capacité à dissuader des comportements contraires à la règle et que les coûts de surveillance augmenteraient considérablement¹⁷⁴. La croissance des coûts de surveillance est suffisamment évidente, mais la diminution de l'effet dissuasif des sanctions requiert une illustration avec un exemple. L'État X interdit catégoriquement aux navires de l'État Y d'entrer dans ses eaux territoriales, ce qui contrevient au droit de passage innocent¹⁷⁵. Présignons que tous les États dans le monde ont une obligation coutumière de punir toute dérogation au droit de passage innocent. L'État Y ainsi que la majorité des États dans le monde imposent des sanctions économiques contre l'État X. Les États qui n'ont pas encore imposé de sanctions peuvent avoir un intérêt à accroître leurs activités commerciales avec l'État X car ce dernier arrive difficilement à commercer en raison des sanctions. Les gains que ces États tirent de l'augmentation des échanges avec l'État X peuvent être suffisamment attirants pour qu'ils violent leur engagement de punir les États qui contreviennent au droit de passage innocent.

La deuxième facette de l'argument des sceptiques est qu'une règle coutumière ne peut jamais être suffisamment consistante pour s'appliquer sur un plan multilatéral. Cet argument se divise en deux parties. D'abord, les régularités comportementales que constituent les règles coutumières émergent dans des interactions bilatérales sous la forme d'une coïncidence d'intérêts, de la coercition, de la coopération et de la coordination¹⁷⁶. Tels que les professeurs Goldsmith et Posner l'expliquent, une même régularité comportementale peut avoir émergé dans un contexte de coopération entre un État A et un État B et dans un contexte de coïncidence d'intérêts entre l'État C et l'État D. De plus, des

¹⁷⁴ Daniel W. Drezner, « Bargaining, Enforcement, and Multilateral Sanctions: When Is Cooperation Counterproductive? », (2000) 54:1 *International Organization* 73-102, à la p. 83.

¹⁷⁵ L. Dolliver et M. Melson, « Reflections on the 1982 Convention on the Law of the Sea », dans David Freestone, Richard Barnes et David Ong, dir, *The Law of the Sea: Progress and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 28, à la p. 29.

¹⁷⁶ Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, à la p. 1167.

États agissent souvent en contradiction aux régularités comportementales que constituent les règles coutumières¹⁷⁷. Une règle coutumière inconsistante est l'obligation coutumière d'accorder aux investisseurs étrangers un « traitement juste et équitable »¹⁷⁸. Ni la jurisprudence arbitrale ni la doctrine n'est parvenue à s'attendre sur une définition du contenu de cette obligation¹⁷⁹. L'article 1105 de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) réfère au standard de traitement minimal des investisseurs étrangers, qui a aussi le statut d'une obligation coutumière¹⁸⁰. Le lien entre ces deux standards n'a pas encore été tranché. Certains auteurs affirment que ces deux standards sont différents et que le standard de traitement juste et équitable est plus expansif que le standard de traitement minimal¹⁸¹. Pour sa part, la Commission du libre-échange considère que les deux standards sont les mêmes, ce qui a pour conséquence que le standard de traitement juste et équitable ne requiert pas davantage que le standard de traitement minimal¹⁸². L'incapacité de distinguer entre ces deux standards de traitement illustre qu'il y a des pratiques inconsistantes qu'on qualifie de règles coutumières. Si des régularités comportementales suffisamment générales et consistantes ne sauraient se former, l'utilité même de la coutume internationale comme moyen pour encadrer la coopération entre les États se pose.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Kenneth J. Vandeveld, « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », (2010) 43 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 43, à la p. 44.

¹⁷⁹ Todd J. Grierson-Weiler et Ian A. Laird, « Standards of Treatment » dans Peter Muchlinski, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, à la p. 263.

¹⁸⁰ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, 32 ILM 289 (1993), [1994] RT Can n° 2 (entrée en vigueur : le 1 janvier 1994).

¹⁸¹ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Doc off CNUCED, 2011, Doc NU DIAE/IA/2011/5 (2011), aux pp. 28-29.

¹⁸² Commission de libre-échange de l'ALENA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (Commission du libre-échange – 31 juillet 2001)*, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fra>> (consulté le 25 septembre 2013). Jacob Stone, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », (2012) 25 *Leiden J. Int'l L.* 77, à la p. 83.

1.2.3 Le caractère approprié de la coutume internationale pour la coopération entre les États

Dans le lexique de l'approche institutionnaliste néolibérale des relations internationales, une règle coutumière est une « institution », soit un règle, formelle ou informelle, persistante qui prescrit des rôles comportementaux, pose des contraintes sur l'activité et façonne les attentes des États quant à leur conduite réciproque¹⁸³. Une institution sert à surmonter des barrières à la coopération entre les États. Tant l'analyse économique du droit international que la théorie institutionnaliste des relations internationales s'inspire du théorème de Coase relatif aux défaillances du marché pour expliquer ces barrières. Selon ce théorème, trois types de problèmes dans un marché peuvent empêcher des acteurs (des États dans notre cas) de conclure des transactions optimales : (1) l'absence d'un cadre juridique qui établit la responsabilité des acteurs pour des actions; (2) l'imperfection de l'information disponible aux acteurs lorsqu'ils choisissent de conclure des transactions; et (3) des coûts de transactions élevés¹⁸⁴. Une institution abaisse ou retire une ou plusieurs de ces barrières afin de faciliter la coopération entre des États.

Deux raisons peuvent être avancées pour étayer la position des auteurs « sceptiques » selon laquelle une règle coutumière ne saurait être un outil de coopération internationale efficace. La première, qui est formulée par des auteurs qui adoptent une analyse économique du droit international, est qu'une règle coutumière ne peut résoudre des dilemmes d'intérêts communs ou d'aversions communes car elle ne permet pas aux États de clairement identifier ce qui constitue une action coopérative, une action qui est en conformité avec la règle¹⁸⁵. Rappelons-nous les difficultés dans l'identification du contenu de l'obligation d'un État d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement juste et équitable¹⁸⁶. L'adoption de cette règle coutumière et la conformité des États à cette règle pourraient être modelées sous

¹⁸³ Keohane, « The Demand for International Regimes », *supra* note 126, à la p. 383.

¹⁸⁴ Coase, « The Problem of Social Cost », *supra* note 127.

¹⁸⁵ Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, à la p. 1170.

¹⁸⁶ Voir la sous-section 1.2.2.

le dilemme d'intérêts commun, mais que des pressions politiques internes incitent les États à protéger des entreprises locales contre la concurrence étrangère et contre l'achat d'entreprises locales par ces investisseurs¹⁸⁷. Il est difficile d'évaluer si l'action d'un État qui affecte des investisseurs étrangers est en conformité avec l'obligation d'accorder à ces derniers un traitement juste et équitable car le contenu même de cette obligation est incertain. Cette incertitude peut avoir pour effet de diminuer la volonté des entreprises d'effectuer des investissements à l'étranger par crainte de voir leurs intérêts mal protégés. Cette crainte des entreprises serait alors au détriment des États qui auraient autrement pu bénéficier de tels investissements étrangers.

La théorie néoréaliste des relations internationales – qui est pessimiste quant à la possibilité de la coopération entre les États – permet de formuler une deuxième raison pour laquelle la coutume ne saurait être un outil de coopération efficace: la préférence des États pour des gains relatifs constitue un obstacle à la coopération entre eux¹⁸⁸. Au lieu d'affirmer que la coutume n'est pas un outil de coopération, cet argument propose plutôt que les États ne pourront coopérer pour former des règles de droit international ou pourront difficilement coopérer parce qu'ils craignent que l'adoption d'une règle donnée pourrait profiter davantage à d'autres États et creuser des écarts de puissance entre eux d'une manière qui leur soit défavorable. Le néoréalisme, à l'instar de la théorie réaliste classique des relations internationales, est centré sur la sécurité des États¹⁸⁹. Une proposition d'une règle de droit international qui creuserait un écart de puissance entre des États ne serait probablement pas entérinée par suffisamment d'États¹⁹⁰. Par exemple, pendant une longue période de temps, il y a eu un désaccord entre les États quant à la largeur de la mer territoriale. Certains États

¹⁸⁷ On ne se positionne pas sur la question de savoir si cette présomption est réellement fondée.

¹⁸⁸ Robert Powell, « Absolute and Relative Gains in International Relations Theory », (1991) 85:4 *American Political Science Review* 1303-1320, à la p. 1303.

¹⁸⁹ Leah Haus, « The East European Countries and GATT: The Role of Realism, Mercantilism, and Regime Theory in Explaining East-West Trade Negotiations », (1991) 45:2 *International Organization* 163-182, à la p. 165.

¹⁹⁰ *Ibid.*

tels que les États-Unis affirmaient qu'elle était de trois milles marins tandis que d'autres États tels que le Canada l'étendaient à douze milles marins, ce qui est maintenant reconnue comme la règle coutumière et conventionnelle¹⁹¹. Cette règle a des incidences sur les activités militaires des États car elle pose des limites sur les actions des navires de guerre d'un État étranger qui se trouve proche du territoire d'un autre État. Plus la règle accorde une large mer territoriale, plus cette limite est plus importante pour des États ayant de puissantes forces maritimes telles que les États-Unis par rapport aux États dont les forces maritimes sont modestes. Aussi, plus la largeur de la mer territoriale est plus grande, plus elle offre un grand degré de protection à des États ayant de longues côtes à protéger tels que le Canada. En raison de son impact varié sur la sécurité de différents États, il a été difficile pour les États de s'entendre sur la largeur de la mer territoriale.

Un des paramètres des dilemmes d'intérêts communs et d'aversion communes est l'incapacité pour les participants de communiquer¹⁹². Les auteurs qui conçoivent la formation et le maintien d'une règle coutumière sous la forme de ce jeu écartent généralement ce paramètre car les États interagissent dans la réalité¹⁹³. Toutefois, dans la mesure qu'une règle coutumière se cristallise en dehors de négociations ou de dialogues entre les États, on pourrait penser que ce paramètre s'applique car la formation de la règle dépend d'un partage de perceptions entre les États que cette règle les lie. Ceci signifie que, dans un jeu de coopération, les États ne peuvent s'entendre explicitement sur les actions qui constituent une stratégie coopérative, c'est-à-dire conforme à la règle coutumière¹⁹⁴. Rappelons l'exemple de la confusion entre le standard de traitement juste et équitable, et le standard de traitement minimal. Quant au jeu de coordination, l'incapacité de communiquer

¹⁹¹ Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, *supra* note 62, aux pp. 92-99. L'article 3 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, *supra* note 61, énonce que la largeur de la mer territoriale est de douze milles marins.

¹⁹² Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, *supra* note 143.

¹⁹³ Norman et Trachtman, « The Customary International Law Game », *supra* note 19, à la p. 550.

¹⁹⁴ Goldsmith et Posner, « A Theory of Customary International Law », *supra* note 16, à la p. 1171.

a pour effet que les États peuvent difficilement coordonner leurs actions, mais ce point est moins important car les règles coutumières tendent à se développer dans le cadre de jeux de coopération; les traités internationaux de standardisation de normes reflètent des cas de coordination¹⁹⁵.

Par opposition, dans le cas d'un jeu de coopération, un traité international permet aux États de s'entendre sur les actions permises et proscrites par le traité et, dans un jeu de coordination, ils peuvent s'entendre sur une règle commune¹⁹⁶. Cette possibilité de spécifier de manière écrite les obligations conventionnelles garantit davantage de stabilité à leurs relations et permet de régir davantage de questions par des règles de droit facilement identifiables. Le droit des traités, codifié par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁹⁷, est invoqué par certains auteurs pour appuyer cette assertion car il constitue un régime général qui spécifie les obligations qui incombent aux États à chaque phase de la vie d'un traité : la négociation, la signature, la ratification et l'application du traité¹⁹⁸. Lors de la négociation d'un traité, un État n'a pas d'obligations en vertu du traité proposé, mais il est présumé qu'il doit se comporter de bonne foi lors de la négociation¹⁹⁹. Or, après la signature du traité, l'article 18 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁰⁰ exige que les États signataires doivent s'abstenir d'actes qui privent le traité de son objet et de son but²⁰¹. Lorsque le traité entre en vigueur, les États liés sont tenus d'exécuter le traité de

¹⁹⁵ Kenneth W. Abbott et Duncan Snidal, « International 'Standards' and International Governance », (2001) 8:3 *Journal of European Public Policy* 345-370.

¹⁹⁶ Goldsmith et Posner, « International Agreements: A Rational Choice Approach », *supra* note 18, à la p. 118.

¹⁹⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 99.

¹⁹⁸ John K. Setear, « An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law », (1996) 37 *Harv. Int'l L.J.* 139, à la p. 193 [Setear, « An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law »].

¹⁹⁹ *Ibid.*, à la p. 194.

²⁰⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 99.

²⁰¹ *Ibid.*

bonne foi en vertu du principe de *pacta sunt servanda*²⁰². Pouvant communiquer leurs intentions lors des négociations et sachant quelles sont leurs obligations à chaque phase de la vie d'un traité, les États sont donc plus disposés à régir leurs relations par la voie de traités. Une règle coutumière se crée de manière fluide et non-délibérée et il n'est pas possible de fixer la date précise à laquelle s'est formée une règle coutumière. À cet effet, dans le *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, la Cour suprême du Canada a été dans l'impossibilité de déterminer à quel moment précis les droits reconnus à un État côtier sur son plateau continental ont acquis un caractère coutumier²⁰³. En l'absence de la capacité de déterminer quand une règle coutumière est entrée en vigueur, les États seraient moins disposés à régir leurs relations par la voie de règles coutumières²⁰⁴.

Il convient toutefois de se rappeler que de nombreuses dispositions de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁰⁵ codifiaient des règles coutumières *préexistantes* telles que les articles 31 à 33 qui prévoient comment s'interprètent les traités internationaux²⁰⁶. De plus, la *Convention* n'a pas reçu une ratification universelle car seulement 114 États l'ont ratifié²⁰⁷. Or, des États qui ne l'ont pas ratifié considèrent néanmoins que les dispositions codificatrices leurs sont applicables en ce qu'elles énoncent ce qui serait par ailleurs des normes coutumières. Par exemple, aux États-Unis, les tribunaux fédéraux, les tribunaux des États et le ministère des affaires étrangères (« *State Department* ») reconnaissent le caractère coutumier et obligatoire des dispositions de la *Convention* et les appliquent pour

²⁰² *Ibid.*, art. 26.

²⁰³ *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 RCS 86.

²⁰⁴ John K. Setear, « Treaties, Custom, Rational Choice, and Public Choice », (2005) 5 *Chi. J. Int'l L.* 715, à la p. 719 [Setear, « Treaties, Custom, Rational Choice, and Public Choice »].

²⁰⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 99.

²⁰⁶ Mark Villiger, « The Rules of Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscariage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission », dans Enzo Cannizzaro, dir, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, à la p. 121.

²⁰⁷ ONU, en ligne : treaties.un.org, <<https://treaties.un.org/pages/UNTSONline.aspx?id=2>> (consulté le 25 juin 2014).

interpréter des traités internationaux²⁰⁸. De plus, le seul État qui a voté contre l'adoption de la *Convention* lors de la Conférence de Vienne, la France, reconnaît désormais son caractère coutumier²⁰⁹. Certes, la codification du droit des traités a aidé dans le développement de ce régime, mais le droit coutumier des traités était bien établi avant l'adoption de la *Convention* et continue à se développer. L'exemple du droit des traités, une composante importante dans la création et l'application de traités internationaux, contredit l'assertion que les États ne peuvent coopérer par le moyen de règles coutumières. Au contraire, il illustre comment la coutume internationale peut créer chez des États des attentes légitimes. Dans ce cas, les États développent des attentes relatives à l'interprétation des traités telles que celles possibles et exclues par les normes coutumières. Certes, les règles coutumières du droit des traités ne permettent pas d'éclaircir toute ambiguïté dans le libellé d'un traité, mais elles fournissent aux États des consignes sur comment lire et interpréter ce traité.

Même si les théories rationalistes des relations internationales ne se sont pas penchées directement sur la coutume internationale comme outil de coopération internationale, ils fournissent une notion importante pour la compréhension de la coopération entre les États : les types de gains que recherchent les États. Cette notion constitue un élément de discordance dans le débat entre le néoréalisme et l'institutionnalisme néolibéral car elle affecte les possibilités de coopération internationale²¹⁰. La théorie néoréaliste postule que l'intérêt primaire des États est leur survie en raison du contexte anarchique des relations internationales²¹¹. Ceci implique qu'un État cherche d'abord à empêcher que d'autres États

²⁰⁸ Evan J. Criddle, « The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Treaty Interpretation », (2004) 44 *Va. J. Int'l L.* 431, à la p. 434.

²⁰⁹ Mark E. Villiger, « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After », (2011) 344 *Rec. des Cours* 9, à la p. 184. Jusqu'à ce jour, la France n'a pas ratifié la *Convention*.

²¹⁰ Robert Jervis, « Realism, Neoliberalism, and Cooperation », (1999) 24:1 *International Security* 42-63, à la p. 46.

²¹¹ Joseph M. Grieco, « Realist Theory and the Problem of International Cooperation: Analysis with an Amended Prisoner's Dilemma Model », (1988) 50:3 *The Journal of Politics* 600-624, à la p. 602 [Grieco,

accroissent leur puissance *relative*, soit leur puissance par rapport à lui²¹². Lorsqu'un État évalue s'il coopérera avec d'autres États sur un enjeu, il ne se demandera pas uniquement quels gains il va en retirer, mais il se demandera aussi quels gains les autres États participants vont obtenir et comment ces gains vont altérer la distribution de la puissance entre les États²¹³. La coopération serait donc un jeu à somme nulle. La crainte qu'un effort de coopération aggravera des asymétries de puissance n'exclura pas catégoriquement qu'un État accepte d'y participer, mais elle limitera les cas dans lesquels il participera et le point jusqu'à où il se conformera à l'entente conclue entre les États²¹⁴.

Pour sa part, la théorie institutionnaliste argumente que la coopération internationale est plus probable car les États préfèrent des gains *absolus*. Dans un effort de coopération, un État cherchera à maximiser ses gains individuels indépendamment des gains que puissent tirer les autres États²¹⁵. Puisqu'ils ne se soucieraient pas d'une altération dans la distribution de la puissance par un effort de coopération, les États seraient disposés à participer à cet effort pourvu qu'ils tirent des gains et qu'ils aient des assurances que les autres participants ne « trichent » pas en contrevenant à l'entente conclue. Ainsi, la nature des gains recherchés par les États n'aurait pas d'impact sur la coopération possible entre les États.

Même si nous adoptons la perspective pessimiste des néoréalistes, il demeure probable que les États puissent « coopérer » pour former des règles coutumières. Le professeur Joseph Grieco avance que les États peuvent afficher des degrés de sensibilité différents à des gains

« Realist Theory and the Problem of International Cooperation: Analysis with an Amended Prisoner's Dilemma Model »].

²¹² Kenneth Waltz, *Theory of International Politics*, Reading (Massachusetts), Addison-Wesley, 1979, à la p. 126.

²¹³ Grieco, « Realist Theory and the Problem of International Cooperation: Analysis with an Amended Prisoner's Dilemma Model », *supra* note 211, à la p. 602.

²¹⁴ Duncan Snidal, « Relative Gains and the Pattern of International Cooperation », (1991) 85:3 *American Political Science Review* 701-726, à la p. 703.

²¹⁵ Joseph M. Grieco, « Anarchy and the Limits of Cooperation: A Realist Critique of the Newest Liberal Institutionalism », (1988) 42:3 *International Organization* 485-507, aux pp. 495-496.

relatifs. Dans certains cas, un État pourrait considérer que des gains issus d'un effort de coopération n'ont pas un effet réel sur la distribution de la puissance entre les États²¹⁶. Si un État a cette perception, il sera plus disposé à coopérer pour former et se conformer à une règle coutumière. La sensibilité d'un État à des gains relatifs dépendra de six facteurs, trois qui dépendent de chaque État et trois qui dépendent de l'effort de coopération²¹⁷. Ces trois derniers sont plus pertinents pour déterminer si et quand il est possible pour les États de coopérer afin de former des règles coutumières car nous cherchons à répondre à l'argument que la coutume est intrinsèquement inappropriée pour la coopération entre les États²¹⁸.

D'abord, si les écarts entre les gains que tirent les États dans un effort de coopération (par exemple, la formation d'une règle coutumière) peuvent être convertis par un État avantage de manière à faire pression sur d'autres États, l'État qui tire moins de gains de cet effort sera réticent à participer. En étudiant le corpus de règles coutumières, il faudra déterminer dans quel cas des écarts de gains peuvent être recyclés de manière à avantager certains États. Or, *prima facie*, plusieurs règles coutumières se caractérisent par l'absence d'écarts de gains. Les règles relatives aux immunités juridictionnelles et diplomatiques constituent des exemples car leur application est principalement une affaire bilatérale et, dans le contexte d'une relation bilatérale, il est difficile de concevoir qu'un État puisse être

²¹⁶ Grieco, « Realist Theory and the Problem of International Cooperation: Analysis with an Amended Prisoner's Dilemma Model », *supra* note 211, à la p. 610.

²¹⁷ *Ibid.*, aux pp. 610-613.

²¹⁸ *Ibid.* Le premier facteur relié aux caractéristiques des États est l'horizon temporel des États. Il se peut que des gains puissent être transformés en moyen de pression dans un ou plusieurs efforts de coopération. Si un État pense à long terme, il a un horizon temporel élevé. Alors, il sera moins enclin à accepter de participer à un effort de coopération dans lequel les gains peuvent être transformés en moyen de pression à long terme. Ce facteur rejoint la préférence des États pour des gains futurs par rapport à des gains immédiats. Les expériences antérieures d'un État constituent un deuxième facteur. Un État qui, en participant dans des efforts de coopération dans le passé, a connu des écarts entre les gains qui avantageaient d'autres États, sera plus préoccupé par la présence d'écarts dans les gains dans de futurs efforts de coopération. Finalement, un État peut avoir des degrés de sensibilité propres à ses interactions avec d'autres États. Sa sensibilité aux gains relatifs sera plus élevée face à des États ayant une réputation d'exploiter des écarts entre les gains ou qui tendent à vouloir dominer dans un effort de coopération.

désavantagé dans l'application de ces immunités. De plus, elles engendrent peu de coûts pour les États.

La fongibilité des gains que les participants tirent d'un effort de coopération influerait aussi sur la décision d'un État de coopérer. Il s'interrogera si les gains qu'un État participant tire d'une entente particulière telle qu'un accord de commerce peuvent être transférés à la négociation d'une autre entente telle qu'un accord environnemental. Si oui, la probabilité que les États coopèrent est moindre. Dans le cas de règles coutumières, il faudrait déterminer si des gains provenant de l'adoption d'une règle coutumière peuvent être fongibles et si oui, quand. Si le processus de formation d'une règle coutumière ne comporte pas des écarts de gains pour les États participants, il est peu probable que les gains que les États tirent de la formation de cette règle puissent être fongibles. De plus, les règles coutumières sont généralement « non politiques » pour reprendre le terme de Hans Morgenthau car elles touchent des questions non controversées²¹⁹.

Le troisième facteur est le domaine auquel se rapporte l'effort de coopération. S'il se rapporte directement à la sécurité de l'État, ce dernier serait moins disposé à participer. Les règles coutumières ne mettent pas en danger directement la sécurité d'un État. Certes, l'interdiction générale du recours à la force et le droit international humanitaire pose des contraintes importantes aux activités militaires d'un État, mais ils ne limitent pas la capacité d'un État à se défendre. Par opposition, les traités de non-prolifération nucléaire posent de réelles contraintes à la défense des États. Le droit international humanitaire encadre les activités militaires d'États belligérants mais, si un État partie à un conflit armé ne respecte pas les prescriptions du droit international humanitaire, l'existence même des autres États parties n'est pas mise en péril. C'est le cas contraire si un État partie ne respecte pas un

²¹⁹ Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law », *supra* note 92, à la p. 279.

traité de non-prolifération nucléaire. Quant à l'interdiction du recours à la force, il permet quand même à un État victime d'une agression militaire de se défendre.

En survolant les arguments qui soumettent que la coutume internationale est inappropriée pour la coopération entre les États, on constate que deux raisons militent en faveur de la thèse contraire. Il faut d'abord remarquer que la coutume permet aux États de définir quelles actions sont conformes à la règle créée par les États. En ce faisant, la coutume crée chez les États des attentes communes quant à leur conduite future. De plus, même dans une perspective néoréaliste, plus pessimiste quant à la possibilité que des États puissent coopérer, les États sont probablement moins disposés à se préoccuper des gains relatifs dans la formation et l'application de règles coutumières, ce qui encourage les possibilités de la coopération internationale.

Conclusion du Chapitre I

La coutume internationale est traditionnellement définie en fonction de deux éléments : (1) l'élément objectif, la pratique des États, et (2) l'élément subjectif aussi appelé l'*opinio juris*, soit la reconnaissance que la pratique constitue un standard de comportement. Les théories traditionnelles de la coutume se divisent sur le poids respectif à accorder à chaque élément, mais toutes définissent la coutume internationale en fonction de ces deux éléments. Elles présument que les règles coutumières sont obligatoires. Certaines théories cherchent à expliquer le fondement de leur caractère obligatoire, mais leur faiblesse est qu'elles ne démontrent pas deux éléments : (1) que la conduite des États est conforme aux prescriptions de la coutume et (2) que les États suivent les règles coutumières pour les raisons avancées par les théories. Un autre élément qui distingue les différents récits traditionnels de la coutume et qui a reçu considérablement d'attention dans la jurisprudence est la méthodologie à adopter pour identifier les règles coutumières. L'approche inductive, qui accentue l'importance de l'élément objectif, puise des règles coutumières dans la

pratique des États, tandis que l'approche déductive, qui privilégie l'élément subjectif, déduit des règles coutumières à partir notamment de traités multilatéraux et de résolutions d'organisations internationales.

Cherchant à vérifier les positions des théories traditionnelles, les théories rationalistes de la coutume cherchent à déterminer si les premières correspondent à la conduite des États. Les auteurs rationalistes semblent se diviser en deux camps : le camp « sceptique », qui conclut que la coutume internationale n'est probablement pas une source de droit international, et le camp « pro-coutume », qui arrive à la conclusion inverse.

Concevant les États comme étant des acteurs rationnels qui maximisent leurs intérêts, les théories rationalistes expliquent le comportement des États en fonction de la poursuite d'intérêts et cherchent à déterminer si et, le cas échéant, comment les règles de droit international affectent ce comportement. En affirmant que l'*opinio juris* est inexistant et que les États suivent une pratique seulement lorsqu'il est dans leur intérêt de le faire, les auteurs « sceptiques » nient tout effet exogène de la coutume internationale sur les États.

Pour leur part, les auteurs « pro-coutume » reconnaissent l'existence de l'*opinio juris* et que cet élément octroie à une pratique étatique son caractère juridique. Ceci signifie qu'à l'instar des théories traditionnelles, ces auteurs soumettent que la coutume peut influencer sur la conduite des États, mais ils se distinguent de ces théories en intégrant un calcul gains-pertes pour expliquer pourquoi les États suivent une règle coutumière. Concevant l'*opinio juris* en termes des attentes réciproques des États entre eux quant à leurs comportements futurs, les auteurs « pro-coutume » avancent que la coutume modifie les gains qui proviennent du fait de se conformer ou de contrevenir à une règle coutumière au moyen de sanctions directes et de sanctions contre la réputation d'un État contrevenant.

Quant à la doctrine des deux éléments, les deux camps rationalistes finissent par la rejeter car ils évacuent l'élément objectif de la coutume. Les auteurs « sceptiques » affirment qu'une règle coutumière ne saurait se former dans un contexte multilatéral en raison de la disposition des États à déroger à la règle chaque fois qu'ils estiment que leur intérêt l'exige. L'autre camp dépouille la pratique des États de son caractère constitutif de la coutume; celle-ci serait uniquement définie en termes de l'*opinio juris*, les attentes des États. L'élément objectif peut toutefois servir de preuve de l'*opinio juris* sans qu'elle ne soit nécessaire.

Les théories rationalistes examinent en profondeur une question souvent ignorée par les théories traditionnelles : à quoi sert la coutume internationale pour les États? Une règle de droit international est une institution dans le lexique du champ des relations internationales car elle sert à faciliter la coopération entre les États. Une compréhension « sceptique » de la coutume affirme qu'une règle coutumière ne peut constituer une institution car elle permet difficilement aux États de communiquer clairement les actions permises, requises et interdites par le droit international. Les traités internationaux seraient à même d'assurer la communication entre les États et, par extension, pour la coopération entre les États. Les auteurs « pro-coutume » répliquent que la coutume internationale permet aux États de communiquer pour s'entendre sur le contenu d'une règle coutumière. Cette communication n'est certainement pas parfaite, mais même un traité international, qui est écrit, peut comporter des ambiguïtés. Toutefois, les États semblent préférer les traités à des règles coutumières et cherchaient à codifier la coutume. Si nous voulions répondre à la question de la fonction de la coutume, il faut tenir compte de cette réalité dans nos réflexions.

Il ne faut toutefois pas présumer que les tribunaux canadiens accordent les mêmes fonctions à la coutume internationale que les États accordent à cette source de droit. Une étude de l'application réelle de la coutume en droit canadien s'avère nécessaire pour comprendre

quand, comment et pourquoi les tribunaux canadiens appliquent la coutume. Il faudra analyser les arrêts de jurisprudence dans lesquels le tribunal a directement appliqué une règle coutumière pour résoudre un litige afin d'identifier quand et pourquoi les tribunaux canadiens ont appliqué des règles coutumières. En ce faisant, il sera possible de recueillir des informations pour proposer de potentielles fonctions de la coutume du point de vue de l'appareil judiciaire canadien et pour les comparer aux fonctions de la coutume du point de vue des États.

CHAPITRE II : LE STATUT DE LA COUTUME INTERNATIONALE EN DROIT CANADIEN

Depuis l'arrêt *Hape* rendu en 2007, il est généralement admis que la doctrine anglaise de l'incorporation de la coutume internationale s'applique en droit canadien pour les règles coutumières « prohibitives » : les règles prohibitives font partie de la common law du Canada en l'absence de législation contraire et reçoivent donc une application directe lorsqu'elles s'appliquent dans un litige²²⁰. La coutume internationale constitue aussi un outil d'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des lois canadiennes et des règles de common law²²¹. Cette règle de réception contraste avec la règle qui régit la réception de traités internationaux en droit canadien. En effet, sauf exception, un traité international ne s'appliquera pas directement en droit canadien en l'absence d'une loi de mise en œuvre de la part du Parlement du Canada ou des législatures provinciales²²². La règle relative à la réception de traités internationaux est parfois appelée la doctrine de la transformation²²³. Les doctrines de l'incorporation et de la transformation proviennent du droit anglais et les tribunaux canadiens réfèrent souvent à des précédents britanniques lorsqu'ils appliquent ces règles de réception. Dans les cent ans qui ont précédé le jugement de la Cour suprême dans *Hape*, les tribunaux canadiens ont à quelques reprises donné un effet direct aux règles coutumières « traditionnelles » telles que l'immunité diplomatique,

²²⁰ *Hape*, *supra* note 2, au par. 39.

²²¹ *Ibid.*, aux par. 39 et 46. *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.

²²² Dans l'arrêt *Canada (A.G.) c Ontario (A.G.)*, [1937] AC 326 (CP), le Conseil privé de Londres a conclu que : (1) un traité international ne s'applique pas directement en droit canadien en l'absence d'une loi de mise en œuvre du traité et (2) seul l'organe législatif qui détient la compétence législative de laquelle relève le contenu du traité peut adopter une loi de mise en œuvre. La première conclusion est toutefois assujettie à des exceptions. Un traité relatif à la défense nationale tel qu'un traité d'armistice ou un traité relatif aux relations diplomatiques ne requiert pas une loi de mise en œuvre pour produire des effets en droit canadien : *Francis c R.*, [1956] RCS 618, à la p. 625. Sur l'arrêt *Canada (A.G.) c Ontario (A.G.)* et les règles de réception de traités internationaux en droit canadiens : Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers. Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2009.

²²³ Stephen C. Neff, « United Kingdom », dans Dinah Shelton, dir, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 620, à la p. 622 [Neff, « United Kingdom »].

l'immunité juridictionnelle des États et le droit de la mer. Le corpus de règles coutumières modernes dépasse toutefois ces trois domaines traditionnels et englobe des domaines tels que les droits de la personne, le droit international humanitaire et le droit pénal international. Que l'on étudie l'application de règles « modernes » ou de règles « traditionnelles », on peut s'apercevoir que l'application de la coutume internationale par les tribunaux canadiens a toujours été sélective.

Pour comprendre l'ampleur de cette application partielle de la coutume par les tribunaux canadiens, la doctrine de l'incorporation et son application dans la jurisprudence canadienne doivent être analysées. La genèse de cette règle de réception en droit anglais et son importation au Canada sera étudiée et les caractéristiques de son application au Royaume-Uni et au Canada seront mises en évidence. La règle, telle qu'elle a été développée dans les tribunaux anglais depuis le dix-huitième siècle, sera d'abord décrite (2.1). Cette description tiendra évidemment compte de développements récents. Ensuite, l'application de la doctrine de l'incorporation au Canada sera présentée (2.2). Cette présentation aura pour objectif d'identifier les cas dans lesquels les tribunaux canadiens appliquent la coutume de manière directe et de proposer une catégorisation de ces cas.

2.1 La doctrine anglaise de l'incorporation de la coutume internationale

Dans ses *Commentaries on the Laws of England*, William Blackstone déclarait que le droit des gens, c'est-à-dire le droit international coutumier, faisait partie de la common law et était donc une composante du droit d'Angleterre²²⁴. Lorsqu'il a publié ses *Commentaries*, la jurisprudence anglaise reconnaissait déjà ce principe. Près de trente ans avant la publication du premier volume, Lord Talbot, dans l'affaire *Buvot v. Barbuitt* de 1737, a écrit : « le droit

²²⁴ William Blackstone et St. George Tucker, *Blackstone's Commentaries: With Notes of Reference, to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the Unites States; and of the Commonwealth of Virginia*, 2^e éd., vol. 5, Philadelphie, William Young Birch et Abraham Small, 1803, à la p. 66.

des gens fait partie du droit d'Angleterre dans son entièreté [TRADUCTION] »²²⁵. Cet extrait a été repris par Lord Mansfield dans l'affaire *Triquet v. Bath* de 1764, dans laquelle Blackstone était avocat pour le demandeur et dont la décision fut rendue deux ans avant la parution du premier volume des *Commentaries*²²⁶. Les jugements rendus dans ces deux affaires reconnaissent que l'immunité diplomatique, qui relevait uniquement de la coutume internationale au dix-huitième siècle, faisait partie du droit d'Angleterre. Il ne s'agit pas ici de simples curiosités historiques. Au contraire, ils constituent apparemment les premiers cas d'application de la doctrine de l'incorporation par des tribunaux anglais. Selon cette règle de réception, la coutume internationale fait *directement* partie du droit anglais sans que le Parlement britannique n'ait à adopter de loi pour transformer une règle coutumière en règle de droit anglais²²⁷. La formulation moderne de cette doctrine a été articulée par Lord Denning en 1977 dans l'affaire *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* et constitue l'arrêt de référence sur cette question²²⁸. Lorsqu'il décrit cette règle de réception, Lord Denning affirme qu'elle puise ses origines des affaires *Barbuit* et *Triquet*²²⁹.

Certes, dans les deux siècles entre les arrêts *Buvot* et *Trendtex*, une jurisprudence imposante sur la doctrine de l'incorporation s'est développée et cette règle de réception continue à se développer. Un survol de cette jurisprudence permettra d'identifier trois éléments : (1) les cas d'application de cette règle; (2) les fondements de cette règle; et (3) l'interaction de cette règle avec la common law et avec la législation britannique. Les arrêts analysés seront divisés en trois groupes : (1) l'immunité diplomatique; (2) l'immunité de juridiction des États; et (3) le droit pénal anglais. Cette séparation n'est toutefois pas étanche car certains arrêts se rapportent à différents champs de droit.

²²⁵ *Buvot v. Barbuit*, (1737) Case. T. Talb. 281, 25 ER 777, à la p. 778.

²²⁶ *Triquet v. Bath*, (1764) 3 Burr. 1478, à la p. 938 [*Triquet*].

²²⁷ Neff, « United Kingdom », *supra* note 223, aux pp. 626-628.

²²⁸ *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 QB 529 (CA) [*Trendtex Trading Corp.*].

²²⁹ *Ibid.*, à la p. 364.

2.1.1 Les immunités diplomatiques

Au cours du dix-huitième siècle, les tribunaux anglais ont été saisis de plusieurs litiges impliquant des personnes au service de diplomates étrangers ainsi que des personnes prétendant exercer des charges au nom de souverains étrangers. Les affaires *Buvot* et *Triquet* en sont des exemples. La *Diplomatic Privileges Act* de 1708, qui a été adoptée à la suite de l'arrestation illégale de l'ambassadeur du Tsar de Russie à Londres, prévoyait que les personnes au service d'un diplomate jouissent de l'immunité de juridiction dans l'État accréditaire en raison de l'immunité du diplomate pour lequel elles travaillent²³⁰. La *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, qui codifie la coutume relativement à l'immunité diplomatique est au même effet²³¹. Bien que cette loi soit applicable aux litiges, dès son adoption, les tribunaux anglais considéraient qu'elle était déclaratoire et qu'elle « n'était occasionnée que par un doute quant à savoir si le droit des gens relatif aux ministres publics [c'est-à-dire les diplomates] faisait partie du droit d'Angleterre [TRADUCTION] »²³². Dans *Triquet*, Lord Mansfield a affirmé que le privilège des ministres, c'est-à-dire l'immunité, dépendait du droit des gens et, en conséquence, les règles issues de ce droit permettaient de résoudre un litige relatif à l'applicabilité des immunités diplomatiques²³³. Ces remarques ont été réitérées dans des

²³⁰ *Diplomatic Privileges Act 1708*, 7 Anne, c. 12, art. 6 [*Diplomatic Privileges Act 1708*]. *Engelke v. Musmann*, [1928] A.C. 433 (HL), à la p. 450 [*Engelke*]. Le texte de loi réfère explicitement à cet incident et affirme que l'arrestation constitue une des raisons pour l'adoption de cette loi. Dans l'affaire *Triquet*, *supra* note 226, à la p. 937, Lord Mansfield a indiqué que l'adoption de cette loi était l'expression de la honte de la Grande-Bretagne pour l'arrestation de l'ambassadeur. Elle ne fut abrogée qu'en 1964 par l'adoption de la *Diplomatic Privileges Act, 1964*, c. 81 qui met en œuvre la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, le 18 avril 1961, 500 RTNU 95, [1966] RT Can n°29, (entrée en vigueur : 26 juin 1966) [*Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*].

²³¹ L'article 31 de *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, *supra* note 230, octroie à l'agent diplomatique l'immunité de juridiction dans l'État accréditaire et le paragraphe 37(2) prévoit les membres du personnel de la mission diplomatique jouissent de cette immunité pour les actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs fonctions.

²³² *Triquet*, *supra* note 226, à la p. 937.

²³³ *Ibid.*

litiges subséquents relatifs aux immunités diplomatiques²³⁴ et étaient encore acceptées en Angleterre au milieu du vingtième siècle avant l'adoption de la *Diplomatic Privileges Act* de 1964²³⁵.

La compréhension de l'immunité de juridiction de l'agent diplomatique et du personnel de la mission diplomatique par la jurisprudence anglaise du vingtième siècle relative à l'immunité diplomatique se distingue toutefois de la jurisprudence du dix-huitième siècle dans la mesure que l'immunité moderne protège contre la responsabilité et non pas contre la possibilité d'intenter une poursuite²³⁶. Une poursuite peut être intentée contre un diplomate ou contre un membre du personnel qui est protégé par l'immunité, mais la responsabilité de la personne ne sera pas retenue. Cette compréhension de l'immunité de juridiction est en accord avec le droit international moderne²³⁷.

Un autre élément de la jurisprudence anglaise relative aux immunités diplomatiques est la déférence envers la *Foreign Office*, le ministère des affaires étrangères du Royaume-Uni. Avant qu'elle ne devienne obligatoire, il était une pratique courante pour les missions diplomatiques de communiquer au ministère des affaires étrangères de l'État accréditaire les noms des membres du personnel de la mission²³⁸. Avant la conclusion de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatique*, les tribunaux anglais ont été confrontés avec la question de déterminer quelles personnes constituent des membres du personnel d'une

²³⁴ *Heathfield v. Chilton*, (1767) 4 Burr 2015, 98 ER 50, à la p. 50 [*Heathfield*]. *Magdalena Steam Navigation Co. v. Martin*, (1859) 2 E. & E. 94, à la p. 114 [*Magdalena Steam Navigation Co.*].

²³⁵ À cet effet, dans *Engelke*, *supra* note 230, à la p. 458, Lord Warrington de Clyffe écrit : « [j]e ne crois pas qu'il soit nécessaire de traiter la [*Diplomatic Privileges Act*]. Il est bien établi que les questions desquelles on a discuté sont des principes de la common law dont leur origine se trouve dans la courtoisie entre les nations [TRADUCTION] ». La doctrine anglaise de l'époque était du même avis : Georg Schwarzenberger, « Diplomatic Immunity », (1941) 64 Mod. L. Rev. 64, à la p. 64.

²³⁶ *Dickinson v. Del Solar*, [1930] 1 K.B. 376, à la p. 377 [*Del Solar*].

²³⁷ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2008, à la p. 706 [Fox, *The Law of State Immunity*].

²³⁸ L'alinéa 10(1)(a) de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, *supra* note 230, rend cette pratique obligatoire.

mission diplomatique. Dans l'arrêt *Engelke v. Musmann*, la *House of Lords* a répondu en partie à cette question²³⁹. La *Diplomatic Privileges Act* de 1708 prévoyait qu'une liste de personnes dans l'emploi d'un ambassadeur pouvait être tenue par le gouvernement britannique et qu'une poursuite contre une personne dans l'emploi d'un ambassadeur n'était pas interdite si le nom de cette personne ne se trouvait pas sur la liste²⁴⁰. L'appelant, un défendeur dans une action civile, a demandé à ce que la poursuite soit rejetée au motif qu'il était un membre de la mission diplomatique allemande et qu'il bénéficiait donc de l'immunité diplomatique²⁴¹. Le procureur-général du Royaume-Uni, suivant les instructions de la *Foreign Office*, avait présenté au tribunal de première instance une déclaration à l'appui de l'allégation de l'appelant²⁴². Partant du principe qu'un tribunal a une connaissance d'office de certains faits liés aux États étrangers, y compris le statut d'un ambassadeur ou d'un chargé d'affaires, la *House of Lords* a déclaré qu'un tribunal doit considérer comme concluant une telle déclaration car il serait inopportun et contre le bien public d'ignorer une déclaration gouvernementale relative aux affaires étrangères²⁴³.

Les jugements anglais impliquant l'immunité diplomatique comportent des réflexions sur les fondements de cette immunité. Au dix-neuvième siècle, il était acquis qu'un diplomate jouissait de cette immunité afin de se consacrer « corps et âme aux affaires de son ambassade [TRADUCTION] »²⁴⁴. Pour les fins de la juridiction des tribunaux anglais, le diplomate étranger était toujours présent sur le territoire de son État et donc soustrait à la juridiction des tribunaux anglais²⁴⁵. Des doutes existent à savoir si la fiction de l'extraterritorialité constitue toujours une justification convaincante de l'immunité diplomatique notamment parce qu'elle ne permettrait pas d'expliquer pourquoi le diplomate

²³⁹ *Engelke*, *supra* note 230.

²⁴⁰ *Diplomatic Privileges Act 1708*, *supra* note 230, art. 6.

²⁴¹ *Engelke*, *supra* note 230, à la p. 433.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*, aux pp. 458 et 446-447.

²⁴⁴ *Magdalena Steam Navigation Co.*, *supra* note 234, à la p. 43.

²⁴⁵ *Ibid.*

a une obligation de respecter les lois de l'État accréditaire, ni pourquoi l'État accréditaire doit protéger le diplomate²⁴⁶. Cela importe peu car la doctrine contemporaine tend à expliquer cette immunité par les deux exigences de la théorie de la nécessité fonctionnelle : (1) la reconnaissance du statut souverain de l'État accréditant et de la nature publique des actes de la mission diplomatique, et (2) la protection de la mission diplomatique et de son personnel pour assurer l'exécution efficace de leurs fonctions en isolation de l'interférence de l'État accréditant²⁴⁷.

2.1.2 Les immunités juridictionnelles des États

Les tribunaux anglais ont été appelés à maintes reprises à se prononcer dans des poursuites intentées contre des États étrangers. Au cours du dix-neuvième siècle et pendant une partie du vingtième siècle, la doctrine absolue de l'immunité juridictionnelle a été invoquée pour rejeter ses poursuites. Toutefois, avec l'arrêt *Trendtex*²⁴⁸, la jurisprudence anglaise, à l'instar de nombreux autres États occidentaux, a clairement signalé le remplacement de la doctrine absolue par la doctrine restreinte de l'immunité juridictionnelle dans la coutume internationale²⁴⁹. Lord Atkin, dans l'affaire du *Cristina* de 1938, a énoncé deux propositions qui englobaient la doctrine absolue en droit anglais : (1) les tribunaux anglais n'entendraient aucune poursuite intentée contre un État étranger ou son chef d'État contre

²⁴⁶ Fox, *The Law of State Immunity*, supra note 237, à la p. 700.

²⁴⁷ Nina Maja Bergmar, « Demanding Accountability Where Accountability is Due: A Functional Necessity Approach to Diplomatic Immunity Under the Vienna Convention », (2014) 47 Vand. J. Int'l L. 501, aux pp. 508-510. Cette position semble faire un écho dans la jurisprudence anglaise moderne, mais aucune référence explicite n'a été faite à la nécessité fonctionnelle. Étudiant l'applicabilité de l'article 29 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, supra note 230, aux actes privés d'un chef d'État, Lord Justice Lawrence Collins, dans l'arrêt *Aziz v. Aziz & Ors*, [2007] EWCA Civ 712 (CA), réfère au préambule de la *Convention* pour décrire l'immunité fonctionnelle. Cette disposition prévoit que l'État accréditaire doit traiter l'agent diplomatique « avec le respect qui lui est dû, et prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à sa personne, sa liberté et sa dignité ». Il remarque, au par. 61, que cette immunité, qui protège aussi un chef d'État, est fonctionnelle dans la mesure que « sa fonction dans les relations internationales est de protéger la capacité du chef d'État d'exercer ses fonctions et de promouvoir la coopération internationale [TRADUCTION] ».

²⁴⁸ *Trendtex Trading Corp.*, supra note 228.

²⁴⁹ Fox, *The Law of State Immunity*, supra note 237, aux pp. 217-218.

son gré et, (2) les tribunaux anglais n'ordonneront pas la saisie de biens qui sont dans la possession d'un État étranger et qui sont sur le territoire du Royaume-Uni²⁵⁰. Pour sa part, la doctrine restreinte prévoit que l'immunité de juridiction ne s'applique qu'aux actes de *jure imperii*, soient des actes de puissance publique ou souverains d'un État, et qu'elle ne peut protéger un État étranger contre des poursuites relatives à des actes de *jure gestionis*, soient des actes de gestion tels que des actes commerciaux²⁵¹.

La doctrine absolue, qui semble avoir été appliquée pour la première fois par les tribunaux anglais dans l'affaire du *Parlement Belge*²⁵², a été inspirée des motifs du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Schooner Exchange v. M'Faddon*²⁵³. Le refus d'exercer la juridiction dans une poursuite intentée contre un État étranger ou sur un bien d'un État étranger est justifié par « l'indépendance absolue de chaque autorité souveraine, et de la courtoisie internationale qui induit chaque État souverain à respecter l'indépendance et la dignité de chaque autre État souverain [TRADUCTION] »²⁵⁴. Il serait un affront à la dignité d'un souverain d'accepter qu'un autre souverain exerce un jugement sur lui à travers ses tribunaux²⁵⁵. Dans ces deux arrêts, le tribunal était appelé à déterminer la légalité d'un bref de saisie d'un navire appartenant à un État étranger, un navire de guerre français dans l'affaire du *Schooner Exchange* et un navire de la Couronne belge qui livrait la poste et qui transportait aussi des marchandises commerciales dans l'affaire du *Parlement Belge*. En raison de leur appartenance à un souverain, les tribunaux ont conclu que ces navires servaient des fins publiques nonobstant

²⁵⁰ *Compania Naviera Vascongado v. Steamship "Cristina"*, [1938] A.C. 485, à la p. 491 [*Steamship "Cristina"*].

²⁵¹ Christian Tomuschat, « The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions », (2011) 44 Vand. J. Transnat'l L. 1105, à la p. 1118.

²⁵² *The Parlement Belge*, [1879] 5 P.D. 197 [*The Parlement Belge*].

²⁵³ *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, 11 US 116 (1812) [*The Schooner Exchange*]. *The Parlement Belge*, *supra* note 246, aux pp. 208-209.

²⁵⁴ *The Parlement Belge*, *supra* note 252, aux pp. 214-215.

²⁵⁵ *The Schooner Exchange*, *supra* note 253, aux pp. 137-138. *The Parlement Belge*, *supra* note 252, aux pp. 206-207.

l'usage du navire belge à fins commerciales et, en conséquence, ils étaient soustraits à la juridiction territoriale des tribunaux américains et anglais²⁵⁶. Toutefois, si les États-Unis avaient été en guerre contre la France, ou si le navire belge avait appartenu à une personne privée, l'immunité juridictionnelle n'aurait pas été applicable selon le juge en chef Marshall dans l'affaire du *Schooner Exchange* et la High Court dans l'affaire du *Parlement Belge*.

Il peut être curieux, à première vue, de constater que, dans ces deux arrêts, le procureur général des États-Unis et celui du Royaume-Uni ont respectivement plaidé devant le tribunal que les navires français et belge étaient des navires dédiés à des fins publiques et appartenaient à des souverains étrangers avec lesquels on n'était pas en guerre, et que dans de telles circonstances, le droit des gens exigeait que le tribunal annule le bref de saisie en raison de l'immunité juridictionnelle dont jouissait la France et la Belgique²⁵⁷. Si on reprend le cas de l'immunité diplomatique, il doit être rappelé que l'adoption de la *Diplomatic Privileges Act* de 1708 était une tentative de la Grande-Bretagne de s'excuser auprès du Tsar de Russie pour un incident impliquant l'ambassadeur du Tsar à Londres et qu'un ambassadeur extraordinaire britannique a été expédié pour donner au Tsar une copie du texte de loi. On constate que les pouvoirs exécutifs britannique et américain tenaient à ce que le pouvoir judiciaire rende des décisions conformes au droit des gens. Deux raisons potentielles peuvent expliquer cet intérêt : (1) le désir de maintenir sa réputation d'État respectueux des normes du droit des gens et, (2) éviter de déstabiliser les relations avec un État étranger. Il doit être rappelé que Napoléon Bonaparte était l'Empereur des Français lorsque la décision dans l'affaire du *Schooner Exchange* a été rendue et que les États-Unis cherchaient à éviter d'être plongés dans les guerres napoléoniennes.

²⁵⁶ *The Schooner Exchange*, supra note 253, à la p. 147. *The Parlement Belge*, supra note 252, à la p. 220.

²⁵⁷ *The Schooner Exchange*, supra note 253, à la p. 118. *The Parlement Belge*, supra note 252, aux pp. 203-204.

Même si elle avait été formulée dans des décisions anglaises antérieures²⁵⁸, la doctrine restreinte de l'immunité juridictionnelle n'a définitivement remplacée la doctrine absolue dans la common law de l'Angleterre qu'en 1977 par les motifs de Lord Denning dans l'affaire *Trendtex*. Il avançait alors que la pratique des États était de ne plus accorder une immunité de juridiction à un État étranger pour les transactions commerciales qu'il conclut par l'entremise de ses départements et agences ou par les personnes morales qu'il crée²⁵⁹. Cette pratique se serait cristallisée en règle de droit international coutumier²⁶⁰. Il s'avère nécessaire de noter que la décision rendue dans l'affaire *Trendtex* émanait de la Cour d'appel de l'Angleterre et non pas de la House of Lords, qui, à cette époque, était le tribunal de dernière instance, et que la House of Lords continuait à appliquer la doctrine absolue²⁶¹. Lord Denning a jugé que le conflit avec la doctrine de *stare decisis* était plutôt apparent que réel dans ce cas car la Cour d'appel cernait l'existence de règles de droit international et non l'existence de règles du droit anglais, ce qui ressort de la compétence de la House of Lords²⁶². Or, le droit international ne connaît pas une règle de *stare decisis*. Puisque la règle relative à l'immunité juridictionnelle avait changé, la Cour d'appel devait donner effet à ce changement au lieu d'attendre pour la House of Lords de le prononcer²⁶³. Ceci signifie que la doctrine de l'incorporation ne serait pas soumise à l'autorité du précédent en common law²⁶⁴. L'année suivante, le Parlement britannique a adopté la *State Immunity Act*, qui énumère des exceptions à l'immunité de juridiction des États dont l'exception relative aux

²⁵⁸ *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*, [1958] AC 379, à la p. 422 [*Rahimtoola*]. *Thai-Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan*, [1975] 1 WLR 1485, à la p. 1491.

²⁵⁹ *Trendtex Trading Corp.*, *supra* note 228, aux pp. 366-368.

²⁶⁰ *Ibid.*, à la p. 368. À cet effet, il réfère à des décisions judiciaires de tribunaux belges, néerlandais, allemands, américains et britanniques et à l'article 4 de la *Convention européenne sur l'immunité des États*, 16 mai 1972, 1495 RTNU 181, STE 74 (entrée en vigueur : 11 juin 1976) qui prévoient qu'un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction pour des activités commerciales.

²⁶¹ J.G. Collier, « Is International Law Really Part of the Law of England? », (1989) 38 Int'l & Comp. L.Q. 924, à la p. 932.

²⁶² *Trendtex Trading Corp.*, *supra* note 228, aux pp. 366-367.

²⁶³ *Ibid.*, aux pp. 365-366.

²⁶⁴ *Ibid.*, à la p. 367.

activités commerciales d'un État étranger²⁶⁵. D'autres juridictions de common law ont adopté des lois relatives aux immunités juridictionnelles des États qui sont au même effet que cette loi²⁶⁶. De plus, en 1983, dans l'arrêt *I Congresso del Partido*, la House of Lords a reconnu que la doctrine restreinte, telle qu'elle était formulée dans *Trendtex*, était désormais applicable²⁶⁷.

Un dernier arrêt important dans le développement de l'immunité de juridiction en droit anglais est l'affaire *Pinochet No. III* dans laquelle la House of Lords était appelé à déterminer si le sénateur Augusto Pinochet pouvait être extradé vers l'Espagne pour être jugé pour des crimes qu'il aurait commis contre le peuple chilien pendant sa dictature²⁶⁸. Il invoquait l'immunité de juridiction *rationae materiae* dont jouissent les anciens chefs d'État pour les activités faites dans le cadre de leurs fonctions pour s'opposer à l'exécution du bref. Parmi les chefs d'allégation contenus dans le bref étaient la commission d'actes de torture²⁶⁹. Aucune des allégations ne se rapportaient à des citoyens espagnols ou étaient commis sur le territoire espagnol. Par une décision majoritaire, la House of Lords a conclu que le sénateur pouvait être extradé pour des actes de torture commis au Chili après 1988²⁷⁰. Tant les juges majoritaires que minoritaires affirmaient que la raison pour laquelle un ancien chef d'État jouit d'une immunité *rationae materiae* est pour « prévenir que les actes gouvernementaux d'un État soient remis en question lors de procédures devant les tribunaux d'un autre État, et que cette immunité est conférée à l'individu de manière

²⁶⁵ *State Immunity Act*, supra note 104, art. 3.

²⁶⁶ Fox, *The Law of State Immunity*, supra note 237, à la p. 221. Le Congrès des États-Unis a adopté la *Foreign Sovereign Immunities*, supra note 101, en 1976 et la *Loi sur l'immunité des États*, supra note 6, a été adoptée par le Parlement du Canada en 1982.

²⁶⁷ *I Congresso del Partido*, [1983] 1 AC 244, aux pp. 261-262 [*I Congresso del Partido*].

²⁶⁸ *Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet (No. 3)*, [1999] 2 ALL ER 97, [1999] UKHL 17 [*Ex Parte Pinochet (No. 3)*].

²⁶⁹ *Ibid.*, à la p. 584.

²⁷⁰ Bien que les actions alléguées dans les chefs aient été commises entre 1973 et 1992, la loi d'extradition britannique ne s'appliquait qu'aux crimes commis après son entrée en vigueur en 1988. En conséquence, le sénateur Pinochet pouvait seulement être extradé pour des actions commises entre 1989 et 1992.

incidente [TRADUCTION] »²⁷¹. Le fondement de cette immunité serait l'égalité souveraine des États et le principe de non-ingérence dans les affaires internes d'autres États²⁷².

Dans ses motifs concordants, Lord Millet affirmait cette immunité ne saurait s'appliquer aux activités criminelles qui sont prohibées par le droit international²⁷³. Il estime que les crimes prohibés par le droit international tombent sous la compétence universelle des États en vertu du droit international coutumier si ces crimes sont contraires à une norme péremptoire de droit international (*jus cogens*) et s'ils sont suffisamment graves et commis à grande échelle de telle sorte qu'on les considère justement comme une attaque contre l'ordre juridique international²⁷⁴. Puisque la coutume internationale fait partie de la common law, Lord Millet affirme que les tribunaux anglais ont et ont toujours eu une compétence criminelle extraterritoriale relativement à des crimes de compétence universelle en vertu de la coutume internationale²⁷⁵. Il conclut que l'usage systématique de la torture à grande échelle comme un instrument de politique étatique constituait un crime de compétence universelle. Même si la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*²⁷⁶ prévoit que le Chili a d'abord le droit de juger le sénateur Pinochet, ceci n'empêcherait d'autres États, y compris le Royaume-Uni, de le juger²⁷⁷. En conséquence, le bref d'extradition a été jugé valide et applicable. À la lumière des motifs de Lord Millet, il était possible de croire que les crimes internationaux

²⁷¹ *Ex Parte Pinochet (No. 3)*, *supra* note 268, à la p. 644.

²⁷² *Ibid.*, à la p. 645. Le Lord Millet cite entre autres la décision rendue par la House of Lords dans l'affaire *Brunswick v. King of Hanover*, (1848) 2 H.L.Cas. 1.

²⁷³ *Ex Parte Pinochet (No. 3)*, *supra* note 268, à la p. 645.

²⁷⁴ *Ibid.*, à la p. 649.

²⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 650.

²⁷⁶ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, *supra* note 80.

²⁷⁷ *Ex Parte Pinochet (No. 3)*, *supra* note 268, à la p. 652.

étaient incorporés dans la common law²⁷⁸. Nous verrons immédiatement ce qu'il en retourne.

2.1.3 Le droit pénal anglais

En 2006, la House of Lords a mis fin à cette possibilité dans l'arrêt *R v. Jones & Milling*²⁷⁹. Les appelants étaient des personnes qui ont causé des dommages à de l'équipement des forces armées britanniques dans le but d'empêcher la participation britannique à l'invasion de l'Irak en 2003. Elles ont tenté de justifier leurs actions en alléguant qu'ils cherchaient à prévenir et obstruer la commission d'un crime international, soit l'acte d'agression²⁸⁰. Or, la législation britannique autorisait une personne à utiliser la force pour prévenir la commission d'un acte criminel²⁸¹. Les appelants argumentaient que l'agression constituait un acte criminel en droit anglais par l'incorporation de crimes internationaux en droit anglais²⁸². Sans prendre position sur la légalité de l'invasion de l'Irak, la House of Lords a reconnu que l'agression constituait un crime international²⁸³. La défense des appelants a néanmoins été rejetée. L'autorisation pour une personne d'utiliser la force pour la prévention d'un acte criminel ne s'étendait pas à la prévention de crimes internationaux; elle se limitait aux crimes reconnus en droit interne²⁸⁴. Or, l'agression n'avait pas le statut de crime en vertu d'une disposition législative. La House of Lords a réaffirmé que la doctrine de l'incorporation s'applique toujours, mais elle a déclaré qu'un crime en vertu du droit international coutumier ne peut être incorporé en droit anglais en l'absence d'une

²⁷⁸ Patrick Capps, « The Court as Gatekeeper: Customary International Law in English Courts », (2007) 70 Mod. L. Rev. 458, à la p. 469.

²⁷⁹ *R v. Jones & Milling*, [2006] UKHL 16 [*Jones & Milling*].

²⁸⁰ *Ibid.*, au par. 2.

²⁸¹ Le paragraphe 3(1) de la *Criminal Law Act 1967* (R.-U.), c. 58, prévoit qu'une personne « peut utiliser la force raisonnable, compte tenu des circonstances dans la prévention d'un crime, ou pour assister dans l'arrestation légale de contrevenants ou de contrevenants soupçonnés ou de fugitifs [TRADUCTION] ».

²⁸² *Jones & Milling*, *supra* note 279, au par. 4.

²⁸³ *Ibid.*, au par. 12.

²⁸⁴ *Ibid.*, au par. 25.

disposition législative²⁸⁵. Cette conclusion se fonde sur la déclaration du Lord Atkin dans l'affaire *Chung Chi Cheung v. The King* relative à l'application de règles coutumières par un tribunal anglais : « [s]ur toute question juridique les tribunaux chercheront à cerner quelle est la règle pertinente et, lorsqu'ils l'auront trouvée, ils la considéreront incorporée dans le droit interne en autant qu'elle n'est pas incompatible avec les règles prévues par les lois ou déclarées par les tribunaux [TRADUCTION] »²⁸⁶.

Lord Bingham de Cornhill soumet que deux raisons empêchent l'incorporation automatique de crimes internationaux dans le droit anglais²⁸⁷. D'abord, les tribunaux anglais n'ont plus le pouvoir de créer de nouvelles infractions criminelles; seule la législation adoptée par le Parlement peut créer de nouvelles infractions. Lord Hoffman abonde dans le même sens en soumettant que le principe démocratique exige que seul le Parlement puisse créer des infractions criminelles²⁸⁸. Ensuite, la pratique du Royaume-Uni pour donner effet aux crimes reconnus par le droit international coutumier est d'adopter une loi pour incorporer ce crime. Aller à l'encontre de cette pratique irait à l'encontre de la prérogative du pouvoir exécutif en matière de relations étrangères et de la suprématie du Parlement dans l'adoption des lois. De cet arrêt, il ressort qu'une règle coutumière ne sera pas automatiquement incorporée si son incorporation reviendrait à créer une nouvelle infraction criminelle en droit anglais, ou si elle est incompatible avec une règle de common law ou de droit statutaire.

La limitation imposée par la House of Lords dans l'arrêt *Jones & Milling* relative aux infractions criminelles peut être retracée à l'arrêt *Regina v. Keyn* de 1876²⁸⁹. Un navire

²⁸⁵ *Ibid.*, au par. 28.

²⁸⁶ *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] AC 160 (PC), (1939) 33 AJIL 376, à la p. 378 [*Chung Chi Cheung*].

²⁸⁷ *Jones & Milling*, *supra* note 279, au par. 28.

²⁸⁸ *Ibid.*, au par. 60.

²⁸⁹ *Keyn*, *supra* note 291.

allemand, le *Franconia*, commandé par un capitaine allemand, avait fait collision avec un navire britannique. Une personne à bord le navire britannique s'est noyé. La collision s'est produite lorsque le *Franconia* était à une distance de trois miles marins de la côte du Royaume-Uni. Le capitaine a été arrêté au Royaume-Uni et a été inculqué d'homicide involontaire. Selon la Couronne, la collision a eu lieu sur le territoire anglais parce que le droit international reconnaissait aux États une mer territoriale de trois miles marins²⁹⁰. Ainsi, les tribunaux anglais seraient compétents pour juger le capitaine en question²⁹¹. Par une décision de sept contre six, la House of Lords a conclu que les tribunaux anglais n'avaient pas la compétence pour entendre l'affaire. La principale question en litige était la délimitation du territoire britannique. Selon la majorité, depuis le règne du roi Richard II, la common law prévoyait que le territoire britannique s'arrêtait à la laisse de basse mer et cette règle n'avait pas changé²⁹². Aucune loi britannique en vigueur n'avait étendu le territoire au-delà de la laisse de basse mer. La majorité en est donc venue à la conclusion que la collision s'était produite sur la haute mer et non sur le territoire britannique et, en conséquence, les tribunaux anglais n'avaient pas la compétence pour juger le capitaine du *Franconia*. Lord Bingham dans l'affaire *Jones & Milling* cite un extrait des motifs majoritaires du juge en chef Lord Cockburn dans cet arrêt :

« [à] mon avis, la preuve la plus évidente d'un assentiment unanime de la part d'autres nations ne serait pas suffisante pour autoriser les tribunaux de ce pays d'appliquer en l'absence d'une loi du Parlement ce qui constituerait une nouvelle loi. Faire ainsi reviendrait à usurper de manière injustifiée le domaine de la législature. L'assentiment des nations serait sans doute suffisant pour donner la puissance parlementaire de légiférer dans un domaine autrement du ressort du droit international, mais il serait impuissant pour conférer sans législation une compétence qui va au-delà ce que le droit connaît, tel que la compétence [des tribunaux anglais] sur les étrangers, sur un navire étranger, sur une portion de la haute mer [TRADUCTION] »²⁹³.

Cet arrêt *Regina v. Keyn* mérite d'être souligné pour deux raisons.

²⁹⁰ Neff, « United Kingdom », *supra* note 223, à la p. 622.

²⁹¹ *Regina v. Keyn*, (1876) 2 Ex D 63, à la p. 173 [*Keyn*].

²⁹² *Ibid.*, à la p. 239.

²⁹³ *Ibid.*, à la p. 203.

La première particularité de ce jugement est en lien avec la règle coutumière dont il était question. Les conventions multilatérales sur le droit de la mer, qui codifient la coutume, prévoient qu'un État côtier a droit à une mer territoriale de douze miles marins²⁹⁴ et qu'elle peut, sauf exception, exercer sa compétence pénale sur les navires étrangers qui se trouvent dans sa mer territoriale²⁹⁵. La règle moderne est permissive car elle n'oblige pas l'État côtier à réclamer sa mer territoriale ou à exercer sa compétence pénale sur les navires étrangers qui s'y trouvent. En 1876, la plupart des États occidentaux considéraient que la coutume internationale accordait aux États côtiers une mer territoriale de trois miles marins, mais il n'y avait aucun consensus sur les droits dont jouissait un État sur sa mer territoriale²⁹⁶. Le gouvernement britannique était d'avis qu'un État pouvait exercer sa compétence plénière sur sa mer territoriale, mais cette position n'était pas encore acceptée en 1876²⁹⁷. De nombreux États affirmaient que, sur la mer territoriale, les navires étrangers étaient soustraits à la compétence de l'État côtier pour les crimes commis à bord du navire. À l'instar de la règle moderne, la position britannique était permissive car elle n'obligeait pas l'État côtier à exercer sa compétence pénale; elle lui permettait simplement de le faire. En 1878, le Parlement britannique a clairement signalé son intention d'exercer sa compétence pénale lorsqu'il a adopté la *Territorial Waters Jurisdiction Act* en réponse à l'arrêt *Keyn*²⁹⁸. Cette loi étend la compétence pénale pour des crimes punissables par jury à

²⁹⁴ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, supra note 61, art. 3.

²⁹⁵ L'article 17 de la *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë*, le 29 avril 1958, 516 RTNU 205 (entrée en vigueur : 10 septembre 1964) prévoit que : « les navires étrangers qui exercent le droit de passage inoffensif doivent se conformer aux lois et règlements édictés par l'État riverain en conformité avec [les articles de la *Convention*] et les autres règles du droit international » tandis que l'article 19 de la *Convention* prévoit des cas dans lesquels l'État riverain peut exercer sa juridiction pénale sur un navire de commerce étranger. L'article 27 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, supra note 61, reprend le libellé de l'article 17 de la *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë* et énumère les cas dans lesquels un État riverain peut exercer sa compétence pénale sur les navires étrangers qui traversent sa mer territoriale.

²⁹⁶ Robin Rolf Churchill et Alan Vaughan Lowe, *The Law of the Sea*, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1988, aux pp. 60 et 64-65 [Churchill et Lowe, *The Law of the Sea*].

²⁹⁷ *Ibid.*, à la p. 77.

²⁹⁸ *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878*, 41 & 42 Vict., c. 73.

tout navire, britannique ou étranger, se trouvant dans la mer territoriale²⁹⁹. Même si cette loi est conforme au droit de la mer moderne, lors de son adoption, elle avait fait l'objet d'une opposition considérable au sein du Parlement, d'autres États et de publicistes, qui estimaient qu'elle excédait la compétence limitée reconnue aux États côtiers en vertu du droit international³⁰⁰. Il se peut que l'incertitude relative aux droits attachés à la mer territoriale en 1876 et les divergences entre les États sur cette question étaient dans l'esprit des juges majoritaires dans l'arrêt *Keyn* et que ces deux facteurs les a amené à rendre une décision qui ne serait pas critiquée ou mal reçue par d'autres États.

L'arrêt *Keyn* est aussi significatif parce qu'un juge, le juge en chef, remet même en question la doctrine de l'incorporation de la coutume internationale en droit anglais et semble opter pour la doctrine de la transformation, qui requiert une loi du Parlement pour incorporer une règle de droit international³⁰¹. La citation précitée constitue une illustration de cette position. En plus des préoccupations reliées aux droits attachés à la mer territoriale et les objections d'autres États, le juge en chef cherchait à éviter que la règle de réception de la coutume internationale empiète sur les pouvoirs du Parlement britannique. Il semble avoir été le seul juge à exprimer cette crainte parmi le banc qui a entendu l'affaire *Keyn* car les douze autres juges n'ont pas donné d'avis sur la question. Compte tenu des arrêts rendus depuis l'arrêt *Keyn* qui reconnaissent et appliquent la doctrine de l'incorporation, cette préoccupation ne semble pas avoir empêché l'application subséquente de la coutume internationale. Ce constat vaut aussi pour l'importation de cette règle de réception en droit canadien.

²⁹⁹ *Ibid.*, art. 2.

³⁰⁰ Churchill et Lowe, *The Law of the Sea*, *supra* note 296, à la p. 77.

³⁰¹ Kreuser et Larocque, « L'incorporation de la coutume internationale en common law canadienne », *supra* note 3, à la p. 185. Le régime du droit des traités en droit anglais obéit à la doctrine de la transformation : Neff, « United Kingdom », *supra* note 223, à la p. 622.

2.2 Les réalités de l'application de la coutume internationale par les tribunaux canadiens

Avant que la Cour suprême du Canada ne déclare explicitement que la doctrine anglaise de l'incorporation de la coutume internationale s'applique en droit canadien dans l'arrêt *Hape*, les tribunaux canadiens avaient directement appliqué des règles coutumières depuis le début du vingtième siècle. Ils réfèrent souvent à des arrêts anglais pour justifier le recours à des règles coutumières. À l'instar des tribunaux anglais, les tribunaux canadiens ont eu recours à la coutume internationale notamment dans les affaires relatives aux immunités diplomatiques, aux immunités juridictionnelles des États et au droit de la mer³⁰². Même si la coutume moderne ne se limite pas à ces règles, une étude de l'application de ces règles par les tribunaux canadiens montre que ces derniers appliquent la coutume de manière sélective dans ces domaines. Deux tendances dans l'application de la coutume internationale ont été identifiées et seront présentées dans cette section.

En étudiant des arrêts dans lesquels les tribunaux canadiens ont été appelés à déterminer la légalité de la saisie d'un navire étranger ayant commis des infractions dans les eaux territoriales du Canada, il peut être constaté que les tribunaux canadiens tendent à faire usage des règles coutumières applicables afin de justifier la saisie du navire (2.2.1). En universalisant ce phénomène, il peut être affirmé que la coutume internationale est parfois utilisée par les tribunaux canadiens pour justifier l'exercice de prérogatives du gouvernement canadien. Semblablement aux tribunaux anglais, la jurisprudence canadienne relative à l'immunité diplomatique et à l'immunité de juridiction illustre le souci des tribunaux canadiens de ne pas mettre en danger les relations bilatérales du Canada avec un autre État (2.2.2). Lorsqu'un tribunal canadien est saisi d'une poursuite contre un État précis ou un diplomate étranger, il tend à appliquer une règle coutumière afin de rejeter la poursuite ou, dans le cas où la règle entre en contradiction avec la Constitution ou une loi, il

³⁰² Macdonald, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada », *supra* note 9, aux pp. 99-111.

appliquera la disposition constitutionnelle ou législative afin d'empêcher qu'un jugement rendu contre l'État ou le diplomate ne soit exécutoire.

Il est à noter que l'arrêt *Hape* ne sera pas étudié ici car il ne constitue pas un cas d'application *directe* de la coutume internationale. Le juge LeBel, qui a rédigé les motifs majoritaires et qui a déclaré que la doctrine de l'incorporation faisait partie du droit canadien, a répondu à la question en litige, l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sans appliquer directement de règle coutumière. Il a plutôt interprété la *Charte* en fonction des principes coutumiers de la non-intervention et de la souveraineté territoriale pour soutenir la règle générale que la *Charte* ne peut recevoir une application extraterritoriale sans le consentement de l'État³⁰³.

2.2.1 Le droit de poursuite et de saisie de navires étrangers : la justification de l'exercice de prérogatives du gouvernement canadien

Les premiers litiges dans lesquels les tribunaux canadiens ont directement appliqué des règles coutumières étaient relatifs à la saisie de navires étrangers ayant commis des infractions dans la mer territoriale du Canada. Dans une première affaire de 1894, un bateau de pêche américain, le *Grace*, a été arrêté par un navire du gouvernement canadien pour avoir pêché dans les eaux canadiennes sans permis³⁰⁴. Le *Grace* se trouvait dans le Lac Erie au moment de sa saisie. En vertu du Traité de Versailles de 1783, les frontières du Canada passaient par le milieu du Lac Erie. La question en litige était la délimitation des eaux canadiennes dans le lac. Les propriétaires du *Grace* soumettaient que la règle de droit international applicable à la mer territoriale, une distance de trois miles marins à partir de la laisse de basse mer (de la côte de l'Ontario), était applicable³⁰⁵. Or, le *Grace* était à une distance supérieure de trois miles marins de la côte canadienne, ce qui aurait signifié qu'il

³⁰³ *Hape*, *supra* note 2, aux par. 68-69.

³⁰⁴ *The Queen c The Grace*, (1894) 4 Ex. C.R. 283 [*The Grace*].

³⁰⁵ *Ibid.*, à la p. 285.

se trouvait à l'extérieur des eaux canadiennes. Le juge McDougall, de la Cour de l'Échiquier, n'a pas retenu cet argument. Il a constaté que « le droit des gens reconnaît l'autorité d'un État à réclamer des droits territoriaux relativement aux lacs internes qui se trouvent dans les limites de ses frontières établies par des traités »³⁰⁶. Appliquée aux faits du litige, cette règle impliquait que l'ensemble des eaux incluses dans la zone entre la côte de l'Ontario et la ligne de délimitation du lac prévue par le Traité de Versailles constituaient des eaux canadiennes. Après avoir établi que le *Grace* se trouvait au nord de la ligne de démarcation, c'est-à-dire dans les eaux territoriales canadiennes, il a conclu que la saisie du *Grace* était valide et qu'il appartenait désormais au gouvernement canadien.

Deux remarques doivent être faites par rapport à cet arrêt. D'abord, le juge McDougall a directement appliqué une règle de droit international sans spécifier sur quel fondement il pouvait appliquer cette règle. Aucune référence à la doctrine de l'incorporation ou à un arrêt anglais appliquant cette doctrine n'a été faite. Cet arrêt constitue un cas d'application implicite de la doctrine de l'incorporation³⁰⁷. Ensuite, cet arrêt contredit l'arrêt *Regina v. Keyn*³⁰⁸. Dans l'arrêt précité, les juges majoritaires avaient refusé d'appliquer en l'absence d'une loi du Parlement la règle coutumière qui prévoyait qu'un État côtier peut réclamer une mer territoriale de trois miles marins et exercer sa compétence pénale sur cette mer. Ils ont donc déclaré que le tribunal était incompétent pour juger un acte d'accusation porté contre le capitaine d'un navire étranger relatif à une collision qui s'est produite sur la mer territoriale. Quant à l'affaire du *Grace*, l'*Acte concernant la pêche par les navires étrangers*, la loi en vertu de laquelle le *Grace* a été arrêté et vendu, prévoyait qu'un navire étranger qui pêche dans les eaux territoriales canadiennes ou dans une zone de trois miles marins à partir de la côte canadienne sans un permis peut être arrêté et peut être déclaré la

³⁰⁶ *Ibid.*, à la p. 289.

³⁰⁷ Macdonald, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada », *supra* note 9, à la p. 99.

³⁰⁸ *Keyn*, *supra* note 291.

propriété de la Couronne³⁰⁹. Aucune loi canadienne n'étendait le territoire canadien jusqu'au milieu du lac Erie ou permettait au Canada d'exercer sa compétence pénale dans la zone comprise entre la côte canadienne et la ligne de démarcation sur le lac. Le juge McDougall s'est appuyé sur une règle coutumière pour déclarer que le *Grace* se trouvait dans les eaux canadiennes et pour valider l'arrestation du *Grace* par les autorités canadiennes. La résultante ici est donc que la Cour de l'Échiquier a légitimé l'exercice d'un acte souverain du Canada en recourant à une règle coutumière.

L'application de règles coutumières pour valider la saisie d'un navire étranger ayant commis une infraction dans les eaux territoriales du Canada ne se limite pas à l'affaire du *Grace*. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire du *North* de 1906 en est un autre exemple³¹⁰. Un bateau de pêche américain, le *North*, pêchait dans la mer territoriale de trois miles marins adjacente à la Colombie-Britannique. Pourchassé par un navire du gouvernement canadien, le *Kestrel*, lorsqu'il se trouvait encore dans la mer territoriale, le *North* a quitté les eaux territoriales du Canada et a été arrêté sur la haute mer par le *Kestrel*. Devant la Cour de l'Échiquier, les propriétaires du *North* avaient contesté la légalité de l'arrestation au motif qu'il ne pouvait être arrêté en haute mer³¹¹. La Cour n'avait pas retenu cet argument et a justifié la légalité de la poursuite et de l'arrestation en haute mer par le droit de poursuite, un droit reconnu par la coutume internationale³¹². Ce droit permet à un État de poursuivre en haute mer un navire étranger qui commet une infraction sur le territoire dudit État en autant que la poursuite commence lorsque le navire se trouve encore

³⁰⁹ *Acte concernant la pêche par les navires étranger*, SRC (1886), c 94, art. 3 et 4 [*Acte concernant la pêche par les navires étranger*].

³¹⁰ *The North c The King*, [1906] 37 RCS 385 [*The North*].

³¹¹ *Ibid.*, aux pp. 386-387.

³¹² *Ibid.*, à la p. 394.

sur le territoire de l'État³¹³. Commentant le recours au droit de poursuite, le juge Davies, de la Cour suprême, écrit :

« [j]e crois que la Cour de [l'Échiquier], lorsqu'elle exerce sa compétence, est tenue de prendre connaissance du droit des gens et par ce droit, quand un navire à l'intérieur du territoire d'un État étranger, commet une infraction de ses lois relatives à la protection des pêcheries, des revenus et des côtes, ce navire peut être immédiatement poursuivi dans les mers ouvertes au-delà des limites territoriales et peut être saisi [TRADUCTION] »³¹⁴.

Le juge de première instance avait donc le devoir de prendre connaissance d'office du droit de poursuite et de l'appliquer aux faits du litige. En plus de contester l'application du droit de poursuite, les propriétaires du *North*, ont soumis à la Cour suprême du Canada que les règles de droit international ne s'appliquent qu'entre les États et, lorsqu'elles s'appliquent, elles doivent être incorporées par le moyen de lois ou de déclarations du pouvoir exécutif³¹⁵. Tel que dans l'affaire du *Grace*, le *North* a été arrêté et saisi en vertu de l'*Acte concernant la pêche par les navires étrangers* et cette loi ne comportait pas de disposition qui permettait aux autorités canadiennes d'arrêter des navires étrangers au-delà de la mer territoriale de trois miles marins. Face à cet argument, le juge Davies remarque que le libellé de cette loi ne limite pas l'exercice du pouvoir des officiers responsables d'assurer la protection des pêcheries à l'intérieur de la limite de trois miles marins³¹⁶. Au contraire, la loi aurait implicitement adopté le droit de poursuite car le droit du Canada d'appliquer ses lois pénales dans sa mer territoriale ne saurait être frustrée par la tentative d'un contrevenant de s'échapper³¹⁷.

³¹³ Ce droit a été codifié par la *Convention sur la haute mer*, 29 avril 1958, 450 RTNU 82 (entrée en vigueur : le 30 septembre 1962) à l'article 23 et par la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, *supra* note 61, à l'article 111. Voir Randall Walker, « International Law of the Sea: Applying the Doctrine of Hot Pursuit in the 21st Century », (2011) 17 Auckland U.L. Rev. 194, à la p. 199 [Walker, « International Law of the Sea: Applying the Doctrine of Hot Pursuit in the 21st Century »].

³¹⁴ *The North*, *supra* note 310, à la p. 394.

³¹⁵ *Ibid.*, à la p. 387.

³¹⁶ *Ibid.*, à la p. 394.

³¹⁷ *Ibid.*, à la p. 400.

Dans des litiges subséquents relatifs à la saisie de navires étrangers par le Canada sur la base du droit de poursuite, les tribunaux ont clairement déclaré que le droit international coutumier fait partie du droit canadien et qu'en conséquence le droit de poursuite y est intégré. En 1986, dans l'affaire *R c Sunila*, le juge Hart, au nom de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, déclare que le droit de poursuite est « basé sur les anciens principes du droit des gens adoptés par la common law d'Angleterre, qui est devenue le droit du Canada [TRADUCTION] »³¹⁸. Semblablement, dans l'arrêt *R c Rumbaut* (1998), le juge Deschênes écrit que « les [*Convention sur la haute mer et Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*] sont uniquement déclaratoires de la doctrine de la présence constructive extensive en tant que règle de droit international coutumier de la mer, qui fait donc partie du droit interne du Canada [TRADUCTION] »³¹⁹.

Le droit de poursuite connaît toutefois des limites et les tribunaux canadiens les reconnaissent. Il ne permet pas à un État de continuer à poursuivre un navire qui entre dans les eaux territoriales d'un autre État³²⁰. Dans l'arrêt *R c Dunphy (D.J.)* de 1994, le tribunal a déclaré inadmissible un élément de preuve qui a été obtenu en violation de cette limitation³²¹. La Gendarmerie Royale du Canada (GRC) avait poursuivi un navire et avait pris sans mandat des éléments de preuve de ce navire après qu'il est arrivé au port de l'Île Saint-Pierre et Miquelon, une collectivité d'outre-mer de la République française. Les activités de la GRC ont été faites sans la permission du gouvernement de l'Île Saint-Pierre et Miquelon. Le tribunal a exclu l'élément de preuve au motif que l'admettre « reviendrait à

³¹⁸ *R c Sunila*, [1986] N.S.J. No. 76 (NSCA) (QL), aux pp. 5-6.

³¹⁹ *R c Rumbaut*, [1998] 202 NBR (2d) 87 (NBQB), à la p. 29. La doctrine de « présence constructive extensive » est une variante du droit de poursuite. Sous le droit de poursuite ordinaire, un seul navire perpétue l'infraction dans les eaux territoriales d'un État. Dans le cas de la présence constructive extensive, deux navires perpétuent l'infraction ensemble. Un navire se trouve à l'intérieur des eaux territoriales de l'État tandis que l'autre navire est à l'extérieur des eaux, mais ils agissent ensemble. Walker, « International Law of the Sea: Applying the Doctrine of Hot Pursuit in the 21st Century », *supra* note 313, à la p. 206.

³²⁰ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, *supra* note 61, art. 111(3). Walker, « International Law of the Sea: Applying the Doctrine of Hot Pursuit in the 21st Century », *supra* note 313, à la p. 197.

³²¹ *R c Dunphy (D.J.)*, [1994] 140 Nfld & PEIR 8 (NLSC).

endosser un comportement contraire au droit international et à la courtoisie internationale [TRADUCTION] »³²². Cette interprétation des pouvoirs de la GRC à la lumière de règles coutumières a été validée par le juge LeBel dans l'arrêt *Hape* lorsqu'il affirme qu'en plus de constituer des règles de droit canadien, les règles coutumières prohibitives peuvent aussi constituer des outils d'interprétation législative³²³. En rendant cette décision, le tribunal a signalé que le Canada ne permettra pas à ses organes policiers de contrevenir à la souveraineté d'autres États sans leur permission même si l'atteinte à la souveraineté ne leur porte pas un réel préjudice.

Dans les arrêts relatifs à la poursuite et à la saisie de navires étrangers, les tribunaux canadiens appliquent directement des règles coutumières qui légitiment l'action des autorités canadiennes, parfois sans même spécifier la base sur laquelle ils donnent une application directe à la règle. Au cours des années 1980 et 1990, les tribunaux canadiens justifient leur recours à la coutume internationale en affirmant que cette source de règles de droit international fait partie du droit canadien, mais ils ne réfèrent pas à des précédents canadiens ou anglais pour soutenir cette affirmation. Or, avant l'arrêt *Hape*, des jugements canadiens rendus en matière d'immunité diplomatique et d'immunité juridictionnelle avaient importé la doctrine anglaise de l'incorporation en droit canadien. Il est donc probable que les décisions relatives au droit de la mer réfèrent à ces précédents lorsqu'elles déclarent que les règles coutumières constituent des règles de droit canadien.

2.2.2 Les immunités diplomatique et juridictionnelle : la préservation des relations bilatérales du Canada

Les décisions des tribunaux canadiens relatives aux immunités diplomatiques et juridictionnelles rendues avant *Hape* sont plus explicites quant aux origines anglaises de l'application de la coutume internationale en droit interne. Elles reflètent aussi une

³²² *Ibid.*, aux par. 13 et 15.

³²³ *Hape*, *supra* note 2, au par. 46.

deuxième tendance des tribunaux canadiens dans l'application de la coutume : dans les affaires où un État étranger ou un diplomate étranger est poursuivi au Canada, les tribunaux canadiens tendent à appliquer l'immunité diplomatique ou l'immunité juridictionnelle afin de rejeter la poursuite ou, si l'immunité entre en conflit avec la Constitution, les tribunaux canadiens feront en sorte de ne pas rendre un jugement exécutoire contre l'État ou le diplomate en question. Nous soumettons qu'une raison pour laquelle les tribunaux canadiens agissent ainsi est pour préserver les relations bilatérales du Canada avec l'État poursuivi ou l'État duquel provient le diplomate. Avant l'adoption de la *Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires* en 1977, qui a été abrogée et remplacée par la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales* en 1991³²⁴, et l'adoption de la *Loi sur l'immunité des États* en 1982, les immunités diplomatique et juridictionnelle étaient uniquement régies par la common law en droit canadien³²⁵. Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires* et de la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, les dispositions de ces lois et, par extension, des conventions qu'elles

³²⁴ *Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires*, LRC (1985), c P-22 [*Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires*]. *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, LC 1991, c 41 [*Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*]. Ces deux lois codifient la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, supra note 230, et la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 24 avril 1963, 596 RTNU 261, [1974] RT Can n°25, (entrée en vigueur : 17 août 1974) [*Convention de Vienne sur les relations consulaires*]. En 1995, le projet de loi 98, *Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires*, 1^e sess, 35^e lég, Québec, 1995 (présenté le 10 mai 1995), a été présenté à l'Assemblée nationale du Québec a été réinscrit le 17 avril 1996, mais elle n'a jamais été adoptée. À l'instar de la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales* et de la loi qui l'avait précédé, ce projet de loi visait à mettre en œuvre la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* et la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*.

³²⁵ *Loi sur l'immunité des États*, supra note 6. En 2004, la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 2 décembre 2004, 44 ILM 803 (2005) [*Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*] a été conclue, mais elle n'est pas encore entrée en vigueur faute d'un nombre suffisant de ratifications. Certaines dispositions de cette convention reflètent des règles coutumières. Voir David P. Stewart, « The Immunity of State Officials Under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property », (2011) 44 Vand. J. Transnat'l L. 1047, aux pp. 1050-1051.

mettent en œuvre, ont été appliquées de façon régulière et à la place de règles coutumières³²⁶.

Quant à l'immunité juridictionnelle, il y a eu pendant longtemps une ambiguïté quant à savoir si la *Loi sur l'immunité des États* constituait une codification exhaustive des règles coutumières relatives à l'immunité juridictionnelle des États, principalement en ce qui a trait aux exceptions à cette immunité. Si cette loi codifiait de manière exhaustive la coutume en cette matière au moment de son adoption, ceci signifierait que des exceptions à cette immunité qui se seraient cristallisées après l'adoption de cette loi en 1982 ne feraient pas partie du droit canadien sauf si la *Loi* était amendée pour les inclure. Certaines décisions étaient de cet avis tandis que d'autres concluaient que la *Loi* n'était pas exhaustive et qu'on pouvait donc recourir à la coutume pour identifier d'autres exceptions à cette immunité. La Cour suprême du Canada a tranché cette question en 2014 dans l'affaire *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran* : la *Loi sur l'immunité des États* est une codification exhaustive de l'immunité juridictionnelle des États, ce qui exclut un recours à la coutume internationale pour identifier des exceptions non-incorporées dans les dispositions de cette loi³²⁷. Ce développement récent soulève la question de savoir si l'adoption d'une loi pour codifier les règles coutumières en matière d'immunités diplomatiques et juridictionnelles amène les tribunaux canadiens à écarter tout changement à ces règles qui serait survenu après l'adoption de cette loi. Nous analyserons la jurisprudence relative à l'immunité diplomatique et à l'immunité juridictionnelle des États tout en déterminant si l'adoption de lois par le Parlement du Canada dans ces domaines a eu un effet sur l'application de règles coutumières pertinentes par les tribunaux canadiens.

³²⁶ Durant la période dans laquelle la *Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires*, supra note 324, était en vigueur, ses dispositions ont été appliquées dans seulement deux arrêts : *Re Regina and Palacios*, (1984) 7 DLR (4^e) 112, 101 ILR 306 (ONCA) [*Re Regina and Palacios*] et *Singhal c Babesail*, [1989] OJ No. 1146 (ONDC). Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, supra note 324, cette loi a été citée et ses dispositions ont été appliquées dans trente-trois arrêts, y compris dans des litiges impliquant une organisation internationale.

³²⁷ *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, supra note 5.

Une des premières affaires dans lesquelles un tribunal canadien a référé aux précédents anglais pour appliquer directement une règle coutumière en droit interne était le renvoi *Re Foreign Legations* (1943) dans lequel le gouverneur en conseil a demandé à la Cour suprême du Canada de déterminer si la ville d'Ottawa pouvait prélever des impôts fonciers sur les immeubles occupés et appartenant aux légations française, américaine et brésilienne³²⁸. Trois des cinq juges ont répondu par la négative au motif que l'immunité diplomatique a pour effet que les immeubles qu'une mission diplomatique occupe et possède pour les fins de ses fonctions ne peuvent faire l'objet d'impôts fonciers³²⁹. Les deux autres juges ont répondu par l'affirmative, mais ils ont spécifié qu'en cas de défaut de paiement, la ville ne peut ni demander au tribunal d'ordonner celui-ci, ni saisir les immeubles sur lesquels des impôts étaient dus³³⁰. Cette position minoritaire revenait à nier à la ville d'Ottawa un recours effectif contre un État qui fait défaut de paiement des impôts.

La curiosité de ces différentes réponses est que les cinq juges adoptent un raisonnement similaire. Le juge en chef Duff, un juge majoritaire, cite l'arrêt *Heathfield v. Chilton* de 1767 : « [l]e droit des gens sera appliqué autant en Angleterre que n'importe où [TRADUCTION] »³³¹. Cette immunité faisait donc partie du droit anglais et donc du droit ontarien. À son avis, il était évident que l'immunité des légations diplomatiques comportait une immunité juridictionnelle qui protégeait la légation ainsi que les biens d'un État étranger utilisés à des fins diplomatiques³³². Il s'appuie entre autres sur l'affaire du *Parlement Belge*³³³ et sur le jugement du Conseil privé dans *Chung Chi Cheung v. The King* dans lequel Lord Atkin avait déclaré : « [l]e souverain, son représentant, et ses biens,

³²⁸ *Reference re Powers of Ottawa (City) & Rockcliffe Park (Village) to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners Residencies*, [1943] RCS 208 [*Re Foreign Legations*].

³²⁹ Le juge en chef Duff et les juges Rinfret et Taschereau.

³³⁰ Les juges Kerwin et Hudson.

³³¹ *Re Foreign Legations*, *supra* note 328, à la p. 214. *Heathfield*, *supra* note 234, à la p. 50.

³³² *Re Foreign Legations*, *supra* note 328, aux p. 220-221.

³³³ *The Parlement Belge*, *supra* note 252.

y compris ses navires publics armés, ne seront pas soumis aux procédures judiciaires [TRADUCTION] »³³⁴. En droit anglais, cette immunité signifiait, de l'avis du juge en chef, que les impôts et les taxes prévus par les lois anglaises contre les biens utilisés ou appartenant à des agents diplomatiques ne créaient pas une responsabilité chez ces agents de les payer et qu'aucune procédure judiciaire ne pouvait être entreprise pour récupérer des taxes ou des impôts impayés³³⁵. Puisque le droit anglais faisait partie du droit de l'Ontario, cette règle s'appliquait à la ville d'Ottawa, ce qui signifiait qu'elle ne pouvait tenter de recours pour obtenir le paiement des impôts fonciers³³⁶.

Pour sa part, le juge Hudson, qui avait répondu par l'affirmative à la question de savoir si la ville pouvait exiger l'impôt foncier aux légations, reconnaissait aussi qu'une règle de droit international, incorporée en droit anglais, exige qu'aucune procédure puisse être intentée contre un État souverain ou ses représentants diplomatiques relative aux impôts municipaux impayés³³⁷. Il ne met pas en question l'assertion que cette règle faisait partie du droit de l'Ontario. Il note, toutefois, que d'après l'arrêt anglais *Dickinson v. Solar*³³⁸, l'immunité diplomatique protège seulement contre la responsabilité; un agent diplomatique peut être poursuivi, mais le tribunal ne retiendra pas sa responsabilité pour les actions couvertes par son immunité³³⁹. La province de l'Ontario avait la compétence législative en matière de taxation municipale et aucune loi canadienne ou ontarienne ne prévoyait l'octroi de privilèges ou d'immunités relatifs aux légations diplomatiques. En conséquence, la ville d'Ottawa pouvait exiger des légations française, américaine et brésilienne qu'elles paient des impôts fonciers, mais elle ne pouvait demander à un tribunal de rendre un jugement contre ces légations ou leur État d'origine pour des impôts non payés. Malgré le droit de la

³³⁴ *Re Foreign Legations*, supra note 328, à la p. 221. *Chung Chi Cheung v. The King*, supra note 286, à la p. 383.

³³⁵ *Re Foreign Legations*, supra note 328, à la p. 228.

³³⁶ *Ibid.*, à la p. 231.

³³⁷ *Re Foreign Legations*, supra note 328, à la p. 243. *Steamship "Cristina"*, supra note 250, à la p. 506.

³³⁸ *Del Solar*, supra note 236, à la p. 377.

³³⁹ *Re Foreign Legations*, supra note 328, à la p. 245.

ville de prélever des impôts fonciers sur les légations, le juge Hudson a effectivement nié ce droit en appliquant la règle coutumière de l'immunité diplomatique telle qu'il la comprenait. Si la Cour suprême du Canada avait répondu que la ville d'Ottawa pouvait obtenir un jugement exécutoire contre les légations pour la réclamation d'impôts fonciers, il est possible que les relations du Canada avec la France libre, les États-Unis et le Brésil aient pu souffrir en conséquence. Or, la Cour a rendu une décision qui a permis d'éviter une telle possibilité, ce qui a permis de préserver les relations du Canada avec ces États dans un contexte de guerre.

Bien que plusieurs arrêts relatifs à l'immunité diplomatique aient été rendus par les tribunaux canadiens depuis le renvoi *Re Foreign Legations*, celui-ci constitue la référence en la matière. Des arrêts subséquents relatifs le citent pour affirmer que les règles coutumières relatives à l'immunité diplomatique font partie du droit canadien³⁴⁰.

Par ailleurs, depuis l'incorporation de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*³⁴¹ et la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*³⁴² en droit canadien, les tribunaux appliquent directement les dispositions de ces conventions qui ont été incorporées en droit interne. Ils ont toutefois été confrontés à la question d'interpréter les conséquences de l'incorporation partielle de ces conventions en droit canadien dans l'affaire *R c Bonadie*³⁴³. Un consul, agissant à l'extérieur de sa circonscription consulaire avait aidé un inculpé provenant de son État accréditant à ne pas comparaître à son procès criminel. L'article 6 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*³⁴⁴, une disposition non incorporée en droit canadien, prévoit que l'officier consulaire n'agit qu'à

³⁴⁰ *Re Regina and Palacios*, supra note 326, à la p. 310. *Saint John (City) c Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] RCS 263, aux pp. 266-267 [*Fraser-Brace Overseas Corp.*].

³⁴¹ *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, supra note 230.

³⁴² *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, supra note 324.

³⁴³ *R c Bonadie*, [1996] O.J. No. 2909 (ONCJ) (QL) [*Bonadie*].

³⁴⁴ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, supra note 324.

l'intérieur de sa circonscription consulaire, tandis que l'article 44 de la même *Convention*, et qui lui a été incorporé, stipule que l'immunité de juridiction d'un officier consulaire ne s'étend qu'aux actes commis dans l'exercice de ses fonctions, ce qui se limite aux actes commis à l'intérieur de la circonscription consulaire³⁴⁵. Le tribunal a conclu que l'immunité s'appliquait aux actes du consul. Il estimait que le défaut d'incorporer l'article 6 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*³⁴⁶ en droit canadien était attribuable à la reconnaissance du législateur que des États « pauvres », tels que l'État duquel provenait le consul et le résident, n'ont pas les ressources pour financer plusieurs postes consulaires et une ambassade par État accréditant³⁴⁷. Les officiers consulaires provenant de ces États doivent alors disposer d'une marge de manœuvre pour exercer leurs fonctions, ce qui comprend l'assurance qu'ils disposent d'une immunité de juridiction pour tout acte pris dans le cadre de leurs fonctions, même si cet acte se fait à l'extérieur de la circonscription consulaire. Le tribunal semble avoir interprété un silence dans une loi incorporant une convention internationale au bénéfice d'États étrangers afin de ne pas nuire aux relations bilatérales du Canada avec ces États, même si ces relations n'ont pas la même valeur que les relations du Canada avec des États plus puissants.

L'adoption de la *Loi sur l'immunité des États*³⁴⁸ en 1982 a signalé l'adhésion du gouvernement canadien à la doctrine restreinte de l'immunité juridictionnelle. D'après le renvoi *Re Code canadien du travail*³⁴⁹, cette loi est une codification de la théorie restreinte. Avant qu'elle n'entre en vigueur, la Cour suprême du Canada et les cours d'appel provinciales entretenaient des positions divergentes sur l'immunité juridictionnelle : la

³⁴⁵ Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, supra note 324, énumère les dispositions de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, supra note 230, et de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, supra note 324, qui sont incorporées en droit canadien.

³⁴⁶ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, supra note 324.

³⁴⁷ *Bonadie*, supra note 343, à la p. 21.

³⁴⁸ *Loi sur l'immunité des États*, supra note 6.

³⁴⁹ *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 RCS 50, à la p. 57 [*Re Code canadien du travail*].

Cour suprême appliquait la doctrine absolue tandis que les cours d'appel provinciales ont parfois cité des précédents anglais et américains pour justifier leur application de la doctrine restreinte³⁵⁰. Bien que la décision de la Cour suprême dans *Kazemi* ait mis un terme à la question de savoir si la *Loi sur l'immunité des États* codifiait en droit canadien de manière exhaustive ou partielle l'immunité juridictionnelle des États, il s'avère néanmoins important de remarquer que cette question recevait aussi des réponses divergentes de la part des tribunaux inférieurs. Certaines décisions considéraient que la *Loi sur l'immunité des États* a codifié de manière partielle l'immunité juridictionnelle et qu'elle n'offrait en quelque sorte qu'un supplément au régime coutumier. Par opposition, dans une série d'arrêts dans lesquels un État étranger a été poursuivi pour des actes de torture commis en dehors du Canada, les tribunaux ont adopté la position que la *Loi* a exhaustivement codifié l'immunité de juridiction et que seules les exceptions prévues par cette loi, qui n'incluent pas des actes de torture commis à l'étranger, sont reconnues en droit canadien. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'arrêt *Kazemi*³⁵¹ a opté pour cette seconde voie. Il demeure toutefois pertinent d'examiner l'évolution du droit en la matière pour mieux déchiffrer les raisons ayant pu justifier, à travers le temps, les choix de la Cour suprême en la matière.

Un des premiers arrêts dans lesquels la Cour suprême du Canada a dû traiter de l'immunité juridictionnelle des États était le renvoi *Re Armed Forces*³⁵² de 1943, dans lequel la Cour devait déterminer si le personnel militaire américain stationné au Canada était exempté de l'application des lois pénales canadiennes. Sans se prononcer sur le statut de l'immunité juridictionnelle des États comme règle de droit canadien, une majorité des juges a conclu que le personnel militaire américain présent sur le territoire canadien était soumis à la

³⁵⁰ H.L. Molot et M.L. Jewett, « The State Immunity Act of Canada », (1982) 20 A.C.D.I. 79, aux pp. 83-84 [Molot et Jewett, « The State Immunity Act of Canada »].

³⁵¹ *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, *supra* note 5.

³⁵² *Re Armed Forces*, [1943] RCS 483 [*Re Armed Forces*].

compétence pénale du Canada. Cette conclusion est attribuable au principe constitutionnel selon lequel tout soldat, canadien ou étranger, présent au Canada est soumis à l'application des lois pénales du Canada³⁵³. Le juge Rand, un des juges majoritaires, cite les motifs de Lord Atkin dans l'affaire *Chung Chi Cheung v. The King*³⁵⁴ à l'effet que l'incorporation de la coutume internationale se fera dans la mesure qu'elle n'est pas en contradiction avec les lois canadiennes préexistantes³⁵⁵. Sur la base de cette exigence de la doctrine de l'incorporation, les juges majoritaires ont donné préséance à un principe constitutionnel par rapport à l'immunité juridictionnelle des États. N'eut été ce principe, l'immunité juridictionnelle aurait probablement été applicable et la majorité aurait répondu par l'affirmative³⁵⁶. Le juge en chef Duff et le juge Hudson, ayant eux aussi participé à la majorité, ont toutefois noté que les lois pénales canadiennes ne s'appliqueraient pas dans les cas où un soldat américain commet une infraction envers un autre soldat américain³⁵⁷.

L'année suivante, dans *Dessaules c Republic of Poland*, la Cour a déclaré qu'un État souverain ne peut faire l'objet de poursuites devant les tribunaux d'un État étranger en raison d'un principe, basé sur l'indépendance et la dignité de l'État, et du respect de ce principe entre les États³⁵⁸. Le juge Taschereau, qui a rendu le jugement au nom de la Cour, a indiqué que ce principe a été adopté par la jurisprudence « comme étant la loi domestique de tous les pays civilisés » sans toutefois référer à des précédents, mais il est évident qu'en 1944, l'immunité de juridiction des États était une règle de droit canadien³⁵⁹.

Dans l'arrêt *St. John (City) c Fraser-Brace Overseas Corp.*, la Cour suprême du Canada a référé à des précédents anglais et américains pour justifier l'incorporation et l'application

³⁵³ *Ibid.*, aux pp. 490-492.

³⁵⁴ Pour la citation de l'arrêt *Chung Chi Cheung v. The King*, voir la note 286.

³⁵⁵ *Re Armed Forces*, *supra* note 352, à la p. 524.

³⁵⁶ van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, *supra* note 15, à la p. 198.

³⁵⁷ *Re Armed Forces*, *supra* note 352, à la p. 501.

³⁵⁸ *Dessaules c Republic of Poland*, [1944] RCS 275, à la p. 275 [*Dessaules*].

³⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 277.

de l'immunité juridictionnelle des États en droit canadien³⁶⁰. Les gouvernements canadien et américain avaient conclu un accord pour construire un système de radar au Canada. La ville de Saint John avait imposé des impôts fonciers sur le bien-fonds détenu par les compagnies de construction retenues pour le projet. Or, ce bien-fonds appartenait aux États-Unis. Ces compagnies ont invoqué l'immunité juridictionnelle pour s'opposer au paiement des impôts. Au nom de la Cour, le juge Rand conclut que les compagnies sont exemptes de l'imposition en raison de l'immunité qui protège le bien-fonds dédié au projet sur lequel elles travaillent. Il s'appuie sur les motifs du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire du *Schooner Exchange*³⁶¹ lorsqu'il écrit :

« [l']attitude fondamentale que les États adoptent envers les autres est la reconnaissance et l'observation de la souveraineté individuelle, c'est-à-dire la reconnaissance de l'indépendance absolue de chacun; et leur conduite se déroule sur ces assises. [...] En l'absence de circonstances spéciales ou inhabituelles, lorsqu'un souverain entre sur le sol étranger, il le fait libre de toute soumission au droit immanent du sol, duquel il demeure isolé [TRADUCTION] »³⁶².

Il poursuit en ajoutant que l'immunité d'un souverain et de ses biens s'étend à l'immunité contre les procédures judiciaires, toute interférence, et toute application du droit public coercitif tel que la taxation³⁶³. Citant Lord Mansfield à l'effet que [l]e droit des gens sera appliqué autant en Angleterre que n'importe où [TRADUCTION] »³⁶⁴, le juge Rand écrit que ceci est toujours le cas et qu'en conséquence, l'immunité de juridiction, en tant que règle de droit international, fait partie du droit canadien. Puisque les compagnies travaillaient avec des matériaux et sur des terres qui appartenaient aux États-Unis, elles étaient couvertes par l'immunité juridictionnelle de cet État et ne pouvaient donc être tenues de payer des impôts fonciers à la ville de Saint John.

³⁶⁰ *Fraser-Brace Overseas Corp.*, *supra* note 340.

³⁶¹ *The Schooner Exchange*, *supra* note 253.

³⁶² *Fraser-Brace Overseas Corp.*, *supra* note 340, aux pp. 267-268.

³⁶³ *Ibid.*, à la p. 268.

³⁶⁴ *Ibid.*, aux pp. 268-269. *Heathfield*, *supra* note 234, à la p. 50.

À partir des années 1960, des décisions de cours d'appel provinciales militaient en faveur de l'adoption de la doctrine restreinte de l'immunité de juridiction pour exclure les activités commerciales de cette immunité. Dans *Venne c Democratic Republic of the Congo* (1968), le juge Owen de la Cour du banc de la Reine du Québec écrit : « [à] mon avis, nous devons abandonner la doctrine absolue de l'immunité de juridiction et adopter une théorie restreinte [TRADUCTION] »³⁶⁵. Constatant que les États participaient davantage à des activités commerciales et qu'il serait injuste pour les personnes privées avec lesquelles ils sont en concurrence dans leurs activités de jouir d'un avantage tel que l'immunité juridictionnelle, le juge Owen conclut que la doctrine absolue est désuète et inapplicable³⁶⁶. Au lieu de présumer qu'un État a droit à une immunité, il faudrait qu'il prouve qu'il a droit à cette immunité. Les deux autres juges étaient du même avis. Ce litige opposait un architecte montréalais à la République du Congo. L'architecte avait été embauché pour préparer les devis du pavillon congolais pour l'Exposition universelle de 1967, mais le Congo était en défaut de paiement. Le banc des juges a conclu que l'immunité ne s'appliquait pas au contrat, qui constituait une transaction commerciale³⁶⁷. La Cour suprême du Canada a renversé cette décision au motif que le contrat conclu entre l'architecte et le Congo constituait un acte d'État public et qu'en conséquence tout litige s'y rapportant n'était pas justiciable devant les tribunaux canadiens³⁶⁸. Elle n'a toutefois pas précisé si la doctrine restreinte s'appliquait en droit canadien.

Même si la décision de la Cour du banc de la Reine a été renversée, des arrêts subséquents à la décision de la Cour suprême ont adopté la doctrine restreinte de l'immunité. Par exemple, dans l'arrêt *Zodiak International Products Inc. c Polish People's Republic*, la compagnie demanderesse a conclu un contrat avec la défenderesse, la République de

³⁶⁵ *Venne c Democratic Republic of the Congo*, [1969] BR 818, 64 ILR 1, à la p. 3 [*Venne c Democratic Republic of the Congo*].

³⁶⁶ *Ibid.*, aux pp. 9-11.

³⁶⁷ *Ibid.*, aux pp. 19-20.

³⁶⁸ *République démocratique du Congo c Venne*, [1971] RCS 997, à la p. 1008.

Pologne, pour distribuer et vendre des films polonais au Canada³⁶⁹. La Cour d'appel du Québec, citant le jugement de la Cour du Banc de la Reine dans *Venne*³⁷⁰, a appliqué la doctrine restreinte. Puisque le contrat était une transaction commerciale et non pas un acte de *jure imperii*, elle a conclu que la Pologne ne pouvait se prévaloir de l'immunité pour rejeter la poursuite. Cette décision n'a pas été portée en appel. L'exception des transactions commerciales à l'immunité juridictionnelle a été incorporée dans la *Loi sur l'immunité des États* quelques années plus tard³⁷¹.

La *Loi sur l'immunité des États* de 1982 prévoit que l'immunité de juridiction est un principe général reconnu d'office par les tribunaux canadiens³⁷² et énumère cinq exceptions à l'immunité³⁷³. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Kazemi* confirme plusieurs décisions de cours d'appel provinciales et de cours supérieures provinciales qui ont rejeté des poursuites intentées contre des États étrangers pour des actes de torture qu'ils auraient commis à l'extérieur du Canada pour les motifs suivants : (1) la *Loi* ne prévoit pas expressément une exception à l'immunité de juridiction pour la torture extraterritoriale (i.e. en dehors du Canada), et (2) la *Loi* est une codification exhaustive des règles coutumières en matière d'immunité juridictionnelle et ne saurait donc inclure des exceptions non prévues par la *Loi*, même si elles sont coutumières. Alors, si une exception coutumière s'était cristallisée après l'adoption de cette loi, elle ne saurait être appliquée par les tribunaux canadiens.

³⁶⁹ *Zodiak International Products c Polish People's Republic*, [1978] 81 DLR (3d) 656, 64 ILR 51.

³⁷⁰ *Venne c Democratic Republic of the Congo*, *supra* note 365.

³⁷¹ *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 6, art. 5.

³⁷² *Ibid.*, art. 3.

³⁷³ *Ibid.*, art. 4-8. En plus de ses activités commerciales, un État ne saurait invoquer l'immunité dans les cas suivants : (1) il y a renoncé dans le cadre de procédures judiciaires; (2) il a causé des dommages corporels ou matériels au Canada; (3) il est inscrit sur une liste maintenue par le gouverneur en conseil d'États qui soutiennent ou qui ont soutenu le terrorisme; et (4) une action portant sur la reconnaissance de ses intérêts sur des biens situés au Canada.

Cette lecture de la *Loi sur l'immunité des États*³⁷⁴ a pour effet de figer l'application de la coutume en matière de l'immunité de juridiction des États. Nous partageons toutefois l'avis de certains auteurs tels que le professeur François Larocque que la *Loi sur l'immunité des États*, selon la doctrine orthodoxe de la réception de la coutume n'aurait pas dû être considérée comme étant une codification exhaustive : les tribunaux canadiens devraient donc recourir à la coutume internationale pour identifier d'autres exceptions à cette immunité³⁷⁵. Toutefois, ce n'est pas ce que la Cour suprême a décidé. Revoyons brièvement la jurisprudence sur ces questions.

Le renvoi *Re Code canadien du travail*³⁷⁶, rendu en 1992, était une des premières fois que la Cour suprême du Canada a interprété la *Loi sur l'immunité des États*³⁷⁷. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si l'immunité de juridiction, prévue à cette loi rendait irrecevable une requête en accréditation d'une association de salariés constituée d'employés civils canadiens d'une base militaire américaine en Terre-Neuve. Le juge La Forest, au nom de la majorité, observe que « la codification effectuée au Canada dans la *Loi sur l'immunité des États* vise à clarifier et à maintenir la théorie de l'immunité restreinte, plutôt qu'à en modifier la substance »³⁷⁸. Cette description de la *Loi* ne permet pas d'affirmer qu'elle avait pour but de limiter les règles coutumières applicables. Au contraire, elle semble avoir été adoptée pour mettre fin à la confusion entourant des décisions contradictoires des tribunaux inférieurs et de la Cour suprême quant à savoir laquelle de la doctrine absolue ou restreinte faisait partie du droit canadien en déclarant que la seconde constituait le régime applicable. Par la suite, plusieurs jugements de tribunaux inférieurs ont affirmé que la codification était partielle et que la *Loi* ne saurait exclure la possibilité de

³⁷⁴ *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 6.

³⁷⁵ François Larocque, « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture », (2010) 55 R.D. McGill 81 [Larocque, « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture »].

³⁷⁶ *Re Code canadien du travail*, *supra* note 349.

³⁷⁷ *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 6.

³⁷⁸ *Re Code canadien du travail*, *supra* note 349, à la p. 73.

l'émergence de nouvelles exceptions coutumières à l'immunité de juridiction³⁷⁹. Cette conclusion concorde avec la compréhension des tribunaux britanniques quant à l'incorporation de la coutume : la coutume évolue et tout changement dans la coutume est automatiquement incorporé dans la common law sans qu'une décision judiciaire émanant de la House of Lords ne soit requise pour constater ce changement³⁸⁰. Tout ceci aurait milité en faveur de la proposition selon laquelle si une exception à l'immunité juridictionnelle qui permettait aux tribunaux d'un État d'exercer une compétence civile universelle en matière de torture extraterritoriale s'était cristallisée dans la coutume, les tribunaux canadiens auraient alors eu à reconnaître que cette exception fait partie du droit canadien³⁸¹.

Avant que le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Kazemi* n'ait été rendu, plusieurs décisions de cours d'appel provinciales et de cours supérieures³⁸² avaient conclu que la *Loi sur l'immunité des États*³⁸³ ne comporte pas d'exception à l'immunité pour des actes de torture commis par un État à l'extérieur du Canada et qu'en conséquence l'État défendeur jouissait de l'immunité pour ces actes. Dans *Bouzari c Islamic Republic of Iran*, le juge Goudge, de la Cour d'appel de l'Ontario, a considéré que l'absence d'une disposition dans la *Loi sur l'immunité des États* qui prévoirait une exception à l'immunité de juridiction en cas de torture extraterritoriale signifie que le Canada a décidé de ne pas

³⁷⁹ Au par. 9 de l'arrêt *Republic of Irak c Export Development Corp.*, [2003] RJQ 2416 (CAQ), la Cour d'appel du Québec écrit : « [p]ar l'adoption en 1982 de la *Loi sur l'immunité des États*, le Canada, à l'instar de plusieurs pays, codifiait en partie la *common law* relative à l'immunité restreinte ». Dans l'arrêt *United States of America c Friedland*, [1998] OR No 2538 (ONSC), le juge Lederman note à la p. 762 : « [t]andis que la [*Loi sur l'immunité des États*] est, en partie, une codification de principes, il constitue aussi un énoncé clair du Parlement que l'immunité de juridiction a désormais d'importantes limitations [TRADUCTION] ».

³⁸⁰ Voir la sous-section 2.1.2.

³⁸¹ Nous nous ne prononçons pas sur la question de savoir s'il existe une exception à l'immunité de juridiction des États pour des actes de torture extraterritoriale.

³⁸² *Bouzari c Islamic Republic of Iran*, (2004) 71 OR (3e) 675, 243 DLR (4e) 406 (ONCA) [*Bouzari*]. *Islamic Republic of Iran c Hashemi*, [2012] RJQ 1567, 2012 QCCA 1449 [*Hashemi*]. *Arar c Syrie (République arabe)*, (2005), 28 C.R. (6e) 187, 127 C.R.R. (2e) 252 (ONSC).

³⁸³ *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 6.

légiférer pour incorporer cette exception en droit canadien³⁸⁴. Il a donc conclu que l'État défendeur jouissait de l'immunité pour des actes de torture commis à l'extérieur du Canada. Ce langage contredit l'idée même de la doctrine de l'incorporation et semble faire allusion à la doctrine de la transformation, qui s'applique aux traités internationaux, car, sauf dans le cas de règles permissives, d'infractions criminelles ou de règles en contradiction avec la Constitution ou une loi, une règle coutumière est automatiquement incorporée en droit interne sans qu'une loi du Parlement ne soit requise. De plus, il semble présumer que la *Loi sur l'immunité des États* est une codification complète de l'immunité souveraine des États³⁸⁵. Tout ceci ne semblait donc pas entièrement orthodoxe sur le plan purement doctrinal.

Tous les tribunaux qui ont entendu l'affaire *Kazemi* ont directement affirmé que la *Loi sur l'immunité des États*³⁸⁶ codifiait explicitement l'immunité de juridiction. Les deux premières instances ont affirmé que le libellé du paragraphe 3(1) de la *Loi* écarte toute exception non prévue par les termes de la *Loi*. Cette disposition se lit comme suit : « [s]auf exceptions prévues dans la présente loi, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada ». Se fondant sur cette disposition, ils ont écarté l'argument que le droit comporte des exceptions coutumières autres que celles que la énumère. Le juge Mongeon de la Cour supérieure du Québec a écrit que la *Loi* est « une loi complète qui ne souffre d'aucune intrusion de la common law, du droit international ou des obligations internationales du Canada qui proviennent de traités [TRADUCTION] »³⁸⁷. Il va aussi loin que de déclarer que « [n]otre système juridique ne permet aucune importation de principes non-codifiés de common law ou du droit international [TRADUCTION] »³⁸⁸. Une telle déclaration revient à répudier la doctrine de l'incorporation puisque la coutume

³⁸⁴ *Bouzari*, *supra* note 382, au par. 67.

³⁸⁵ François Larocque, « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture », *supra* note 375, à la p. 92.

³⁸⁶ *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 6.

³⁸⁷ *Kazemi (Estate of) c Islamic Republic of Iran*, 2011 QCCS 196, au par. 51.

³⁸⁸ *Ibid.*, au par. 213.

internationale est normalement non codifiée. Le juge Morissette, au nom de la Cour d'appel, abondait dans le même sens lorsqu'il a écrit :

« les exceptions à l'immunité juridictionnelle en droit canadien positif sont celles qui sont prévues dans la *Loi sur l'immunité des États*, et non celles du vestige d'une règle de common law hypothétique qui coexisteraient avec la *Loi*, ou celles d'une règle de droit international coutumier qui modulerait l'interprétation d'une disposition législative, qui dans les faits n'a pas besoin d'une interprétation. Une telle règle coutumière, si elle existait, aurait pu être aisément intégrée dans la *Loi sur l'immunité des États* par un amendement, mais le Parlement a décidé de ne pas faire ainsi [TRADUCTION] »³⁸⁹.

Le raisonnement des instances inférieures a été repris dans les motifs majoritaires du juge LeBel³⁹⁰. Cette conclusion a pour effet de figer la coutume applicable en matière d'immunité de juridiction des États à l'état de la coutume telle qu'elle l'était en 1982.

Conclusion du Chapitre II

En survolant la jurisprudence britannique rendue depuis le dix-huitième siècle, on constate que les tribunaux britanniques ont continuellement réitéré que la coutume internationale reçoit une application directe en droit anglais sans qu'une loi du Parlement ne soit requise. La coutume est une source de la common law. Une règle coutumière sera automatiquement incorporée dans la common law, sauf dans les cas suivants : (1) elle est en contradiction avec une règle de common law ou de droit statutaire; (2) son incorporation reviendrait à créer une nouvelle infraction criminelle; ou (3) elle est une règle coutumière permissive, c'est-à-dire qu'elle permet au gouvernement britannique de prendre une action donnée, mais elle ne l'oblige pas à le faire – une loi du Parlement sera alors nécessaire pour transformer ces règles coutumières exceptionnelles en règle de droit anglais. Les tribunaux britanniques justifient souvent leur application directe d'une règle coutumière par les fonctions que cette règle vise à accomplir : le respect de la dignité d'un État étranger dans le cas de l'immunité juridictionnelle des États, ou la protection contre les interférences de la part de l'État accréditaire pour que le diplomate puisse acquiescer de ces fonctions, dans le

³⁸⁹ Hashemi, *supra* note 382, au par. 49.

³⁹⁰ Kazemi (*Succession*) c *République islamique d'Iran*, *supra* note 5, au par. 58.

cas de l'immunité diplomatique. En outre, les tribunaux tiennent compte des avis du pouvoir exécutif dans les décisions qui se rapportent aux relations bilatérales du Royaume-Uni avec un autre État. Ces avis peuvent être concluants et permettent de résoudre le litige en faveur de l'État étranger lorsqu'il est une partie défenderesse ou ses intérêts sont directement mis en cause.

Bien que le droit international coutumier de la mer, l'immunité diplomatique et l'immunité de juridiction ne soient pas les seules règles coutumières que les tribunaux canadiens appliquent ou qu'ils puissent appliquer, l'étude de leur application judiciaire concrète au Canada suffit pour montrer, d'une part, que la doctrine anglaise de l'incorporation s'applique en droit canadien et, d'autre part, que les tribunaux canadiens affichent deux tendances dans leur application de la coutume internationale. En premier lieu, dans les affaires dans lesquelles un tribunal doit évaluer la légalité de la saisie d'un navire pour des infractions commises dans la mer territoriale du Canada, le tribunal tend à valider la saisie sur la base du droit international coutumier même lorsque la saisie s'effectue en haute mer. L'approche canadienne contraste avec l'approche anglaise car les tribunaux canadiens tendent à invoquer des règles coutumières permissives non-incorporées par la législation alors que les tribunaux anglais requièrent une loi pour appliquer ces règles. De ces arrêts, nous constatons que la coutume internationale est parfois utilisée pour justifier l'exercice de prérogatives du gouvernement canadien. Par contre, le tribunal ne saurait cautionner l'exercice d'une prérogative qui constitue un affront direct au droit international et à la courtoisie.

En deuxième lieu, dans le cas de la jurisprudence canadienne relative à l'immunité diplomatique et à l'immunité de juridiction des États, nous remarquons l'adoption de deux approches différentes qui arrivent à un même résultat : la préservation des relations bilatérales du Canada. Depuis la mise en œuvre de la *Convention de Vienne sur les*

relations diplomatiques et de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* par des lois canadiennes, les tribunaux canadiens appliquent directement les dispositions incorporées de ces conventions, mais ils donnent néanmoins à l'immunité diplomatique une portée extensive qui bénéficie aux diplomates et donc aux États. Des silences dans les lois d'incorporation canadiennes sont interprétés en faveur de diplomates étrangers afin de rejeter des poursuites contre eux. Quant aux affaires relatives à l'immunité de juridiction, le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Kazemi* a confirmé une tendance des tribunaux canadiens à élargir le plus que possible l'immunité juridictionnelle des États en affirmant que la *Loi sur l'immunité des États* exclut toute exception, même coutumière, à cette immunité si l'exception n'est pas expressément prévue dans la *Loi*. Or, à la lumière de l'arrêt de la House of Lords dans l'affaire *Pinochet No. III*³⁹¹, il peut être affirmé que l'étendue de l'immunité de juridiction s'est réduite depuis l'adoption de la *Loi sur l'immunité des États*³⁹² en 1982. Cette interprétation de la *Loi* a pour effet de figer la règle coutumière de l'immunité en vigueur au Canada à son contenu en 1982. Aucune nouvelle exception coutumière à l'immunité de juridiction, telle qu'une exception pour permettre aux victimes de torture extraterritoriale de poursuivre les États responsables au Canada, ne saurait s'appliquer en l'absence d'un amendement à la *Loi sur l'immunité des États*³⁹³. En figeant l'immunité de juridiction, les tribunaux canadiens assurent une plus grande protection aux États étrangers et interfèrent ainsi moins dans les rapports que cherche à entretenir le gouvernement avec les États.

Sur la question des crimes internationaux reconnus par la coutume internationale en droit canadien, la question de leur incorporation directe en droit canadien ne s'est pas encore posée, mais il est probable qu'à l'instar du droit anglais, une loi du Parlement serait nécessaire pour les incorporer en droit canadien. Tout comme au Royaume-Uni, les

³⁹¹ *Ex Parte Pinochet (No. 3)*, *supra* note 268.

³⁹² *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 6.

³⁹³ *Ibid.*

tribunaux canadiens ne peuvent créer d'infractions criminelles; seul le Parlement peut le faire³⁹⁴. Or, les crimes internationaux énoncés dans le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*³⁹⁵ ont fait l'objet d'une incorporation au moyen de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*³⁹⁶ qui met en œuvre le *Statut* en droit canadien.

³⁹⁴ L'article 9 du *Code criminel*, LRC (1985), c C-46, prévoit que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction en *common law*.

³⁹⁵ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 18 juillet 1998, 2187 RTNU 3, [2002] RT Can n°13, (entrée en vigueur : le 1^{er} juillet 2002).

³⁹⁶ La *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, LC 2000, c 24, incorpore en droit canadien les crimes coutumiers et conventionnels prévus par le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*.

CHAPITRE III : LES FONCTIONS DE LA COUTUME INTERNATIONALE

Les théories rationalistes de la coutume internationale s'interrogent sur les fonctions de celle-ci du point de vue des États. À quoi sert-elle pour eux? En tant qu'institution, telle que définie par les théories des relations internationales³⁹⁷, il s'agit d'identifier de quelles manières une règle coutumière peut aider aux États de coopérer. Cependant, puisque l'objectif de ce mémoire est de comprendre pourquoi les tribunaux canadiens n'appliquent pas pleinement la coutume, il ne faut pas présumer que les fonctions réservées à la coutume par les États sont identiques aux fonctions reconnues à celle-ci par les tribunaux canadiens. Cette partie du mémoire servira à identifier trois éléments : (1) les fonctions de la coutume des points de vue respectifs des États et des tribunaux canadiens; (2) comment ces fonctions semblent contribuer à déterminer quand les règles coutumières sont applicables; et (3) s'il y a un lien entre les fonctions qu'attribuent respectivement les États et les tribunaux canadiens à la coutume. En identifiant ces trois éléments, il sera possible de proposer une réponse à la question de recherche : pourquoi les tribunaux canadiens n'appliquent pas de manière uniforme la doctrine de l'incorporation dans les cas où la coutume internationale serait pourtant appelée à être d'application directe dans les litiges en question?

Nous en sommes venus à la conclusion suivante. Les États et les tribunaux canadiens adoptent deux compréhensions différentes, mais complémentaires, de la coutume internationale qui limitent les cas dans lesquels une règle coutumière peut résoudre un litige. Les fonctions de la coutume, telles que vues par les États, amènent ces derniers à former des règles coutumières pour des fins spécifiques, et donc, dans des domaines spécifiques. Par exemple, l'immunité diplomatique comporte des règles coutumières bien développées et largement reconnues par les États, tandis que des règles coutumières propres

³⁹⁷ Voir la sous-section 1.2.3.

au droit du commerce international sont difficiles à répertorier³⁹⁸. Cet écart dans la prolifération de règles coutumières selon le domaine est attribuable aux fonctions qu'accordent les États à ces règles. Il semble que les États accordent aux coutumes internationales une fonction principale, soit celle de permettre aux États *d'établir et de maintenir des relations entre eux*, et une fonction secondaire ou supplétive, soit celle de régir de manière résiduaire les questions de fond des relations interétatiques. Il y a des règles coutumières qui servent uniquement la première fonction et que nous nommerons « règles coutumières principales », ainsi que des règles coutumières qui remplissent la deuxième fonction, soient celles que nous nommerons « règles coutumières supplétives »³⁹⁹. La deuxième catégorie de règles coutumières, celles qui sont d'ordre substantif telles que les règles relatives au droit de la mer ou au droit international humanitaire, ne s'appliquent à un différend interétatique que lorsqu'aucun traité international ne peut être invoqué.

Lorsqu'un tribunal canadien doit résoudre un litige, les fonctions qu'il attribue à la coutume internationale peuvent être comparées à un filtre qui sépare entre les règles coutumières directement applicables en droit canadien (le résidu) et les règles coutumières non applicables (le filtrat). En prenant les deux tendances dans l'application de règles canadiennes en droit canadien identifiées dans la section 2.2, nous soumettons que les

³⁹⁸ Certes, des règles coutumières relatives au droit des traités, telles que les règles d'interprétation des traités, sont appliquées par des tribunaux internationaux dans la résolution de différends sur des questions du droit du commerce international. Toutefois, l'usage de ces règles ne fait pas d'elles des règles coutumières propres au droit du commerce international. Ashraf U. Sarah Kazi et Sharizal Mohd Zin, « The Role of Customary International Law in the World Trade Organisation (WTO) Disputes Settlement Mechanism », (2012) 2 Int. J. Public Law and Policy 229, à la p. 230.

³⁹⁹ Notre distinction entre des règles coutumières principales et supplétives n'est pas à confondre avec la distinction que faisait Herbert L.A. Hart entre des règles primaires, qui portent sur des comportements, et des règles secondaires, qui déterminent comment les règles de droit sont identifiées, appliquées, édictées, abrogées ou modifiées. Pour Hart, une règle est dite « secondaire » parce qu'elle porte sur une ou plusieurs autres règles; il s'agit d'une règle de second niveau sur le plan logique. Voir Herbert Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. par Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, aux pp. 99-101, aux pp. 113-116.

tribunaux canadiens tendent à appliquer la coutume dans deux cas particuliers : (1) lorsque l'issu du litige peut nuire aux relations bilatérales du Canada avec un autre État, la coutume est appliquée afin de préserver ces relations; et (2) dans le cas d'un litige qui porte sur la validité d'un acte souverain du gouvernement du Canada, la coutume tend à être appliquée pour valider l'acte en question en autant qu'une règle coutumière permet de le faire.

Les fonctions qu'attribuent les États à la coutume internationale seront analysées en premier (3.1) et cet examen sera ensuite suivi par celui des fonctions qu'accordent les tribunaux canadiens à cette même (3.2).

3.1 Les fonctions de la coutume internationale : la perspective des États

Il a été vu antérieurement que certains auteurs qui adoptent une perspective rationaliste du droit international sont sceptiques quant à la possibilité que la coutume internationale puisse réellement faciliter la coopération entre les États⁴⁰⁰. Ce scepticisme serait dû à leur perception que la coutume ne permet pas aux États de communiquer afin de définir quelles actions sont requises, permises et interdites par le droit international⁴⁰¹. Dans le langage de la théorie des jeux, ces auteurs estiment qu'une règle coutumière ne permet pas aux États de savoir ce qui constitue une stratégie coopérative (une action conforme à la règle) car la coutume ne permet pas aux États de communiquer de manière claire à ce sujet. À leur avis, les traités internationaux sont mieux en mesure de définir une stratégie coopérative car les États peuvent directement communiquer leurs intentions lors de négociations, s'entendre sur le libellé du traité et développer des attentes communes quant aux interprétations permises du texte écrit. Un traité constituerait donc un meilleur moyen de coopération entre les États. Pourtant, les États continuent à créer et à appliquer des règles

⁴⁰⁰ Voir la sous-section 1.2.3.

⁴⁰¹ Voir la sous-section 1.2.3.

coutumières⁴⁰². Quelles règles coutumières continuent à être appliquées et à être développées malgré la préférence des États de régir leurs relations au moyen de traités? Cette section cherchera à identifier les fonctions de la coutume du point de vue des États en déterminant quelles règles coutumières continuent à évoluer, en catégorisant ces règles et en proposant des raisons pour lesquelles les États développent encore ces règles.

Il est indéniable qu'il y a eu une multiplication importante de traités multilatéraux par les États depuis le début du vingtième siècle et que plusieurs aspects traditionnellement ignorés par le droit international coutumier tels que le droit du commerce international sont uniquement ou principalement régis par des traités. De plus, de nombreux traités multilatéraux ayant pour but de codifier des règles coutumières ont été adoptés par les États, mais ce ne sont pas toutes les règles coutumières qui ont fait l'objet d'une codification ou d'une tentative de codification⁴⁰³. Certaines règles coutumières échappent à tout effort de codification et continuent d'être appliquées seules tandis que des règles coutumières ayant fait l'objet d'une proposition de codification ne sont plus appliquées directement. Un exemple de ce phénomène est l'immunité de juridiction des ministres des affaires étrangères par opposition aux règles relatives à la responsabilité des États. Le deuxième régime a fait l'objet d'une tentative de codification sous la forme du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*⁴⁰⁴. Il faut toutefois préciser que ce texte n'est pas un traité international et n'a donc aucune force obligatoire, mais tel qu'il sera explicité dans la sous-section 3.1.1, des tribunaux internationaux tendent à appliquer directement les dispositions de ce texte à la place des

⁴⁰² Setear, « An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law », *supra* note 198. Setear, « Treaties, Custom, Rational Choice, and Public Choice », *supra* note 204. Pierre-Hugues Verdier, « Cooperative States: International Relations, State Responsibility and the Problem of Custom », (2001) 42 Va. J. Int'l L. 839.

⁴⁰³ Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 1997.

⁴⁰⁴ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *supra* note 20.

règles coutumières que ces dispositions codifient. Par opposition, la question de l'immunité de juridiction des ministres des affaires étrangères est exclue de la portée du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*⁴⁰⁵, qui a servi de fondement pour la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*⁴⁰⁶, et en conséquence, les tribunaux internationaux se limitent aux règles coutumières pour cette question⁴⁰⁷. Nous soumettons qu'une distinction doit être faite entre les règles coutumières non codifiées qui sont fréquemment appliquées par les tribunaux internationaux nonobstant l'existence d'un projet de codification et les règles coutumières codifiées qui sont peu appliquées par ces mêmes tribunaux. La sous-section 3.1.1 sera consacrée à la délimitation de ces deux types de règles.

Ensuite, la sous-section 3.1.2 abordera le premier type de règles, appelés des règles coutumières principales, afin de déterminer quelle est leur fonction. Il sera montré que ces règles ont pour fonction de permettre l'établissement et le maintien de la communication entre les États. Nous identifions trois régimes coutumiers particuliers qui servent à remplir cette fonction : (1) l'immunité juridictionnelle des États; (2) l'immunité diplomatique; et (3) le droit des traités. L'analyse des règles coutumières principales sera suivie de l'étude du deuxième type de règles, les règles coutumières supplétives, dans la sous-section 3.1.3. En étudiant ces règles, il sera possible d'identifier leur fonction selon les États : régir de manière résiduaire les questions de fond des rapports interétatiques. À travers l'exemple des règles relatives à la responsabilité des États, il sera possible d'illustrer l'application des règles coutumières supplétives et les raisons pour lesquelles les États leur accordent un rôle secondaire.

⁴⁰⁵ Commission du droit international, *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs*, Doc off AG NU, 43^e sess, supp n°10, Doc NU A/46/10 (1991) [Commission du droit international, *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*].

⁴⁰⁶ *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, supra note 325.

⁴⁰⁷ Voir la sous-section 3.1.1.

3.1.1 Le choix entre la coutume et les traités

Pourquoi les États choisissent les traités internationaux à la place de la coutume internationale? Les problèmes liés à l'identification de règles coutumières ont fait l'objet de maintes études et, tel qu'il a été montré dans la sous-section 1.2.3, les auteurs rationalistes offrent des explications quant à pourquoi les États préfèrent des traités pour régir leurs relations. Malgré ces arguments, les traités multilatéraux comportent souvent des angles morts qui amènent les tribunaux internationaux à appliquer des règles coutumières. L'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁴⁰⁸ offre un exemple de cet état de fait.

Le Congo contestait la légalité d'un mandat d'arrêt issu par un magistrat belge contre le ministre congolais des affaires étrangères pour des crimes contre l'humanité que le ministre aurait commis au Congo. Aucun citoyen ou intérêt belge n'a été affecté par les crimes reprochés. Selon le Congo, le mandat d'arrêt contrevenait à l'immunité pénale dont jouissent les ministres des affaires étrangères lorsqu'ils sont en exercice. En réplique, la Belgique soumettait que la coutume internationale prévoyait une exception à l'immunité pénale d'un ministre des affaires étrangères en poste lorsqu'il est soupçonné d'avoir commis des crimes contre l'humanité dans l'exercice de ses fonctions. La Cour devait donc déterminer si l'immunité de juridiction pénale des ministres étrangers en poste connaissait une exception lorsque ceux-ci sont soupçonnés d'avoir commis des crimes contre l'humanité⁴⁰⁹. La décision de la Cour internationale de justice a été rendue de manière expéditive en 2002.

Avant même d'examiner les arguments des États parties, elle a observé qu'il « est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et

⁴⁰⁸ *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, [2002] CIJ Rec 3, le 14 février 2002 [*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*].

⁴⁰⁹ *Ibid.*, aux par. 51 et 56.

consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telle que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »⁴¹⁰. Tant la Belgique que le Congo ont invoqué la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*⁴¹¹, la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*⁴¹² et la *Convention sur les missions spéciales*⁴¹³ à l'effet que les ministres des affaires étrangères jouissent d'immunités pénales. Toutefois, la Cour a noté que, ces conventions ne précisaient pas l'étendue des immunités pénales et qu'en conséquence, seul le droit international coutumier permettait de trancher la question⁴¹⁴. Or, les deux premières conventions ne faisaient aucune référence directe ou même indirecte aux chefs d'États et aux ministres des affaires étrangères tandis que l'article 21 de la *Convention sur les missions spéciales* stipulait que ces derniers jouissaient des immunités de juridiction lorsqu'ils agissent à titre de chef de mission.

Dans son étude de la coutume, la Cour réfère sommairement à quelques décisions de tribunaux nationaux et aux instruments juridiques ayant créé des juridictions pénales internationales tels que le Tribunal militaire international de Nuremberg, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et la Cour pénale internationale, et conclut qu'ils ne prévoient pas une exception à l'immunité pénale des ministres des affaires étrangères devant des juridictions nationales⁴¹⁵. Pourtant, elle n'a pas référé au *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* qui a été adopté en 1991⁴¹⁶. Ce projet constituait le fondement de la *Convention des Nations Unies sur les immunités*

⁴¹⁰ *Ibid.*, au par. 51.

⁴¹¹ *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, supra note 230, art. 9.

⁴¹² *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, supra note 324.

⁴¹³ *Convention sur les missions spéciales*, 9 décembre 1969, 1400 RTNU 231, 9 ILM 127 (entrée en vigueur : 21 juin 1985).

⁴¹⁴ *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, supra note 408, au par. 52.

⁴¹⁵ *Ibid.*, au par. 58.

⁴¹⁶ Commission du droit international, *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs*, supra note 405.

*juridictionnelles des États et de leurs biens*⁴¹⁷ qui a été adoptée en 2004, mais qui n'est pas encore en vigueur faute d'un nombre suffisant de ratifications⁴¹⁸. Le *Projet* et la *Convention* ont pour objectif de codifier le droit international coutumier en la matière.

Or, dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁴¹⁹, la Cour s'est référée au *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* afin d'identifier les règles applicables⁴²⁰. Dans cet arrêt, la Cour devait déterminer si l'état de nécessité, une règle coutumière, permettait l'exclusion de la responsabilité internationale d'un État. Rappelons que le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* n'est pas un traité et n'a donc aucune force contraignante en droit international. La Cour l'a quand même appliqué au motif qu'il codifiait la coutume en la matière. Depuis cette décision, des tribunaux arbitraux convoqués sous la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*⁴²¹ ont appliqué directement les dispositions de ce *Projet d'articles* dans une série de sentences arbitrales rendues contre l'Argentine, qui avait invoqué l'état de nécessité pour justifier des mesures qu'elle a prises contre des investisseurs étrangers durant sa crise économique⁴²². L'état de nécessité constitue une excuse qui exclut la

⁴¹⁷ *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, supra note 325.

⁴¹⁸ Seulement seize États ont ratifié la *Convention* depuis son adoption. ONU, en ligne : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en (consulté le 18 mars 2014).

⁴¹⁹ *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie)*, [1997] CIJ Rec 7, le 25 septembre 1997, au par. 52.

⁴²⁰ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, supra note 20.

⁴²¹ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 159, 60 A.J.I.L. 4 à la p. 892 (entrée en vigueur : le 14 octobre 1966; accession du Canada : le 1 décembre 2013).

⁴²² August Reinisch, « Necessity in Investment Arbitration », (2010) 41 Nethel. Y.B. Int'l L 137, aux pp. 138-139.

responsabilité d'un État pour un acte qui est jugé illicite⁴²³. L'Argentine s'est appuyée sur l'article 25 du *Projet d'articles*, qui énumère les conditions requises pour invoquer l'état de nécessité, au motif qu'il reflétait la coutume internationale⁴²⁴. Les tribunaux arbitraux ont reconnu le statut coutumier de ce document et ont appliqué les conditions de l'article 25 aux faits du litige, mais l'Argentine n'a pas pu satisfaire aux conditions restrictives de l'état de nécessité⁴²⁵. Même aujourd'hui, ce *Projet d'articles* n'a pas été transformé en traité international comme l'a été le *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*⁴²⁶ de 1991.

Pourquoi alors est-ce que la Cour, dans l'affaire opposant le Congo et la Belgique, ne s'est-elle pas référée au *Projet d'articles* de 1991 pour déterminer l'étendue de l'immunité pénale du ministre? En étudiant le *Projet d'articles* et son parcours, il est possible de comprendre pourquoi. L'article 2(1)(b)(iv) du *Projet d'articles* définit ce qu'est un « État » pour les fins des dispositions. Cette définition ne réfère pas à des chefs d'États ou des ministres, mais il réfère aux « représentants de l'État agissant en cette qualité ». Dans les *Commentaires* de la Commission du droit international sur le *Projet d'articles*, la Commission dresse une liste de personnes incluses par cette disposition et qui jouissent donc d'immunités *ratione materiae*, des immunités qui ne s'appliquent qu'aux actes reliés à

⁴²³ *CMS Gas Transmission Company c The Argentine Republic* (2007), affaire ARB/01/8 (décision d'annulation) (International Center for Settlement of Investment Disputes), au par. 134.

⁴²⁴ Luke Engan, « In Search of Necessity: Congruence, Proportionality, and the Least-Restrictive Means in Investor-State Dispute Settlement », (2012) 43 *Geo. J. Int'l L.* 495, aux pp. 499-500

⁴²⁵ *CMS Gas Transmission Company c The Argentine Republic* (2005), affaire ARB/01/8 (décision) (International Center for Settlement of Investment Disputes), au par. 315. *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P c Argentine Republic* (2007), affaire ARB/01/3 (décision) (International Center for Settlement of Investment Disputes), au par. 303. *LG&E Energy Corp. c Argentine Republic* (2007), affaire ARB/02/1 (décision) (International Center for Settlement of Investment Disputes), au par. 245. *Sempra Energy International c Argentine Republic* (2007), affaire ARB/02/16 (décision) (International Center for Settlement of Investment Disputes), au par. 344.

⁴²⁶ Commission du droit international, *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, *supra* note 405.

leurs fonctions⁴²⁷. Or, les ministres ne sont pas inclus dans cette énumération. Ensuite, l'article 3(2) du *Projet d'articles* spécifie qu'il n'affecte pas les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'États. La Commission remarque que cette exclusion inclut aussi les chefs de gouvernement, les ministres d'affaires étrangères même si elle n'a pas retenu une proposition pour ajouter explicitement les chefs de gouvernement et les ministres d'affaires étrangères⁴²⁸. Les règles coutumières demeurent donc les seules règles qui régissent les immunités des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères.

Cette première sorte de règles coutumières et les règles coutumières relatives à la responsabilité des États régissent des questions de types différents, ce qui explique, à notre avis, pourquoi la Cour internationale de justice s'est uniquement référée à la coutume pour cerner la portée de l'immunité juridictionnelle et pourquoi la Cour a appliqué des dispositions d'un document dépourvu de toute force obligatoire, le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, pour déterminer si l'état de nécessité était applicable dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*. L'immunité des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères touchent au cœur des relations entre les États car les relations entre les États peuvent difficilement se développer si ces personnages ne peuvent se rencontrer en toute sécurité. Par opposition, des règles relatives à la responsabilité des États ne sont pas requises pour que des relations puissent naître entre des États. Nous soumettons que la coutume est principalement appliquée et joue un rôle de premier plan lorsque le maintien de relations entre des États est en jeu. Pour les autres questions, la coutume joue un rôle supplétif et les États tendent à s'appuyer sur des traités pour régir celles-ci.

⁴²⁷ Commission du droit international, *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, *supra* note 405, à la p. 18.

⁴²⁸ *Ibid.*, à la p. 22.

Il y a aussi des différends dans lesquels la Cour internationale de justice applique des règles coutumières même si un traité de codification de ces règles lie les deux États qui connaissent le différend. Dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*⁴²⁹, la Cour aurait pu uniquement appliquer les dispositions de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* et de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, car ces conventions liaient les États-Unis et l'Iran, mais elle a quand-même conclu que l'Iran avait contrevenu à ses obligations coutumières⁴³⁰. D'après la Cour, les obligations du gouvernement iranien vis-à-vis l'ambassade américaine étaient non seulement des obligations « contractuelles » établies par le droit conventionnel, mais aussi des obligations sous la coutume internationale⁴³¹. La responsabilité du gouvernement iranien pour la prise d'otages dans l'ambassade américaine par une foule a été retenue tant sur la base du droit international coutumier que sous les conventions précitées. Les manquements du gouvernement iranien dans cette affaire mettaient en danger le maintien de relations diplomatiques entre États. Nous soumettons que, de l'avis de la Cour, les conséquences graves de la conduite de l'Iran nécessitaient une réprobation claire et non équivoque. En spécifiant que la coutume continue à régir les relations diplomatiques entre les États, la Cour indique l'importance primordiale de ces règles de droit international pour les relations entre les États. Aussi, cela envoyait un signal aux États qui n'avaient pas ratifié les deux conventions qu'ils étaient tout de même tenus à des obligations en la matière. Ceci signifie donc que l'application de la coutume tend à être réservée pour protéger des éléments fondamentaux des relations entre les États.

La jurisprudence de la Cour internationale de justice montre que les États estiment que la coutume internationale a encore un rôle à jouer, mais l'exemple de l'état de nécessité

⁴²⁹ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c Iran)*, [1980] CIJ Rec 3, le 24 mai 1980 [*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*].

⁴³⁰ *Ibid.*, aux par. 67-68.

⁴³¹ *Ibid.*, au par. 62.

indique qu'en présence de même seulement un texte non contraignant de codification, il y a des cas dans lesquels le texte et non la règle coutumière est directement appliqué. Ces cas dépendent de la règle elle-même. Si elle continue à être appliquée en conjonction avec le texte de codification, elle occupe une fonction importante pour les États. Une telle règle est une « règle coutumière principale ». À l'opposé, une règle qui cesse d'être appliquée en faveur d'un texte qui la codifie est une règle qui est reléguée à une fonction secondaire. Celle-ci constitue une « règle coutumière supplétive ». Dans les sous-sections suivantes, la fonction respective de ces deux types de règles sera mise en lumière.

3.1.2 Le maintien de la communication entre les États

Une perspective rationaliste « sceptique » de la coutume internationale affirme qu'une raison pour laquelle cette source de droit n'est pas un moyen approprié pour régir les relations interétatiques est qu'elle ne permet pas aux États de définir, d'établir ou de déterminer quelles actions sont en conformité et lesquelles sont contraires au droit international⁴³². Cette lacune serait attribuable à l'incapacité des États de communiquer dans le processus de la formation de la coutume. Ces auteurs estiment que les États optent pour des traités car leur formation passe par la communication. Cet argument est partiellement contredit par le fait que les tribunaux internationaux continuent à appliquer des règles coutumières même lorsqu'elles ont fait l'objet d'une tentative de codification, ou même, lorsque ces tentatives ont effectivement donné lieu à un traité de codification qui connaît un haut taux de ratification. Les cas de l'immunité diplomatique et de l'immunité de juridiction des personnalités d'État en sont des exemples. Nous soumettons que les règles coutumières les plus fréquemment appliquées par les tribunaux, les règles coutumières principales, sont celles qui se rapportent à la communication entre les États. L'immunité diplomatique et l'immunité de juridiction des États font partie de ces règles. Les règles coutumières principales sont systématiquement appliquées à un différend même

⁴³² Voir la sous-section 1.2.3.

si un traité de codification est applicable parce qu'elles servent à encourager et à maintenir les relations entre les États. Ces règles sont fondamentales au processus de l'adoption de traités internationaux car elles protègent les courroies de communication entre les États. Si des États ne peuvent communiquer, ils ne peuvent négocier.

Ces trois ensembles de règles coutumières principales portant sur l'immunité diplomatique, sur l'immunité de juridiction et sur les traités seront maintenant examinées dans l'optique de souligner en quoi ils contribuent à assurer la communication entre les États.

L'immunité de juridiction des États constitue le premier régime coutumier principal. Elle promeut le développement de relations entre les États à travers un effet de signalisation⁴³³ qui peut être observé dans la législation des États et dans la jurisprudence de leurs tribunaux. Lorsqu'un État adopte une loi qui accorde aux États étrangers l'immunité de juridiction en droit interne, ou lorsqu'un tribunal national rejette une poursuite contre un État étranger sur la base de l'immunité de juridiction, l'État signale à d'autres États ou à un État spécifique qu'il le reconnaît comme un égal souverain et qu'il s'attend à recevoir une reconnaissance réciproque. Après tout, la réciprocité entre États en droit international est une conséquence juridique de l'égalité formelle des États⁴³⁴. Il peut difficilement y avoir des communications régulières ou même ponctuelles entre des États lorsque l'un d'eux ne reconnaît pas l'autre comme étant d'égale dignité ou, minimalement, digne de reconnaissance. Par le passé, dans les juridictions de common law, le pouvoir exécutif tendait à intervenir dans une poursuite intentée contre un État étranger afin de convaincre le tribunal de rejeter la poursuite. On se rappellera que dans les affaires du *Parlement Belge*⁴³⁵

⁴³³ William B.T. Mock, « Game Theory, Signalling, and International Legal Relations », (1992) 26 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 34.

⁴³⁴ Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, *supra* note 62, à la p. 90.

⁴³⁵ *The Parlement Belge*, *supra* note 252.

et du *Schooner Exchange*⁴³⁶, le procureur général de l'État du for a recommandé au tribunal d'annuler un bref de saisie contre le navire d'un État étranger et que le tribunal a suivi la recommandation dans les deux cas⁴³⁷. De plus, avant que le Congrès des États-Unis n'adopte la *Foreign Sovereign Immunities Act* en 1976⁴³⁸, il était une pratique courante pour le département d'État d'intervenir dans des poursuites intentées contre des États étrangers devant des tribunaux américains et de recommander que la poursuite soit rejetée sur la base de l'immunité de juridiction⁴³⁹. Les tribunaux américains faisaient preuve de déférence à l'endroit de ses recommandations, mais le département d'État ne soumettait pas toujours de recommandation. Dans de tels cas, le tribunal déterminait à partir de la politique du département d'État si l'immunité de juridiction s'appliquait⁴⁴⁰. Puisque la plupart des juridictions de common law ont adopté des lois pour codifier l'immunité de juridiction, les interventions du pouvoir exécutif sont devenues moins nécessaires.

L'immunité de juridiction est parfois même appliquée pour protéger des entités qui cessent temporairement d'avoir les caractéristiques requises d'un État. On peut reprendre l'affaire *Dessaules c Republic of Poland* entendue en 1944 par la Cour suprême du Canada à titre d'exemple⁴⁴¹. Lorsque la Cour a rendu sa décision dans cette affaire, la Pologne était sous occupation nazie, mais le gouvernement polonais en exil était reconnu par les États-Unis, le Royaume-Uni et le Canada. Contrairement aux caractéristiques généralement retenues pour décrire un État, l'État polonais, telle qu'il était reconnu par des puissances alliées, ne comportait pas de territoire défini ou définissable et la majorité des Polonais était hors du

⁴³⁶ *The Schooner Exchange*, *supra* note 253.

⁴³⁷ Voir la sous-section 2.1.2.

⁴³⁸ *Foreign Sovereign Immunities Act*, *supra* note 104.

⁴³⁹ Harold Hongju Koh, « Foreign Official Immunity After *Samantar*: A United States Government Perspective », (2011) 44 Vand. J. Transnat'l L. 1141, aux pp. 1142-1143.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 1142.

⁴⁴¹ *Dessaules*, *supra* note 358.

contrôle du gouvernement en exil⁴⁴². Ce gouvernement maintenait un consulat à Ottawa et un avocat a intenté une action pour réclamer des honoraires dus par le consulat pour des services qu'il a rendus. La poursuite a été rejetée sur la base de l'immunité de juridiction dont jouissait la République de Pologne. À cette époque, les juridictions de common law appliquaient encore la doctrine absolue de l'immunité de juridiction.

Des considérations de réciprocité expliquent le changement général de la doctrine absolue vers la doctrine restreinte de l'immunité de juridiction. Ayant été formulé au dix-neuvième siècle, la doctrine absolue s'est formée dans un contexte où les gouvernements n'étaient généralement pas redevables devant leurs propres tribunaux, les États ne participaient peu ou pas directement à des activités commerciales et les commerçants se trouvaient dans une situation défavorable face aux États lorsque ces derniers s'engageaient dans des activités commerciales⁴⁴³. La jurisprudence dans les juridictions de common law a invoqué de telles considérations pour justifier l'application de la doctrine restreinte à la place de la doctrine absolue. Dans l'affaire *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* de 1958, le Lord Denning écrit :

« [i]l s'accorde mieux avec la dignité d'un souverain étranger de se soumettre à l'État de droit que de se réclamer au-dessus de la loi, et son indépendance est mieux assurée en acceptant les décisions des tribunaux d'une impartialité reconnue que de rejeter arbitrairement leur compétence. Dans tous les États civilisés, il y a eu une tendance progressive pour rendre le souverain justiciable devant ses propres tribunaux, notamment en Angleterre avec la Crown Proceedings Act, 1947. Les souverains étrangers ne devraient pas être dans une position différente. Il n'y a aucune raison d'accorder aux départements ou aux agences de gouvernements étrangers une immunité qu'on n'accorde pas à nos propres

⁴⁴² L'article 1 de la *Convention de Monte Video sur les droits et les devoirs des États*, le 16 décembre 1933, 165 RTSN 19 (entrée en vigueur : 26 décembre 1934) définit l'État comme suit : « une personne de droit international [qui] possède les qualifications suivantes : (a) une population permanente; (b) un territoire défini; (c) un gouvernement; et (d) la capacité d'entrer en relation avec les autres États [TRADUCTION] ». Ces caractéristiques sont reprises dans l'Avis 1 de la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en ex-Yougoslavie qui définit un État comme suit : « une communauté qui consiste d'un territoire et d'une population assujettie à une autorité politique organisée; un tel État est caractérisé par la souveraineté [TRADUCTION] ». Source : *Avis 1 de la Commission d'arbitrage pour la paix en ex-Yougoslavie*, reproduit dans Alain Pellet, « The Opinions of the Badinter Arbitration Committee : A Second Breath for the Self-Determination of Peoples », (1992) 3 EJIL 178, à p. 182.

⁴⁴³ Fox, *The Law of State Immunity*, *supra* note 237, aux pp. 223-224.

départements et agences gouvernementaux, en autant que le litige survient à l'intérieur de la compétence de nos tribunaux et est proprement justiciable [TRADUCTION] »⁴⁴⁴.

Plusieurs décisions canadiennes et anglaises ont répété que l'exception des activités commerciales d'un État servait à remédier à la situation défavorable dans laquelle se trouvaient des commerçants en concurrence avec des États. L'opinion du juge Owen était à cet effet dans la décision de la Cour du banc de la Reine du Québec dans l'arrêt *Venne c Democratic Republic of the Congo*⁴⁴⁵. Dans l'affaire *I Congresso del Partido* de 1983, Lord Wilberforce, de la House of Lords, a fait écho à cette injustice lorsqu'il a écrit : « [c']est précisément pour protéger des commerçants étrangers contre des défauts contractuels que la théorie restreinte permet à ce que des États [étrangers] soient justiciables devant un tribunal [TRADUCTION] »⁴⁴⁶. Remarquons aussi, en contrepartie, que l'immunité restreinte facilite l'accès de l'État à certaines ressources d'entreprises privées qui auraient autrement hésité à s'engager avec un partenaire qui pourrait les tromper sans subir aucune conséquence financière. Le passage de l'immunité absolue à l'immunité restreinte ne s'explique donc pas par une diminution de l'importance de l'immunité pour le maintien des relations entre les États, il s'explique plutôt par un besoin d'équilibrer les rapports entre les États et les entreprises pour faciliter les échanges entre ces deux types d'entités.

L'immunité diplomatique opère d'une manière analogue à l'immunité de juridiction. Elle fournit un cadre juridique favorisant le développement et le maintien de relations interétatiques à travers un effet de signalisation et l'exigence de réciprocité. Le préambule de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* énonce que l'immunité diplomatique a pour but « non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des États ». Au risque de nous répéter, le souci de maintenir de bonnes

⁴⁴⁴ *Rahimtoola*, supra note 258, à la p. 418.

⁴⁴⁵ Voir la sous-section 2.2.2.

⁴⁴⁶ *I Congresso del Partido*, supra note 267, à la p. 269.

relations avec les États-Unis et la France libre durant la Seconde Guerre mondiale a probablement affecté comment la Cour suprême du Canada a répondu aux questions du gouverneur en conseil dans le renvoi *Re Foreign Legations*⁴⁴⁷. Au cours du dix-septième siècle, l'immunité diplomatique s'était cristallisée dans la pratique des États européens et, tel qu'il a été démontré dans la sous-section 2.1.1, les tribunaux anglais appliquaient directement cette immunité sans même tenir compte de la *Diplomatic Privileges Act, 1708*⁴⁴⁸ qui la reconnaissait au motif que cette loi était déclaratoire du droit des gens. La principale raison pour laquelle l'immunité diplomatique a pu se développer en l'absence d'un traité multilatéral est le danger posé au maintien de relations diplomatiques par une potentielle prolifération de ripostes entre les différents États pour les dommages qu'un État infligerait au diplomate d'un autre État⁴⁴⁹. Si l'État A soumet l'ambassadeur de l'État B à du harcèlement, l'État B pourrait riposter contre l'ambassadeur de l'État A. Une telle situation empêcherait l'État A et l'État B de communiquer adéquatement. Si un membre du personnel diplomatique commet une infraction aux lois de l'État accréditaire, l'immunité dont jouit cette personne n'empêche pas l'État accréditaire de déclarer celle-ci *persona non grata*⁴⁵⁰ ou de demander à l'État accréditant de lever l'immunité diplomatique dans ce cas précis⁴⁵¹. Lorsqu'un État expulse un diplomate étranger au motif qu'il est un espion, il n'est pas inhabituel que l'État accréditant expulse un diplomate du premier État en réplique au motif qu'il est lui aussi un espion⁴⁵². Cette application réciproque du droit d'expulsion ne cause aucun préjudice réel et permet aux deux États de maintenir leurs relations diplomatiques.

⁴⁴⁷ *Re Foreign Legations*, supra note 328.

⁴⁴⁸ *Diplomatic Privileges Act 1708*, supra note 230.

⁴⁴⁹ David H. Goodman, « Reciprocation as a Means of Curtailing Diplomatic Immunity Abuse in the United States: The United States Needs to Play Hard Ball », (1989) 11 Hous. J. Int'l L. 393, à la p. 393.

⁴⁵⁰ *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, supra note 230, art. 9.

⁴⁵¹ *Ibid.*, art. 32.

⁴⁵² Ces cas ont été fréquents pendant la Guerre froide. Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, à la p. 78.

Quant au droit des traités, il permet aux États de formuler des attentes communes quant à la manière par laquelle un traité peut être interprété et aux obligations légales qui incombent aux États à chaque phase de la vie d'un traité. Une cause de la création de ces attentes est l'application des règles coutumières en matière du droit des traités et des dispositions correspondantes de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* par les tribunaux internationaux et nationaux⁴⁵³. Des aspects non litigieux de la *Convention* telles que les règles d'interprétation des traités et les effets juridiques qui sont rattachés à chaque phase de la vie d'un traité sont considérés constituer des règles coutumières par l'ensemble des États. Les tribunaux canadiens, lorsqu'ils cherchent à déterminer le but d'un traité international ou le sens d'une disposition du traité, appliquent sans réserve les règles coutumières reprises par la *Convention*⁴⁵⁴. Une raison potentielle pour laquelle les tribunaux canadiens appliquent ces règles d'interprétation est qu'elles sont semblables aux règles d'interprétation en droit canadien⁴⁵⁵. L'article 31 de la *Convention* prévoit : « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Cette règle est très semblable à la règle moderne d'interprétation prônée par Driedger : « [A]ujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur [TRADUCTION] »⁴⁵⁶. Ce principe est réitéré *ad nauseam* dans les décisions des tribunaux canadiens et constitue la règle d'or qu'ils utilisent

⁴⁵³ Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, *supra* note 62, à la p. 120. Une recherche faite en date du 8 août 2014 sur CanLII montre que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* a été appliquée dans 136 décisions canadiennes.

⁴⁵⁴ À titre d'exemple, dans l'affaire *Pushpanathan c Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)*, [1998] 1 RCS 982, la Cour suprême du Canada interprétait la section Fc) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés*, *supra* note 27. Pour déterminer le sens de cette disposition en droit interne, la Cour a eu recours au texte de la *Convention* et aux règles d'interprétation des traités. Elle note au par. 52 : « [c]es règles sont énoncées succinctement dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ».

⁴⁵⁵ Le recours aux travaux préparatoires diffère toutefois en common law et en droit civil.

⁴⁵⁶ Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, à la p. 87. La traduction a été prise des motifs unanimes du juge Iacobucci dans l'affaire *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 RCS 27 [*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*] au paragraphe 21.

lorsqu'ils interprètent des lois⁴⁵⁷. Bien que nous retenons seulement trois types de règles coutumières comme règles primaires, nous reconnaissons que les autres types de règles coutumières servent d'autres fonctions importantes pour les États.

3.1.3 Régir de manière subsidiaire les rapports interétatiques

La coutume internationale va au-delà des immunités diplomatique et juridictionnelle, et du droit des traités, qui ont tous acquis leur statut coutumier avant que des tentatives de codification de ces règles n'aient été entreprises. Contrairement aux règles coutumières principales, beaucoup de règles coutumières supplétives ont acquis leur statut coutumier après l'adoption d'un traité multilatéral. Qu'elle ait acquis son statut coutumier avant ou après l'adoption d'un traité, une règle coutumière supplétive sert une fonction secondaire pour les États : régir de manière résiduaire les questions de fond des relations interétatiques. Cette règle est généralement appliquée par un tribunal international dans un différend dans l'un des deux cas suivants : (1) pour étendre l'application d'un traité international ou de dispositions du traité qui sont jugés fondamentaux, ou (2) par le consentement mutuel des parties.

Avant d'illustrer ces cas d'application, il s'avère nécessaire de préciser ce que l'on tend par les questions de fond des relations interétatiques. Une règle de droit touche ces questions lorsqu'elle a des incidences économiques ou militaires importantes. Nous écartons d'autres considérations telles que des considérations culturelles ou idéologiques car les approches rationalistes des relations internationales, qui informent notre cadre d'analyse, conçoivent la puissance des États et leurs intérêts principalement en termes militaires et économiques.

⁴⁵⁷ Stéphane Beaulac et Pierre-André Côté, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) R.J.T. 131. Dans l'affaire *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, *supra* note 456, le juge Iacobucci, au nom de la Cour suprême du Canada, endosse clairement la règle identifiée par Elmer Driedger lorsqu'il écrit au paragraphe 21 : « [b]ien que l'interprétation législative ait fait couler beaucoup d'encre [...], Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie ».

Pour reprendre l'expression de Hans Morgenthau, une règle de droit est une règle politique de droit international car les intérêts économiques et militaires des États sont susceptibles de varier⁴⁵⁸. Or, les règles coutumières principales ne constituent pas des règles politiques de droit international parce qu'elles ne se rapportent pas généralement aux intérêts économiques ou militaires des États. Les principaux gains qu'un État puisse tirer en respectant l'immunité d'un diplomate étranger sont la protection de ses propres diplomates dans l'autre État et le maintien de relations diplomatiques avec ce dernier. Il renonce à peu sur le plan économique en ne prélevant pas d'impôts sur la mission diplomatique⁴⁵⁹ ou sur le plan militaire car il peut toujours expulser le personnel de la mission diplomatique qui participait à des activités de renseignement. Le droit des traités, quant à lui, n'a pas d'effet sectoriel car il s'applique de manière uniforme à l'ensemble des traités.

Pour ce qui est de l'immunité de juridiction, d'aucuns pourraient faire valoir que l'étendue de cette immunité a potentiellement des conséquences économiques et militaires. Ces conséquences sont néanmoins minimales sur ces deux plans. L'exception des activités commerciales est acceptée par la plupart des États même si la Russie et certains États asiatiques adhèrent officiellement encore à la doctrine absolue⁴⁶⁰. Plusieurs États de l'ancien bloc soviétique, qui adoptaient comme anciennement la doctrine absolue, s'éloignent aujourd'hui de celle-ci à la faveur de la doctrine restreinte en droit interne⁴⁶¹. Même les États qui maintiennent la doctrine de l'immunité absolue adoptent malgré tout la doctrine restreinte dans le cadre de plusieurs de leurs transactions⁴⁶². Le jugement rendu par

⁴⁵⁸ Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law », *supra* note 92, aux pp. 278-279.

⁴⁵⁹ L'exigence de réciprocité est habituellement attachée aux exemptions fiscales accordées aux missions diplomatiques, ce qui assure à un État qui reçoit une mission diplomatique étrangère que ses propres missions diplomatiques recevront le même traitement. De plus, un État peut toujours effectuer des paiements *ex gratia*.

⁴⁶⁰ Hazel Fox, « In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important », (2006) 55 *Int'l & Comp. L.Q.* 399, à la p. 399.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Fox, *The Law of State Immunity*, *supra* note 237, aux pp. 230-231 et 234. La Chine maintient officiellement la doctrine de l'immunité absolue, mais en pratique, elle accepte que des sociétés d'État ou des

la Cour internationale de justice dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État*⁴⁶³, qui a affirmé que l'Allemagne jouissait de l'immunité de juridiction pour les actes que ses forces militaires ont commis en Italie durant la Seconde Guerre mondiale, semble protéger les États pour les actes qu'ils commettent en temps de guerre. En s'étendant aux activités militaires d'un État sur le territoire d'un autre État, que ce dernier ait consenti ou non à ces activités, l'immunité juridictionnelle s'isole de questions militaires et devient de ce fait plus acceptable à un État A car il sait d'avance qu'il ne pourra pas être jugé par les tribunaux de l'État B et ne pourra être tenu par ces tribunaux à verser des réparations pour les dommages subis par l'État B⁴⁶⁴.

Le droit international humanitaire comporte des exemples de dispositions ou traités complets ayant acquis un statut coutumier après leur adoption. Il permet aussi d'illustrer que l'affirmation du statut coutumier d'un traité ou d'une disposition d'un traité est parfois utilisée pour en étendre son application à l'ensemble des États en raison du fait que l'on juge son contenu fondamental. Par exemple, dans le jugement du Tribunal international militaire de Nuremberg, les défendeurs ont contesté l'applicabilité de la *Convention IV de la Haye* de 1907⁴⁶⁵ aux crimes qu'ils ont commis au motif que plusieurs États parties à la Seconde Guerre mondiale n'étaient pas liés par la *Convention*⁴⁶⁶. Le Tribunal a rejeté l'argument. Il reconnaissait qu'au moment de son adoption, la *Convention* constituait du

fonds souverains ne jouissent pas de l'immunité de juridiction. Elle renonce souvent à l'immunité par la voie de traités bilatéraux ou multilatéraux.

⁴⁶³ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 102.

⁴⁶⁴ Évidemment, tel que souligné par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État*, l'applicabilité de l'immunité juridictionnelle n'empêche pas un État de se voir sa responsabilité internationale engagée et d'avoir une obligation de réparation : *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 102, au par. 100.

⁴⁶⁵ *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org <<https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013) [*Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*].

⁴⁶⁶ *Judgement and Sentences of the International Military Tribunal (Nuremberg) 1946*, (1947) 41 AJIL 172, à la p. 248.

droit nouveau car elle cherchait à réviser les lois et les coutumes de la guerre de l'époque, mais le Tribunal a observé qu'en 1939 : « ces règles, contenues dans la Convention, étaient admises par tous les États civilisés et regardées par eux comme l'expression codifiée, des lois et coutumes de la guerre [TRADUCTION] »⁴⁶⁷. Les dispositions de la *Convention* étaient donc applicables. Ainsi, des tribunaux pénaux internationaux créés après le Tribunal militaire international donnent une application universelle à des dispositions de traités multilatéraux au motif qu'elles reflètent désormais la coutume. Ce fut notamment le cas dans cadre de la décision de la Chambre de première d'instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie rendue dans l'affaire *Le Procureur c Furundzija*, où le Tribunal affirma que l'interdiction générale de la torture, prévue par les Conventions de la Haye de 1907⁴⁶⁸ et les Conventions de Genève de 1949⁴⁶⁹, s'est transformée en règle de droit international coutumier⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, aux pp. 248-249.

⁴⁶⁸ *Convention (III) de la Haye relative à l'ouverture des hostilités*, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp> > (consulté : le 25 septembre 2013). *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, supra note 465. *Convention (V) de la Haye sur les Puissances neutres en cas de guerre sur terre*, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp> > (consulté : le 25 septembre 2013). *Convention (VI) de la Haye sur le régime des navires de commerce ennemis*, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp> > (consulté : le 25 septembre 2013). *Convention (VII) de la Haye sur la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre*, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp> > (consulté : le 25 septembre 2013). *Convention (VIII) de la Haye sur les mines sous-marines*, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp> > (consulté : le 25 septembre 2013). *Convention (IX) de la Haye sur le bombardement par les forces navales* 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp> > (consulté : le 25 septembre 2013). *Convention (XI) de la Haye relative à des restrictions du droit de capture*, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp> > (consulté : le 25 septembre 2013). *Convention (XIII) de la Haye sur les Puissances neutres en cas de guerre maritime*, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp> > (consulté : le 25 septembre 2013).

⁴⁶⁹ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, le 12 août 1949, 75 RTNU 970, [1965] RT Can n°20, (entrée en vigueur : 14 novembre 1965). *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces*

Il y a aussi des traités multilatéraux qui, lors de leur adoption, codifiaient ou reflétaient des règles coutumières existantes ou émergentes. La reconnaissance coutumière des droits souverains d'un État côtier sur son plateau continental en est un exemple. Il a été reconnu que, lors de l'adoption de la *Convention sur le plateau continental*, certaines dispositions reflétaient la coutume existante ou émergente. Cette *Convention*, qui n'a reçu que 58 ratifications⁴⁷¹, a été effectivement remplacée par la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*. Avant que cette dernière convention n'entre en vigueur, les États côtiers qui disputaient l'attribution de droits souverains sur le plateau continental qu'ils partageaient, acceptaient parfois d'utiliser les règles coutumières pour délimiter les parties du plateau sur lesquelles ils pouvaient exercer leurs droits souverains. Dans l'affaire *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte)*⁴⁷², les deux États parties ont demandé à la Cour internationale de justice d'identifier et d'appliquer les règles de droit international pertinentes aux fins de la délimitation de la zone du plateau continental relevant de chacun des États. Ils ont reconnu que seul le droit international coutumier régissait leur différend⁴⁷³. La Cour a noté que même si la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* n'était pas encore entrée en vigueur, son adoption par une « écrasante majorité des États » faisait en sorte qu'elle était d'une « importance majeure, de sorte que, même si les Parties ne l'invoquent pas, il incombe manifestement à la Cour d'examiner, jusqu'à quel point l'une quelconque de ses dispositions pertinentes lie les Parties en tant

armées sur mer, le 12 août 1949, 75 RTNU 971, [1965] RT Can n°20, (entrée en vigueur : 14 novembre 1965). *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, le 12 août 1949, 75 RTNU 972, [1965] RT Can n°20, (entrée en vigueur : 14 novembre 1965). *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, le 12 août 1949, 75 RTNU 973, [1965] RT Can n°20, (entrée en vigueur : 14 novembre 1965).

⁴⁷⁰ *Le Procureur c Furundzija*, IT-95-17/1-5, jugement (10 décembre 1998) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance) (WL), *supra* note 75, aux par. 137-139.

⁴⁷¹ ONU, en ligne : treaties.un.org, <<https://treaties.un.org/pages/UNTSOnline.aspx?id=2>> (consulté le 25 juin 2014).

⁴⁷² *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte)*, [1985] CIJ Rec 13, le 3 juin 1985 [*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte)*].

⁴⁷³ *Ibid.*, au par. 26.

que règle de droit international coutumier»⁴⁷⁴. Acceptant l'argument de Malte que les règles coutumières applicables à la délimitation de la zone économique exclusive s'appliquent pour délimiter le plateau continental, la Cour a reconnu que la prolongation naturelle d'un État soit définie en partie par la distance de la côte, peu importe la nature physique du fonds et du sous-sol de la mer⁴⁷⁵. Sur la base des caractéristiques particulières de la côte de Malte, la Cour a tracé une délimitation qui tenait compte de celles-ci. Tel que note la Cour, cette conception de « prolongation naturelle » est conforme aux articles 76 et 77 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*⁴⁷⁶.

Depuis l'entrée en vigueur de la *Convention*, les règles coutumières relatives au plateau continental continuent toujours de recevoir une application dans des différends de délimitation maritime. Dans une affaire de délimitation qui opposait le Chili, un État lié par la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, et le Pérou, un État n'ayant pas ratifié cette convention, la Cour devait entre autres délimiter le plateau continental entre ces États⁴⁷⁷. La Cour a appliqué les paragraphes 74(1) et 83(1) de la *Convention*, qui se rapportent respectivement à la zone économique exclusive et au plateau continental, pour opérer la délimitation car ces dispositions « reflètent le droit international coutumier »⁴⁷⁸. Le Pérou a affirmé que « le domaine maritime » est en conformité avec la définition des espaces maritimes prévus par la *Convention* et la Cour a considéré cette affirmation comme étant une acceptation d'appliquer les dispositions précitées⁴⁷⁹. La Cour a probablement souligné le caractère coutumier de ces dispositions pour indiquer qu'elles peuvent s'appliquer dans tout différend de délimitation maritime, peu importe que ces États parties aient ratifié la *Convention*. Même si les règles coutumières supplétives ne tendent pas à

⁴⁷⁴ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte)*, *supra* note 472, au par. 27.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, au par. 34.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, au par. 77.

⁴⁷⁷ *Différend Maritime (Pérou c Chili)*, [2014] CIJ Rec 1, le 27 janvier 2014, au par. 178.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, au par. 179.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, au par. 178.

recevoir une considération égale à celle réservée aux règles coutumières primaires, certaines d'elles méritent d'être traitées avec le même respect par les États. Les tribunaux canadiens reconnaissent à certaines règles coutumières supplétives une valeur égale aux règles coutumières primaires⁴⁸⁰.

3.2 Les fonctions de la coutume internationale : la perspective des tribunaux canadiens

La distinction entre règles coutumières principales et supplétives permet de mieux comprendre l'application de la coutume par les tribunaux canadiens en situant la doctrine de l'incorporation par rapport aux fonctions qu'accordent les États à la coutume. Nous entendons illustrer le rôle des tribunaux canadiens dans l'application de la coutume au Canada avec l'analogie d'un filtre. Dans un litige, une règle coutumière tend à être appliquée dans l'un des deux cas suivants. D'abord, lorsque le litige oppose une partie canadienne à un État ou un diplomate étranger, le tribunal tend à appliquer une règle coutumière pour rejeter la poursuite. Nous soumettons que le tribunal agit ainsi pour préserver les relations bilatérales du Canada avec l'État en question. Certes, il peut y avoir des cas où la coutume permet d'accueillir la poursuite. L'exception des activités commerciales à l'immunité juridictionnelle des États en est un exemple. Ensuite, lorsqu'un acte souverain du gouvernement canadien qui peut avoir des conséquences sur les relations bilatérales du Canada est contesté, il arrive qu'une règle coutumière soit appliquée pour valider l'acte contesté. Ces deux cas illustrent les fonctions de la coutume du point de vue des tribunaux canadiens. Ces fonctions constituent un filtre. S'ils ne se retrouvent pas dans l'un de ces deux cas suivants, une règle coutumière, qui serait autrement applicable au litige, n'est pas appliquée et elle passe donc à travers le filtre et constitue le filtrat. Une règle coutumière qui sert l'une des deux fonctions décrites tend à être appliquée et elle sera captée par le filtre comme du résidu. Le motif de la préservation des relations bilatérales du

⁴⁸⁰ Voir la sous-section 3.2.2.

Canada sera abordée en premier (3.2.1) et ensuite, nous présenterons le motif de la légitimation des actes souverains du gouvernement canadien (3.2.2).

3.2.1 La préservation des relations bilatérales du Canada

Il a été montré dans la sous-section 2.2.2 que les tribunaux canadiens appliquent directement les règles coutumières relatives à l'immunité diplomatique et à l'immunité de juridiction depuis les années 1940. Par contre, depuis l'incorporation de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* et de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* en droit canadien dans les années 1970, les tribunaux canadiens appliquent habituellement les dispositions de ces conventions qui ont été incorporées au lieu de se référer aux règles coutumières. Toutefois, lorsque les dispositions incorporées des conventions ne permettent pas de trancher un litige, il a été montré que les tribunaux canadiens interprètent largement l'immunité diplomatique ou consulaire de manière à rejeter la poursuite. Quant à l'immunité de juridiction, après une longue période d'ambiguïté, il est désormais établi que la *Loi sur l'immunité des États*⁴⁸¹ constitue une codification complète de ce régime en droit canadien même si cette codification est sélective. Ainsi, dans des jugements récents relatifs à des poursuites intentées contre des États pour des actes de torture qu'ils auraient commis à l'extérieur du Canada, les tribunaux canadiens ont affirmé que la codification est complète et qu'aucune exception non incorporée dans la *Loi*, même si elle relève de la coutume, saurait être admise. L'interprétation large des immunités diplomatique et consulaire ainsi que l'interprétation restreinte des exceptions à l'immunité de juridiction par les tribunaux canadiens peuvent être expliquées par le souci de ceux-ci de rendre des décisions qui ne mettent pas en danger les relations bilatérales du Canada avec les États poursuivis ou affectés par leurs décisions.

⁴⁸¹ *Loi sur l'immunité des États*, supra note 6.

L'affaire *Bonadie*⁴⁸², qui se rapportait aux limites de l'immunité d'un officier consulaire, a illustré que l'incorporation partielle des conventions sur les relations diplomatiques et sur les relations consulaires ne permet pas toujours de trancher un litige⁴⁸³. Même si, selon la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, un consul qui agit à l'extérieur de sa circonscription consulaire n'agit pas dans l'exercice de ses fonctions, le tribunal a étendu l'immunité fonctionnelle du consul, qui se limite aux actes commis dans le cadre de ses fonctions, aux actes commis à l'extérieur de sa circonscription consulaire. Le tribunal a justifié cette extension de l'immunité par le fait que le consul, qui provenait d'un État des Caraïbes, une région sous-développée, devait jouir d'une plus grande marge de manœuvre pour exercer ses fonctions, qui incluait le droit d'agir à l'extérieur de sa circonscription consulaire avec la garantie de son immunité. Il était noté que le Canada, qui accueillait des immigrants des Caraïbes et qui entretenait de bonnes relations avec les États de la région, ne pouvait s'attendre de ces États qu'ils maintiennent plusieurs postes consulaires dans un même État, surtout sur un territoire aussi vaste que le territoire canadien⁴⁸⁴. Cette considération montre que le tribunal se souciait de l'impact de sa décision sur les relations entre le Canada et les États des Caraïbes. Il doit être rappelé que le consul a été accusé de parjure sous l'article 132 du *Code criminel* et d'avoir entravé le cours de la justice sous le paragraphe 139(2) du *Code criminel* pour les actes qu'il a posés.

Une autre décision a été encore plus explicite quant à la pertinence de la coutume internationale en droit canadien en ce qui a trait à l'immunité diplomatique et à l'immunité consulaire et quant à la préoccupation des tribunaux canadiens de ne pas mettre en danger les relations bilatérales du Canada avec un autre État. Dans *Re Regina and Palacios*, la Cour d'appel de l'Ontario devait interpréter le paragraphe 39(2) de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, une disposition incorporée en droit canadien, qui prévoit

⁴⁸² *Bonadie*, *supra* note 343.

⁴⁸³ Voir la sous-section 2.2.2 et la note 319.

⁴⁸⁴ *Bonadie*, *supra* note 343, à la p. 22.

qu'une personne ayant droit à l'immunité diplomatique continue de bénéficier de cette immunité jusqu'à ce qu'il « quitte le pays » ou jusqu'à « l'expiration d'un délai raisonnable qui lui aura été accordé à cette fin »⁴⁸⁵. M. Palacios, un membre du personnel diplomatique de l'ambassade du Nicaragua au Canada, avait été arrêté au Canada et inculpé d'infractions criminelles commises au Canada deux semaines après que ses fonctions avaient pris fin. Durant ces deux semaines, il a séjourné aux États-Unis avant de retourner au Canada. Le ministère public a argumenté qu'au sens du paragraphe 39(2) de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* l'inculpé avait quitté le pays lorsqu'il est allé aux États-Unis et qu'à partir de ce moment il cessait de bénéficier de l'immunité.⁴⁸⁶ La Cour d'appel a rejeté cet argument et a conclu que l'inculpé n'avait pas quitté le Canada lorsqu'il est allé aux États-Unis et qu'il bénéficiait donc de l'immunité de juridiction pénale au moment de son arrestation et de son inculpation⁴⁸⁷.

La Cour a noté que les règles d'interprétation du droit international et non celles en droit canadien doivent guider l'interprétation de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*. Le principe de l'effectivité, qui veut qu'un traité soit interprété de manière à donner effet aux intentions des États parties, devait être retenu. Dans ce cas, la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* a pour but d'affirmer et de protéger les privilèges et immunités diplomatiques et il fallait présumer qu'elle ne dérogeait pas au droit international coutumier⁴⁸⁸. Le juge Blair, au nom de la Cour, a cité la décision de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*⁴⁸⁹ à l'effet qu'il n'y avait pas de prérequis plus fondamental pour les relations entre les États que l'inviolabilité des agents diplomatiques et des missions diplomatiques et qu'à travers l'histoire, toutes les nations avaient observé des obligations

⁴⁸⁵ *Re Regina and Palacios*, supra note 326.

⁴⁸⁶ *Re Regina and Palacios*, supra note 326, à la p. 312.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, à la p. 315.

⁴⁸⁸ *Re Regina and Palacios*, supra note 326, à la p. 314.

⁴⁸⁹ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, supra note 429.

réciproques pour cette raison⁴⁹⁰. Seul le droit international coutumier permettait de définir ce que la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* entend par « quitter le pays ». La Cour a noté que, dans la pratique des États et dans les ouvrages des publicistes, une personne bénéficiait de l'immunité diplomatique jusqu'à ce qu'il quitte définitivement le pays⁴⁹¹. Or, l'inculpé n'est parti que pendant une semaine et sa famille est restée à Ottawa. Il était donc évident qu'il n'avait pas définitivement quitté le pays et qu'aucun délai raisonnable pour quitter le Canada n'était expiré.

Cet arrêt illustre trois éléments : (1) à l'instar des États, les tribunaux canadiens sont conscients de l'importance de l'immunité diplomatique et de l'immunité consulaire pour le maintien des relations entre les États; (2) la coutume internationale demeure une source de règles de droit applicables malgré l'existence d'un traité de codification; et (3) les tribunaux canadiens ont eu recours par le passé aux règles d'interprétation qui prévalent en droit international pour interpréter un traité international.

Le développement de l'immunité de juridiction dans la jurisprudence canadienne accentue un deuxième élément partagé par les États et les tribunaux dans leur compréhension du fonctionnement des règles coutumières principales : ces règles s'appliquent peu importe la présence d'un traité ou d'une loi de codification en raison des attentes de réciprocité. Les doctrines absolue et restreinte de l'immunité de juridiction se sont développées par des échanges réciproques ou, dans le langage de la théorie des jeux, par une stratégie de « coup pour coup »⁴⁹². Lorsque les tribunaux d'un État A rejetaient une poursuite contre un État B sur la base de l'immunité de juridiction, il arrivait souvent que les tribunaux de l'État B rejetaient une poursuite contre l'État A. La doctrine absolue de cette immunité, qui date du dix-neuvième siècle, s'est développée dans un contexte où les gouvernements occidentaux

⁴⁹⁰ *Re Regina and Palacios*, *supra* note 326, à la p. 310.

⁴⁹¹ *Re Regina and Palacios*, *supra* note 326, aux pp. 314-315.

⁴⁹² Norman et Trachtman, « The Customary International Law Game », *supra* note 19, à la p. 551.

adhéraient officiellement aux principes du *laissez-faire* dans leurs politiques économiques même si en réalité ils étaient responsables pour une grande partie de l'activité économique⁴⁹³. Dans leur esprit, une variété limitée de biens étaient protégés par cette immunité, ce qui empêchait des abus. Toutefois, lorsqu'ils se sont mis à accroître leurs activités commerciales sur le plan international, l'immunité pouvait potentiellement être étendue à un plus grand nombre de biens par les États. Les États disposaient d'un avantage indu face à des commerçants étrangers car ils pouvaient éviter des poursuites judiciaires devant des tribunaux étrangers pour des manquements à leurs obligations. Pour éviter de dénaturer le but de l'immunité de juridiction et éviter la possibilité de représailles face à une utilisation abusive de l'immunité, l'exclusion de biens appartenant à des États mais destinés à des fins « privées » s'est développée graduellement et est éventuellement devenue l'exception des activités commerciales sous la doctrine restreinte.

Le souci de la réciprocité était dans la pensée des tribunaux canadiens avant, durant et après la substitution de la doctrine absolue par la doctrine restreinte. Le juge Locke, dans l'arrêt *St. John (City) c Fraser-Brace Overseas Corp.* (1956), avait noté que, dans une action *in rem*, l'immunité de juridiction ne protégeait que les biens appartenant à un État étranger qui sont dédiés à des fins publiques⁴⁹⁴. Cette règle a été réitérée six ans plus tard dans l'affaire *Flota Maritima Browning de Cuba S.A. c Republic of Cuba* dans laquelle la Cour suprême était saisie d'un appel relatif à une action *in rem* contre des navires appartenant à la République de Cuba⁴⁹⁵. Ensuite, lorsque les cours d'appel provinciales ont commencé à aller à l'encontre de précédents de la Cour suprême du Canada et à appliquer la doctrine restreinte au lieu de la doctrine absolue, ces cours estimaient qu'il était injuste pour des commerçants que des États qui s'engagent dans des activités commerciales puissent

⁴⁹³ Molot et Jewett, « The State Immunity Act of Canada », *supra* note 350, à la p. 85.

⁴⁹⁴ *Fraser-Brace Overseas Corp.*, *supra* note 340, à la p. 281.

⁴⁹⁵ *Flota Maritima Browning de Cuba S.A. c Republic of Cuba*, [1962] RCS 598.

invoquer l'immunité de juridiction pour être plus concurrentiels⁴⁹⁶. Les commerçants canadiens seraient désavantagés si le Canada appliquait la doctrine absolue face aux États étrangers et qu'en même temps ces derniers appliquent la doctrine restreinte face au Canada. Il fallait réciproquer en adoptant la doctrine restreinte face aux États étrangers pour remédier au déséquilibre.

Depuis l'adoption de la *Loi sur l'immunité des États* qui impose la doctrine restreinte, la réciprocité est un déterminant latent dans la considération de l'immunité de juridiction par les tribunaux canadiens. Le critère retenu pour déterminer si une activité constitue une « activité commerciale » au sens de l'article 5 de la *Loi* est la nature de l'activité dans son contexte et non pas le but de l'acte⁴⁹⁷. Tel que le note le juge La Forest dans le renvoi *Re Code canadien du travail*, si le but de l'acte constituait le critère de différenciation entre un acte de *jure imperii* et une activité commerciale, tout acte d'un État ou d'une agence gouvernementale qui est assimilé à l'État serait un acte de *jure imperii* et serait donc protégé par l'immunité, ce qui contrecarre la raison d'être de l'immunité de juridiction⁴⁹⁸. Le critère retenu sert à limiter l'application de l'immunité de juridiction aux actes souverains et donc à empêcher que des États l'utilisent à titre de politique commerciale. L'objet de l'immunité serait dénaturé si elle était utilisée pour des raisons purement commerciales. À travers l'emploi réciproque de la doctrine restreinte, les États ont pu trouver un point focal, une zone d'entente identifiable sur le but et la portée de l'immunité de juridiction.

Les tribunaux canadiens semblent attribuer à l'immunité diplomatique et à l'immunité de juridiction la fonction de préserver des relations bilatérales du Canada avec les États et paraissent les appliquer par souci de la réciprocité. Si le Canada respecte des règles

⁴⁹⁶ Voir la note 341.

⁴⁹⁷ *Re Code canadien du travail*, supra note 349, à la p. 73.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

coutumières reconnues par l'ensemble des États, il recevra un traitement réciproque de la part d'autres États. Si ceci est le cas, comment expliquer l'exclusion par les tribunaux canadiens d'une exception à l'immunité juridictionnelle des États qui aurait octroyé aux tribunaux une compétence civile universelle pour entendre des poursuites contre des États étrangers, leurs fonctionnaires et leurs agents pour les actes de torture qu'ils commettent?

Dans l'affaire *Kazemi*, le juge LeBel, au nom de la majorité, note que « la création de ce type de compétence aurait des conséquences potentiellement graves sur les relations internationales du Canada. Cette décision incombe au législateur et non aux tribunaux »⁴⁹⁹.

Il écrit plus loin que :

« [d]ans les causes de droit international plus particulièrement, il convient que les tribunaux canadiens suivent uniquement [...] "la jurisprudence dominante", et ne modifient pas le droit de façon radicale sur la base d'une idée émergente qui se trouverait encore à ses balbutiements sur le plan conceptuel [...]. Or la « jurisprudence dominante » quant à une situation telle que celle qui nous occupe confirme qu'"on ne peut contourner le droit d'un État à l'immunité en poursuivant plutôt ses fonctionnaires ou ses agents" »⁵⁰⁰.

Si la Cour suprême du Canada avait reconnu une compétence civile universelle pour la torture extraterritoriale commise par un État afin de poursuivre des fonctionnaires ou des agents, elle aurait, de manière involontaire, remise en question l'acceptation du Canada du consensus général des États sur le but et la portée de l'immunité de juridiction. On n'affirme pas que la plupart des États ou que le Canada accepte de manière consciente qu'un État qui commet des actes de torture contre des étrangers puisse échapper à toute

⁴⁹⁹ *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, supra note 5, au par. 107.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, au par. 108. Ce passage contraste avec l'usage par la Cour suprême de la pratique internationale émergente de l'interdiction de la peine de mort pour interpréter l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans l'affaire *États-Unis c Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 RCS 283 [*États-Unis c Burns*]. Tel que le note la Cour au paragraphe 79 : « le droit international et l'opinion internationale sont utiles aux tribunaux pour déterminer la nature de la justice fondamentale ». Plus loin, la Cour note que la pratique internationale émergente de l'interdiction de la peine de mort n'établit pas « l'existence d'une norme de droit international prohibant la peine de mort ou l'extradition de personnes vers des pays où elles sont passibles d'une telle peine », mais elle témoigne de « l'existence, à l'échelle internationale, d'un important mouvement favorable à l'acceptation d'un principe de justice fondamentale déjà adopté par le Canada sur le plan interne, l'abolition de la peine capitale » : par. 89.

responsabilité. La Cour cherchait probablement à éviter une brèche dans l'immunité qui aurait ouvert la possibilité à des poursuites contre des États ou contre le Canada qui seraient normalement rejetées par l'immunité de juridiction telle qu'elle est comprise par la plupart des États.

Un exemple d'une poursuite possible contre le Canada ou contre un État allié du Canada serait celle par un prisonnier afghan ayant été détenu par les Forces canadiennes en Afghanistan qui a été ensuite transféré aux autorités afghanes et aurait été victime d'actes de torture commis par lesdites autorités. En 2009, la Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement de la Cour fédérale dans l'affaire *Amnistie Internationale Canada c Canada (Chef d'état-major de la Défense)*⁵⁰¹ qui a rejeté une demande pour jugement déclaratoire par Amnistie Internationale Canada à l'effet que les articles 7, 10 et 12 de la *Charte canadienne* s'appliquent aux personnes détenues par les Forces canadiennes en Afghanistan et, donc, aux transferts de prisonniers afghans par les Forces canadiennes aux autorités afghanes. L'Afghanistan et le Canada avaient convenu que le traitement des prisonniers était régi par le droit international⁵⁰². Si, au moment où la cause fut entendue, la jurisprudence canadienne reconnaissait qu'un État étranger ne pouvait pas invoquer l'immunité de juridiction pour les actes de torture que ses agents ou ses fonctionnaires infligeaient, Amnistie Internationale Canada ou une autre partie ayant un intérêt suffisant aurait pu tenter une poursuite contre l'Afghanistan devant un tribunal canadien pour le traitement subi par ces prisonniers aux mains des autorités afghanes. Une telle poursuite aurait pu servir de précédent et aurait mené à des poursuites contre des États-membres de l'OTAN qui faisaient partie de la Force Internationale d'Assistance à la Sécurité, tels que le Canada, et qui avaient transféré des prisonniers aux autorités afghanes. Nous soumettons

⁵⁰¹ *Amnistie internationale Canada c Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, [2008] 4 RCF 546 (CF) [*Amnistie internationale Canada c Canada (Chef d'état-major de la Défense)*]. *Amnistie Internationale Canada c Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, [2009] 4 RCF 149 (CAF).

⁵⁰² *Amnistie internationale Canada c Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, *supra* note 501, au par. 47.

qu'il est possible que les tribunaux canadiens maintiennent une lecture restrictive des exceptions à l'immunité de juridiction des États afin d'éviter des poursuites contre le Canada ou ses alliés.

3.2.2 La légitimation des actes souverains du gouvernement canadien

Les tribunaux canadiens diffèrent des États dans l'application de la coutume internationale parce qu'ils accordent à certaines règles coutumières supplétives une fonction principale : légitimer des actes souverains du gouvernement canadien qui peuvent affecter les relations bilatérales du gouvernement canadien. Dans des litiges relatifs à la saisie de navires étrangers, les tribunaux canadiens appliquent des règles coutumières du droit de la mer pour justifier la poursuite et la saisie de ces navires jusqu'en haute mer lorsque ces derniers ont commis des infractions aux lois canadiennes dans les eaux territoriales canadiennes⁵⁰³. Il a été montré que les règles coutumières en vertu desquelles s'effectuent la poursuite et la saisie, le droit de poursuite et le prolongement des eaux territoriales du Canada dans un lac, n'étaient pas prévues par une loi du Parlement du Canada malgré le fait que des précédents anglais semblaient requérir une telle loi pour donner effet à une règle coutumière permissive, c'est-à-dire une règle coutumière qui autorise une conduite ou un État sans la rendre obligatoire⁵⁰⁴.

Il ressort de l'arrêt *North* que les tribunaux canadiens ont non seulement la faculté de prendre connaissance du droit international coutumier de la mer, mais qu'ils ont un devoir d'en prendre connaissance⁵⁰⁵. En common law, il y a une connaissance d'office du droit international, conventionnel ou coutumier, par les tribunaux⁵⁰⁶. L'arrêt *North* constituerait le précédent le plus direct à cet effet. Des arrêts canadiens plus récents ont donné effet à la

⁵⁰³ Voir la sous-section 2.2.1.

⁵⁰⁴ Voir la sous-section 2.1.3.

⁵⁰⁵ *The North*, *supra* note 310, à la p. 394.

⁵⁰⁶ Gibran van Ert, « The Admissibility of International Legal Evidence », 84 R. du B. can. 31, aux pp. 37-38.

connaissance d'office du droit international. Par exemple, dans *Jose Pereira E Hijos, S.A. c Canada (PG)*, le propriétaire d'un navire de pêche espagnol saisi par le gouvernement canadien a intenté une action en dommages-intérêts contre le gouvernement canadien⁵⁰⁷. Dans sa requête, elle alléguait que le gouvernement canadien avait contrevenu à des dispositions spécifiques de traités internationaux. Devant la Cour fédérale, les références relatives à ces dispositions ont été radiées pour la raison suivante :

« dans la mesure où les conventions ou traités internationaux sont considérés comme une source des principes de droit international, il n'est pas nécessaire de les plaider de façon spécifique, de la même façon qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer d'autres sources, savoir des jugements ou des lois, et cette allégation ne concerne pas des faits, mais des points de droit, qui ne doivent pas être plaidés »⁵⁰⁸.

Gibran van Ert affirme que la connaissance d'office du droit international est le moyen par lequel les tribunaux canadiens appliquent la présomption interprétative selon laquelle la législation est réputée ne pas contrevenir à des règles de droit international ou à la courtoisie internationale, (la « présomption de conformité »), et constitue aussi le moyen par lequel la doctrine de l'incorporation peut produire des effets réels⁵⁰⁹. Nous croyons qu'en plus de ces raisons, il y a une raison complémentaire qu'on ne saurait écarter pour expliquer la connaissance d'office du droit international. Cette règle de droit permet aux tribunaux canadiens de justifier des actes souverains du gouvernement canadien qui peuvent affecter les relations étrangères du Canada. Cette deuxième fonction de la coutume internationale du point de vue des tribunaux canadiens rejoint la première fonction identifiée dans la sous-section 3.2.1, la préservation des relations bilatérales du Canada, car elle est motivée par le souci des tribunaux canadiens de ne pas interférer de manière préjudicielle dans l'exercice de la prérogative du pouvoir exécutif en matière de relations étrangères. Si un tribunal canadien refuse de reconnaître à un agent diplomatique son

⁵⁰⁷ *Jose Pereira E Hijos, S.A. c Canada (PG)*, [1997] 2 CF 84.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, au par. 22.

⁵⁰⁹ Gibran van Ert, « Judicial Notice and Reception Theory: Thoughts on the Contribution of Ronald St. John Macdonald », (2002) 40 A.C.D.I. 251, à la p. 258.

immunité diplomatique dans une poursuite civile, ou s'il accepte une poursuite contre un État étranger pour des actes de torture commis en dehors du territoire canadien, des effets pervers pourraient affecter les relations du Canada avec l'État en question. Un exemple d'un tel effet pervers serait l'action que l'État visé pourrait tenter contre le Canada devant la Cour internationale de justice. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit lorsque la Cour a été saisie d'une action de l'Allemagne contre l'Italie dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*⁵¹⁰ lorsqu'un tribunal italien a accueilli une poursuite contre l'Allemagne pour des actes que ses forces armées ont commis en Italie durant la Seconde Guerre mondiale.

Dans le cas où un acte souverain du gouvernement canadien qui peut affecter les relations étrangères du Canada est contesté, le tribunal tend à être déférent envers le gouvernement et, dans la mesure du possible, il invoque une règle de droit international coutumier pour justifier l'acte. La jurisprudence relative au droit de poursuite et au droit de saisie illustre cette tendance. La doctrine de l'incorporation, telle qu'est appliquée dans ces arrêts, se distingue de sa formulation par les tribunaux anglais car elle est plus flexible. Par opposition à l'arrêt *Keyn*⁵¹¹, les tribunaux canadiens ne semblaient pas requérir une loi du Parlement pour donner un effet direct à des règles coutumières permissives, soient des règles qui permettent sans obliger le gouvernement canadien à adopter une certaine conduite ou à réclamer des droits. On se rappellera qu'à la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième siècle, la législation canadienne ne prévoyait ni le droit de poursuite et le droit de saisie en haute mer ni l'extension du territoire canadien au-delà de trois miles marins dans le lac Érié⁵¹². Suivant l'arrêt *Keyn*⁵¹³, le tribunal aurait dû conclure que ces

⁵¹⁰ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 102.

⁵¹¹ *Keyn*, supra note 291.

⁵¹² Dans l'arrêt *The Grace*, supra note 304, une des questions en litige était de savoir si un bateau de pêche américain pouvait être saisi dans la zone entre la cote canadienne et la ligne qui divisait le lac Erie entre le Canada et les États-Unis. Le traité qui instituait la ligne de division n'avait pas été incorporé en droit canadien à ce moment et le bateau se trouvait au-delà de trois miles marins. Voir la sous-section 2.2.1.

règles non incorporées ne pouvaient habiliter la poursuite et la saisie du navire et qu'en conséquence l'acte était illégal. Or, dans chaque cas, le tribunal a néanmoins directement appliqué la règle coutumière, souvent sans se référer à la doctrine de l'incorporation. En ce qui a trait au droit de poursuite et de saisie en haute mer, dans l'affaire du *North*⁵¹⁴, le juge Davies de la Cour suprême du Canada a appliqué le principe de l'effectivité pour affirmer que le libellé de l'*Acte concernant la pêche par les navires étrangers*⁵¹⁵, qui prévoit que les officiers responsables d'assurer la protection des pêcheries exercent leurs pouvoirs dans la mer territoriale de trois miles marins, doit être interprété pour inclure le droit de poursuite et de saisie dans la haute mer. Sinon, l'application de cette loi serait frustrée à chaque fois qu'un contrevenant quitte les eaux territoriales canadiennes. Dans l'affaire du *Grace*⁵¹⁶, qui étendait la compétence pénale du Canada sur toute la zone entre la côte de l'Ontario et la ligne de démarcation sur le lac Érié entre le Canada et les États-Unis, le juge McDougall, de la Cour de l'Échiquier, n'a même pas fourni d'argument relatif à l'interprétation des lois pour affirmer que les autorités canadiennes exerçaient leur compétence pénale sur l'ensemble de cette zone.

La déférence envers le pouvoir exécutif dans l'application de la coutume internationale ne semble pas se limiter seulement aux cas d'application directe de la coutume, mais aussi à l'interprétation de dispositions constitutionnelles en fonction de règles coutumières. Bien que ce mémoire étudie la doctrine de l'incorporation en droit canadien, il a délibérément ignoré l'arrêt *Hape* aux motifs qu'il s'agit d'un cas d'application *indirecte* de la coutume et que les affirmations du juge LeBel portant sur la règle de réception en contexte d'application directe constituaient un *obiter*⁵¹⁷. Il s'avère toutefois pertinent de s'attarder brièvement à cet arrêt car il illustre jusqu'où peut s'étendre la déférence envers le pouvoir

⁵¹³ *Keyn*, *supra* note 291.

⁵¹⁴ *The North*, *supra* note 310.

⁵¹⁵ *Acte concernant la pêche par les navires étranger*, *supra* note 309.

⁵¹⁶ *The Grace*, *supra* note 304.

⁵¹⁷ Voir l'introduction du Chapitre II.

exécutif. Dans cette affaire, des officiers de la Gendarmerie royale du Canada avaient entrepris une enquête à l'endroit d'un homme d'affaires canadien, Hape, aux îles Turks et Caïques avec la permission du service de police local. Ces officiers étaient sous la responsabilité et l'autorité du commissaire de police local. Les agents ont effectué des fouilles et des perquisitions dans les locaux de l'accusé dans l'archipel en présence du commissaire. Celles-ci ont été faites sans mandat. Hape a été inculpé de blanchiment d'argent et il a cherché à exclure les éléments de preuve obtenus lors de ces fouilles et perquisitions au motif qu'ils contrevenaient à l'article 8 de la *Charte canadienne*. Une majorité des juges de la Cour suprême ont conclu que la *Charte canadienne* ne s'appliquait généralement pas aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies hors frontières⁵¹⁸. Le juge LeBel, au nom de la majorité, apporte toutefois deux tempéraments à cette position : (1) les protections de l'article 7 et de l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne*, à l'effet que toute personne traduite en justice a droit à un procès équitable et qu'il ne sera porté atteinte à sa vie, à sa liberté, ou à sa sécurité qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, continuent de s'appliquer pour l'accusé et, (2) un policier canadien qui participe à une enquête dans un autre État doit se soumettre aux lois de cet État en raison de la courtoisie internationale « en interprétant le droit canadien et [en considérant] le droit étranger invoqué d'une manière qui respecte l'esprit de la collaboration et de la courtoisie internationales »⁵¹⁹. Ce deuxième tempérament cesse toutefois « dès la violation du droit international et des droits fondamentaux de la personne »⁵²⁰.

L'interdiction de l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne* était fondée sur l'argument que la *Charte* devait être interprétée en vertu du principe coutumier de l'égalité souveraine des États, intégré en common law, et de ces composantes, la non-intervention et le respect de la souveraineté des autres États, pour cerner la portée extraterritoriale de la

⁵¹⁸ *Hape*, *supra* note 2, au par. 88.

⁵¹⁹ *Ibid.*, aux par. 52, 100 et 101.

⁵²⁰ *Ibid.*, au par. 52.

*Charte*⁵²¹. Sur la base d'une interprétation des lois et de la Constitution cherchant la conformité avec les obligations internationales du Canada, le juge LeBel note que l'égalité souveraine des États et ses composantes peuvent être prises en compte dans l'interprétation de la *Charte*⁵²². Interprétant la capacité du Parlement du Canada d'adopter des lois à portée extraterritoriale, il note que ces principes coutumiers ainsi que la courtoisie internationale apportent un éclairage particulier à l'application de ce pouvoir : le Canada ne peut mettre à exécution ses règles de droit à l'étranger qu'avec le consentement de l'État d'accueil⁵²³. Aucune partie n'avait pourtant plaidé ou s'était référé au rôle de la coutume internationale dans l'interprétation de la *Charte canadienne*, ni avait-il été question du pouvoir d'adopter des lois extraterritoriales⁵²⁴. Pourtant, le juge LeBel a déclaré que la doctrine de l'incorporation s'applique en droit canadien, a identifié les contours de cette doctrine et a appliqué des principes coutumiers d'une manière qui limite les protections de la *Charte* et qui facilite le travail des policiers canadiens lorsqu'ils agissent en territoire étranger.

À premier vue, on pourrait contraster la déférence affichée par la Cour suprême dans *Hape* avec l'affaire *États-Unis c Burns*⁵²⁵ où la Cour a imposé une contrainte sur les relations du gouvernement canadien avec d'autres gouvernements en matière d'extradition, soit l'obligation du gouvernement canadien d'obtenir l'assurance que les fugitifs qu'il extrade ne soit pas exécutés. Le procureur général du Canada argumentait que cette obligation était inexistante. Toutefois, la Cour note que le traité d'extradition entre le Canada et les États-

⁵²¹ *Ibid.*, au par. 46.

⁵²² *Ibid.*, au par. 53.

⁵²³ *Ibid.*, au par. 68.

⁵²⁴ Voir le passage suivant de l'opinion concordante, mais indépendante du juge Binnie dans *Hape*, *supra* note 2, au par. 182 : « Mon collègue le juge LeBel conclut essentiellement que *tout* effet extraterritorial est inacceptable (par. 85), infirmant dans les faits l'arrêt *Cook* et limitant davantage l'application extraterritoriale éventuelle de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Avec égards, je ne crois pas que la présente affaire non plus que la plaidoirie très ciblée de l'avocat chevronné de l'appelant (des 12 pages de son mémoire, trois sont consacrées à l'argumentation juridique et il n'y cite que quatre arrêts de jurisprudence) offrent l'assise voulue pour un tel revirement ». Voir aussi John H. Currie, « Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law », (2007) 45 Can. Y.B. Int'l L. 55, à la p. 55.

⁵²⁵ *États-Unis c Burns*, *supra* note 500.

Unis prévoyait expressément que la demande d'assurances ne serait pas contraire à leurs intentions mutuelles :

« l'existence d'une obligation d'ordre constitutionnel intimant d'obtenir des assurances ne compromet pas de façon appréciable la réalisation des objectifs du Canada en matière d'entraide. Le pouvoir exécutif a négocié l'article 6 du traité d'extradition, les États-Unis y ont souscrit et, en conséquence, les deux parties doivent avoir considéré que son application est compatible avec l'exécution de leurs obligations en matière d'entraide »⁵²⁶.

Il se peut que la présence du traité, contrairement aux cas où il s'agit de coutumes, a permis à la Cour de se sentir apte à interpréter les attentes légitimes des États sans s'en remettre aveuglément aux affirmations du pouvoir exécutif à cet égard. Toujours est-il que cette affirmation ne fait que conforter la thèse selon laquelle les tribunaux cherchent à éviter que leurs décisions viennent modifier l'équilibre des attentes mutuelles des États.

Conclusion du Chapitre III

Ce mémoire a pour but d'offrir quelques explications plausibles au phénomène d'application partielle par les tribunaux canadiens de la coutume internationale dans le contexte de l'application directe de la coutume en droit interne. Nous avons argumenté que de tenter de comprendre les fonctions que semblent attribuer à la coutume les États et les tribunaux canadiens nous permet de mieux délimiter les cas où un tribunal tendra à appliquer une telle règle coutumière. Cette tâche a été facilitée par le constat que certaines règles coutumières sont appliquées malgré l'existence d'un traité de codification, tandis que d'autres sont effectivement remplacées par un traité de codification ou même un texte de codification non-contraignant. Nous reconnaissons toutefois que l'échantillon limité des domaines du droit ainsi que l'exclusion de certains usages de la coutume internationale par les tribunaux canadiens font en sorte que les explications que nous offrons ne sont pas des réponses définitives ou globales aux questions qui ont motivées cette recherche. Par exemple, les tribunaux canadiens invoquent des règles coutumières à titre rhétorique en matière de droits et libertés de la personne pour soutenir leur argument. L'arrêt *Hape* est

⁵²⁶ *Ibid.*, au par. 37.

une illustration de ce type d'usage de la coutume. Notre modèle devra être appliqué dans d'autres domaines pour vérifier sa capacité explicative, mais nous estimons que les résultats de son application seraient semblables à ceux que nous avons décrits.

Du point de vue des États, il y aurait deux types de règles coutumières. Chacun sert une fonction spécifique. Les règles coutumières principales servent à établir et maintenir des relations entre les États, tandis que les règles coutumières supplétives remplissent une fonction secondaire, régir de manière résiduaire les aspects de fond des relations interétatiques. Trois régimes coutumiers tombent sous la première catégorie : (1) l'immunité de juridiction des États; (2) l'immunité diplomatique; et (3) le droit des traités. Les règles coutumières supplétives sont appliquées pour donner un effet universel à certains traités multilatéraux jugés fondamentaux ou par entente mutuelle d'États qui soumettent un différend à la résolution par un tribunal international. Quant aux tribunaux canadiens, ils semblent accorder à la coutume deux fonctions. La première, qui est reliée à la fonction principale de la coutume pour les États, est la préservation des relations bilatérales du Canada avec un autre État. L'immunité de juridiction et l'immunité diplomatique sont les régimes coutumiers attachés à cette fonction. La deuxième fonction, qui a la même importance que la première, est la validation de certains actes souverains du gouvernement du Canada qui peuvent affecter les relations étrangères du Canada. Les règles coutumières du droit de la mer, qui constituent des règles coutumières supplétives, illustrent cet usage de la coutume. Si une règle coutumière ne remplit pas l'une de ces fonctions, il sera peu probable qu'un tribunal canadien *l'appliquera directement* dans un litige⁵²⁷.

⁵²⁷ Il est possible que le tribunal fasse appel à une règle coutumière pour appuyer, de manière rhétorique, une conclusion de droit à laquelle il était autrement parvenu. Toutefois, il ne s'agit pas, à notre avis, d'un véritable cas « d'application directe » d'une règle coutumière puisque cette dernière n'accomplit alors pas le travail normatif attendu d'une règle. Elle ne fait qu'ajouter du poids à une décision, sans être capable d'en être une raison suffisante.

CONCLUSION

Nous avons tenté d'expliquer pourquoi les tribunaux canadiens n'appliquent pas uniformément la coutume internationale dans les litiges où son application directe et uniforme serait néanmoins exigée selon la doctrine juridique orthodoxe. En comparant les théories traditionnelles et rationalistes de la coutume internationale, nous avons compris qu'un moyen pour répondre à cette question est d'identifier les fonctions que joue la coutume pour les États. Les théories traditionnelles ne permettent pas de répondre à la question de recherche parce qu'elles n'offrent pas de preuve suffisante que leurs conclusions correspondaient à la pratique réelle des États. Une perspective rationaliste de la coutume convenait mieux à notre objectif pour trois raisons. D'abord, elle cherche à déterminer si la pratique réelle des États appuie l'affirmation d'auteurs et des tribunaux qu'une règle coutumière résulte de la pratique des États et que les États la suivent pour des raisons exogènes (ex. l'*opinio juris*). Ensuite, une étude rationaliste de ce qu'on appelle « coutume internationale » vise à déterminer si, et comment, la « coutume » a une influence sur le comportement rationnel (au sens instrumental du terme) et individualiste des États. La troisième raison, qui semble être la plus importante, est que les auteurs rationalistes essaient de déterminer quelle est l'utilité de la coutume pour les États. Si la coutume ne saurait être appropriée pour les efforts de coopération entre les États, la question du caractère « juridique » de la coutume perd toute pertinence parce que les États n'auraient pas de raison pour reconnaître à la coutume une force obligatoire. Nous nous sommes alors intéressés aux fonctions que réservent les États à la coutume et nous avons présenté des arguments issus du droit international et des théories des relations internationales pour repousser les sceptiques qui nieraient que la coutume est le moins utile pour les États.

L'étude de la doctrine de l'incorporation, la règle par laquelle les tribunaux anglais et canadiens appliquent directement des règles coutumières en l'absence d'une loi qui les incorpore en droit interne, telle qu'elle a été développée par les tribunaux anglais et telle qu'elle est comprise par les tribunaux canadiens a montré toutefois que les tribunaux canadiens pourraient réserver des fonctions à la coutume en plus de celles que lui attribuent les États. Dans le contexte canadien, il a été possible de constater que les règles coutumières fréquemment appliquées tendaient à l'être pour arriver à deux fins particulières. Premièrement, les droits coutumiers de poursuite et de saisie de navires étrangers ont été souvent invoqués, parfois d'office, par des tribunaux canadiens *pour justifier des actes souverains du gouvernement canadien pouvant avoir des conséquences internationales*. Deuxièmement, le droit coutumier est souvent utilisé pour justifier le rejet de poursuites en droit interne à l'encontre d'États étrangers. Avant la codification des immunités diplomatique et juridictionnelle en droit canadien, les tribunaux canadiens tendaient à les appliquer directement sous leur forme coutumière afin de rejeter des poursuites contre des États ou des diplomates. L'adoption de la *Loi sur l'immunité des États* est considérée comme un acte de codification complète de l'immunité de juridiction des États étrangers et, en conséquence, aucune nouvelle exception à l'immunité coutumière qui s'est cristallisée depuis l'adoption de la *Loi* ne saurait s'appliquer en droit canadien en l'absence d'un amendement à la *Loi*. Quant à l'immunité diplomatique, et par extension l'immunité consulaire, les dispositions de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* et de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* qui ont été incorporées en droit canadien sont généralement appliquées à la place de règles coutumières, mais lorsque la loi d'incorporation est muette sur une question, les tribunaux interprètent l'immunité d'une manière large et libérale pour rejeter une poursuite contre un agent diplomatique, un agent consulaire ou une personne ayant droit à l'immunité.

La troisième partie a permis de proposer une explication à l'application partielle de la coutume par les tribunaux canadiens. Partant du constat qu'il y a depuis le début du vingtième siècle un mouvement vers la codification du droit international par le moyen de traités multilatéraux, nous avons cherché à déterminer comment cette codification a affecté l'usage de la coutume par des tribunaux internationaux. Il a été constaté que, dans la majorité des cas, la codification a eu pour effet que les tribunaux appliquent directement les dispositions de la convention de codification ou même d'un texte non-contraignant de codification tel qu'un projet d'articles de la Commission du droit international. Les règles coutumières « substituées » régissaient habituellement des aspects de fond des relations interétatiques. Nous avons néanmoins observé que ces règles étaient parfois appliquées malgré leur codification pour donner au traité ou au texte de codification une portée universelle ou lorsque des États parties à un différend décident de régler leur différend par le moyen de règles coutumières. Toutefois, il y avait trois régimes coutumiers qui recevaient une application constante malgré leur codification : le droit des traités, l'immunité diplomatique et l'immunité juridictionnelle. Ces régimes se rapportent à la communication entre les États car ils leur permettent d'établir et de maintenir des relations continues ainsi que de développer des attentes communes quant à l'interprétation de traités internationaux qu'ils négocient.

De ce contraste dans l'application des règles coutumières, nous avons proposé une typologie des règles coutumières articulée autour des types de fonctions qu'elles accomplissent au service des États. Trois régimes régulièrement appliqués constituent les « règles coutumières principales ». Ces règles servent à atteindre les buts principaux de la coutume, soit d'établir et maintenir les relations entre les États. Les autres règles coutumières sont des « règles coutumières supplétives ». Elles servent à régir de manière résiduaire les aspects de fond des relations interétatiques. Quant aux tribunaux canadiens, à partir des conclusions du Chapitre II et de la distinction entre règles coutumières primaires

et supplétives, nous avons proposé deux fonctions canadiennes pour la coutume qui sont d'une importance égale : (1) préserver les relations bilatérales du Canada et (2) valider des actes souverains du gouvernement canadien pouvant avoir des répercussions internationales.

Les fonctions que nous avons identifiées et la démarche entreprise pour arriver à celles-ci ne sont pas nécessairement les seules et ignorent l'usage de la coutume à titre interprétatif ou lorsqu'une loi canadienne oblige un tribunal à prendre compte de la coutume, mais elles fournissent un point de départ pour entretenir un débat sur les causes de l'application partielle ou sélective de la coutume international en droit canadien, un sujet qui avait reçu peu, voire aucune considération sérieuse à ce jour. Une analyse semblable mériterait aussi d'être entreprise à l'égard de l'application du droit international conventionnel en droit interne. Seulement lorsque l'ensemble de ces études auront été complétées, pourrons-nous avoir un portrait plus fidèle des pratiques réelles de réception du droit international en droit interne. Toujours est-il que d'ores et déjà, nous pouvons entrevoir que le portrait réel des choses est beaucoup plus complexe que celui que dresse la doctrine juridique orthodoxe qui prétend simplement que le droit coutumier fait l'objet d'une incorporation automatique en droit interne et que le droit conventionnel, lui, nécessite une transformation législative. Au mieux, ces descriptions traditionnelles sont-elles des heuristiques commodes, mais encore faut-il alors s'assurer que ces raccourcis intellectuels soient des guides efficaces dans la prédiction des décisions que prendront les tribunaux.

BIBLIOGRAPHIE

Législation canadienne

Acte concernant la pêche par les navires étranger, SRC (1886), c 94.

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.

Code criminel, LRC (1985), c C-46.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, LC 2001, c 27.

Loi sur l'immunité des États, LRC (1985) c S-18.

Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, LC 2000, c 24.

Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales, LC 1991, c 41.

Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires, LRC (1985), c P-22.

PL 98, *Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires*, 1^e sess, 35^e lég, Québec, 1995 (présenté le 10 mai 1995).

Législation étrangère

Criminal Law Act 1967 (R.-U.), c. 58.

Diplomatic Privileges Act 1708, 7 Anne, c. 12.

Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. §§ 1330, 1602-1611 (2006).

State Immunity Act 1978 (R.-U.), c. 33, 17 ILM 1123, 1128 (1978).

Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878, 41 & 42 Vict., c. 73.

Conventions internationales

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 17 décembre 1992, 32 ILM 289 (1993), [1994] RT Can n° 2 (entrée en vigueur : le 1 janvier 1994).

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org <<http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/TRA/195?OpenDocument&>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85, [1987] RT Can n°37, (entrée en vigueur : le 24 juillet 1987).

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, le 12 août 1949, 75 RTNU 970, [1965] RT Can n°20, (entrée en vigueur : 14 novembre 1965).

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, le 12 août 1949, 75 RTNU 971, [1965] RT Can n°20, (entrée en vigueur : 14 novembre 1965).

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, le 12 août 1949, 75 RTNU 972, [1965] RT Can n°20, (entrée en vigueur : 14 novembre 1965).

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, le 12 août 1949, 75 RTNU 973, [1965] RT Can n°20, (entrée en vigueur : 14 novembre 1965).

Convention (III) de la Haye relative à l'ouverture des hostilités, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org <<https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org <<https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention (V) de la Haye sur les Puissances neutres en cas de guerre sur terre, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention (VI) de la Haye sur le régime des navires de commerce ennemis, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention (VII) de la Haye sur la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention (VIII) de la Haye sur les mines sous-marines, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention (IX) de la Haye sur le bombardement par les forces navales 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention (XI) de la Haye relative à des restrictions du droit de capture, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention (XIII) de la Haye sur les Puissances neutres en cas de guerre maritime, 18 octobre 1907, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910), ICRC, en ligne : www.icrc.org < <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>> (consulté : le 25 septembre 2013).

Convention de Monte Video sur les droits et les devoirs des États, le 16 décembre 1933, 165 RTSN 19 (entrée en vigueur : 26 décembre 1934).

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, 1833 RTNU 3, 21 ILM 1261 (1982), (entrée en vigueur : 7 décembre 2003).

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, 2 décembre 2004, 44 ILM 803 (2005).

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, [1980] RT Can n°37, (entrée en vigueur : 27 mai 1980).

Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963, 596 RTNU 261, [1974] RT Can n°25, (entrée en vigueur : 17 août 1974).

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, le 18 avril 1961, 500 RTNU 95, [1966] RT Can n°29, (entrée en vigueur : 26 juin 1966).

Convention européenne sur l'immunité des États, 16 mai 1972, 1495 RTNU 181, STE 74 (entrée en vigueur : 11 juin 1976).

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, 575 RTNU 159, 60 A.J.I.L. 4 à la p. 892 (entrée en vigueur : le 14 octobre 1966; accession du Canada : le 1 décembre 2013).

Convention relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137, RT Can n°6 (entrée en vigueur : 2 septembre 1969).

Convention sur la haute mer, 29 avril 1958, 450 RTNU 82 (entrée en vigueur : le 30 septembre 1962).

Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, le 29 avril 1958, 516 RTNU 205 (entrée en vigueur : 10 septembre 1964).

Convention sur les missions spéciales, 9 décembre 1969, 1400 RTNU 231, 9 ILM 127 (entrée en vigueur : 21 juin 1985).

Convention sur le plateau continental, le 29 avril 1958, 499 RTNU 311, [1970] RT Can n°4 (entrée en vigueur : 8 mars 1970).

Statut de la Cour internationale de justice, annexe à la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7, art. 38(1)(b) (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 18 juillet 1998, 2187 RTNU 3, [2002] RT Can n°13, (entrée en vigueur : le 1^{er} juillet 2002).

Résolutions d'organisations internationales

Commission du droit international. *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs*, Doc off AG NU, 43^e sess, supp n°10, Doc NU A/46/10 (1991).

Commission du droit international. *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Doc off AG NU, 56^e sess, supp n°10, Doc NU AG/56/82 (2001).

Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, Rés AG 85 (XXV), Doc Off AG NU, 25^e sess, supp n°18 Doc NU A/8082 131.

Jurisprudence canadienne

Amnistie internationale Canada c Canada (Chef d'état-major de la Défense), [2008] 4 RCF 546 (CF).

Amnistie Internationale Canada c Canada (Chef d'état-major de la Défense), [2009] 4 RCF 149 (CAF).

Arar c Syrie (République arabe), (2005), 28 C.R. (6^e) 187, 127 C.R.R. (2^e) 252 (ONSC).

Bouzari c Islamic Republic of Iran, (2004) 71 OR (3e) 675, 243 DLR (4e) 406 (ONCA).

Canada (A.G.) c Ontario (A.G.), [1937] AC 326 (CP).

Dessaules c Republic of Poland, [1944] RCS 275.

États-Unis c Burns, 2001 CSC 7, [2001] 1 RCS 283.

Ezokola c Canada, 2013 CSC 40, [2013] 2 RCS 678.

Flota Maritima Browning de Cuba S.A. c Republic of Cuba, [1962] RCS 598.

Islamic Republic of Iran c Hashemi, [2012] RJQ 1567, 2012 QCCA 1449.

Jose Pereira E Hijos, S.A. c Canada (PG), [1997] 2 CF 84.

Kazemi (Estate of) c Islamic Republic of Iran, 2011 QCCS 196.

Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran, 2014 CSC 62.

Pushpanathan c Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration), [1998] 1 RCS 982.

R c Bonadie, [1996] O.J. No. 2909 (ONCJ) (QL).

R c Dunphy (D.J.), [1994] 140 Nfd & PEIR 8 (NLSC).

R c Hape, 2007 CSC 26, [2007] 2 RCS 292.

R c Rumbaut, [1998] 202 NBR (2d) 87 (NBQB).

R c Sunila, [1986] N.S.J. No. 76 (NSCA) (QL).

Re Armed Forces, [1943] RCS 483.

Re Code canadien du travail, [1992] 2 RCS 50.

Re Regina and Palacios, (1984) 7 DLR (4^e) 112, 101 ILR 306 (ONCA).

Reference re Powers of Ottawa (City) & Rockcliffe Park (Village) to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners Residencies, [1943] RCS 208.

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 RCS 313.

Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve, [1984] 1 RCS 86.

République démocratique du Congo c Venne, [1971] RCS 997.

Republic of Irak c Export Development Corp., [2003] RJQ 2416 (CAQ).

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 RCS 27.

Saint John (City) c Fraser-Brace Overseas Corp., [1958] RCS 263.

Singhal c Babesail, [1989] OJ No. 1146 (ONDC).

The North c The King, [1906] 37 RCS 385.

The Queen c The Grace, (1894) 4 Ex. C.R. 283.

United States of America c Friedland, [1998] OR No 2538 (ONSC).

Venne c Democratic Republic of the Congo, [1969] BR 818, 64 ILR 1.

Jurisprudence étrangère

Aziz v. Aziz & Ors, [2007] EWCA Civ 712 (CA).

Brunswick v. King of Hanover, (1848) 2 H.L.Cas. 1.

Buvot v. Barbut, (1737) Case. T. Talb. 281, 25 ER 777.

Chung Chi Cheung v. The King, [1939] AC 160 (PC).

Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet (No. 3), [1999] 2 ALL ER 97, [1999] UKHL 17.

Compania Naviera Vascongado v. Steamship "Cristina", [1938] A.C. 485.

Dickinson v. Del Solar, [1930] 1 K.B. 376.

Engelke v. Musmann, [1928] A.C. 433 (HL).

Heathfield v. Chilton, (1767) 4 Burr 2015, 98 ER 50.

I Congresso del Partido, [1983] 1 AC 244.

Magdalena Steam Navigation Co. v. Martin, (1859) 2 E. & E. 94.

R v. Jones & Milling, [2006] UKHL 16.

Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad, [1958] AC 379.

Regina v. Keyn, (1876) 2 Ex D 63.

The Parlement Belge, [1879] 5 P.D. 197.

The Schooner Exchange v. M'Faddon, 11 US 116 (1812).

Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria, [1977] 1 QB 529 (CA).

Triquet v. Bath, (1764) 3 Burr. 1478.

Jurisprudence internationale

Affaire du droit asile (Colombie c Pérou), [1950] CIJ Rec 266, le 20 novembre 1950.

Affaire du « Lotus » (France c Turquie), (1932), C.P.J.I. (sér. A) n°10.

Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark; République fédérale d'Allemagne c Pays-Bas), [1969] CIJ Rec 3, le 20 février 1969.

Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo, [2005] CIJ Rec 168, le 19 décembre 2005.

Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique), [1986] CIJ Rec 14, le 27 juin 1986.

Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c France), [2008] CIJ Rec 177, le 4 juin 2008.

Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique), [2002] CIJ Rec 3, le 14 février 2002.

Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c Iran), [1980] CIJ Rec 3, le 24 mai 1980.

Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie), [1997] CIJ Rec 7, le 25 septembre 1997.

Avis 1 de la Commission d'arbitrage pour la paix en ex-Yougoslavie, reproduit dans Alain Pellet, « The Opinions of the Badinter Arbitration Committee : A Second Breath for the Self-Determination of Peoples », (1992) 3 EJIL 178.

CMS Gas Transmission Company c The Argentine Republic (2005), affaire ARB/01/8 (décision) (International Center for Settlement of Investment Disputes).

CMS Gas Transmission Company c The Argentine Republic (2007), affaire ARB/01/8 (décision d'annulation) (International Center for Settlement of Investment Disputes).

Différend Maritime (Pérou c Chili), [2014] CIJ Rec 1, le 27 janvier 2014.

Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P c Argentine Republic (2007), affaire ARB/01/3 (décision) (International Center for Settlement of Investment Disputes).

Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), [1999] CIJ Rec 1045, le 13 décembre 1999.

Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie; Grèce (Intervenant)), [2012] CIJ Rec 99.

Judgement and Sentences of the International Military Tribunal (Nuremberg) 1946. (1947) 41 AJIL 172.

Le Procureur c Furundzija, IT-95-17/1-5, jugement (10 décembre 1998), au par. 137 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance) (WL), confirmé en appel dans *Le Procureur c Furundzija*, IT-95-17/1-A, jugement (21 juillet 2000) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte), [1985] CIJ Rec 13, le 3 juin 1985.

Sempra Energy International c Argentine Republic (2007), affaire ARB/02/16 (décision) (International Center for Settlement of Investment Disputes).

Doctrine : Monographies et chapitres de livres

Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

- Axelrod, Robert. *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.
- Beaulac, Stéphane et John H. Currie. « Canada », dans Dinah Shelton, dir, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 116.
- Beaulac, Stéphane et William A. Schabas, *International Human Rights and Canadian Law. Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007.
- Blackstone, William et St. George Tucker. *Blackstone's Commentaries: With Notes of Reference, to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the Unites States; and of the Commonwealth of Virginia*, 2^e éd., vol. 5, Philadelphie, William Young Birch et Abraham Small, 1803.
- Bradley, Curtis A. et Jack L. Goldsmith. « Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position », (1997) 110 Harv. L. Rev. 815.
- Byers, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Cheng, Bin. « United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law? », dans Bin Cheng, dir, *Studies in International Space Law*, 1997, 125.
- Chevrette, François et Hugo Cyr. « De quel positivisme parlez-vous? », (2010) 15 Lex Electronica 33 (http://www.lex-electronica.org/docs/articles_254.pdf) et reproduit dans Pierre Noreau et Louise Rolland, dir, *Mélanges en l'honneur d'Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, 33.
- Churchill, Robin Rolf et Alan Vaughan Lowe. *The Law of the Sea*, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1988.
- Crawford, James. *Brownlie's Public International Law*, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Cyr, Hugo. *Canadian Federalism and Treaty Powers. Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2009.
- D'Amato, Anthony A. *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971.

Denza, Eileen. *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008.

Dolliver, L. et M. Melson. « Reflections on the 1982 Convention on the Law of the Sea », dans David Freestone, Richard Barnes et David Ong, dir, *The Law of the Sea: Progress and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 28.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983.

Dupuy, Pierre-Marie et Yann Kerbat. *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2012.

Fox, Hazel. *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Gény, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. 1, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.

Goldsmith, Jack L. et Eric A. Posner. *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Grierson-Weiler, Todd J. et Ian A. Laird. « Standards of Treatment » dans Peter Muchlinski, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Guzman, Anthony T. *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Hart, Herbert. *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. par Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

Lepard, Brian D. *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, New York, Cambridge University Press, 2012.

Macdonald, Ronald St. John. « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada », dans Ronald St. John Macdonald et al., dir, *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, 88.

Meron, Theodor. *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

Morgenthau, Hans. *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Brief Edition, Boston, McGraw Hill, 1993.

Neff, Stephen C. «United Kingdom», dans Dinah Shelton, dir, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 620.

Oppenheim, Lassa. *International Law: A Treatise*, vol. 1, London, New York, Bombay, Longmans, Green, and Co, 1905.

Shaw, Malcolm N. *International Law*, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Stein, Arthur. «Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World», dans David A. Baldwin, dir, *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate*, New York, Columbia University Press, 1993, 29.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Mankind*, 2^e éd., Leiden, Martinus Nijhoff, 2013.

van Ert, Gibran. *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2008.

Villiger, Mark E. *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 1997.

Villiger, Mark. «The Rules of Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscariage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission», dans Enzo Cannizzaro, dir, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Waltz, Kenneth. *Theory of International Politics*, Reading (Massachusetts), Addison-Wesley, 1979.

Williams, Gladys L. et al. *Selections from Three Works of Francisco Suárez*, vol. 2., Oxford, Clarendon Press, 1944.

Doctrines : Articles

Abbott, Kenneth. « Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers », (1989) 14 *Yale J. Int'l L.* 335.

Abbott, Kenneth W. et Duncan Snidal. « International 'Standards' and International Governance », (2001) 8:3 *Journal of European Public Policy* 345-370.

Akehurst, Michael. « Custom as a Source of International Law », (1977) 47 *Brit. Y.B. Int'l L.* 1.

Alvarez, José. « Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory », (2001) 12 *EJIL* 183.

Alvarez-Jiménez, Alberto. « Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009 », (2011) 60 *ICLQ* 681.

Beaulac, Stéphane et Pierre-André Côté. « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) *R.J.T.* 131.

Bennett, Peter G. « Modelling Decisions in International Relations: Game Theory and Beyond », (1995) 39:1 *Mershon International Studies Review* 19-52.

Bergmar, Nina Maja. « Demanding Accountability Where Accountability is Due: A Functional Necessity Approach to Diplomatic Immunity Under the Vienna Convention », (2014) 47 *Vand. J. Int'l L.* 501.

Brams, Steven J. « Game Theory: Pitfalls and Opportunities in Applying It to International Relations », (2001) 1 *International Studies Perspectives* 221-232.

Brunnée, Jutta et Stephen J. Toope. « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts », (2002) 40 *Can. Y.B. Int'l L.* 3.

Capps, Patrick. « The Court as Gatekeeper: Customary International Law in English Courts », (2007) 70 *Mod. L. Rev.* 458.

Chinen, Mark A. « Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner », (2001) 23 *Mich. J. Int'l L.* 143.

Coase, R.H. « The Problem of Social Cost », (1960) 3 *J.L. & Econ.* 1.

Collier, J.G. « Is International Law Really Part of the Law of England? », (1989) 38 Int'l & Comp. L.Q. 924.

Criddle, Evan J. « The Vienna Convention on the Law of Treaties in U.S. Treaty Interpretation », (2004) 44 Va. J. Int'l L. 431.

Currie, John H. « Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law », (2007) 45 Can. Y.B. Int'l L. 55.

D'Amato, Anthony D. « Trashing Customary International Law », (1987) 81 AJIL 101.

De Visscher, Charles. « La codification du droit international », (1925) 6 Rec. des Cours 325.

Dixon, William. « Democracy and the Peaceful Settlement of International Conflict », (1994) 88 : 1 American Political Science Review 14-32.

Downs, George W. et Michael A. Jones, « Reputation, Compliance, and International Law », (2002) 31 J. Legal Stud. 95.

Drezner, Daniel W. « Bargaining, Enforcement, and Multilateral Sanctions: When Is Cooperation Counterproductive? », (2000) 54:1 International Organization 73-102.

Dunoff, Jeffrey L. et Joel P. Trachtman. « Economic Analysis of International Law », (1999) 24 Yale J. Int'l L. 1.

Engan, Luke. « In Search of Necessity: Congruence, Proportionality, and the Least-Restrictive Means in Investor-State Dispute Settlement », (2012) 43 Geo. J. Int'l L. 495.

Fox, Hazel. « In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important », (2006) 55 Int'l & Comp. L.Q. 399.

Goldsmith, Jack L. et Eric A. Posner. « A Theory of Customary International Law », (1999) 66 U. Chi. L. Rev. 1113.

Goldsmith, Jack L. et Eric A. Posner. « International Agreements: A Rational Choice Approach », (2003) 44 Va. J. Int'l L. 113.

Goodman, David H. « Reciprocation as a Means of Curtailing Diplomatic Immunity Abuse in the United States: The United States Needs to Play Hard Ball », (1989) 11 *Hous. J. Int'l L.* 393.

Gould, Harry. « Categorical Obligation in International Law », (2011) 3 *Int'l Theory* 254.

Grieco, Joseph M. « Anarchy and the Limits of Cooperation: A Realist Critique of the Newest Liberal Institutionalism », (1988) 42:3 *International Organization* 485-507.

Grieco, Joseph M. « Realist Theory and the Problem of International Cooperation: Analysis with an Amended Prisoner's Dilemma Model », (1988) 50:3 *The Journal of Politics* 600-624.

Guzman, Andrew T. « A Compliance-Based Theory of International Law », (2002) 90 *Cal. L. Rev.* 1823.

Guzman, Andrew T. « Saving Customary International Law », (2005) 27 *Mich. J. Int'l L.* 115.

Hafner-Burton, Emilie M., Yonatan Lupu et David G. Victor. « Political Science Research on International Law: The State of the Method », (2012) 106 *AJIL* 47.

Haggenmacher, Peter. « La doctrine de deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », (1986) 90 *RGDIP* 1.

Haus, Leah. « The East European Countries and GATT: The Role of Realism, Mercantilism, and Regime Theory in Explaining East-West Trade Negotiations », (1991) 45:2 *International Organization* 163-182.

Hesler, Nicole Duval. « L'influence du droit international sur la Cour d'appel du Québec », (2013) 54 *C. de D.* 177.

Hwang, Jun Shik. « A Sense and Sensibility of Legal Obligation: Customary International Law and Game Theory », (2006) 20 *Temple Int'l & Comp. L.J.* 111.

Jervis, Robert. « Realism, Neoliberalism, and Cooperation », (1999) 24:1 *International Security* 42-63.

Kadens, Emily et Ernest A. Young. « How Customary is Customary International Law? », (2013) 54 *Wm. & Mary L. Rv.* 885.

- Kamto, Maurice. « Le volonté de l'État en droit international », (2004) 310 Rec. de Cours 1.
- Kazi, Ashraf U. Sarah et Sharizal Mohd Zin. « The Role of Customary International Law in the World Trade Organisation (WTO) Disputes Settlement Mechanism », (2012) 2 Int. J. Public Law and Policy 229.
- Kelly, J. Patrick. « The Twilight of Customary International Law », (1999) 40 Va. J. Int'l L. 449.
- Keohane, Robert O. « International Institutions: Two Approaches », (1988) 32:4 International Studies Quarterly 379-396.
- Keohane, Robert O. « The Demand for International Regimes », (1982) 36:2 International Organization 325-355.
- Koh, Harold Hongju. « Foreign Official Immunity After *Samantar*: A United States Government Perspective », (2011) 44 Vand. J. Transnat'l L. 1141.
- Koh, Harold Honju. « Why Do Nations Obey International Law? », (1997) 106 Yale L.J. 2599.
- Kolb, Robert. « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », (2003) 50 Nethl. Int'l L. Rev. 2, 119.
- Kontorovich, Eugene. « Inefficient Customs in International Law », (2007) 48 Wm. & Mary L. Rev. 859.
- Kreuser, Martin et François Larocque. « L'incorporation de la coutume internationale en common law canadienne », (2007) 45 A.C.D.I. 173.
- Kunz, Josef L. « Natural-Law Thinking in the Modern Science of International Law », (1961) 55 AJIL 951.
- Larocque, François. « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture », (2010) 55 R.D. McGill 81.
- MacGibbon, I.C. « The Scope of Acquiescence in International Law », (1954) 31 Brit. Y.B. Int'l L. 143.

McAdams, Richard H. « Beyond the Prisoner's Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law », (2009) 82 S. Cal. L. Rev. 209.

Mendelson, Maurice H. « The Formation of Customary International Law », (1998) 272 Rec. des Cours. 155.

Mock, William B.T. « Game Theory, Signalling, and International Legal Relations », (1992) 26 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 34.

Molot, H.L. et M.L. Jewett. « The State Immunity Act of Canada », (1982) 20 A.C.D.I. 79.

Morgenthau, Hans. « Positivism, Functionalism, and International Law », (1940) 34 AJIL 260.

Norman, George et Joel Trachtman. « Measuring the Shadow of the Future: An Introduction to the Game Theory of Customary International Law », (2008) U. Ill. L. Rev. 127.

Norman, George et Joel P. Trachtman, « The Customary International Law Game », (2005) 99 AJIL 541.

Oye, Kenneth A. « Explaining Cooperation under Anarchy: Hypotheses and Strategies », (1985) 38:1 World Politics 1-24.

Parisi, Francesco. « The Formation of Customary Law », (2001) George Mason Law & Economics Research Paper No. 01-06. En ligne: <http://papers.ssrn.com/abstract=262032> (consulté le 18 mars 2014).

Powell, Robert. « Absolute and Relative Gains in International Relations Theory », (1991) 85:4 American Political Science Review 1303-1320.

Reinisch, August. « Necessity in Investment Arbitration », (2010) 41 Nethel. Y.B. Int'l L. 137.

Roberts, Anthea Elizabeth. « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation », (2001) 95 Am. J. Int'l L. 757.

Schwarzenberger, Georg. « Diplomatic Immunity », (1941) 64 Mod. L. Rev. 64.

Setear, John K. «An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law », (1996) 37 Harv. Int'l L.J. 139.

Setear, John K. «Treaties, Custom, Rational Choice, and Public Choice », (2005) 5 Chi. J. Int'l L. 715.

Shaffer, Gregory. «International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World », (2012) 23 EJIL 669.

Snidal, Duncan. «Relative Gains and the Pattern of International Cooperation », (1991) 85:3 American Political Science Review 701-726.

Stein, Ted. «The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law », (1985) Harv. Int'l L.J. 457.

Stewart, David P. «The Immunity of State Officials Under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property », (2011) 44 Vand. J. Transnat'l L. 1047.

Stone, Jacob. «Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », (2012) 25 Leiden J. Int'l L. 77.

Tesón, Fernando R. «The Kantian Theory of International Law », (1992) 92 Colum. L. Rev. 53.

Tomuschat, Christian. «The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions », (2011) 44 Vand. J. Transnat'l L. 1105.

van Ert, Gibran. «Judicial Notice and Reception Theory: Thoughts on the Contribution of Ronald St. John Macdonald », (2002) 40 A.C.D.I. 251.

van Ert, Gibran. «The Admissibility of International Legal Evidence », 84 R. du B. can. 31.

Vandavelde, Kenneth J. «A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », (2010) 43 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 43.

Verdier, Pierre-Hugues. «Cooperative States: International Relations, State Responsibility and the Problem of Custom », (2001) 42 Va. J. Int'l L. 839.

Verdross, Alfred. « Le fondement du droit international », (1927) 16 Rec. de Cours 247.

Villiger, Mark E. « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After », (2011) 344 Rec. des Cours 9.

Walden, Raphael. « The Subjective Element in the Formation of Customary International Law », (1977) 12 Isr. L.R. 344.

Walker, Randall. « International Law of the Sea: Applying the Doctrine of Hot Pursuit in the 21st Century », (2011) 17 Auckland U.L. Rev. 194.

Young, Ernest. « Sorting Out the Debate Over Customary International Law », (2002) 42 Va. J. Int'l L. 365.

Zeckhauser, Richard. « An Economic Theory of Alliances », (1966) 48:3 The Review of Economics and Statistics 266-279.

Documents internationaux

Commission de libre-échange de l'ALENA. *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (Commission du libre-échange – 31 juillet 2001)*, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fra>> (consulté le 25 septembre 2013).

CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Doc off CNUCED, 2011, Doc NU DIAE/IA/2011/5 (2011).