

RÉFORME D'AFFAIRES MONDIALES CANADA

DIRECTION GÉNÉRALE DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTÈRE

**Un document de politique préparé par
d'anciens membres d'AMC et
la Direction générale des affaires juridiques**

**15 novembre 2022
Ottawa (Ontario)**

**Sabine Nolke
Peter McRae
John Holmes
Jon Allen**

**Keith Morrill
Masud Husain
Robert Hage**

Résumé

- Malgré le mandat que lui confère la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement* visant à « encourag[er] le développement du droit international et son application aux relations extérieures du Canada », au cours des dernières années, Affaires mondiales Canada (AMC) a été ambivalent quant à la place de sa propre Direction générale des affaires juridiques au sein des services juridiques gouvernementaux. La haute direction d'AMC et le ministère de la Justice ont remis en question le rôle de la Direction générale.
- Pour rétablir l'efficacité du service extérieur du Canada et assurer la protection continue de l'ordre international fondé sur des règles, il faut reconnaître pleinement qu'AMC a un rôle de chef de file en ce qui concerne les questions de droit international où les valeurs, les obligations juridiques internationales et les intérêts canadiens sont touchés, et doit l'exercer par l'intermédiaire de sa Direction générale des affaires juridiques.
- Il est essentiel de renouveler l'engagement à l'égard d'agents juridiques du service extérieur entièrement permutants, d'améliorer le recrutement et d'assouplir les politiques en matière de ressources humaines pour fournir à la Direction générale des affaires juridiques d'AMC les outils dont elle a besoin pour réussir.

Contexte

La Direction générale des affaires juridiques du Ministère (la Direction générale) a un passé riche et une réputation bien méritée de chef de file dans certaines des réalisations internationales les plus importantes du Canada, notamment la Convention sur le droit de la mer, des éléments clés de l'architecture de sécurité et de paix internationale, les principaux accords commerciaux internationaux et la création de la Cour pénale internationale. En dépit de ces réussites et de nombreuses autres, ainsi que de son rôle plus routinier, mais essentiel, qui consiste à fournir au Ministère et au gouvernement dans son ensemble des conseils juridiques opportuns et pertinents sur les obligations et les possibilités juridiques internationales du Canada, la Direction générale a subi des répercussions de deux façons.

Premièrement, la Direction générale n'a pas été à l'abri des défis auxquels fait face l'ensemble du Ministère – notamment le manque de recrutement de personnel permutant qualifié, le maintien en poste d'avocats expérimentés du service extérieur, la perte de postes à l'étranger, et l'impartition de certaines questions internationales à des ministères intérieurs, qui ne disposent souvent pas du contexte international et multilatéral plus large.

Deuxièmement, ce qui est encore plus troublant, c'est qu'à diverses reprises au cours des dernières années, la haute direction a remis en question l'existence même de la Direction générale en faisant valoir qu'il serait plus « rentable » de transférer les responsabilités juridiques du Ministère au ministère de la Justice. Cette dernière position reflète une mauvaise

compréhension du rôle législatif et historique de conseiller juridique de la part des cadres supérieurs d'AMC. La loi qui a créé le Ministère, la *Loi sur le ministère des Affaires extérieures* de 1909, et ses versions subséquentes, confère au Ministère la responsabilité du « développement du droit international et son application aux relations extérieures du Canada ». Dans les années 1960, la Commission Glassco s'est penchée sur la question de la prestation de services juridiques au gouvernement, et la logique de ses conclusions concernant les besoins de services juridiques spécialisés pour les ministères de la Défense et des Affaires étrangères demeure.

À l'apogée de la Direction générale des affaires juridiques, environ des années 1970 au début des années 2000, ses fonctionnaires ont joué un rôle de premier plan dans la négociation de la Convention sur le droit de la mer; l'élaboration d'une série de conventions contre le terrorisme; la promotion des droits de la personne, particulièrement les droits des enfants et des femmes; le développement précoce du droit environnemental, y compris le Protocole de Montréal sur l'ozone de 1987; les grandes victoires internationales en arbitrage pour défendre la souveraineté canadienne dans le golfe du Maine et autour des îles françaises de Saint-Pierre-et-Miquelon; et la promotion de la responsabilité juridique pour les atrocités criminelles, qui ont abouti à la création de la Cour pénale internationale.

Les avocats de la Direction générale ont contribué à de nombreuses autres réussites canadiennes en matière de politique étrangère. Il s'agissait notamment de traités internationaux, y compris les principaux instruments de désarmement et l'architecture de vérification qui y est liée, la convention sur les mines terrestres et les instruments de l'Organisation des Nations Unies (ONU) pour lutter contre la corruption et la criminalité transnationale. D'autres, bien qu'ils soient finalement devenus des textes juridiquement non contraignants, ont néanmoins bénéficié d'une contribution substantielle de la Direction générale des affaires juridiques. Les instruments déterminants de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), la responsabilité de protéger et la récente Déclaration contre la détention arbitraire dans les relations d'État à État ne sont que quelques exemples, tout comme de nombreux litiges menés avec succès par la Direction générale devant la Cour internationale de justice, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et d'autres tribunes.

Ces succès et d'autres encore sont attribuables à un certain nombre de facteurs :

- Premièrement, les avocats du Ministère qui s'occupent de ces questions avaient non seulement acquis une expertise sectorielle particulière, mais ils avaient aussi acquis une expérience internationale et multilatérale en raison d'affectations antérieures, qui comportaient des responsabilités juridiques, et dans le cadre de négociations internationales, ce qui leur a permis d'établir des liens contextuels qui ont renforcé leur capacité à trouver des solutions. Autrement dit, ils étaient **diplomates et avocats**, pas seulement avocats.
- Un deuxième facteur connexe était que les avocats du Ministère comprenaient que, dans le cadre des négociations internationales, il ne suffisait pas de défendre des positions

canadiennes « de clocher ». Au contraire, la meilleure façon de promouvoir nos valeurs et nos intérêts nationaux serait de trouver les solutions qui susciteraient le plus d'appui possible parmi les autres États, ce qui permettrait de promouvoir les intérêts du Canada grâce à l'avancement du droit international.

- Troisièmement, en raison de leurs responsabilités à la fois stratégiques et juridiques, les avocats du Ministère ont compris la nature critique d'une approche pangouvernementale et ont donc pu intégrer l'expertise d'autres ministères, ainsi que celle d'universitaires et d'organisations non gouvernementales (ONG), dans les délégations.

- Par le passé, les faits susmentionnés étaient pleinement reconnus, et les avocats du Ministère bénéficiaient de l'appui solide de la haute direction et des ministres dans les rôles qui leur étaient confiés.

Un corollaire important de ce qui précède était le fait qu'une formation juridique était, et continue d'être, considérée comme avantageuse pour le perfectionnement professionnel de nombreux agents du service extérieur, en particulier ceux dont le rôle comprenait des négociations bilatérales ou multilatérales. Au fil du temps, un certain nombre d'avocats du Ministère, en reconnaissance de leur expertise accumulée et précieuse, sont devenus des cadres supérieurs, des chefs de mission et des juges de la Cour internationale de justice (John Read) et de la Cour pénale internationale (Philippe Kirsch). Il ressort clairement des nombreux exemples qui pourraient être cités que le Ministère et le Canada ont toujours bénéficié de la pollinisation croisée des avocats permutants du Service extérieur qui se sont vu attribuer librement du travail dans d'autres sphères de la politique étrangère, y compris au niveau le plus élevé.

Depuis le début du siècle, la Direction générale des affaires juridiques a subi des changements importants. Dans le cadre des exercices de réduction des coûts, la Direction générale a parfois été réduite à un bureau, et le poste de conseiller juridique a été confié à divers sous-ministres adjoints (SMA), dont certains n'avaient pas beaucoup d'expérience en droit international. Le nombre de « postes juridiques » à l'étranger (c.-à-d. les postes où la présence d'un avocat était jugée avantageuse) a diminué à mesure que des non-juristes occupaient des postes importants à Washington, à Genève, à La Haye et ainsi de suite. Comme dans le reste du Ministère, la pénurie d'agents permutants a mené à l'embauche d'employés occasionnels et à des postes clés toujours non pourvus.

L'émergence de nouveaux domaines du droit international, notamment l'environnement et les sanctions économiques, n'a pas donné lieu à de nouvelles ressources, mais à des décisions à courte vue de la haute direction de transférer des responsabilités à d'autres divisions non juridiques ou à d'autres ministères où il manque une expertise et un contexte juridiques internationaux importants. De plus, le ministère de la Justice a fréquemment remis en question les compétences et le rôle des avocats d'AMC, y compris parfois à l'encontre des intérêts du gouvernement en matière de litiges, tout en accordant fréquemment une importance moindre

aux questions internationales au profit de dossiers purement nationaux en raison de contraintes budgétaires.

Le tableau n'était pas que négatif. La création d'une Direction générale du droit commercial « hybride », composée d'avocats du ministère de la Justice et d'AMC, est généralement considérée comme une réussite dans la promotion des intérêts commerciaux du Canada, malgré les plaintes justifiées des avocats d'AMC qui étaient payés beaucoup moins cher que leurs homologues du ministère de la Justice pour jouer des rôles identiques (des efforts ont par la suite été déployés pour corriger la situation). Malgré les défis que doit relever le service juridique permutant, ses membres ont continué de s'acquitter efficacement de leurs fonctions de leadership et de soutien dans les dossiers qui intéressent AMC. Ces réussites ont appuyé les efforts des gestionnaires juridiques pour empêcher que d'autres responsabilités soient dévolues au ministère de la Justice et à d'autres ministères, et ont même mené au rétablissement de la Direction générale en tant que direction autonome. Néanmoins, il ne fait aucun doute que la Direction générale des affaires juridiques n'est ni ce qu'elle était ni ce qu'elle devrait être.

Orientation future

Les solutions pour renforcer la Direction générale des affaires juridiques d'AMC sont à la fois génériques et spécifiques. Comme le reste du Ministère, il faut déployer plus d'efforts pour recruter, former et maintenir en poste des avocats permutants qui peuvent non seulement pourvoir les postes de la Direction générale, mais qui peuvent aussi continuer à servir à l'étranger dans le cadre de l'acquisition de leur expérience et de leurs connaissances.

1. La haute direction doit reconnaître que les avocats du Ministère sont essentiels à la défense des intérêts et des valeurs du Canada et du mandat législatif du ministre, et doit défendre vigoureusement ce point de vue auprès d'autres ministères, en particulier le ministère de la Justice et les organismes centraux (Bureau du Conseil privé, Conseil du Trésor). Concrètement, cela signifie que lorsque le droit international est en jeu, le Ministère veille à ce que ses avocats jouent un rôle essentiel dans toute négociation, mise en œuvre, demande et litige de fond, que ce soit dans un rôle de premier plan ou dans un rôle d'appui ferme.
2. La direction doit faire davantage pour renforcer une direction juridique du Service extérieur permutante, par le recrutement d'un nombre adéquat d'avocats du Service extérieur pour pourvoir les postes de la Direction générale tout en répondant aux exigences de la permutabilité. Bien que le recrutement soit une nécessité pour l'ensemble du Ministère, il est particulièrement important pour la Direction générale des affaires juridiques. En vertu des règles du gouvernement du Canada, seuls le ministère de la Justice, les avocats du Service extérieur et les officiers du bureau du juge-avocat général du ministère de la Défense nationale (MDN) peuvent fournir des conseils juridiques. Par conséquent, le recours par AMC à des solutions temporaires par l'embauche d'autres catégories de dotation, comme le groupe Économique et services de sciences sociales (EC), ne peut pas être utilisé par la Direction générale des affaires juridiques.
3. La Direction générale des affaires juridiques devrait bénéficier d'une plus grande souplesse dans la gestion et le perfectionnement professionnel de sa cohorte du Service extérieur. La Direction générale des ressources humaines d'AMC a récemment commencé à limiter les affectations interfilières. Bien que la sagesse de cette politique puisse être discutable, ses conséquences sur la Direction générale des affaires juridiques sont problématiques. Étant donné que la plupart des postes d'avocats du Service extérieur ont traditionnellement été désignés comme faisant partie de la filière politique, la Direction générale a besoin de la souplesse nécessaire pour doter ses postes au sein de la Direction générale, peu importe la filière de l'agent. De plus, une plus grande souplesse dans la durée des affectations permettrait à la Direction générale

des affaires juridiques de développer une expertise spécifique (comme le droit du cyberespace et le droit de l'espace) tout en maintenant la permutabilité globale.

4. La haute direction devrait rétablir ou désigner un certain nombre de « postes juridiques » dans des missions clés à l'étranger (p. ex. à New York, à Genève – dans les sections du commerce et de l'ONU, à Washington, à La Haye et dans d'autres missions multilatérales ou hybrides), comme le font plusieurs partenaires du Canada aux vues similaires (p. ex. Royaume-Uni, France, États-Unis). Cela renforcerait le rôle du Canada à l'échelle internationale pour ce qui est de protéger l'ordre international fondé sur des règles grâce à l'expertise sur le terrain, tout en contribuant à un service juridique permutant qui fonctionne mieux. Bien qu'il puisse être difficile de garantir que des avocats occupent ces postes, la position par défaut des RH et des sous-ministres devrait être que c'est l'objectif, et la préférence expresse devrait être accordée aux avocats dans les processus d'affectation pertinents.

Conclusion

Le monde change rapidement et le Canada ne peut pas éviter le tourbillon qui s'en vient. Dans le contexte mondial, les États autoritaires s'efforcent de plus en plus de réduire ou d'établir des normes juridiques internationales, p. ex. au sein des Nations Unies et de ses organismes spécialisés, ce qui a une incidence négative sur le « système opérationnel mondial » et mine l'ordre international fondé sur des règles. Comme on a pu le constater au cours des dernières années, on ne peut plus se fier aux États-Unis pour être l'épine dorsale de l'ordre international fondé sur des règles qu'ils étaient autrefois. Le Canada partage un certain nombre de valeurs idéalistes avec l'Union européenne, mais sa capacité d'influencer les lois et les politiques au sein de l'Union européenne est limitée. La Chine a une stratégie claire pour remodeler le système juridique international, une stratégie qui contraste nettement avec les intérêts canadiens et occidentaux, et elle dispose des ressources nécessaires pour l'appuyer. L'attaque de la Russie contre l'Ukraine a renforcé la nécessité d'assurer la responsabilité juridique pour les atrocités criminelles et de veiller à ce que les sanctions économiques et le gel des avoirs obtenus par la corruption demeurent des outils efficaces de diplomatie et de réparation.

Dans un large éventail de défis anciens et nouveaux, comme la sécurité, les changements climatiques et l'environnement, la criminalité internationale, la santé, les droits de la personne, l'incidence des nouvelles technologies et plus encore, le respect du droit international et l'élaboration de nouvelles normes juridiques seront essentiels. Les opérations fondamentales d'un ministère des Affaires étrangères, seul de son espèce au sein des ministères gouvernementaux, se déroulent dans le contexte de l'application quotidienne de règles spécialisées de droit international. Dans des domaines comme le droit diplomatique, le droit des traités et le droit consulaire, où la réciprocité est un principe clé, le Ministère doit appliquer ces règles au Canada en ce qui concerne les États étrangers et défendre les intérêts du Canada lors de l'application de ces règles par des États étrangers aux activités du Canada à l'étranger. Le domaine spécialisé et le contexte unique de ces questions juridiques ont été, et continuent d'être, mieux traités par un groupe spécialisé d'avocats du Service extérieur.