



**COUR SUPRÊME DU CANADA**

**RÉFÉRENCE :** Nevsun Resources Ltd. c. Araya,  
2020 CSC 5

**APPEL ENTENDU :** 23 janvier 2019  
**JUGEMENT RENDU :** 28 février 2020  
**DOSSIER :** 37919

**ENTRE :**

**Nevsun Resources Ltd.**  
Appelante

et

**Gize Yebeyo Araya, Kesete Tekle Fshazion et Mihretab Yemane Tekle**  
Intimés

- et -

**International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law,  
EarthRights International, Global Justice Clinic at New York University School  
of Law, Amnesty International Canada, Commission Internationale de Juristes,  
Association minière du Canada et Mines Alerte Canada**  
Intervenants

**TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE**

**CORAM :** Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,  
Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin

**MOTIFS DE JUGEMENT :** La juge Abella (avec l'accord du juge en chef Wagner et des  
(par. 1 à 133) juges Karakatsanis, Gascon et Martin)

**MOTIFS CONJOINTS DISSIDENTS EN** Les juges Brown et Rowe

**PARTIE :**  
(par. 134 à 266)

**MOTIFS DISSIDENTS :** La juge Côté (avec l'accord du juge Moldaver)  
(par. 267 à 313)

**NOTE :** Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

---

NEVSUN RESOURCES LTD. c. ARAYA

**Nevsun Resources Ltd.**

*Appelante*

*c.*

**Gize Yebeyo Araya,  
Kesete Tekle Fshazion et  
Mihretab Yemane Tekle**

*Intimés*

et

**International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law,  
EarthRights International,  
Global Justice Clinic at New York University School of Law,  
Amnesty International Canada,  
Commission Internationale de Juristes,  
Association minière du Canada et  
Mines Alerte Canada**

*Intervenants*

**Répertorié : Nevsun Resources Ltd. c. Araya**

**2020 CSC 5**

N<sup>o</sup> du greffe : 37919.

2019 : 23 janvier; 2020 : 28 février.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

*Droit international public — Droits de la personne — Doctrine de l'acte de gouvernement — Droit international coutumier — Jus cogens — Normes impératives — Doctrine de l'adoption — Recours direct pour violation du droit international coutumier — Action intentée par des travailleurs érythréens contre une société canadienne en Colombie-Britannique — Travailleurs alléguant qu'ils ont été contraints de travailler à une mine détenue par une société canadienne en Érythrée et qu'ils ont subi un traitement violent, cruel, inhumain et dégradant et réclamant des dommages-intérêts pour violations d'interdictions de droit international coutumier et délits de droit interne — Société présentant une demande de radiation des actes de procédure sur le fondement de la doctrine de l'acte de gouvernement et au motif que les réclamations fondées sur le droit international coutumier n'ont aucune possibilité raisonnable de succès — La doctrine de l'acte de gouvernement fait-elle partie de la common law canadienne? — Les interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé, à l'esclavage, aux traitements cruels, inhumains ou dégradants et aux crimes contre l'humanité peuvent-elles servir de fondement à une action en dommages-intérêts en droit canadien? — Y a-t-il lieu de radier les réclamations?*

Trois travailleurs érythréens affirment avoir été conscrits indéfiniment, par l'entremise de leur service militaire, dans un régime de travail forcé dans le cadre duquel ils ont dû travailler à une mine en Érythrée. Ils soutiennent avoir subi un

traitement violent, cruel, inhumain et dégradant. La mine appartient à une société canadienne, Nevsun Resources Ltd. Les travailleurs érythréens ont introduit une instance en Colombie-Britannique contre Nevsun et ont réclamé des dommages-intérêts pour des violations des interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé, à l'esclavage, aux traitements cruels, inhumains ou dégradants, et aux crimes contre l'humanité. Ils ont également réclamé des dommages-intérêts pour des délits de droit interne, notamment pour détournement, voies de fait, séquestration, complot et négligence. Nevsun a présenté une requête en radiation des actes de procédure sur le fondement de la doctrine de l'acte de gouvernement, qui empêche les tribunaux nationaux de porter un jugement sur les actes souverains d'un gouvernement étranger. Nevsun a également fait valoir que les demandes fondées sur le droit international coutumier devaient être radiées parce qu'elles ne présentent aucune perspective raisonnable de succès. Le juge en cabinet a rejeté la requête en radiation de Nevsun, et la Cour d'appel lui a donné raison.

*Arrêt* (les juges Brown et Rowe sont dissidents en partie et les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef Wagner et les juges **Abella**, Karakatsanis, Gascon et Martin* : La doctrine de l'acte de gouvernement et ses principes sous-jacents élaborés dans la jurisprudence canadienne ne font pas obstacle aux réclamations des travailleurs érythréens. La doctrine de l'acte de gouvernement n'a joué aucun rôle en droit canadien et ne fait pas partie de la common law canadienne. Alors que la

jurisprudence anglaise a réaffirmé et reconstitué la doctrine de l'acte de gouvernement, le droit canadien a élaboré sa propre méthode pour traiter les principes jumeaux qui sous-tendent la doctrine : le conflit de lois et la retenue judiciaire. Ces deux principes ont évolué séparément dans la jurisprudence canadienne plutôt qu'en tant qu'éléments de la doctrine englobante de l'acte de gouvernement. En conséquence, au Canada, les principes sous-jacents à la doctrine de l'acte de gouvernement ont été complètement subsumés dans la jurisprudence. Les tribunaux canadiens tranchent les questions portant sur l'application des lois étrangères selon les principes ordinaires de droit international privé qui commandent généralement la déférence, mais qui permettent l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire de refuser d'appliquer des lois étrangères lorsque celles-ci sont contraires à l'ordre public, ce qui comprend le respect du droit international public.

Nevsun n'a pas non plus satisfait au critère applicable pour radier les actes de procédure portant sur le droit international coutumier, c'est-à-dire qu'elle n'a pas établi qu'il était « évident et manifeste » que les demandes de droit international coutumier n'ont aucune possibilité raisonnable de succès.

Le droit international moderne des droits de la personne est le phénix qui est né des cendres de la Deuxième Guerre mondiale et qui a lancé la lutte mondiale contre les violations des droits de la personne. Ce droit visait à empêcher la violation des normes acceptées à l'échelle internationale. Celles-ci ne se voulaient pas des aspirations théoriques ni des extravagances juridiques, mais bien des impératifs

moraux et des nécessités juridiques. La conduite portant atteinte aux normes devait être cernée et traitée.

Bien que les États aient historiquement été les principaux sujets du droit international, celui-ci a depuis longtemps évolué par rapport à ce modèle axé sur l'État. Au cours des 70 dernières années, il y a eu prolifération de lois relatives aux droits de la personne qui ont transformé le droit international et fait de l'individu une partie intégrante de ce domaine juridique, comme en fait foi la création d'un réseau complexe de conventions et d'instruments normatifs visant à protéger les droits de la personne et à en assurer le respect. L'émergence rapide des droits de la personne a entraîné un changement révolutionnaire en droit international, soit l'adoption d'une conception de l'ordre mondial axée sur la personne. Cette évolution a fait en sorte que le droit international vise maintenant non seulement à maintenir la paix entre les États, mais aussi à protéger la vie des personnes ainsi que leur liberté, leur santé et leur instruction. Le contexte dans lequel les normes internationales en matière de droits de la personne doivent être interprétées et appliquées de nos jours en est un dans lequel de telles normes sont régulièrement appliquées à des acteurs privés. Il n'est donc pas évident et manifeste que les sociétés jouissent aujourd'hui d'une exclusion générale en droit international coutumier à l'égard de la responsabilité directe pour violations des normes obligatoires, définissables et universelles de droit international.

Le droit international coutumier est la common law du système juridique international, évoluant constamment et progressivement au rythme des changements qui surviennent dans la pratique et l'acceptation. Les tribunaux canadiens, comme tous les tribunaux, jouent un rôle important dans son évolution continue. Pour être reconnue comme telle, une norme de droit international coutumier doit satisfaire à deux exigences : il doit s'agir d'une pratique générale, mais pas nécessairement universelle, et cette pratique doit équivaloir à un droit ou une obligation juridique (*opinio juris*). Lorsqu'une pratique internationale cesse d'être intermittente pour devenir une pratique largement acceptée et considérée comme obligatoire, elle devient une norme de droit international coutumier.

Le droit international coutumier comprend un sous-ensemble de normes dites de *jus cogens*, ou normes impératives, auxquelles aucune dérogation n'est permise. Les travailleurs allèguent non seulement des violations de normes du droit international coutumier, mais aussi de normes reconnues comme étant d'une importance si fondamentale qu'elles sont qualifiées de normes de *jus cogens*. Les crimes contre l'humanité ont été décrits comme étant parmi les exemples les moins controversés de violations du *jus cogens*. Il existe aussi de l'autorité convaincante qui confirme que les interdictions relatives à l'esclavage, au travail forcé et aux traitements cruels, inhumains et dégradants ont maintenant valeur de *jus cogens*. Le refus de reconnaître les différences entre les délits internes existants et le travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants et les crimes contre



l'humanité pourrait miner la capacité de la cour à répondre adéquatement au caractère odieux des dommages causés par de tels actes.

Le Canada a suivi pendant longtemps la voie conventionnelle de l'incorporation automatique du droit international coutumier au droit interne par application de la doctrine de l'adoption, faisant de celui-ci une partie du droit du Canada. Par conséquent, le droit international coutumier est automatiquement intégré dans le droit interne sans que le législateur n'ait à intervenir. Le fait que le droit international coutumier fasse partie de notre common law signifie qu'il doit faire l'objet du même respect que tout autre droit.

Une thèse convaincante peut donc être avancée, selon laquelle vu que le droit international coutumier fait partie de la common law canadienne, il peut théoriquement être remédié directement à une violation commise par une société canadienne. Étant donné que les réclamations des travailleurs reposent sur des normes qui font déjà partie de notre common law, il n'est pas « évident et manifeste » que notre common law interne ne reconnaisse pas un recours direct pour leur violation. Remédier comme il se doit aux violations de *jus cogens* et aux normes de droit international coutumier exige des réponses différentes et plus rigoureuses que les actions habituelles en matière de responsabilité délictuelle, compte tenu du caractère public et de l'importance des droits violés en jeu, de la gravité du manquement à ceux-ci, de l'incidence sur les objectifs internes et mondiaux en matière de droits et de la nécessité de créer un effet dissuasif à l'égard de toute violation ultérieure.

Nevsun n'a pas établi que les réclamations des travailleurs érythréens fondées sur des violations du droit international coutumier devraient être radiées à ce stade préliminaire. La Cour n'a pas à décider de façon définitive s'il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts aux travailleurs érythréens pour les violations alléguées du droit international coutumier. Il suffit de conclure que les violations des normes de droit international coutumier, ou de *jus cogens*, invoquées par les travailleurs érythréens pourraient fort bien s'appliquer à Nevsun. Étant donné que les normes de droit international coutumier invoquées par les travailleurs érythréens font partie de la common law canadienne, et que Nevsun est une société assujettie au droit canadien, il faut permettre que les réclamations de droit international coutumier des travailleurs érythréens soient instruites.

*Les juges **Brown** et **Rowe** (dissidents en partie) :* Le pourvoi devrait être accueilli en partie. Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire qu'il y a lieu de confirmer le rejet de la requête de Nevsun pour faire radier les actes de procédure en ce qui concerne la doctrine de l'acte de gouvernement étranger. Il y a toutefois désaccord avec eux sur la question du recours au droit international coutumier. Les réclamations en dommages-intérêts des travailleurs fondées sur la violation du droit international coutumier ne révèlent aucune cause d'action raisonnable et sont vouées à l'échec.

Deux thèses distinctes ont été avancées pour justifier le maintien des actes de procédure des travailleurs érythréens. Selon la thèse des juges majoritaires,

les travailleurs cherchent à faire reconnaître par les tribunaux canadiens une cause d'action pour violation du droit international coutumier, et à présenter une réclamation fondée sur celle-ci. Suivant la seconde thèse, les travailleurs cherchent à faire reconnaître par les tribunaux canadiens quatre nouveaux délits nommés inspirés du droit international coutumier, à savoir le recours au travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants, et les crimes contre l'humanité. La seconde thèse s'accorde davantage avec les actes de procédure et avec la façon dont les travailleurs ont formulé leurs réclamations devant la Cour. Quoiqu'il en soit, les réclamations des travailleurs sont vouées à l'échec suivant l'une ou l'autre thèse.

Les réclamations sont vouées à l'échec suivant la première thèse. Selon celle-ci, l'acte de procédure des travailleurs n'est valable que si le droit international se voit attribuer un rôle qui outrepassse les limites que lui impose le droit canadien. Par conséquent, pour que cet acte de procédure puisse tenir la route, le droit canadien doit changer. Un tel changement exigerait l'intervention du législateur compétent, car il n'est pas du ressort des tribunaux d'effectuer celui-ci. Sans ce changement, l'acte de procédure est voué à l'échec.

Sur le plan substantiel, le contenu du droit international coutumier est établi par les actes accomplis par les États sur le plan international. Une règle de droit international coutumier existe lorsqu'une pratique étatique atteste l'existence d'une coutume et que les États qui se livrent à sa pratique acceptent cette coutume comme étant le droit. Ces deux exigences sont appelées la pratique étatique et l'*opinio juris*.

Le critère exigeant que représente l'obligation de démontrer tant la pratique étatique que l'*opinio juris* témoigne du caractère exceptionnel du droit international coutumier; il amène les tribunaux à adopter un rôle qui serait autrement dévolu aux législateurs et, à moins qu'un État ne s'y oppose systématiquement, sa reconnaissance a pour effet de contraindre des États à appliquer des règles auxquelles ils n'ont pas expressément consenti. Dès lors qu'une norme de droit international coutumier a été établie, elle peut devenir une source du droit interne canadien, à moins d'être incompatible avec le droit législatif existant.

La primauté qui est accordée aux dispositions législatives contraires préserve la capacité du législateur à contrôler l'incidence des règles de droit international dans le système juridique interne. Si le législateur adopte une loi qui contrevient à une norme prohibitive du droit international, cette loi n'est pas susceptible d'examen judiciaire. De même, si le législateur, en violation d'une norme impérative du droit international, n'adopte pas une loi, les tribunaux ne peuvent établir cette loi pour lui, à moins qu'ils ne soient par ailleurs investis du pouvoir de le faire. Les tribunaux peuvent présumer qu'il est de l'intention du législateur de respecter les normes de droit international coutumier, mais cette présomption est réfutable : le droit international coutumier a une force d'interprétation, mais n'impose pas formellement de contraintes au législateur. Le Canada et les provinces ont le pouvoir, s'ils décident de l'exercer, de violer les normes de droit international coutumier. Cependant, c'est une décision que seuls le Parlement ou les assemblées

législatives provinciales peuvent prendre; les gouvernements fédéral et provinciaux ne peuvent le faire sans l'autorisation de ces organes législatifs.

Pour déterminer si une loi a pour effet de l'empêcher de modifier la common law, le tribunal doit cerner avec précision la norme en cause, décider de la meilleure façon d'y donner effet et vérifier si une loi l'empêche de modifier la common law de façon à créer cet effet. Si aucune loi ne l'en empêche, il devrait mettre en œuvre le changement dans la common law. Si une loi l'en empêche, il devrait respecter ce choix législatif et s'abstenir de modifier la common law.

Sur le plan procédural, le contenu du droit international coutumier est établi au Canada par le tribunal, qui constate tout d'abord les faits de la pratique étatique et de l'*opinio juris*. Lorsque nul ne conteste ou ne peut contester l'existence d'une norme de droit international coutumier, il convient que le tribunal en prenne connaissance d'office. Celui-ci sera également appelé à déterminer à la fois s'il existe de façon générale une coutume au sein des États qui est appliquée de manière uniforme, et si les États qui se livrent à sa pratique respectent celle-ci parce qu'ils croient qu'il est nécessaire de le faire pour s'acquitter de leurs obligations en droit international coutumier. Une fois que les faits de la pratique étatique et de l'*opinio juris* sont établis, la deuxième étape consiste à déterminer quelles normes de droit international coutumier, s'il en est, doivent être reconnues afin de mieux expliquer ces faits. Il s'agit d'une question de droit. La dernière étape consiste à appliquer les

normes qui sont ainsi reconnues aux faits de l'espèce. Il s'agit d'une question mixte de faits et de droit.

Après application de cette structure d'analyse à la thèse des juges majoritaires, il y a accord avec eux pour dire que : il existe en droit international des règles interdisant les crimes contre l'humanité, l'esclavage, le recours au travail forcé, et les traitements cruels, inhumains ou dégradants; ces interdictions ont valeur de *jus cogens*; les individus et les États doivent se conformer à certaines interdictions de droit international coutumier et il appartient au juge de première instance de décider s'ils doivent respecter ces interdictions particulières; et ces interdictions profitent aux individus.

Il y a cependant désaccord sur le fait que les motifs des juges majoritaires établissent une démarche valable pour démontrer qu'une société peut être tenue civilement responsable au Canada d'une violation de normes de droit international coutumier. Il est évident et manifeste que les sociétés sont exclues de la responsabilité directe en droit international coutumier. La responsabilité des sociétés en cas de violations des droits de la personne n'a pas été reconnue en droit international coutumier; la proposition selon laquelle une telle responsabilité a été reconnue est tout au plus équivoque. S'il est équivoque, le droit international coutumier n'a pas force obligatoire. En l'absence d'une norme obligatoire, la cause d'action des travailleurs est clairement vouée à l'échec.

Il est difficile de voir comment les juges majoritaires déduisent l'existence possible d'une règle de responsabilité d'une déclaration incontestée d'interdiction. Peut-être considèrent-ils qu'une interdiction de droit international coutumier oblige le Canada à prévoir des règles de responsabilité interne, peut-être considèrent-ils que l'interdiction renferme elle-même une règle de responsabilité, ou peut-être encore considèrent-ils que la doctrine de l'adoption crée une règle de responsabilité en réponse à une interdiction. Aucune de ces possibilités ne donne à la thèse des juges majoritaires une interprétation qui rend les réclamations valables.

Les travailleurs n'ont pas allégué les faits nécessaires relatifs à la pratique étatique et à l'*opinio juris* pour appuyer la proposition selon laquelle une interdiction de droit international coutumier oblige les États à établir des règles internes de responsabilité civile. En effet, les États sont en règle générale libres de s'acquitter de leurs obligations internationales conformément à leurs propres arrangements et préférences internes en matière institutionnelle. Une règle de responsabilité civile n'est qu'une possibilité parmi d'autres. Une interdiction pourrait également être mise en œuvre au moyen, par exemple, du droit pénal ou de sanctions administratives.

Les travailleurs n'ont pas non plus allégué les faits nécessaires pour étayer la proposition selon laquelle une interdiction de droit international coutumier renferme elle-même une règle de responsabilité. Un essai indiquant qu'il serait illogique de soutenir que le droit international peut imputer une responsabilité pénale aux sociétés, mais pas une responsabilité civile, ne constitue pas une pratique étatique

ou une *opinio juris*. La pratique étatique est ce qui différencie la responsabilité civile de la responsabilité pénale en droit international coutumier. En dehors du domaine du droit pénal, il n'existe pas, dans le cas des individus, de règles correspondantes d'acceptation de la responsabilité. Pour qu'une interdiction de droit international coutumier puisse créer une règle de responsabilité civile, il faudrait qu'il y ait une pratique étatique répandue qui n'existe pas actuellement.

La doctrine de l'adoption ne peut pas non plus transformer en règle de responsabilité civile une interdiction générale frappant les États et des interdictions pénales touchant des individus. Selon le processus en trois étapes qui permet de déterminer s'il convient de modifier les règles de la common law privée en réponse à la reconnaissance d'une norme impérative de droit international coutumier, les normes pertinentes en l'espèce sont que le Canada doit interdire et prévenir l'esclavage par des tiers, avec les adaptations nécessaires pour chacune des réclamations. Bien que de telles normes puissent exister, c'est au moyen du droit pénal, et seulement au moyen du droit pénal, qu'il peut valablement leur être donné effet. Le droit pénal ne prévoit pas de causes d'action de droit privé. En outre, adopter les normes en tant que crimes n'est pas une possibilité, car, à l'art. 9 du *Code criminel*, le Parlement a clairement interdit aux tribunaux de créer des règles de droit pénal au moyen de la common law.

La thèse des juges majoritaires n'est pas plus défendable en prenant un certain recul et en la considérant sous un angle plus conceptuel. Essentiellement, cette



thèse équivaut à dire que la doctrine de l'adoption a ce que les juristes européens appelleraient un effet horizontal. Il serait étonnant que le droit international coutumier ait un effet horizontal alors que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'en a pas. L'approche des juges majoritaires revient aussi à reconnaître une cause d'action de droit privé pour une simple violation du droit international public coutumier. Cela serait également étonnant, car il n'existe aucune cause d'action de droit privé pour une simple violation du droit législatif public canadien.

La présence de règles internationales en matière de responsabilité pénale ne rend pas non plus nécessaire la création de délits nationaux, du moins à l'extérieur des États-Unis. Dans ce pays, l'ancienne et unique dans l'histoire *Alien Tort Statute* exige que les tribunaux américains considèrent que le droit international crée une responsabilité civile. Essentiellement, l'approche des juges majoritaires reviendrait à américaniser la doctrine canadienne de l'adoption. Les tribunaux canadiens ne peuvent adopter une loi américaine alors que le Parlement et les assemblées législatives provinciales ne l'ont pas fait.

S'il y a accord pour dire que là où il y a un droit, il y a un recours, le droit d'obtenir réparation ne fait pas nécessairement référence au droit à une forme ou à une sorte particulière de réparation. De plus, une différence ayant trait simplement aux dommages-intérêts ou à l'importance du préjudice ne suffira pas à justifier la reconnaissance d'un nouveau délit.

Le droit canadien, dans l'état actuel, prévoit une cause d'action appropriée. En cas de violation de droits qui sont plus graves ou qui doivent faire l'objet d'une dissuasion, le droit actuel de la responsabilité délictuelle permet d'obtenir des dommages-intérêts majorés. Les dommages-intérêts punitifs visent à dénoncer une conduite répréhensible. De plus, un tribunal peut, dans ses motifs, exprimer sa réprobation à l'égard d'une conduite répréhensible en y affirmant qu'une partie a commis des violations des droits de la personne, même si, ultimement, il conclut en droit qu'elle s'est livrée à des voies de fait, à des batteries ou à d'autres transgressions. D'autres États reconnaissent aussi que de telles actions ordinaires de droit privé prévoient des mécanismes pour remédier au préjudice découlant d'une violation grave du droit pénal international. Même si cette partie de la requête en radiation de Nevsun devait être accueillie, les travailleurs pourraient demander au Canada la même réparation que celle qu'ils pourraient obtenir dans la plupart des autres États.

Le seul moyen restant qui est propre à appuyer la thèse des juges majoritaires consiste à modifier la doctrine de l'adoption de manière à ce qu'elle prévoie une règle de responsabilité civile pour les violations d'interdictions en droit international coutumier. La Cour ne peut pas procéder à pareil changement. Bien qu'il soit loisible au Parlement et aux législatures provinciales d'effectuer un tel changement, la capacité des tribunaux de façonner le droit est, en l'absence d'intervention législative, limitée de par la méthodologie de la common law.

Les tribunaux élaborent le droit graduellement. Pour qu'un changement soit graduel, il ne peut avoir des conséquences complexes et incertaines. Modifier la doctrine de l'adoption placerait le droit sur une trajectoire inconnue et dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précision. Il appartient donc au Parlement de décider s'il convient de modifier la doctrine de l'adoption pour conférer aux tribunaux le pouvoir de convertir des règles prohibitives du droit international en délits autonomes. Or, il ne l'a pas fait.

Les réclamations sont également vouées à l'échec selon la deuxième thèse portant que les travailleurs cherchaient à obtenir du tribunal qu'il reconnaisse quatre nouveaux délits nommés inspirés du droit international : le recours au travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants, et les crimes contre l'humanité.

Trois règles claires ont été dégagées pour déterminer dans quelles circonstances les tribunaux ne reconnaîtront pas l'existence d'un nouveau délit nommé : lorsqu'il existe d'autres voies de recours appropriées, lorsque le nouveau délit ne reflète pas et ne permet pas de redresser le tort infligé par une personne à une autre, et lorsque le changement qui en résulterait pour le système juridique serait indéterminé ou substantiel. La première règle, celle de la nécessité, reconnaît au moins trois autres voies de recours susceptibles de rendre non nécessaire la reconnaissance d'un nouveau délit : un délit existant, un régime législatif indépendant et le contrôle judiciaire. Une différence ayant trait simplement aux dommages-intérêts

ou à l'importance du préjudice ne suffira pas. La deuxième règle trouve son expression dans le fait que les tribunaux résistent à créer des régimes de responsabilité stricte ou absolue. La troisième règle témoigne du respect des tribunaux pour la suprématie législative et de la mission des tribunaux de veiller à ce que le droit demeure stable, prévisible et accessible.

Le délit proposé de traitements cruels, inhumains ou dégradants ne devrait pas être reconnu en tant que nouveau délit nommé parce qu'il est visé par les délits existants de batterie ou d'infliction intentionnelle d'un trouble émotif. Le délit proposé de crimes contre l'humanité ne devrait pas être reconnu lui non plus parce qu'il s'agit d'une catégorie trop hétérogène pour faire l'objet d'un délit nommé. Il est cependant possible que les délits proposés d'esclavage et de recours au travail forcé satisfassent au critère à respecter pour reconnaître un nouveau délit nommé.

Néanmoins, ces délits proposés ne devraient pas être reconnus pour la première fois dans une instance fondée sur une conduite ayant eu lieu en territoire étranger. En règle générale, une conduite délictueuse qui a eu lieu à l'étranger ne sera pas régie par le droit canadien, même lorsque la transgression est jugée devant les tribunaux canadiens, sauf dans le cas où le droit de l'État étranger est contraire aux valeurs morales fondamentales du régime juridique canadien au point d'amener le tribunal à ne pas l'appliquer. Il est inopportun en pareilles circonstances d'élaborer des règles de droit canadiennes, parce que les règles de droit qui conviennent pour un État étranger ne sont peut-être pas également celles qui conviennent pour le Canada et

que cela amènerait les tribunaux à outrepasser les limites de leur compétence institutionnelle. Le domaine des relations étrangères est peut-être l'exemple le plus flagrant d'une situation où l'exécutif est compétent pour agir, mais où les tribunaux n'ont pas la compétence institutionnelle pour le faire. Établir un nouveau délit dans la situation exceptionnelle où le tribunal estime que le droit d'un État étranger est aussi contraire aux valeurs morales canadiennes constituerait un empiètement sur la compétence de l'exécutif en matière de relations extérieures. Le rôle des tribunaux canadiens consiste principalement à trancher les différends à l'intérieur du Canada et qui opposent des résidents canadiens.

La leçon à tirer du refus d'accueillir la requête en radiation en l'espèce est la suivante : plus les actes de procédure et la thèse juridique utilisée pour les protéger sont nébuleux, plus les actes de procédure sont susceptibles de résister à une requête en radiation.

La création d'une cause d'action pour violation du droit international coutumier obligerait les tribunaux à empiéter à la fois sur le rôle réservé au législateur (en modifiant radicalement le droit et en faisant fi de la théorie du gradualisme) et sur celui réservé à l'exécutif (en s'immisçant dans le domaine des affaires extérieures). Il n'appartient pas à la Cour de faire abstraction des fondements du droit international coutumier, qui interdit certaines conduites de l'État, dans le but de créer une cause d'action contre des parties privées. Il n'appartient pas non plus aux tribunaux de

s'écarter des principes fondamentaux de la fonction judiciaire d'élaboration du droit en matière de responsabilité délictuelle. Il en résultera de l'instabilité et de l'incertitude.

*Les juges Moldaver et Côté (dissidents) :* Il y a accord avec les juges Brown et Rowe pour ce qui est de leur analyse et de la conclusion concernant les réclamations des travailleurs inspirées du droit international coutumier. Il est évident et manifeste qu'elles sont vouées à l'échec. De plus, l'élargissement du droit international coutumier de manière à ce qu'il s'applique aux corporations constitue un écart majeur dans ce domaine du droit. La pratique étatique répandue, représentative et uniforme et l'*opinio juris*, qui sont les conditions à respecter pour établir une règle coutumière, n'existent pas actuellement pour étayer la proposition voulant que les normes internationales relatives aux droits de la personne s'appliquent horizontalement entre les individus et les corporations.

Il y a désaccord avec les juges majoritaires concernant l'existence et l'applicabilité de la doctrine de l'acte de gouvernement. Les réclamations des intimés en l'espèce ne peuvent pas être tranchées par les tribunaux faisant partie de l'ordre juridique interne du Canada. Elles entrent plutôt dans la catégorie des affaires internationales devant être tranchées selon les principes du droit international public et de la diplomatie. Elles ne sont donc pas justiciables et devraient être rejetées dans leur intégralité.

Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la jurisprudence canadienne relative au choix de la loi applicable joue un rôle semblable, à certains

égards, à celui de la doctrine de l'acte de gouvernement. Toutefois, celle-ci comprend un deuxième volet distinct du choix de la loi applicable qui rend certaines réclamations non-justiciables. Ce deuxième volet de la doctrine empêche que soient jugées des actions civiles reposant sur des allégations voulant qu'un État étranger ait violé le droit international public. Que cet aspect soit qualifié de volet de la doctrine de l'acte de gouvernement ou considéré comme une application précise de la doctrine plus générale de la justiciabilité, ces réclamations ne sont pas justiciables, parce que le fait de se prononcer sur celles-ci constituerait une ingérence inadmissible dans la conduite par l'exécutif des relations internationales du Canada.

La justiciabilité s'inscrit dans une volonté de respecter la séparation constitutionnelle des pouvoirs. Le tribunal doit se conformer à la séparation des pouvoirs en faisant preuve de déférence envers les rôles de l'exécutif et du législatif dans leurs domaines respectifs, de manière à éviter tout empiétement indu sur le rôle institutionnel légitime de chaque organe. Le tribunal possède la capacité institutionnelle requise pour instruire des questions de droit international, et il est légitime qu'il le fasse, si celles-ci impliquent aussi des questions relatives aux droits constitutionnels, la légalité d'une décision administrative ou le rapport entre le droit international et les institutions publiques canadiennes. Si, toutefois, un tribunal permet un recours de droit privé qui attaque la légalité de la conduite d'un État étranger au regard du droit international, il se trouverait à outrepasser les limites de son propre rôle institutionnel. Juger de telles demandes constitue une ingérence non permise à l'égard de la conduite par l'exécutif des relations internationales du

Canada. Les litiges entre des parties privées fondés sur des allégations qu'un État étranger a violé le droit international public ne se prêtent pas à une intervention judiciaire parce que les questions de droit international liées aux actes illicites à l'échelle internationale commis par des États étrangers ne sont pas des demandes juridiques susceptibles d'être tranchées selon des normes judiciaires ou fonctionnelles.

Bien qu'un tribunal puisse statuer sur la légalité des actes d'un État étranger au regard du droit municipal ou du droit international si la question n'est soulevée qu'accessoirement, la réclamation ne sera pas justiciable si l'allégation que l'État étranger a agi illégalement est au cœur du litige. En l'espèce, les réclamations des travailleurs ne sont pas justiciables parce que la question de la légalité des actes posés par l'Érythrée au regard du droit international est au cœur même de ces réclamations et requièrent qu'il soit conclu que l'Érythrée a commis un acte illicite à l'échelle internationale. Étant donné que les travailleurs allèguent que Nevsun est responsable parce qu'elle se serait rendue complice d'actes illicites à l'échelle internationale qu'auraient commis les autorités érythréennes, Nevsun ne peut être tenue responsable que si les actes commis par ceux qui en sont réellement les auteurs — l'Érythrée et ses mandataires — étaient illégaux au regard du droit international public. Puisque les demandes des travailleurs, telles qu'intentées, exigent qu'il soit conclu que l'Érythrée a violé le droit international, elles doivent être rejetées.

## **Jurisprudence**



Citée par la juge Abella

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; **arrêts examinés :** *Belhaj c. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964; *Blad c. Bamfield* (1674), 3 Swans. 604, 36 E.R. 992; *Duke of Brunswick c. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1, 9 E.R. 993; *Yukos Capital sarl c. OJSC Rosneft Oil Co. (No. 2)*, [2012] EWCA Civ 855, [2014] Q.B. 458; *Oppenheimer c. Cattermole*, [1976] A.C. 249; *Buttes Gas and Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888; *Moti c. The Queen*, [2011] HCA 50; *Laane and Baltser c. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line*, [1949] R.C.S. 530; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; **arrêts mentionnés :** *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147; *Kuwait Airways Corpn. c. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883; *Belhaj c. Straw MP*, [2014] EWCA Civ 1394, [2016] 1 All E.R. 121; *Habib c. Commonwealth of Australia*, [2010] FCAFC 12; *Renvoi relatif à la secession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Succession Odhavji c.*

*Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Willow c. Chong*, 2013 BCSC 1083; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3; *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)* (1926), C.P.J.I. Ser. A, N° 7; *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-T, 14 décembre 1999; *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, 2 août 2001; *Procureur c. Erdemović*, IT-96-22-A, 7 octobre 1997; *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900); *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529; *Triquet c. Bath* (1764), 3 Burr. 1478, 97 E.R. 936; *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160; *The Ship “North” c. The King* (1906), 37 R.C.S. 385; *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, 2000 CSC 34, [2000] 1 R.C.S. 842; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Sidaway c. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital*, [1985] 1 A.C. 871; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur general)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Great Western Railway c. Brown* (1879), 3 R.C.S. 159; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Dunlea c. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959.

Citée par les juges Brown et Rowe (dissidents en partie)

*Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *British Columbia/Yukon Assn. of Drug War Survivors v. Abbotsford (City)*, 2015 BCCA 142, 75 B.C.L.R. (5th) 69; *Kripps c. Touche Ross & Co.* (1992), 69 B.C.L.R. (2d) 62; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *R. c. Jones (Margaret)*, [2006] UKHL 16, [2007] 1 A.C. 136; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Khulumani c. Barclay National Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2nd Cir. 2007); *Kadic c. Karadžić*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995); *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *West Rand Central Gold Mining Company c. Rex*, [1905] 2 K.B. 391; *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *Merrifield c. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 205, 145 O.R. (3d) 494, autorisation d'appel refusée, C.S.C. bull., 20 septembre 2019, 8; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126; *Dhillon c. Dhillon*, 2006 BCCA 524, 232 B.C.A.C. 249; *Whiten c. Pilot Insurance*

*Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32; *R. (Miller) c. Secretary of State*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *McLean c. McLean*, 2019 SKCA 15; *6165347 Manitoba Inc. c. Jenna Vandal*, 2019 MBQB 69; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Harris c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2010 ONSC 2326, 101 O.R. (3d) 665, conf. par 2010 ONCA 872, 106 O.R. (3d) 661, autorisation d'appel refusée, [2011] 2 R.C.S. vii; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2nd Cir. 2010), conf. par 569 U.S. 108 (2013); *Jones c. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Belhaj c. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964; *Johnstone c. Pedlar*, [1921] 2 A.C. 262; *Oppenheimer c. Cattermole*, [1976] A.C. 249; *Kuwait Airways Corpn. c. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883; *Laane and Baltser c. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line*, [1949] R.C.S. 530; *Buck c. Attorney General*, [1965] 1 All E.R. 882; *Hunt c. T&N*

*plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Buttes Gas and Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888; *Blad c. Bamfield* (1674), 3 Swans. 604, 36 E.R. 992; *Duke of Brunswick c. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1, 9 E.R. 993; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée Législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Presbyterian Church of Sudan c. Talisman Energy, Inc.*, 2005 WL 2082846; *International Association of Machinists and Aerospace Workers c. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 649 F.2d 1354 (1981); *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. c. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400 (1990).

### **Lois et règlements cités**

*Alien Tort Statute*, 28 U.S.C. § 1350 (2018).

*Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c. 57.

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 9.

*European Communities Act 1972* (R.-U.), 1972, c. 68.

*Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, c. 42, art. 6(1), (3).

*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 2.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).

*Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18.

*Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme*, L.C. 2012, c. 1, art. 2, art. 4.

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

*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, règles 9-5, 21-8.

### **Traités et autres instruments internationaux**

*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*, R.T. Can. 1994 n° 2.

*Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 1520 R.T.N.U. 217, art. 5.

*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123, art. 5.

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can. 1987 n° 36, art. 16.

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 3.

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 53.

*Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, 1561 R.T.N.U. 363.

*Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, O.A.S.T.S. n° 67.

*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 37.

*Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, 30 avril 1948, art. 26.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n°47, arts. 2, 7.

*Statut de la Cour internationale de Justice*, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 38(1).

### **Doctrine et autres documents cités**

Aftab, Yousuf, and Audrey Mocle. *Business and Human Rights as Law : Towards Justiciability of Rights, Involvement, and Remedy*, Toronto, LexisNexis, 2019.

Akhavan, Payam. « Canada and international human rights law : is the romance over? » (2016), 22 *Canadian Foreign Policy Journal* 331.

Alston, Philip, and Ryan Goodman. *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Axworthy, Lloyd. *Navigating A New World : Canada's Global Future*, Toronto, Vintage Canada, 2003.

Banu, Roxana. « Assuming Regulatory Authority for Transnational Torts : An Interstate Affair? A Historical Perspective on the Canadian Private International Law Tort Rules » (2013), 31 *Windsor Y.B. Access Just.* 197.

Bassiouni, M. Cherif. « International Crimes : *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63.

Baughen, Simon. *Human Rights and Corporate Wrongs : Closing the Governance Gap*, Cheltenham (R.-U.), Edward Elgar Publishing, 2015.

Bianchi, Andrea. « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* » (2008), 19 *E.J.I.L.* 491.

Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.

- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England : Book the Fourth*, Oxford, Clarendon Press, 1769.
- Brierly, James L. *The Law of Nations : An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed., Oxford, Clarendon Press, 1963.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *A.C.D.I.* 3.
- Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. « International Law and the Practice of Legality : Stability and Change » (2018), 49 *V.U.W.L.R.* 429.
- Bühler, Martin. « The Emperor's New Clothes: Defabricating the Myth of "Act of State" in Anglo-Canadian Law », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 343.
- Canada. Affaires mondiales Canada. *Conduite responsable des entreprises à l'étranger — Foire aux questions*, dernière mise à jour 16 septembre 2019 (en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/faq.aspx?lang=fra>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5\\_3\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_3_fra.pdf)).
- Canada. Affaires mondiales Canada. *Le ministre Carr annonce la nomination de la première ombudsman canadienne pour la responsabilité des entreprises*, 8 avril 2019 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2019/04/le-ministre-carr-annonce-la-nomination-du-premier-ombudsman-canadien-de-lentreprise-responsable.html>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5\\_2\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_2_fra.pdf)).
- Canada. Affaires mondiales Canada. *Le modèle d'affaires canadien : Stratégie de promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger*, dernière mise à jour 31 juillet 2019 (en ligne : [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Strategie\\_RSE\\_amelioree\\_FRA.pdf](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Strategie_RSE_amelioree_FRA.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5\\_1\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_1_fra.pdf)).
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Clapham, Andrew. « On Complicity », dans Marc Henzelin et Robert Roth, dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., 2002, 241.



- Craig, Paul. « Britain in the European Union », in Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O’Cinneide, eds., *The Changing Constitution*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, 104.
- Crawford, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9th ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent. « A Fiduciary Theory of Jus Cogens » (2009), 34 *Yale J. Intl L.* 331.
- Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.
- Currie, John H. « Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007), 45 *A.C.D.I.* 55.
- Currie, John H., et al. *International Law : Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2014.
- de Mestral, Armand, and Evan Fox-Decent. « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008), 53 *McGill L.J.* 573.
- Dodge, William S. « Corporate Liability Under Customary International Law » (2012), 43 *Geo. J. Int’l L.* 1045.
- Emanuelli, Claude. *Droit international public : Contribution à l’étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- Fitzgerald, Oonagh E. « La mise en œuvre au Canada du droit humanitaire international et connexe », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 779.
- Green, James A. *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Harrington, Joanna. « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making : (Re-)Establishing a Role for Parliament » (2005), 50 *McGill L.J.* 465.
- Hathaway, Oona A., and Scott J. Shapiro. *The Internationalists : How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, New York, Simon & Schuster, 2017.
- Henckaerts, Jean-Marie. « Study on customary international humanitarian law : A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict » (2005), 87 *Int’l Rev. Red Cross* 175.
- Higgins, Rosalyn. « The Relationship Between International and Regional Human Rights Norms and Domestic Law » (1992), 18 *Commonwealth L. Bull.* 1268.

- Jennings, Robert, and Arthur Watts. *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Jouannet, Emmanuelle. « What is the Use of International Law? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare » (2007), 28 *Mich. J. Int'l L.* 815.
- Joyner, Christopher C. « “The Responsibility to Protect” : Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention » (2007), 47 *Va J. Int'l L.* 693.
- Kammerhofer, Jörg. « Uncertainty in the Formal Sources of International Law : Customary International Law and Some of Its Problems » (2004), 15 *Eur. J. Int'l L.* 523.
- Keyes, John Mark, et Ruth Sullivan. « L'interaction du droit international et du droit national dans une perspective législative », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 351.
- Kindred, Hugh M. « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d'une perspective raisonnée », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 11.
- Koh, Harold Hongju. « Civil Remedies for Uncivil Wrongs : Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation » (2016), 50 *Tex. Intl L.J.* 661.
- Koh, Harold Hongju. *International Law vs. Donald Trump : A Reply*, 5 mars 2018 (en ligne : <http://opiniojuris.org/2018/03/05/international-law-vs-donald-trump-a-reply/>; version archive : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5\\_4\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_4_eng.pdf)).
- Koh, Harold Hongju. « Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation » (2004), 7 *J.I.E.L.* 263.
- Koh, Harold Hongju. « Transnational Legal Process » (1996), 75 *Neb. L. Rev.* 181.
- Koh, Harold Hongju. « Twenty-First Century International Lawmaking » (2013), 101 *Geo. L.J.* 725.
- La Forest, Gérard V. « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues » (1996), 34 *A.C.D.I.* 89.
- Lauterpacht, Hersch. « Is International Law a Part of the Law of England? », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 25, *Problems of Peace and War : Papers Read Before the Society in the Year 1939*, London, Sweet & Maxwell, 1940, 51.

- LeBel, Louis. « A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian Common Law » (2014), 65 *R.D. U.N.-B.* 3.
- LeBel, Louis, and Gloria Chao. « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23.
- Macklem, Patrick. *The Sovereignty of Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2015.
- McLachlan, Campbell. *Foreign Relations Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- McLachlin, Beverley. *Les principes constitutionnels non écrits : qu'est-ce qui se passe dans ce domaine?*, 1<sup>er</sup> décembre 2005 (en ligne : <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2005-12-01-fra.aspx>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5\\_6\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_6_fra.pdf)).
- Nations Unies. Assemblée générale. *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. N.U. A/HRC/4/35, 19 février 2007.
- Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Observation générale No. 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004.
- Nations Unies. Commission du droit international. *Rapport de la Commission du droit international*, 73<sup>e</sup> sess., supp. n° 10, Doc. N.U. A/73/10, 2018.
- O'Keefe, Roger. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- O'Keefe, Roger. « The Doctrine of Incorporation Revisited », in James Crawford and Vaughan Lowe, eds., *The British Year Book of International Law 2008*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 7.
- Organisation internationale du Travail. Bureau International du Travail. « Travail forcé au Myanmar (Birmanie) — Rapport de la commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner le respect par le Myanmar de la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 », *O.I.T. Bulletin officiel : Supplément spécial*, vol. LXXXI, 1998, Série B.
- Pearson, Lester B. « Canadian Foreign Policy in a Two Power World », *The Empire Club of Canada : Addresses 1950-1951*, Toronto, T. H. Best Printing Co., 1951, 346.

- Phillipson, Gavin. « The Human Rights Act, “Horizontal Effect” and the Common Law : a Bang or a Whimper? » (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824.
- Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Adv. Q.* 344.
- Provost, René. « Judging in Splendid Isolation » (2008), 56 *Am. J. Comp. L.* 125.
- Ramasastri, Anita, and Robert C. Thompson. *Commerce, Crime and Conflict : Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries*, Oslo, Fafo, 2006.
- Raponi, Sandra. « Grounding a Cause of Action for Torture in Transnational Law », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 373.
- Roberts, Anthea. « Comparative International Law? □ The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law » (2011), 60 *I.C.L.Q.* 57.
- Sands, Philippe. *East West Street : On the Origins of « Genocide » and « Crimes Against Humanity »*, New York, Alfred A. Knopf, 2016.
- Schwartz, Osnat Grady. « International Law and National Courts : Between Mutual Empowerment and Mutual Weakening » (2015), 23 *Cardozo J. Intl & Comp. L.* 587.
- Scott, Craig. « Translating Torture into Transnational Tort : Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 45.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.
- Simma, Bruno, and Philip Alston. « The Sources of Human Rights Law : Custom, Jus Cogens, and General Principles » (1988), 12 *Aust. Y.B.I.L.* 82.
- Slama, Jo Lynn. « *Opinio Juris* in Customary International Law » (1990), 15 *Okla. City U.L. Rev.* 603.
- Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2012.
- Stephens, Beth. « The Amoralism of Profit : Transnational Corporations and Human Rights » (2002), 20 *B.J.I.L.* 45.

- Toope, Stephen J. « Inside and Out : The Stories of International Law and Domestic Law » (2001), 50 *R.D. U.N.-B.* 11.
- van Ert, Gib. « Qu'est-ce que le droit de la réception? », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 107.
- van Ert, Gib. « The Domestic Application of International Law in Canada », in Curtis A. Bradley, ed., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, New York, Oxford University Press, 2019, 501.
- van Ert, Gib. « The Reception of International Law in Canada : Three Ways We Might Go Wrong », in Centre for International Governance Innovation, *Canada in International Law at 150 and Beyond, Paper No. 2*, Waterloo (Ont.), Centre for International Governance Innovation, 2018.
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.
- Verdier, Pierre-Hugues, and Mila Versteeg. « International Law in National Legal Systems : An Empirical Investigation » (2015), 109 *Am. J. Intl L.* 514.
- Virgo, Graham. « Characterisation, Choice of Law, and Human Rights », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 325.
- Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed., Toronto, LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2019, release 77).
- Warner La Forest, Anne. « Le principe de la preuve, le droit international et le droit comparé », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 455.
- Weissbrodt, David, et Société anti-esclavagiste internationale. *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, Doc. N.U. HR/PUB/02/4, New York, Nation Unies, 2002.
- Zerk, Jennifer. *Corporate liability for gross human rights abuses : Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies — A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, février 2014 (en ligne : <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/csodce/2020SCC-CSC5\\_5\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/csodce/2020SCC-CSC5_5_eng.pdf)).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Willcock et Dickson), 2017 BCCA 401, 4 B.C.L.R. (6th) 91, 419 D.L.R. (4th) 631, 12 C.P.C. (8th) 225, [2017] B.C.J. No. 2318 (QL), 2017 CarswellBC 3232 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Abrioux, 2016 BCSC 1856, 408 D.L.R. (4th) 383, [2016] B.C.J. No. 2095 (QL), 2016 CarswellBC 2786 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Brown et Rowe sont dissidents en partie et les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

*Mark D. Andrews, c.r., Andrew I. Nathanson, Gavin R. Cameron et Caroline L. Senini*, pour l'appelante.

*Joe Fiorante, c.r., Reider M. Mogerman, Jen Winstanley, James Yap et Nicholas C. Baker*, pour les intimés.

*Cory Wanless et Yolanda Song*, pour l'intervenant International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law.

*Tamara Morgenthau et Alison M. Latimer*, pour les intervenants EarthRights International et Global Justice Clinic at New York University School of Law.

*Paul Champ, Jennifer Klinck et Penelope Simons*, pour les intervenants Amnesty International Canada et la Commission Internationale de Juristes.

*Luis Sarabia et Steven Frankel*, pour l'intervenante l'Association minière du Canada.

*Bruce W. Johnston, Andrew E. Cleland, Jean-Marc Lacourcière et Clara Poissant-Lespérance*, pour l'intervenante Mines Alerte Canada.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Martin rendu par

LA JUGE ABELLA —

[1] Le présent pourvoi porte sur l'application du droit international moderne des droits de la personne, le phénix qui est né des cendres de la Deuxième Guerre mondiale et qui a lancé la lutte mondiale contre les violations des droits de la personne. Ce droit visait à empêcher les violations des normes acceptées à l'échelle internationale. Ces normes ne se voulaient pas des aspirations théoriques ni des extravagances juridiques, mais bien des impératifs moraux et des nécessités juridiques. La conduite portant atteinte aux normes devait être cernée et traitée.

[2] Le processus qui consiste à cerner les violations du droit international des droits de la personne et à prendre des mesures adéquates à cet égard fait intervenir divers acteurs. Les tribunaux se retrouvent parmi ceux-ci, pouvant être appelés à

établir et à faire évoluer la portée du droit dans un cas donné. Nous sommes en présence d'un tel cas.

[3] Gize Yebeyo Araya, Kesete Tekle Fshazion et Mihretab Yemane Tekle sont des réfugiés et d'anciens ressortissants érythréens. Ils affirment avoir été conscrits indéfiniment, par l'entremise de leur service militaire, dans un régime de travail forcé dans le cadre duquel ils ont dû travailler à la mine Bisha en Érythrée et ont subi un traitement violent, cruel, inhumain et dégradant. La mine appartient à une société canadienne, Nevsun Resources Ltd.

[4] Les travailleurs érythréens ont introduit la présente instance en Colombie-Britannique au moyen d'un recours collectif contre Nevsun au nom de plus de 1 000 personnes qui affirment avoir été contraintes de travailler à la mine Bisha entre 2008 et 2012. Dans leurs actes de procédure, les travailleurs érythréens ont réclamé des dommages-intérêts pour des délits de droit interne, notamment pour détournement, voies de fait, « séquestration » (détention injustifiée), complot et négligence. Ils ont également réclamé des dommages-intérêts pour la violation des interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé; à l'esclavage; aux traitements cruels, inhumains ou dégradants; et aux crimes contre l'humanité<sup>1</sup>.

[5] Nevsun a présenté une requête en radiation des actes de procédure sur le fondement de la [TRADUCTION] « doctrine de l'acte de gouvernement », qui empêche

---

<sup>1</sup> Avis de poursuite civile modifiée présenté par les travailleurs érythréens, par. 7, 53, 56a), 60, 63, 66, 70 et 71 (d.a., vol. III, p. 159).



les tribunaux nationaux de porter un jugement sur les actes souverains d'un gouvernement étranger. Selon Nevsun, cela comprend le programme de service national de l'Érythrée. Elle a également fait valoir que les demandes fondées sur le droit international coutumier devaient être radiées parce qu'elles ne présentent aucune perspective raisonnable de succès<sup>2</sup>.

[6] Le juge en cabinet et la Cour d'appel ont tous les deux rejeté les requêtes en radiation de Nevsun fondées sur ces bases. Pour les motifs qui suivent, je ne vois aucune raison de modifier ces conclusions.

### Contexte

[7] La mine Bisha en Érythrée produit de l'or, du cuivre et du zinc. Il s'agit de l'une des plus importantes sources de revenu pour l'économie érythréenne. La construction de la mine a commencé en 2008. Celle-ci était exploitée par une société érythréenne qui en était aussi propriétaire, la Bisha Mining Share Company, détenue à 40 pour 100 par la Eritrean National Mining Corporation et, par l'intermédiaire de filiales, à 60 pour 100 par Nevsun, une société ouverte constituée sous le régime de la *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c. 57 de la Colombie-Britannique.

[8] La Bisha Company a embauché une entreprise sud-africaine appelée SENET à titre de gestionnaire de l'ingénierie, de l'approvisionnement et de la

---

<sup>2</sup> Avis de demande de Nevsun : demande de radiation des réclamations de droit international coutumier des travailleurs en raison de l'absence de demande raisonnable (d.a., vol. III, p. 58).

construction pour la construction de la mine. SENET a conclu des contrats de sous-traitance pour le compte de la Bisha Company avec Mereb Construction Company, qui était contrôlée par l'armée érythréenne, et avec Segen Construction Company, qui appartenait au seul parti politique de l'Érythrée, le Front populaire pour la démocratie et la justice. Mereb et Segen figuraient parmi les entreprises de construction qui recevaient des conscrits dans le cadre du programme de service national de l'Érythrée.

[9] Le programme de service national a été établi par un décret, pris en 1995, obligeant tous les Érythréens, lorsqu'ils atteignent l'âge de 18 ans, à suivre un entraînement militaire d'une durée de six mois suivi d'un [TRADUCTION] « service de perfectionnement militaire » d'une durée de 12 mois (2016 BCSC 1856, par. 26). Les conscrits étaient affectés au service militaire direct ou à [TRADUCTION] « la construction de projets publics d'intérêt national ».

[10] En 2002, la période de conscription militaire en Érythrée a été prolongée indéfiniment et les conscrits ont été contraints de travailler à des salaires de subsistance pour diverses entreprises appartenant à des officiers supérieurs de l'armée érythréenne ou à des représentants du parti, comme Mereb et Segen.

[11] Pour les conscrits affectés à la mine Bisha, la durée des fonctions était indéfinie. Les travailleurs affirment qu'ils ont été contraints de travailler dans des conditions dures et dangereuses pendant des années et que, pour que les conscrits à la mine obéissent, divers châtiments leur étaient infligés. Par exemple, ils soutiennent

qu'ils pouvaient [TRADUCTION] « se voir ordonner de se rouler dans le sable brûlant, tout en étant battus à coups de bâtons jusqu'à en perdre conscience » et subir le châtement de « l'«hélicoptère», qui consistait à ce que les bras du travailleur soient attachés derrière son dos au niveau des coudes, à ce que ses pieds soient attachés au niveau des chevilles, et à ce qu'il soit laissé en plein soleil pendant une heure ».

[12] Les travailleurs soutiennent que ceux qui tombaient malades — ce qui était fréquent à la mine — voyaient leur paye réduite s'ils ne retournaient pas au travail après cinq jours. Les travailleurs érythréens affirment que lorsqu'ils ne travaillaient pas, ils étaient confinés dans des camps et ne pouvaient pas partir sans y être autorisés. Les conscrits qui partaient sans permission ou qui ne revenaient pas après un congé autorisé s'exposaient à un châtement sévère et à la menace de représailles contre leur famille. Ils affirment que leur salaire était d'aussi peu que de 30 \$US par mois.

[13] Gize Yebeyo Araya dit s'être engagé volontairement dans le programme de service national en 1997, mais au lieu d'être libéré après avoir terminé ses 18 mois de service, il a été contraint de continuer son service militaire et a été affecté comme ouvrier dans divers sites, dont la mine Bisha en février 2010. Il soutient qu'à la mine, il devait travailler six jours par semaine de 5 h à 18 h, souvent à l'extérieur à des températures avoisinant les 50 degrés Celsius. Il a fui l'Érythrée en 2011.

[14] Kesete Tekle Fshazion affirme avoir été conscrit en 2002 et être resté sous l'autorité de l'armée érythréenne jusqu'au moment où il a fui l'Érythrée en 2013.

Il dit qu'il a été envoyé à la mine Bisha en 2008, où il travaillait de 6 h à 18 h six jours par semaine et de 6 h à 14 h le septième jour.

[15] Mihretab Yemane Tekle affirme qu'il a été conscrit en 1994 et qu'après avoir terminé ses 18 mois de service, il a été affecté à plusieurs postes, principalement au sein des forces militaires érythréennes. Il dit qu'il a été transporté à la mine Bisha en février 2010, où il travaillait six jours par semaine de 6 h à 18 h, souvent à l'extérieur, à découvert, à des températures avoisinant les 50 degrés Celsius. Il a fui l'Érythrée en 2011.

#### Historique judiciaire

[16] Nevsun a présenté une série de demandes visant à obtenir : une ordonnance rejetant le statut de recours collectif de l'instance; un sursis de l'instance au motif que l'Érythrée constituait un ressort plus approprié (*forum non conveniens*); une ordonnance radiant certaines parties de la preuve — des affidavits et des rapports secondaires — présentée par les travailleurs érythréens; une ordonnance rejetant ou radiant les actes de procédure en vertu de l'art. 21-8 ou, subsidiairement, de l'art. 9-5 des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, au motif que les tribunaux de la Colombie-Britannique n'avaient pas compétence *ratione materiae* en raison de l'application de la doctrine de l'acte de gouvernement; et une ordonnance radiant la partie des actes de procédure fondée sur le droit international coutumier au motif qu'elle est inutile et ne révèle aucune cause d'action raisonnable, conformément à l'art. 9-5 des *Supreme Court Civil Rules*.

[17] Le juge Abrioux, siégeant en cabinet, a fait observer qu'étant donné qu'elle exerçait un contrôle sur la majorité des membres du conseil d'administration de la Bisha Company et que le directeur général de Nevsun était son président, Nevsun exerçait un contrôle effectif sur la Bisha Company. Il a également fait observer qu'un contrôle opérationnel était exercé : [TRADUCTION] « Par sa représentation majoritaire au conseil d'administration de la [Bisha Company, Nevsun] participe à tous les aspects des activités de Bisha, y compris l'exploration, la mise en valeur, l'extraction, le traitement et la restauration ».

[18] Le juge a rejeté la demande de Nevsun fondée sur le *forum non conveniens*, concluant que Nevsun n'avait pas établi que le critère de la commodité favorisait l'Érythrée en tant que ressort approprié. Il y avait également un risque réel que le procès soit inéquitable en Érythrée. Le juge Abrioux a admis certains des affidavits et des rapports secondaires à seule fin d'établir le cadre social, historique et contextuel requis, mais a refusé d'accorder à l'instance le statut de recours collectif, ce qui veut dire que les travailleurs érythréens n'ont pas été autorisés à présenter des réclamations au nom des autres personnes, dont un grand nombre se trouvent toujours en Érythrée.

[19] Quant à la doctrine de l'acte de gouvernement, le juge Abrioux a fait remarquer qu'elle n'a jamais été appliquée au Canada, mais il était néanmoins d'avis qu'elle faisait partie de la common law canadienne. Il a finalement conclu, cependant, qu'elle ne s'appliquait pas en l'espèce.

[20] Lors de son examen de la demande de Nevsun visant la radiation des réclamations fondées sur le droit international coutumier, le juge Abrioux a décrit la question comme étant celle de savoir [TRADUCTION] « si les réclamations de dommages-intérêts découlant de la violation alléguée du *jus cogens* ou des normes impératives de droit international coutumier [. . .] peuvent constituer le fondement d'un recours civil en Colombie-Britannique ». Il a affirmé que ces réclamations ne devraient être radiées que s'il est « évident et manifeste », les faits allégués étant avérés, que les actes de procédure ne présentent aucune possibilité raisonnable de succès et sont voués à l'échec. Il a rejeté l'argument de Nevsun selon lequel il n'y a aucune possibilité raisonnable au procès que le tribunal reconnaisse des « réclamations fondées sur des violations du [droit international coutumier] » ou des réclamations relatives à de « nouveaux délits fondés sur l'adoption de normes de droit coutumier présentés par les [travailleurs] ». Il a conclu que le droit international coutumier est intégré dans la common law canadienne et en fait partie, sauf s'il existe une disposition législative contraire dans le droit interne. Ni la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18, ni aucune autre loi ne fait obstacle aux réclamations des travailleurs érythréens. À son avis, même si elles sont inédites, les réclamations découlant des violations par Nevsun du droit international coutumier devraient faire l'objet d'une instruction lors de laquelle elles pourront être examinées en fonction de leur contexte factuel et juridique, d'autant plus que les interdictions relatives à l'esclavage, au travail forcé et aux crimes contre l'humanité sont de *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles constituent des normes impératives du droit international coutumier, auxquelles aucune dérogation n'est permise.

[21] En appel, Nevsun a soutenu que le juge Abrioux avait commis une erreur en refusant de décliner compétence relativement à la demande fondée sur le *forum non conveniens*; en admettant les rapports des travailleurs érythréens, même à une fin précise; en concluant que la doctrine de l'acte de gouvernement ne faisait pas obstacle aux réclamations des travailleurs érythréens; et en refusant de radier les réclamations des travailleurs érythréens qui étaient fondées sur le droit international coutumier. Les travailleurs érythréens n'ont pas interjeté appel de la décision du juge Abrioux de refuser d'accorder à l'instance le statut de recours collectif.

[22] S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, la juge Newbury a confirmé les décisions du juge Abrioux concernant les demandes ayant trait au *forum non conveniens* et à la preuve (2017 BCCA 401). Quant à la doctrine de l'acte de gouvernement, la juge Newbury a souligné qu'aucun tribunal canadien ne l'avait directement appliquée, mais qu'elle avait été adoptée en Colombie-Britannique en vertu de ce qui constitue maintenant l'art. 2 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, qui reconnaît que la common law d'Angleterre telle qu'elle existait en 1858 fait partie du droit de la Colombie-Britannique. Elle a toutefois conclu que la doctrine de l'acte de gouvernement ne s'appliquait pas en l'espèce parce que les réclamations des travailleurs érythréens ne constituaient pas une contestation de la validité juridique des actes législatifs ou exécutifs d'un État étranger. Même si la doctrine de l'acte de gouvernement s'appliquait, elle ne ferait pas obstacle aux réclamations des travailleurs érythréens puisqu'au moins une des exceptions reconnues dans la doctrine s'appliquerait.

[23] Pour ce qui est des questions de droit international, la juge Newbury a souligné que, dans des actions intentées contre des États étrangers, les tribunaux autant en Angleterre qu'au Canada n'ont pas reconnu l'existence d'une cause d'action de droit privé parce que ces actions faisaient intervenir le principe de l'immunité des États, que codifie au Canada la *Loi sur l'immunité des États*. Cependant, étant donné que les réclamations de droit international coutumier des travailleurs érythréens n'étaient pas intentées contre un État étranger, elles n'étaient pas irrecevables au titre de la *Loi sur l'immunité des États*.

[24] Enfin, la juge Newbury était consciente qu'il s'était produit ce qu'elle a appelé un changement fondamental dans le droit international public, par lequel les tribunaux nationaux acceptent de plus en plus de se pencher sur des questions de droit international public lorsque cela est indiqué. Dans cette optique, elle a estimé que la principale question en litige dans l'appel était de savoir [TRADUCTION] « si les tribunaux canadiens, qui n'ont pas encore été aux prises avec le développement de ce qui est maintenant appelé le “droit transnational”, devraient aussi commencer à participer au changement décrit ». Elle a conclu que le fait que certains aspects des réclamations des travailleurs érythréens ouvraient droit à une action en responsabilité civile délictuelle n'avait pas pour conséquence qu'ils n'avaient aucune chance raisonnable de succès sur le fondement du droit international coutumier.

[25] La juge Newbury a finalement conclu qu'étant donné que le droit dans ce domaine est en pleine évolution, on ne saurait affirmer que les réclamations des



travailleurs érythréens fondées sur des violations du droit international coutumier étaient vouées à l'échec.

### Analyse

[26] Le pourvoi interjeté par Nevsun est axé sur deux questions :

1) La doctrine de l'acte de gouvernement fait-elle partie de la common law canadienne?

2) Les interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé; à l'esclavage; aux traitements cruels, inhumains ou dégradants; et aux crimes contre l'humanité peuvent-elles servir de fondement à une action en dommages-intérêts en droit canadien?

Nevsun n'a pas contesté la décision de la Cour d'appel concernant l'admissibilité des rapports et le *forum non conveniens*. En conséquence, il ne fait aucun doute que si la doctrine de l'acte de gouvernement n'empêche pas l'instruction de l'affaire, les tribunaux de la Colombie-Britannique constituent le ressort approprié pour régler les réclamations.

### La doctrine de l'acte de gouvernement

[27] Selon le premier argument de Nevsun, l'action au complet devrait être radiée parce que la doctrine de l'acte de gouvernement la rend non justiciable.

[28] La doctrine de l'acte de gouvernement est une doctrine connue (et vivement critiquée) en Angleterre et en Australie. En revanche, elle n'a joué aucun rôle en droit canadien. Nevsun affirme néanmoins que son application fait obstacle à la présente instance. Il est donc utile de commencer par examiner en quoi consiste la doctrine.

[29] Il n'existe pas de définition unique qui décrit l'ensemble indomptable de principes, de restrictions et d'exceptions ayant reçu le nom d'« *act of state* » (« acte de gouvernement ») en droit anglais. La description que donne lord Millett constitue toutefois un bon point de départ : [TRADUCTION] « la doctrine de l'acte de gouvernement est une règle de droit interne selon laquelle le tribunal national n'est pas compétent pour se prononcer sur la légalité des actes souverains d'un État étranger » (*R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147 (H.L.), p. 269).

[30] La doctrine de l'acte de gouvernement présente des caractéristiques communes avec le principe de l'immunité des États, qui confère l'immunité personnelle aux représentants de l'État pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Cependant, comme l'a expliqué lord Sumption dans *Belhaj c. Straw*, [2017] UKSC 3, il s'agit de notions distinctes :

[TRADUCTION] Contrairement à l'immunité des États, l'acte de gouvernement constitue non pas une immunité personnelle, mais une immunité liée à la compétence *ratione materiae*. Il repose sur la même prémisse que l'immunité des États, c'est-à-dire un respect mutuel pour l'égalité des États souverains, *mais il est une pure création de la common law*. Bien que le droit international oblige les États à respecter l'immunité des autres États à l'égard de leur compétence interne, il ne les oblige pas à appliquer une restriction particulière à leur compétence *ratione materiae* dans un litige auquel les États étrangers ne sont pas parties et dans lequel ils ne sont pas indirectement mis en cause. *La doctrine de l'acte de gouvernement étranger est tout au plus permise en droit international*. [Italiques ajoutés; par. 200.]

[31] Les grandes lignes de la doctrine de l'acte de gouvernement remontent à l'ancienne jurisprudence anglaise qui se dégage des arrêts *Blad c. Bamfield* (1674), 3 Swans 604, et *Duke of Brunswick c. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1 (voir aussi *Yukos Capital Sarl c. OJSC Rosneft Oil Co. (No. 2)*, [2012] EWCA Civ 855, par. 40).

[32] Dans l'arrêt *Blad*, Bamfield et d'autres commerçants anglais avaient intenté une action devant les tribunaux anglais contre un commerçant danois qui s'était vu délivrer des lettres patentes par le roi du Danemark, en tant que souverain de l'Islande, [TRADUCTION] « pour le commerce exclusif en Islande » (p. 993). Le commerçant avait saisi les marchandises de Bamfield en Islande parce que celui-ci avait prétendument pêché en contravention de ses lettres patentes. Bamfield contestait la validité des lettres patentes. Lord Nottingham a décidé que l'action de Bamfield était irrecevable parce que [TRADUCTION] « l'idée d'un procès en droit, où la Cour doit faire mine de se prononcer sur la validité des lettres patentes du roi au Danemark, ou sur la formulation et le sens des articles de la paix, et où un jury de droit commun

devrait décider si les Anglais ont le droit de faire du commerce en Islande, est monstrueuse et absurde » (p. 993).

[33] Dans l'arrêt subséquent *Duke of Brunswick*, le duc destitué poursuivait le roi d'Hanovre en Angleterre, alléguant que, par des actes posés à Hanovre et ailleurs à l'étranger, celui-ci avait contribué à le dépouiller de sa terre et de son titre. La Chambre des lords a refusé de juger les actes posés par un souverain dans son propre pays. Pour reprendre les termes employés par le lord chancelier :

[TRADUCTION] [L]e souverain étranger qui vient dans notre pays ne saurait être tenu responsable ici d'un acte posé en sa qualité de souverain dans son propre pays; qu'il s'agisse d'un acte bon ou mauvais, ou que cet acte soit ou non conforme à la constitution de ce pays, les tribunaux de notre pays ne peuvent porter un jugement sur l'acte d'un souverain, accompli en vertu de son autorité souveraine à l'étranger, et non en tant que sujet britannique, mais censé avoir été posé dans l'exercice du pouvoir qui lui est conféré en sa qualité de souverain. [p. 998-999]

[34] Depuis ce temps, la doctrine anglaise de l'acte de gouvernement a engendré un certain nombre de réserves et de restrictions, et elle ne comprend plus le large principe selon lequel les tribunaux internes ne peuvent se prononcer sur la légalité des actes d'un État étranger. Ce fait ressort clairement de la décision *Oppenheimer c. Cattermole*, [1976] A.C. 249, où la Chambre des lords a refusé de reconnaître et d'appliquer un décret nazi dépouillant les Juifs de leur citoyenneté allemande et entraînant la confiscation de tous les biens de ceux-ci sur lesquels l'État pouvait [TRADUCTION] « mettre la main » (p. 278). Lord Cross a déclaré qu'une telle loi discriminatoire « constitue une violation si grave des droits de la personne que les

tribunaux de notre pays doivent tout simplement refuser de la reconnaître en tant que loi », soulignant que « l'ordre public de notre pays prévoit que nos tribunaux donnent effet aux règles de droit international clairement établies » (p. 278). La Chambre des lords a précisé ce principe dans *Kuwait Airways Corpn. c. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, où lord Nicholls a affirmé que les lois étrangères [TRADUCTION] « peuvent être fondamentalement inacceptables pour des motifs autres que les violations des droits de la personne » (par. 18).

[35] Il y a également eu prolifération en Angleterre de restrictions à la doctrine de l'acte de gouvernement et d'exceptions relatives à celle-ci, ce qui traduit une tentative de résolution des difficultés liées à l'application d'une seule doctrine à un ensemble hétérogène de questions. Lord Wilberforce a décrit ce défi dans l'important exposé sur la doctrine anglaise de l'acte de gouvernement qu'il a fait dans la décision *Buttes Gas and Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888 (H.L.), où il était question d'une action en diffamation ayant pris naissance dans le contexte de deux concessions pétrolifères conflictuelles accordées par des États voisins dans le golfe Persique. Il a qualifié la doctrine de l'acte de gouvernement de [TRADUCTION] « notion généralement confuse », ajoutant que « [l']une des difficultés qu'elle soulève, et non la moindre, réside dans l'emploi systématique de l'“acte de gouvernement” pour viser des situations qui sont fort distinctes, et différentes en droit » (p. 930). Il a expliqué que le droit anglais fait une distinction entre les actes de gouvernement de la Couronne (concernant les actes des représentants de la Couronne commis à l'étranger) et les actes de gouvernement étrangers (concernant la

justiciabilité devant les tribunaux nationaux des actes des États étrangers), bien qu'ils soient souvent désignés par le terme général « acte de gouvernement ». Il a ensuite fait observer que la jurisprudence appuie l'existence de deux principes distincts au sein de la doctrine de l'acte de gouvernement étranger : un principe précis orientant le choix des tribunaux quant à la loi applicable dans les affaires portant sur la question de savoir si et quand un tribunal national donnera effet dans son droit à une règle de droit étranger; et le principe plus général voulant que les tribunaux s'abstiennent de juger les opérations des États étrangers.

[36] Et dans l'arrêt *Yukos* rendu en 2012, le lord juge Rix, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Angleterre et du pays de Galles, a modernisé la description de la doctrine :

[TRADUCTION] Il semble que, en règle générale, la doctrine ne s'applique qu'aux actes de gouvernement commis sur le territoire du souverain, mais que, dans des circonstances spéciales et peut-être exceptionnelles [. . .] elle puisse même franchir les limites territoriales et soulever, précisément pour cette raison, des questions devant être considérées comme non justiciables. Les diverses formulations de ce paradigme sont manifestement larges et empêchent tout jugement portant sur la validité, la légalité, l'acceptabilité ou les intentions des représentants de l'État. C'est une forme d'immunité *ratione materiae* présentant des liens étroits avec des doctrines analogues d'immunité du souverain et, bien qu'il s'agisse d'une doctrine interne de droit anglais (et américain), elle repose sur des notions analogues de droit international, tant public que privé, et de courtoisie entre les nations. Elle a été appliquée dans des situations très diverses, mais est souvent soulevée dans le cadre d'une défense ou d'une riposte : comme lorsqu'un propriétaire dépossédé intente une poursuite concernant ses biens, que le défendeur soutient qu'un acte de gouvernement étranger a altéré le titre de propriété sur ces biens, et que le demandeur ne peut mettre en doute l'efficacité de cet acte de gouvernement. [par. 66]

[37] Le lord juge Rix a fait état des nombreuses restrictions ou exceptions à la doctrine, qu'il a regroupées en cinq catégories. Premièrement, l'acte contesté doit se produire sur le territoire de l'État étranger pour que la doctrine s'applique. Deuxièmement, [TRADUCTION] « la doctrine ne s'applique pas aux actes de gouvernement étranger qui constituent un manquement aux règles de droit international clairement établies, ou qui sont contraires aux principes anglais d'ordre public, ainsi qu'en cas de violation grave des droits de la personne » (par. 69). Troisièmement, les actes judiciaires ne sont pas des « actes de gouvernement » aux fins d'application de la doctrine. Quatrièmement, la doctrine ne s'applique pas à la conduite d'un État qui revêt un caractère commercial (plutôt que souverain). Cinquièmement, la doctrine ne s'applique pas lorsque la seule question est de savoir si certains actes se sont produits, et ne concerne pas l'efficacité de ces actes.

[38] *Comme l'a souligné le juge lord Rix, toutes ces restrictions ont eu pour effet de diluer considérablement la doctrine :*

[TRADUCTION] Il importe de reconnaître que de nos jours, la doctrine est de plus en plus souvent définie, comme une silhouette, par ses restrictions plutôt que d'être considérée comme occupant tout l'espace, sauf dans la mesure où une exception peut être imposée. Cela, après tout, pourrait expliquer pourquoi il est devenu monnaie courante de juger ou de remettre en question les actes d'un État étranger relativement aux affaires liées aux conventions internationales, qu'il s'agisse de la persécution de demandeurs d'asile, ou de l'application du Statut de Rome en ce qui concerne la responsabilité pénale internationale ou d'autres affaires. [. . .] Cela constitue peut-être aussi un élément de l'aisance avec laquelle nos tribunaux se sont montrés disposés, en présence d'une preuve convaincante, à se prononcer sur les allégations relatives à l'accès à la justice quant au fond devant les tribunaux étrangers. *Il faut également se souvenir que la doctrine tire son origine d'une époque antérieure à*

*l'existence du droit international moderne des droits de la personne.* L'idée que les droits d'un État puissent être restreints par ses obligations en matière de droits de la personne aurait semblé quelque peu étrange à l'époque. C'est sans doute pourquoi nos tribunaux ont parfois eu du mal, bien qu'ils aient fini par le faire, à donner libre cours à leur aversion pour les persécutions de l'époque nazie [comme dans *Oppenheimer*]. [Italiques ajoutés; par. 115.]

[39] La doctrine a encore récemment été analysée par les tribunaux anglais dans la décision *Belhaj*, où M. Belhaj et son épouse alléguaient que des fonctionnaires anglais avaient été complices de l'État libyen dans leur détention illégale, enlèvement et renvoi en Libye en 2004. La cour de première instance a conclu que la plupart des demandes étaient irrecevables par application de la doctrine de l'acte de gouvernement. En appel, le lord juge Lloyd Jones, au nom de la cour, a évoqué en l'approuvant la description moderne de la doctrine et ses restrictions énoncées dans l'arrêt *Yukos*, et a conclu que l'action pouvait être instruite en raison de motifs impérieux d'ordre public ([2014] EWCA Civ 1394).

[40] Confirmant la décision de la Cour d'appel, une Cour suprême divisée a exposé quatre opinions distinctes, les juges cherchant tous à préciser la doctrine mais ne s'entendant pas sur la façon de le faire.

[41] Lord Mance a estimé que la doctrine devait être décomposée en trois règles distinctes, sous réserve de restrictions. Il a conclu que la doctrine ne s'appliquait pas aux circonstances de l'affaire et que, si elle devait s'appliquer, une exception d'ordre public comme celle énoncée dans l'arrêt *Yukos* s'appliquerait. Lord Neuberger a divisé la doctrine en règles différentes de celles de lord Mance. À l'instar



de ce dernier, lord Neuberger a conclu que la doctrine ne s'appliquait pas dans cette affaire et que, même si elle devait s'appliquer, une exception d'ordre public empêcherait son application. Lady Hale et lord Clarke ont convenu avec lord Neuberger et lord Mance que la doctrine de l'acte de gouvernement étranger ne s'appliquait pas à l'affaire et, malgré la liste de règles différente présentée par les lords Mance et Neuberger, ils étaient d'avis que leur opinion sur la question était essentiellement la même. Lord Sumption a soutenu une version plus unifiée de la doctrine, estimant qu'elle se serait appliquée n'eût été une exception d'ordre public.

[42] Comme le montrent les jugements contradictoires énoncés dans la décision *Belhaj*, la tentative de faire cohabiter plusieurs concepts uniques au sein de la doctrine de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence anglaise a donné lieu à beaucoup de confusion. Le fait d'avoir tenté d'appliquer une *doctrine en grande partie* définie par ses restrictions a également causé de la confusion en *Australie*. Dans la décision *Habib c. Commonwealth of Australia*, [2010] FCAFC 12, le juge Jagot a fait remarquer que la doctrine de l'acte de gouvernement a été qualifiée de [TRADUCTION] « principe de common law d'application incertaine » (par. 51 (AustLII)).

[43] De la même façon, dans l'arrêt *Moti c. The Queen*, [2011] HCA 50, la cour a rejeté la thèse voulant que la jurisprudence relative à la doctrine de l'acte de gouvernement établissait [TRADUCTION] « une règle générale et d'application universelle selon laquelle les tribunaux australiens ne peuvent être tenus de se former

une opinion sur la légalité d'une conduite survenue à l'extérieur de l'Australie en se référant au droit étranger (ou n'ont pas compétence ou ne peuvent exercer leur compétence pour ce faire) » (par. 50 (AustLII)). La cour a souligné que [TRADUCTION] « l'expression "acte de gouvernement" ne saurait faire oublier la nécessité que les questions soulevées dans chaque affaire soient définies à un niveau plus particulier que celui qui est atteint lorsqu'on applique une formule unique de portée générale » (par. 52).

[44] La common law canadienne s'est développée à partir des mêmes racines. Comme en Angleterre, les arrêts fondamentaux en ce qui concerne l'acte de gouvernement étranger sont les arrêts *Blad* et *Duke of Brunswick*. Mais depuis ce temps, alors que la jurisprudence anglaise n'a eu de cesse de réaffirmer et de reconstituer la doctrine de l'acte de gouvernement étranger, le droit canadien a élaboré sa propre méthode pour traiter les principes jumeaux qui sous-tendent la doctrine exposée dans l'arrêt *Buttes Gas* : le conflit de lois et la retenue judiciaire. Ces deux principes ont évolué séparément dans la jurisprudence canadienne plutôt qu'en tant qu'éléments de la doctrine englobante de l'« acte de gouvernement ». En conséquence, au Canada, les principes sous-jacents à la doctrine de l'acte de gouvernement ont été complètement subsumés dans notre jurisprudence.

[45] Nos tribunaux tranchent les questions portant sur l'application des lois étrangères selon les principes ordinaires de droit international privé qui commandent généralement la déférence, mais qui permettent l'exercice du pouvoir discrétionnaire

judiciaire de refuser d'appliquer des lois étrangères lorsque celles-ci sont contraires à l'ordre public, ce qui comprend le respect du droit international public.

[46] L'arrêt *Laane and Baltser c. Estonian State Cargo & Passenger Line*, [1949] R.C.S. 530, constitue l'un des premiers exemples de la façon dont le droit a évolué au Canada (voir Martin Bühler, « The Emperor's New Clothes: Defabricating the Myth of "Act of State" in Anglo-Canadian Law », dans Craig Scott, dir., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 343, p. 346-348 et 351). Dans cet arrêt, notre Cour s'est demandé si le Canada devait appliquer un décret de 1940 de la République socialiste soviétique d'Estonie visant la nationalisation de tous les navires marchands estoniens, y compris ceux se trouvant dans des ports étrangers, accompagnée du versement à leurs propriétaires d'une indemnité au taux de 25 pour 100 de la valeur de chaque navire. L'un de ces navires se trouvait dans le port de Saint John (Nouveau-Brunswick) lorsqu'il a été vendu en justice sur les instances de membres de l'équipage à qui un salaire était dû. La Estonian State Cargo and Passenger Steamship Line a réclamé le produit de la vente. La Cour a refusé d'appliquer le décret de 1940 parce qu'il était confiscatoire et contraire à l'ordre public canadien. Aucun des quatre juges ayant rédigé des motifs n'a hésité à exprimer son opinion sur la légalité de la conduite de l'Estonie, que ce soit du point de vue du droit international ou de l'ordre public canadien. Comme l'a souligné le juge Rand : [TRADUCTION] « . . . il est un principe général qu'aucun État ne peut appliquer une loi d'un autre État qui va à l'encontre de la morale fondamentale ou de l'ordre public » (p. 545). La Cour n'a

soulevé aucune préoccupation relative à l'acte de gouvernement concernant la souveraineté de l'Estonie ou la non-ingérence dans les affaires de celle-ci. L'affaire a plutôt été traitée comme une simple affaire de droit international privé portant sur la question de savoir s'il y avait lieu d'appliquer la loi étrangère en dépit de sa nature pénale et confiscatoire.

[47] Nos tribunaux exercent aussi une retenue judiciaire lorsqu'ils se penchent sur des questions de droit étranger. Cette retenue signifie que les tribunaux s'abstiendront de tirer des conclusions qui se veulent juridiquement contraignantes pour les États étrangers. Cependant, nos tribunaux sont libres d'examiner des questions de droit étranger lorsque cela est nécessaire ou accessoire au règlement de différends juridiques internes dont la cour est dûment saisie.

[48] Dans l'arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, notre Cour a confirmé que les tribunaux canadiens ne devraient pas hésiter à rendre des décisions sur la validité de lois « étrangères » lorsque de telles décisions sont accessoires au règlement de différends juridiques dont ils sont dûment saisis. Dans cet arrêt, il s'agissait de savoir si les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise. En concluant que les tribunaux de la Colombie-Britannique étaient compétents et, finalement, que la loi en question était constitutionnellement inapplicable aux autres provinces, le juge La Forest n'a fait aucune mention d'un acte de gouvernement :

Il semble qu'il y ait peu de raisons pour que le tribunal qui cherche à déterminer ce qui constitue une loi étrangère ne puisse pas entendre des arguments et recevoir des éléments de preuve concernant la constitutionnalité d'une telle loi. La jurisprudence citée par les intimées ne va nullement à l'encontre de cette proposition. Au contraire, tout ce que la cour a décidé dans l'arrêt *Buck c. Attorney-General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), c'est qu'un tribunal n'est pas compétent pour rendre un jugement déclaratoire sur la validité de la Constitution d'un État étranger. Cela violerait les principes du droit international public. Mais, en l'espèce, personne n'essaie d'attaquer la Constitution elle-même. La question de la constitutionnalité est accessoire au litige. [. . .]

...

Il existe de bonnes raisons de principe de permettre l'examen d'arguments d'ordre constitutionnel pour statuer sur une loi étrangère qui est soulevée accessoirement dans un litige. La Constitution d'un autre ressort fait clairement partie de son droit et en constitue vraisemblablement la partie la plus fondamentale. Le tribunal étranger qui tire une conclusion de fait ne devrait pas être tenu de présumer qu'une loi est constitutionnelle du simple fait de son adoption. [p. 308-309]

[49] L'arrêt *Hunt* confirme qu'aucun obstacle lié à la compétence n'empêche un tribunal canadien de statuer sur les lois ou les actes d'un État étranger lorsque « la question n'est soulevée qu'accessoirement » (p. 309). Et dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, notre Cour a souligné que, dans certaines circonstances, une décision d'un tribunal canadien sur des questions de droit international sera nécessaire pour déterminer les droits ou les obligations au sein de notre système juridique, et qu'en pareil cas, une décision sur ces questions est « non seulement permise mais inévitable » (par. 23; voir aussi Gib van Ert, « The Domestic Application of International Law in Canada », dans Curtis A. Bradley, dir., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (2019), 501).

[50] Nos tribunaux sont aussi souvent appelés à évaluer des lois étrangères dans des affaires d'extradition et d'expulsion. Dans de tels cas, nos tribunaux prennent en considération la courtoisie, mais comme dans d'autres contextes, le respect découlant de la courtoisie à l'égard des systèmes juridiques étrangers « cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne » (*R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 52; voir aussi *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1047; *Canada (Justice) c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125, par. 18 et 26; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 16). Dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, une affaire d'extradition, le juge La Forest a reconnu que :

dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. [p. 522]

[51] La juge McLachlin a souscrit à ce principe dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, où elle a expliqué que « [l]e critère servant à déterminer si une loi ou une action en matière d'extradition porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* relativement à la peine qui peut être infligée dans l'État requérant, est de savoir si l'application de la peine par l'État étranger “choque suffisamment” la conscience canadienne » (p. 849, citant *Schmidt*, p. 522). Dans le cadre de l'examen, la cour de révision doit examiner « la nature du système judiciaire

de l'État requérant » à la lumière du « sens de ce qui est juste et équitable au Canada » (*Kindler*, p. 849-850).

[52] Et dans l'arrêt *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, notre Cour a statué à l'unanimité qu'« [u]ne extradition qui viole les principes de justice fondamentale choquera toujours la conscience » (par. 68 (souligné dans l'original)). La Cour a conclu que la décision du ministre d'extrader des citoyens canadiens aux États-Unis sans obtenir, comme condition de l'extradition, des assurances que la peine de mort ne serait pas infligée contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[53] Dans le contexte de l'expulsion, la Cour a conclu, dans l'arrêt unanime *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, que le ministre et, par extension, le tribunal de révision, doivent prendre en considération les antécédents de l'État étranger en matière de respect des droits de la personne lorsqu'ils établissent si la personne susceptible d'être expulsée y sera assujettie à la torture.

[54] Dans l'affaire *Inde c. Badesha*, [2017] 2 R.C.S. 127, la Cour a aussi été directement saisie de la question de savoir si et quand il convient qu'un tribunal canadien examine attentivement les pratiques d'un État étranger en matière de droits de la personne dans le cadre d'audiences relatives à l'expulsion. Le juge Moldaver, s'exprimant au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit : « je ne puis accepter l'affirmation [ . . . ] selon laquelle la preuve de violations systématiques des droits de

la personne dans un État d'accueil revient à critiquer généralement le système de justice de cet État », concluant que le ministre et la cour de révision peuvent « tenir compte d'éléments de preuve portant sur la situation générale [d'un État étranger] en matière de respect des droits de la personne » (par. 44).

[55] Même si ces arrêts portaient tous dans une certaine mesure sur des questions concernant la légalité d'actes d'un État étranger, aucun ne faisait allusion à la doctrine de l'« acte de gouvernement ».

[56] Malgré l'absence de décisions appliquant la doctrine de l'acte de gouvernement au Canada, Nevsun soutient que la doctrine faisait partie de la common law anglaise reçue dans le droit de la Colombie-Britannique en 1858.

[57] Bien que la common law anglaise, y compris certaines des décisions maintenant considérées comme constituant le fondement de la doctrine de l'acte de gouvernement, ait généralement été reçue dans le droit canadien à divers moments de l'histoire de notre droit, comme le démontre l'analyse qui précède, la jurisprudence canadienne a traité des principes qui sous-tendent la doctrine dans notre jurisprudence portant sur le conflit de lois et la retenue judiciaire, sans tenter de les joindre en une seule doctrine. Au Canada, la doctrine de l'acte de gouvernement a été complètement absorbée par cette jurisprudence.

[58] Introduire maintenant la doctrine anglaise de l'« acte de gouvernement » et la jurisprudence à ce sujet dans le droit canadien reviendrait à faire abstraction de



l'évolution que les principes sous-jacents de cette doctrine ont subie dans le cadre de l'analyse réfléchie à laquelle se sont livrés les tribunaux canadiens.

[59] La doctrine ne fait pas partie de la common law canadienne, et ni elle ni ses principes sous-jacents élaborés dans la jurisprudence canadienne ne font obstacle aux réclamations des travailleurs érythréens.

#### Droit international coutumier

[60] Les travailleurs érythréens soutiennent dans leurs actes de procédure que le droit international coutumier fait partie du droit du Canada, et que, par conséquent, [TRADUCTION] « une violation du droit international coutumier [ . . . ] ouvre droit à une action en common law ». Plus particulièrement, dans leurs actes de procédure, les travailleurs revendiquent ce qui suit :

[TRADUCTION]

7. Les demandeurs intentent la présente action en dommages-intérêts contre Nevsun en droit international coutumier, incorporé au droit canadien et au droit interne de la Colombie-Britannique.

...

53. Les demandeurs réclament à Nevsun en droit international coutumier, incorporé au droit canadien, des dommages-intérêts pour recours au travail forcé, esclavage, traitements cruels, inhumains ou dégradants, et crimes contre l'humanité.

...

56. Les demandeurs réclament :

- a) des dommages-intérêts en droit international coutumier, incorporé au droit canadien;

...

60. Le recours au travail forcé constitue une violation du droit international coutumier et du *jus cogens* donnant ouverture à une action en common law.

...

63. L'esclavage constitue une violation du droit international coutumier et du *jus cogens* donnant ouverture à une action en common law.

...

66. Les traitements cruels, inhumains ou dégradants constituent une violation du droit international coutumier donnant ouverture à une action en common law.

...

70. Les crimes contre l'humanité constituent une violation du droit international coutumier et du *jus cogens* donnant ouverture à une action en common law.

[61] Comme le démontrent ces extraits des actes de procédure, les travailleurs réclament essentiellement à Nevsun des dommages-intérêts pour des violations du droit international coutumier, incorporé au droit du Canada.

[62] Comme l'ont souligné le juge en cabinet et la Cour d'appel, notre Cour n'a pas à décider de façon définitive s'il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts aux travailleurs érythréens pour les violations alléguées du droit international coutumier. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si Nevsun a établi

que les réclamations des travailleurs érythréens fondées sur des violations du droit international coutumier doivent être radiées à ce stade préliminaire.

[63] La requête de Nevsun visant à faire radier les réclamations de droit international coutumier reposait sur les *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique, qui permettent la radiation d'actes de procédure s'ils ne révèlent aucune cause d'action raisonnable (al. 9-5(1)a) des Règles), ou s'ils sont inutiles (al. 9-5(1)b) des Règles).

[64] Un acte de procédure sera radié au motif qu'il ne révèle aucune cause d'action raisonnable comme le prévoit l'al. 9-5(1)a) des Règles seulement s'il est « évident et manifeste » que la demande ne présente aucune possibilité raisonnable de succès (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 14-15). Lors de l'examen d'une demande de radiation fondée sur cette disposition, les faits allégués sont tenus pour avérés « sauf s'ils ne peuvent manifestement pas être prouvés » (*Imperial Tobacco*, par. 22, citant *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 455).

[65] Selon l'alinéa 9-5(1)b) des Règles, un acte de procédure peut être radié s'il est [TRADUCTION] « inutile, scandaleux, frivole ou vexatoire ». Dans la décision *Willow c. Chong*, 2013 BCSC 1083, le juge Fisher a énoncé les considérations pertinentes de la façon suivante :

[TRADUCTION] Aux termes de l'al. 9-5(1)b) des Règles, l'acte de procédure est inutile ou vexatoire s'il ne permet pas d'établir la cause d'action du demandeur, s'il ne présente aucune action connue en droit, s'il est évident que l'action ne saurait être accueillie ou si l'acte de procédure ne servirait à aucune fin utile et constituerait un gaspillage du temps de la cour et de ressources publiques : *Citizens for Foreign Aid Reform Inc. c. Canadian Jewish Congress*, [1999] BCJ No. 2160 (C.S. (en chambre)); *Skender c. Farley*, 2007 BCCA 629. [par. 20 (CanLII)]

[66] Notre Cour a fait une mise en garde dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, selon laquelle la requête en radiation

ne saurait être accueillie à la légère. Le droit n'est pas immuable. Des actions qui semblaient hier encore vouées à l'échec pourraient être accueillies demain. [. . .] Par conséquent, le fait qu'une action en particulier n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant pour la requête en radiation. Le tribunal doit plutôt se demander si, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, il est raisonnablement possible que l'action soit accueillie. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable. [par. 21]

[67] Le juge en cabinet en l'espèce a résumé les questions de la façon suivante :

[TRADUCTION] L'instance soulève des questions concernant l'utilisation du terme droit transnational pour la convergence du droit international coutumier et des recours privés en vue de l'obtention de réparations en matière de droits de la personne, et comprend les questions suivantes :

- (a) les demandes de dommages-intérêts découlant d'une présumée violation de *jus cogens* ou des normes impératives de droit international coutumier, comme celles interdisant le travail forcé et la torture, peuvent-elles constituer le fondement d'une instance civile en Colombie-Britannique;

- (b) la responsabilité potentielle des sociétés pour les présumées violations du droit privé et du droit international coutumier, qui appelle la question de l'immunité des sociétés et celle de savoir si la doctrine de l'acte de gouvernement soulève une défense complète aux actions des demandeurs.

Il a conclu que même si les réclamations des travailleurs soulèvent des questions inédites et difficiles, celles-ci n'étaient pas vouées à l'échec et devraient être autorisées à faire l'objet d'une analyse contextuelle complète lors d'un procès.

[68] La juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a également estimé qu'un recours de droit privé était possible à l'égard des violations des normes de droit international alléguées par les travailleurs. À son avis, la reconnaissance d'un tel recours peut constituer la première étape de l'évolution de ce domaine du droit et, par conséquent, elle a conclu qu'il n'y avait pas lieu de radier les réclamations fondées sur des violations du droit international coutumier à ce stade préliminaire.

[69] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec le juge en cabinet et la Cour d'appel qu'il faut permettre que les demandes soient instruites. Comme l'a dit le juge en cabinet, [TRADUCTION] « L'état actuel du droit dans ce domaine demeure incertain, et à supposer que les faits énoncés dans [l'avis de poursuite civile] soient véridiques, Nevsun n'a pas établi que les demandes [de droit international coutumier] n'ont aucune possibilité raisonnable de succès ».

[70] Les tribunaux canadiens, comme tous les tribunaux, jouent un rôle important dans l'évolution continue du droit international. Comme l'a écrit le juge La Forest dans un article publié en 1996 dans l'*Annuaire canadien de droit international* :

[TRADUCTION] [D]ans le domaine des droits de la personne, et des autres lois ayant des effets sur l'individu, nos tribunaux participent à l'élaboration de principes généraux et cohérents qui s'appliquent dans de très grandes parties du globe. Ces principes sont appliqués d'une manière uniforme, dans une perspective internationale et à la lumière de l'expérience internationale. Ainsi, nos tribunaux — et bien d'autres tribunaux nationaux — deviennent de véritables tribunaux internationaux dans plusieurs domaines faisant intervenir la primauté du droit. Ils le deviendront encore davantage à mesure qu'ils continueront à s'appuyer sur l'expérience des autres et à en tirer profit. Il est donc important, lors de l'examen des questions interétatiques, que les tribunaux nationaux comprennent bien le rôle qu'ils jouent dans l'ordre international et que les juges nationaux adoptent un point de vue international.

(Hon. Gérard V. La Forest, « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues » (1996), 34 *Can. Y.B. Intl Law* 89, p. 100-101)

[71] Étant donné que le [TRADUCTION] « [d]roit international ne fait pas que descendre de la sphère internationale à la sphère nationale, mais [...] remonte aussi », les tribunaux canadiens n'ont aucune raison d'hésiter à mettre en œuvre et à faire avancer le droit international (Anthea Roberts, « Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law » (2011), 60 *I.C.L.Q.* 57, p. 69; Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *Can. Y.B. Intl Law* 3, p. 4-6, 8 et 56; voir aussi Hugh M. Kindred, « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la

recherche d'une perspective raisonnée », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 11, p. 13).

[72] En comprenant et en accueillant notre rôle dans la mise en œuvre et la progression du droit international coutumier, les tribunaux canadiens peuvent contribuer utilement, comme nous l'avons déjà fait avec assurance, au [TRADUCTION] « concert » de jugements rendus par des tribunaux nationaux aux quatre coins du monde, qui forme la « substance du droit international » (Osnat Grady Schwartz, « International Law and National Courts: Between Mutual Empowerment and Mutual Weakening » (2015), 23 *Cardozo J. Intl & Comp. L.* 587, p. 616; voir également René Provost, « Judging in Splendid Isolation » (2008), 56 *Am. J. Comp. L.* 125, p. 171).

[73] Compte tenu de ce rôle, nous devons commencer par établir si les règles interdisant le travail forcé; l'esclavage; les traitements cruels, inhumains ou dégradants; et les crimes contre l'humanité, dont les violations constituent le fondement des réclamations relatives au droit international coutumier présentées par les travailleurs, font partie du droit canadien et, dans l'affirmative, s'il peut être remédié à ces violations. Pour déterminer si ces interdictions font partie du droit canadien, nous devons d'abord décider si elles font partie du droit international coutumier.

[74] Le droit international coutumier est considéré comme [TRADUCTION] « la source d'origine la plus ancienne du droit international » (Philip Alston et Ryan Goodman, *International Human Rights* (2013), p. 72). C'est la common law du système juridique international — évoluant constamment et progressivement au rythme des changements qui surviennent dans la pratique et l'acceptation. Il peut donc parfois poser un défi sur le plan de l'élaboration d'une définition précise.

[75] Cependant, dans le cas des normes qui, selon les travailleurs érythréens, auraient été violées par Nevsun, la tâche est moins lourde, car ces normes ont émergé naturellement des origines du droit international moderne qui, à son tour, est apparu de manière réactive et ferme à la suite de la brutalité de la Deuxième Guerre mondiale. Le droit international moderne a entraîné l'acceptation de nouvelles lois comme celles interdisant le génocide et les crimes contre l'humanité, de nouvelles institutions comme les Nations Unies et de nouveaux organismes décisionnels comme la Cour internationale de Justice et, par la suite, la Cour pénale internationale, qui visent tous à promouvoir la primauté du droit et à faire avancer des principes démocratiques libéraux (Philippe Sands, *East West Street: On the Origins of "Genocide" and "Crimes Against Humanity"* (2016), p. 361-364); Lloyd Axworthy, *Navigating A New World: Canada's Global Future* (2003), p. 200-201).

[76] Les quatre sources officielles du droit international moderne, y compris le droit international coutumier, sont énoncées au par. 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, R.T. Can. 1945 n° 7, entré en vigueur le 24 octobre 1945 :



...

- a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;
- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
- d. [. . .] les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

Les professeurs Brunnée et Toope ont qualifié l'art. 38 de [TRADUCTION] « critère décisif quant aux sources du droit international » (Brunnée et Toope (2002), « A Hesitant Embrace », p. 11).

[77] Pour être reconnue comme telle, une norme de droit international coutumier doit satisfaire à deux exigences : il doit s'agir d'une pratique générale, mais pas nécessairement universelle, et cette pratique doit équivaloir à une obligation juridique (*opinio juris*) (Nations Unies, Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, 73<sup>e</sup> sess., suppl. n<sup>o</sup> 10, Doc. N.U. A/73/10, 2018, p. 124; *Plateau continental de la mer du Nord*, Jugement, Recueil C.I.J. 1969, p. 3, par. 71; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 38; Harold Hongju Koh, « Twenty-First Century International Lawmaking » (2013), 101 *Geo. L.J.* 725, p. 738; Jean-Marie Henckaerts, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés » (2005), 87 *Rev. int. C.-R.* 175, p. 178; Antonio Cassese, *International Law* (2<sup>e</sup> éd. 2005), p. 157).

[78] Pour satisfaire à la première exigence, la pratique doit être suffisamment générale, répandue, représentative et constante (Commission du droit international, p. 143). Pour satisfaire à la deuxième exigence, l'*opinio juris*, la pratique « doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit », et « distinguée du simple usage ou de la simple habitude » (Commission du droit international, p. 146; *Plateau continental de la mer du Nord*, par. 77).

[79] Les décisions judiciaires des tribunaux nationaux sont également une preuve de la pratique générale ou de l'*opinio juris* et jouent donc un rôle essentiel dans la détermination des normes de droit international coutumier. Comme l'a souligné la Cour permanente de justice internationale dans *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)* (1926), C.P.J.I. Sér. A, n° 7, les décisions judiciaires sont des « faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États » (p. 19; voir également *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-T, Jugement, 14 décembre 1999 (TPIY, chambre de première instance), par. 61; *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, jugement, 2 août 2001 (TPIY, chambre de première instance), par. 541, 575 et 579-589; *Procureur c. Erdemović*, IT-96-22-A, opinion individuelle conjointe de la juge McDonald et du juge Vohrah, 7 octobre 1997 (TPIY, chambre d'appel), par. 47-55).

[80] Lorsqu'une pratique internationale cesse d'être intermittente et volontaire pour devenir une pratique largement acceptée et considérée comme obligatoire, elle

devient une norme de droit international coutumier. Comme l'a écrit le professeur James L. Brierly :

[TRADUCTION] La coutume dans son sens juridique ne se résume pas à la simple habitude ou au simple usage; il s'agit d'un usage considéré comme obligatoire par ceux qui le suivent. Il doit y avoir un sentiment que la dérogation à l'usage expose probablement, ou devrait en tout cas exposer, le transgresseur à une certaine forme de sanction.

(James L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (6<sup>e</sup> éd. 1963), p. 59, cité dans John H. Currie, et al., *International Law: Doctrine, Practice, and Theory* (2<sup>e</sup> éd. 2014), p. 116)

[81] Ce processus, par lequel les pratiques internationales deviennent des normes de droit international coutumier, a été qualifié d'[TRADUCTION] « accroissement », de [TRADUCTION] « cristallisation », de « maturation » et de « gélification » (voir, p. ex., Bruno Simma et Philip Alston, « The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles » (1988), 12 *Aust. Y.B.I.L.* 82, p. 104; *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), p. 686; Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « International Law and the Practice of Legality: Stability and Change » (2018) 49 *V.U.W.L.R.* 429, p. 443).

[82] Une fois que la pratique devient une norme de droit international coutumier, elle doit, de par sa nature, « s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peu[t] donc être subordonné[e] à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des

membres de la communauté à son propre avantage » (*Plateau continental de la mer du Nord*, par. 63).

[83] Le droit international coutumier comprend un sous-ensemble de normes dites de *jus cogens*, ou normes impératives, qui ont été « acceptée[s] et reconnue[s] par la communauté internationale des [É]tats dans [leur] ensemble en tant que norme[s] . . . [auxquelles] aucune dérogation n'est permise et qui ne peu[vent] être modifiée[s] que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère » (*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), art. 53). Notre Cour a reconnu qu'« une norme impérative, ou norme de *jus cogens*, est un précepte fondamental du droit international auquel on ne peut déroger » (*Kazemi*, par. 47, citant John H. Currie, *Public International Law* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 583; Claude Emanuelli, *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (3<sup>e</sup> éd. 2010), p. 168-169; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 53).

[84] Les normes impératives ont été acceptées à titre d'élément fondamental de l'ordre juridique international (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7<sup>e</sup> éd. 2008), p. 510-512; voir également Andrea Bianchi, « Human Rights and the Magic of *Jus Cogen* » (2008), 19 *E.J.I.L.* 491; Evan J. Criddle et Evan Fox-Decent, « A Fiduciary Theory of *Jus Cogens* » (2009) 34 *Yale J. Intl L.* 331).

[85] De quelle façon, alors, le droit international coutumier s'applique-t-il au Canada? Comme l'explique le professeur Koh, [TRADUCTION] « [l]es États respectueux des lois *internalisent* le droit international en l'incorporant à leurs structures politiques et juridiques internes au moyen de mesures exécutives et législatives et de décisions judiciaires prenant en compte et incorporant les normes internationales » (Harold Hongju Koh, « Transnational Legal Process » (1996), *75 Neb. L. Rev.* 181, p. 204 (italiques dans l'original)). Certains domaines du droit international, comme les traités, nécessitent une intervention législative pour faire partie intégrante du droit interne (Currie et al., *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, p. 160-161 et 173-174; Currie, *Public International Law*, p. 225-226).

[86] Par contre, le droit international coutumier est automatiquement intégré dans le droit interne sans que le législateur n'ait à intervenir (Currie, *Public International Law*, p. 225-226; *Hape*, par. 36 et 39, citant *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A. Ang.), lord Denning; Hersch Lauterpacht, « Is International Law a Part of the Law of England? », dans *Transactions of the Grotius Society*, vol. 25, *Problems of Peace and War: Papers Read Before the Society in the Year 1939* (1940), 51). En Angleterre, ce principe est appelé doctrine de l'incorporation et au Canada, doctrine de l'adoption. Comme l'explique le professeur Brownlie :

[TRADUCTION] Ce principe dominant [. . .] veut que les règles de droit coutumier soient considérées comme faisant partie du droit du pays et appliquées en conséquence, tout en étant assorties de la réserve selon laquelle elles doivent être intégrées seulement dans la mesure où cela

n'est pas incompatible avec les Lois du Parlement ou les décisions judiciaires antérieures rendues par une juridiction de dernier ressort. [p. 41]

[87] L'adoption du droit international coutumier dans le droit interne par incorporation judiciaire automatique remonte au 18<sup>e</sup> siècle (Gib van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 184-208). Par exemple, selon l'ouvrage *Commentaries on the Laws of England: Book the Fourth*, 1769, de Blackstone, [TRADUCTION] « le droit des nations [. . .] est adopté ici dans [sa] pleine mesure par la common law, et est considéré comme faisant partie du droit du pays », p. 67; voir aussi *Triquet c. Bath* (1764), 3 Burr. 1478 (B.R.)). De la même façon, dans la décision souvent citée *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160 (C.P.), lord Atkin a écrit ceci :

[TRADUCTION] Les cours reconnaissent l'existence d'un ensemble de règles que les nations acceptent entre elles. Pour chaque question juridique soulevée, elles cherchent à déterminer la règle pertinente et, une fois qu'elles l'ont établie, elles considèrent cette règle comme étant incorporée au droit interne, dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec des règles édictées par statuts ou déclarées définitives par leurs tribunaux. [p. 168]

[88] L'incorporation directe est aussi loin d'être une chasse gardée entre les nations. Dans le cadre d'une étude visant 101 pays pour la période allant de 1815 à 2013, les professeurs Pierre-Hugues Verdier et Mila Versteeg ont pu constater une acceptation générale de l'application directe du droit international coutumier :

[TRADUCTION] [L]a tendance sans doute la plus frappante qui se dégage de nos données est que dans presque tous les États, les règles de DIC [droit international coutumier] sont en principe directement applicables sans mise en œuvre législative [. . .] [L]a plupart des pays qui exigent une mise en œuvre des traités n'appliquent pas la même règle à la coutume internationale, mais l'appliquent plutôt directement.

(Pierre-Hugues Verdier et Mila Versteeg, « International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation » (2015), 109 *Am. J. Intl L.* 514, p. 528)

[89] Au Canada, dans l'arrêt *The Ship "North" c. The King* (1906), 37 R.C.S. 385, le juge Davies, dans des motifs concordants, s'est dit d'avis que la Cour de l'Amirauté est [TRADUCTION] « tenue de prendre connaissance d'office du droit des nations » (p. 394). De la même façon, dans *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483, le juge Taschereau, s'inspirant de la décision *Chung Chi Cheung*, a conclu que l'ensemble des règles acceptées par les nations sont incorporées au droit interne s'il n'y a pas de lois à l'effet contraire (p. 516-517).

[90] Comme le montrent ces arrêts, le Canada a suivi pendant longtemps la voie conventionnelle de l'incorporation automatique du droit international coutumier au droit interne par application de la doctrine de l'adoption, faisant de celui-ci une partie de la common law canadienne, sauf disposition législative contraire. Cette approche a été confirmée plus récemment par notre Cour dans l'arrêt *Hape*, où le juge LeBel a conclu au nom des juges majoritaires :

Malgré ce silence de notre Cour dans certaines affaires récentes, la doctrine de l'adoption n'a jamais été rejetée au Canada. En fait, un fort courant jurisprudentiel la reconnaît formellement ou du moins, l'applique. À mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la doctrine de l'adoption s'applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier *devraient* être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L'incorporation *automatique* des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law. [Italiques ajoutés; par. 39.]

Il est important de noter qu'il a conclu que les règles de droit international coutumier devraient être automatiquement incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. Son utilisation du mot « peut » plus loin dans le paragraphe ne peut être interprétée comme occultant sa directive claire selon laquelle, en fonction d'un « fort courant jurisprudentiel », le droit international coutumier est automatiquement incorporé au droit canadien. Les décisions judiciaires ne sont pas des textes talmudiques où chaque mot commande sa propre interprétation exégétique. Elles doivent être lues d'une façon qui respecte l'intention générale de l'auteur, sans permettre qu'un mot ou une phrase isolés mine la thèse globale avancée.

[91] Le juge LeBel lui-même, dans un article qu'il a rédigé plusieurs années après l'arrêt *Hape*, a expliqué que l'utilisation par la Cour du mot « peut » dans cet arrêt ne visait d'aucune façon à diverger de l'approche traditionnelle, qui consiste à incorporer directement les normes de droit coutumier à la common law canadienne :



[TRADUCTION] À la suite de [l'arrêt *Hape*], certains ont formulé des commentaires ou étaient préoccupés concernant le fait que [l'énoncé selon lequel « le tribunal peut [. . .] tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law » (par. 39)] ait laissé le droit dans un certain état de doute. Ces commentaires indiquent que cette phrase peut être interprétée comme prescrivant que les normes impératives ne font pas déjà partie de la common law interne, mais ne servent qu'à contribuer à son évolution. À mon avis, tel n'était pas le sens de cet énoncé et ce, pour au moins trois raisons. Premièrement, les phrases qui précèdent immédiatement cette dernière phrase énonçaient, sans réserve, que les règles prohibitives du droit international coutumier sont intégrées au droit interne s'il n'y a pas de conflit de lois. Deuxièmement, l'ensemble des observations sur l'intégration visait à montrer de quelle façon la norme de respect de la souveraineté des États étrangers, qui fait partie de notre common law, pouvait éclairer l'interprétation du par. 32(1) de la *Charte*. Troisièmement, les juges majoritaires dans leurs motifs ont aussi expressément statué que les principes de droit international coutumier de la non-intervention et de la souveraineté territoriale « peuvent être incorporés à la common law du Canada », « sauf disposition incompatible ». L'essentiel de l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Hape* était que l'incorporation du droit international coutumier était la bonne approche à adopter. *En conclusion, le droit au Canada aujourd'hui semble être établi sur ce point : les normes prohibitives de droit international coutumier sont directement incorporées à notre common law et les tribunaux doivent les respecter si aucune disposition législative ne les écarte de façon évidente.* [Italiques ajoutés.]

(Louis LeBel, « A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian Common Law » (2014), 65 *R.D. U.N.-B.* 3, p. 15)

[92] Pour ce qui est de l'utilisation novatrice par le juge LeBel du mot « prohibitives », nous devons nous garder de conclure qu'il avait l'intention de créer une nouvelle catégorie de règles de droit international coutumier unique au Canada. Dans le même article, le juge LeBel a précisé que les normes « prohibitives » signifient simplement qu'elles sont « impératives », dans le sens qu'elles sont obligatoires (LeBel, p. 17). Comme l'a observé le professeur Currie, le mot

« prohibitives » est une [TRADUCTION] « curieuse qualification [qui] n'apparaît dans aucune des sources de doctrine citées par le juge LeBel, et n'est pas non plus une caractéristique de la doctrine de l'adoption qui s'applique au Royaume-Uni » (John H. Currie, « Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007), 45 *Can. Y.B. Intl Law* 55, p. 70; voir aussi Armand de Mestral et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008), 53 *McGill L.J.* 573, p. 587).

[93] En conséquence, l'emploi du mot « prohibitives » n'ajoute pas de facteur analytique distinct; il ne fait que souligner le caractère impératif du droit international coutumier (voir van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 216-218). Cette idée est conforme avec l'énoncé du juge LeBel dans l'arrêt *Hape* selon lequel l'« incorporation automatique » des normes de droit international coutumier « se justifie par le fait que *la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada* » (par. 39 (italiques ajoutés)).

[94] En conséquence, par application de la doctrine de l'adoption, les normes de droit international coutumier — celles qui satisfont aux deux exigences, soit la pratique générale et l'*opinio juris* — sont entièrement intégrées dans la common law interne canadienne, et font partie de celle-ci, sauf disposition législative contraire (Oonagh E. Fitzgerald, « La mise en œuvre au Canada du droit humanitaire international et connexe », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 779,

p. 785). Évidemment, les législatures sont libres de les changer ou d'y passer outre, mais comme pour toute règle de common law, aucune mesure législative n'est nécessaire pour leur donner effet (Kindred, p. 15). Soutenir le contraire en exigeant l'adoption par le législateur renverse un truisme juridique reconnu depuis plus de 250 ans et causerait un décalage entre le Canada et la plupart des pays (Verdier et Versteeg, p. 528). Comme l'a souligné le professeur Toope, [TRADUCTION] « [l]'histoire du droit international canadien n'est pas seulement une histoire de droit étranger "convaincant". Le droit international concerne aussi directement le droit canadien et exige que celui-ci aille dans certaines directions. Le droit international représente plus que le "droit comparatif", car le droit international est en partie *notre* droit » (Stephen J. Toope, « Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law » (2001), 50 *R.D. U.N.-B.* 11, p. 23 (italiques dans l'original)).

[95] Il ne fait donc aucun doute que le droit international coutumier constitue également le droit du Canada. Pour reprendre les mots employés par la professeure Rosalyn Higgins, ancienne présidente de la Cour internationale de Justice : [TRADUCTION] « Bref, il n'y a pas le "droit international" d'un côté et la common law de l'autre. Le droit international fait partie de ce qui constitue la common law sur tout sujet donné » (Rosalyn Higgins, « The Relationship Between International and Regional Human Rights Norms and Domestic Law » (1992), 18 *Commonwealth L. Bull.* 1268, p. 1273). Le fait que le droit international coutumier fasse partie de notre common law signifie qu'il doit faire l'objet du même respect que tout autre droit.

[96] Autrement dit, [TRADUCTION] « les tribunaux canadiens, comme tous les tribunaux dans le monde, sont censés traiter le droit international public comme du droit, et non comme un fait » (Gib van Ert, « The Reception of International Law in Canada: Three Ways We Might Go Wrong », dans Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale, *Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir, document n° 2* (2018), p. 6; voir également van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 62-69).

[97] Contrairement au droit étranger dans la jurisprudence portant sur le conflit de lois, par conséquent, qui est une question de fait exigeant une preuve, les normes établies en droit international coutumier sont du droit, et doivent faire l'objet d'une connaissance d'office (van Ert, « The Reception of International Law », p. 6; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 62-69). La professeure Higgins explique cet énoncé de la façon suivante : [TRADUCTION] « Il n'y a aucun système juridique dans le monde où le droit international est considéré comme du « droit étranger ». Partout, il fait partie du droit du pays; tout autant que le droit des contrats, le droit du travail ou le droit administratif » (p. 1268; voir aussi James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9<sup>e</sup> éd. 2019), p. 52; Robert Jennings et Arthur Watts, *Oppenheim's International Law* (9<sup>e</sup> éd. 2008), vol. 1, p. 57; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 64).

[98] Et tout comme le droit des contrats, le droit du travail et le droit administratif sont acceptés sans qu'aucune preuve ne soit nécessaire, il s'agit de la

même chose pour le droit international coutumier. La connaissance d'office — dans le sens où une preuve officielle n'est pas requise — est appropriée et est une conséquence inévitable tant de la doctrine de l'adoption<sup>3</sup> que de l'orthodoxie juridique (Anne Warner La Forest, « Le principe de la preuve, le droit international et le droit comparé », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 455, p. 471-473; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 42-56 et 62-66).

[99] Certains auteurs suggèrent que lors de la reconnaissance de *nouvelles* normes de droit international coutumier, il peut être approprié d'admettre la preuve de la pratique de l'État. Bien que ces universitaires reconnaissent que le fait de permettre une telle preuve s'écarte de l'approche conventionnelle qui consiste à prendre connaissance d'office du droit international coutumier, ils soutiennent que cela ne déroge aucunement à la nature du droit international en tant que droit (Anne Warner La Forest, p. 475-476 et 480-481; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 67-69). Toutefois, les questions de savoir si des éléments de preuve, et le cas échéant, lesquels, peuvent être utilisés pour démontrer l'existence d'une nouvelle norme ne sont pas des questions en litige dans le présent pourvoi. En l'espèce, l'examen est moins compliqué et la prise de connaissance d'office est appropriée car les travailleurs allèguent des violations non seulement de normes établies du droit international coutumier, mais aussi de normes reconnues comme étant d'une

---

<sup>3</sup> Comme l'a écrit Anne Warner La Forest, « [si le droit international coutumier] est effectivement le droit du pays, l'argument favorable à la doctrine de la connaissance d'office, telle qu'elle est traditionnellement entendue, a du poids. C'est même presque un parfait syllogisme. Si le droit international coutumier est le droit du pays et que le droit du pays est admis sans preuve, le droit international coutumier doit être admis sans preuve. » (p. 472).

importance si fondamentale qu'elles sont qualifiées de normes de *jus cogens*, ou de normes impératives.

[100] Les crimes contre l'humanité ont été décrits comme étant parmi les [TRADUCTION] « exemples les moins controversés » de violations du *jus cogens* (Louis LeBel et Gloria Chao, « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23, p. 33).

[101] L'interdiction de l'esclavage aussi est considérée comme une norme impérative. En 2002, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a confirmé que « l'interdiction de l'esclavage et des pratiques analogues est désormais un principe bien établi de droit international qui a rang de règle de droit international coutumier et de “*jus cogens*” » (David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, Doc. N.U. HR/PUB/02/4, 2002), p. 3).

[102] Il existe aussi de l'autorité convaincante qui confirme que l'interdiction du travail forcé a maintenant valeur de *jus cogens*. Dans un rapport intitulé « Travail forcé au Myanmar (Birmanie) », *Bulletin officiel du B.I.T. : supplément spécial*, vol. LXXXI, 1998, série B, l'Organisation internationale du travail a reconnu « qu'il existe aujourd'hui en droit international une norme qui interdit de manière impérative tout recours au travail forcé, le droit de ne pas être astreint à accomplir un travail ou service comptant parmi les droits fondamentaux de la personne humaine » (par. 203).

Dans la mesure où il pourrait y avoir débat quant à la question de savoir si l'interdiction du travail forcé constitue une norme impérative, il ne fait aucun doute qu'elle constitue à tout le moins une norme de droit international coutumier.

[103] En outre, l'interdiction relative aux traitements cruels, inhumains ou dégradants a été qualifiée de [TRADUCTION] « droit absolu qu'aucun objectif social ni aucune urgence ne saurait restreindre » (Currie, et al., *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, p. 627). C'est ce qui ressort de la ratification de plusieurs conventions et traités internationaux comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, S.T. Can. 1976 n° 47 (entré en vigueur le 23 mars 1976), art. 7; la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, S.T. Can. 1987 n° 36 (entrée en vigueur le 26 juin 1987), art. 16; la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 3; la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, 30 avril 1948, art. 26; la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123, art. 5; la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 1520 R.T.N.U. 217, art. 5; la *Convention relative aux droits de l'enfant*, S.T. Can. 1992 n° 3, art. 37; la *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, 1561 R.T.N.U. 363; et la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, S.T.O.E.A. n° 67 (Currie et al., *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, p. 627).

[104] Nevsun soutient toutefois que, même si des normes de droit international coutumier comme celles invoquées par les travailleurs érythréens font partie de la common law par application de la doctrine de l'adoption, elle est à l'abri de leur application parce qu'elle est une société.

[105] Soit dit en tout respect, Nevsun se méprend sur le droit international moderne. Comme l'a fait observer le professeur William S. Dodge, [TRADUCTION] « [I]e droit international [. . .] ne comporte pas de normes générales de responsabilité ou de non-responsabilité applicables à des catégories d'acteurs » (William S. Dodge, « Corporate Liability Under Customary International Law » (2012), 43 *Geo. J. Int'l L.* 1045, p. 1046). Bien que certaines normes de droit international coutumier, comme les normes régissant la conclusion de traités, soient de nature strictement interétatique et ne s'appliquent pas aux sociétés, d'autres interdisent un certain comportement, que l'auteur de la faute soit un État ou non (voir, p. ex., Dodge; Harold Hongju Koh, « Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation » (2004), 7 *J.I.E.L.* 263, p. 265-267; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (2006), p. 58).

[106] Bien que les États aient historiquement été les principaux sujets du droit international depuis la paix de Westphalie en 1648 (Cassese, p. 22-25; Oona A. Hathaway et Scott J. Shapiro, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World* (2017), p. xix), le droit international a depuis longtemps évolué par rapport à ce modèle axé sur l'État. Comme l'a écrit lord



Denning dans *Trendtex Trading Corp.* : [TRADUCTION] « [j]’emploierai à l’égard du droit international les mots qu’a employés Galilée à l’égard de la terre : “Et pourtant elle bouge” » (p. 554).

[107] En fait, le droit international a tellement pris de l’ampleur par rapport à son origine grotienne qu’il n’existe plus aucune raison valable de restreindre l’application du droit international coutumier aux rapports entre les États. Au cours des 70 dernières années, nous avons assisté à une prolifération de lois relatives aux droits de la personne qui ont transformé le droit international et fait de l’individu une partie intégrante de ce domaine juridique, comme en fait foi la création d’un réseau complexe de conventions et d’instruments normatifs visant à protéger les droits de la personne et à en assurer le respect.

[108] Le professeur Payam Akhavan a souligné que [TRADUCTION] « [l]’émergence rapide des droits de la personne a entraîné un changement révolutionnaire en droit international, soit le passage d’une conception de l’ordre mondial axée sur l’État à une axée sur la personne » (Payam Akhavan, « Canada and international human rights law: is the romance over? » (2016), 22 *Canadian Foreign Policy Journal* 331, p. 332). Cette évolution a fait en sorte que le droit international vise maintenant [TRADUCTION] « non seulement à maintenir la paix entre les États, mais aussi à protéger la vie des personnes ainsi que leur liberté, leur santé [et] leur instruction » (Emmanuelle Jouannet, « What is the Use of International Law? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare » (2007),

28 *Mich. J. Int'l L.* 815, p. 821). Le professeur Christopher Joyner a ajouté : [TRADUCTION] « Les droits des personnes se trouvant dans un État transcendent maintenant les frontières nationales et sont essentiellement devenus une source de préoccupation commune en droit international » (Christopher C. Joyner, « “The Responsibility to Protect”: Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention » (2007), 47 *Va J. Int'l L.* 693, p. 717).

[109] Cela représente l'actualisation en droit international de la déclaration du professeur Hersch Lauterpacht, faite en 1943, selon laquelle [TRADUCTION] « [l']être humain [. . .] constitue l'ultime unité de tout droit » (Sands, p. 63).

[110] La principale caractéristique de la position de l'individu en droit international moderne des droits de la personne est que les droits ne résultent pas simplement d'un contrat avec l'État. Bien que les droits soient assurément exécutoires contre l'État, ils ne sont pas définis par cette relation (Patrick Macklem, *The Sovereignty of Human Rights* (2015), p. 22). Il s'agit de droits distincts, dont jouissent les individus, et que [TRADUCTION] « tout le monde doit respecter » (Clapham, *Human Rights Obligations*, p. 58).

[111] De plus, comme l'a fait observer la professeure Beth Stephens, ces droits peuvent être violés par des acteurs privés :

[TRADUCTION] Le contexte dans lequel les normes internationales en matière de droits de la personne doivent être interprétées et appliquées de nos jours en est un dans lequel de telles normes sont régulièrement

appliquées à des acteurs privés. Au cours des dernières décennies, le droit en matière de droits de la personne a résolument évolué dans le sens de l'interdiction des violations par des acteurs privés dans des domaines aussi divers que la discrimination, les droits de l'enfant, les crimes contre la paix et la sécurité, et la vie privée. [. . .] Il est clair que, de nos jours, les particuliers ont à la fois des droits et des responsabilités en droit international. Bien qu'elles soient formulées en termes neutres, plusieurs dispositions en matière de droits de la personne doivent être interprétées aujourd'hui comme s'appliquant aussi bien aux particuliers qu'aux États.

(Beth Stephens, « The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights » (2002), 20 *B.J.I.L.* 45, p. 73)

Il n'y a aucune raison, en principe, pour laquelle les « acteurs privés » excluraient les sociétés.

[112] Examinant soigneusement la jurisprudence et la doctrine, le professeur Koh remarque que les acteurs non étatiques comme les sociétés peuvent être tenues responsables de violations du droit pénal international et conclut qu'il [TRADUCTION] « serait illogique de soutenir que le droit international peut imputer une responsabilité criminelle aux sociétés, mais pas une responsabilité civile » (Koh, « Separating Myth from Reality », p. 266). Il qualifie de « mythe » l'idée que les tribunaux nationaux ne peuvent tenir les sociétés civilement responsables de violations du droit international (Koh, « Separating Myth from Reality », p. 264-268; voir aussi Simon Baughen, *Human Rights and Corporate Wrongs: Closing the Governance Gap* (2015), p. 130-132). Le professeur Koh souligne ce qui suit :

[TRADUCTION] [i] n'en demeure pas moins que si les États et les particuliers peuvent être tenus responsables en droit international, les sociétés devraient pouvoir l'être aussi, pour la simple raison que les États et les particuliers *agissent par l'intermédiaire* de sociétés. Compte tenu

de cette réalité, serait-il sensé sur le plan juridique de laisser les États et les particuliers se soustraire à la responsabilité pour violations flagrantes par le simple artifice de la constitution en société? [Italiques dans l'original.]

(Koh, « Separating Myth from Reality », p. 265)

[113] Par conséquent, à mon humble avis, il n'est pas « évident et manifeste » que les sociétés jouissent aujourd'hui d'une exclusion générale en droit international coutumier à l'égard de la responsabilité directe pour violations des [TRADUCTION] « normes obligatoires, définissables et universelles de droit international », ou de la responsabilité indirecte pour leur participation à ce que le professeur Clapham appelle les [TRADUCTION] « infractions de complicité » (Koh, « Separating Myth from Reality », p. 265 et 267; Andrew Clapham, « On Complicity », dans Marc Henzelin et Robert Roth, dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation* (2002), 241, p. 241-275). Cependant, parce que certaines normes de droit international coutumier ont un caractère strictement interétatique, le juge de première instance devra établir si les normes précises invoquées dans le cas qui nous occupe ont un tel caractère. Dans l'affirmative, le tribunal devra alors trancher la question de savoir si la common law devrait évoluer de manière à élargir la portée de ces normes pour que les sociétés y soient assujetties.

[114] En dernière analyse, pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de conclure que les violations des normes de droit international coutumier, ou de *jus cogens*, invoquées par les travailleurs érythréens pourraient fort bien s'appliquer à Nevsun. Il ne reste plus qu'à établir s'il existe des lois canadiennes entrant en conflit

avec leur adoption dans notre common law. Soit dit en tout respect, je n'en ai trouvé aucune.

[115] Au contraire, le gouvernement canadien a adopté des politiques visant à faire en sorte que les sociétés canadiennes exerçant des activités à l'étranger respectent ces normes (voir, p. ex., Affaires mondiales Canada, *Le modèle d'affaires canadien : Stratégie de promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger*, dernière mise à jour le 31 juillet 2019 (en ligne); Affaires mondiales Canada, *Le ministre Carr annonce la nomination de la première ombudsman canadienne pour la responsabilité des entreprises*, 8 avril 2019 (en ligne) (annonçant la création d'un poste d'ombudsman pour la responsabilité des entreprises, et la mise sur pied d'un groupe consultatif multipartite sur la conduite responsable des entreprises)). En ce qui concerne l'ombudsman canadien pour la responsabilité des entreprises, qui a pour mandat d'examiner les allégations de violations des droits de la personne par des sociétés canadiennes exerçant des activités à l'étranger, le gouvernement canadien a expressément souligné que « [l]a création du bureau de l'ombudsman ne porte pas atteinte au droit de toute partie d'intenter une action en justice devant un tribunal dans une juridiction quelconque au Canada concernant des allégations de méfaits commis par une société canadienne à l'étranger » (Affaires mondiales Canada, *Conduite responsable des entreprises à l'étranger — Foire aux questions*, dernière mise à jour le 16 septembre 2019 (en ligne); Yousuf Aftab et Audrey Mocle, *Business and*

*Human Rights as Law: Towards Justiciability of Rights, Involvement, and Remedy* (2019), p. 47-48).

[116] Sauf disposition législative contraire, les normes de droit international coutumier invoquées par les travailleurs érythréens font partie de la common law canadienne et sont susceptibles de s'appliquer à Nevsun.

[117] Un recours civil peut-il être exercé pour une violation de cette partie de notre common law? Autrement dit, notre common law interne peut-elle élaborer des recours appropriés pour la violation des normes de droit international coutumier adoptées?

[118] Une évolution de la common law s'effectue lorsque des changements sont nécessaires pour préciser un principe de droit, pour éliminer une incohérence ou pour permettre au droit de suivre l'évolution de la société (*Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, par. 42; voir également *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 93; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750). À mon humble avis, la reconnaissance de la possibilité d'un recours pour la violation de normes faisant déjà partie de la common law est l'une de ces évolutions nécessaires. Comme l'a souligné lord Scarman :

[TRADUCTION] À moins qu'une loi soit venue restreindre la portée du droit jurisprudentiel, la common law permet au juge qui est confronté à une situation où un droit reconnu par la loi n'est pas adéquatement

protégé, soit d'élargir la portée des principes existants afin qu'ils s'appliquent à la situation, soit d'appliquer un recours existant afin de remédier à l'injustice. Cela n'a rien de nouveau : il s'agit simplement de l'application du principe *ubi jus ibi remedium* [pour chaque tort causé, le droit prévoit un recours].

(*Sidaway c. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital*, [1985] 1 A.C. 871, p. 884 (H.L.))

[119] En ce qui concerne plus particulièrement les allégations soulevées par les travailleurs, le Canada, comme tous les États parties au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, a des obligations internationales visant à garantir un recours utile aux victimes de violations de ces droits (art. 2). Expliquant la nature de cette obligation, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies — qui a été créé par les États à titre d'organe de surveillance de l'application des traités pour veiller au respect du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* — donne des indications supplémentaires dans son *Observation générale n° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004. Dans ce document, le Comité des droits de l'homme précise que les États parties doivent assurer une protection non seulement contre les violations de droits commises par les États, mais aussi contre celles commises par des personnes privées, physiques ou morales. Le Comité précise également que les États parties doivent accorder la jouissance des droits reconnus dans le Pacte à tous les individus, notamment les « demandeurs d'asile, réfugiés, travailleurs migrants et autres personnes qui se trouveraient sur le territoire de l'État partie ou relèveraient de sa compétence » (par. 10). Quant aux recours, le Comité souligne ce qui suit :

[L]es tribunaux peuvent de diverses manières garantir effectivement l'exercice des droits reconnus par le Pacte, soit en statuant sur son applicabilité directe, soit en appliquant les règles constitutionnelles ou autres dispositions législatives comparables, soit en interprétant les implications qu'ont pour l'application du droit national les dispositions du Pacte. [par. 15]

[120] Dans le contexte interne, le principe général selon lequel « là où il y a un droit, il y a un recours » a été reconnu dans plusieurs arrêts de notre Cour (voir, p. ex., *Kazemi*, par. 159; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 65; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 25; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 20; *Great Western Railway c. Brown* (1879), 3 R.C.S. 159, p. 179).

[121] La Cour a examiné le droit à un recours dans le contexte d'allégations de violations des droits de la personne dans l'arrêt *Kazemi*, où la succession d'une Canadienne réclamait à la République islamique d'Iran des dommages-intérêts pour torture. Les juges majoritaires ne se sont pas écartés de la position adoptée dans l'arrêt *Hape*, selon laquelle le droit international coutumier, notamment les normes impératives, font partie de la common law canadienne, sauf disposition législative expresse contraire. Cependant, ils ont conclu que la *Loi sur l'immunité des États* constituait un type de loi expresse qui empêchait l'exercice d'un recours contre l'État de l'Iran pour violation de la prohibition de la torture fondée sur le *jus cogens*, qui, ils en ont convenu, faisait partie du droit interne canadien. Le juge LeBel, au nom des juges majoritaires, a souligné que « [c]ertes, les droits seraient dénués de tout contenu s'il n'existait jamais un moyen de remédier à leur violation. Toutefois, en réalité,



certains droits peuvent exister même si des obstacles de nature procédurale sont susceptibles de restreindre les réparations pour leur violation » (par. 159). En effet, les juges majoritaires dans l'arrêt *Kazemi* ont conclu que la *Loi sur l'immunité des États* adoptée par le Parlement l'emportait sur le droit général à un recours. Or, la *Loi sur l'immunité des États* protège les « États étrangers » contre les poursuites — et non les particuliers ou les sociétés.

[122] Contrairement à la situation dans l'affaire *Kazemi*, aucune loi ni aucun autre obstacle de nature procédurale n'empêche les réclamations des travailleurs érythréens. Il n'y a rien non plus dans l'arrêt *Kazemi* qui écarte la possibilité qu'une réclamation soit présentée contre une société canadienne pour des violations dans un ressort étranger du droit international coutumier, et encore moins du *jus cogens*. Par conséquent, il n'est pas « évident et manifeste » que les tribunaux canadiens ne peuvent élaborer un recours civil en droit interne pour les violations par une société des normes de droit international coutumier adoptées en droit canadien.

[123] Nevsun soutient en outre qu'il est possible de remédier adéquatement aux préjudices causés par les violations alléguées du droit international coutumier au moyen des délits reconnus de détournement, voies de fait, « séquestration », complot et négligence, qui ont également tous été invoqués par les travailleurs érythréens. À mon avis, on peut à tout le moins soutenir que les allégations des travailleurs érythréens englobent une conduite qui n'est pas visée par ces délits internes existants.

[124] Les normes de droit international coutumier, comme celles dont les travailleurs érythréens allèguent la violation, sont fondamentalement différentes des délits de droit interne existants. Elles ont un caractère plus public que les délits de droit privé interne puisque leur violation [TRADUCTION] « heurte la conscience de l'humanité » (M. Cherif Bassiouni, « International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63, p. 69).

[125] Le refus de reconnaître les différences entre les délits internes existants et le travail forcé; l'esclavage; les traitements cruels, inhumains ou dégradants; et les crimes contre l'humanité pourrait miner la capacité de la cour à répondre adéquatement au caractère odieux des dommages causés par de tels actes. Comme le souligne le professeur Virgo, dans le contexte de violations alléguées des droits de la personne, le symbolisme de la qualification ou de la désignation des allégations est crucial :

[TRADUCTION] Du point de vue de la victime [. . .] le fait que la torture soit qualifiée de délit, comme le délit de voies de fait, a de l'importance — simplement parce qu'une telle qualification de la torture ne reflète pas nécessairement la gravité de la conduite reprochée. Dans le contexte des droits de la personne [. . .] le symbolisme est crucial.

[. . .]

[Dans ce contexte, il est important de bien qualifier le tort causé] parce que la principale raison pour laquelle la victime souhaite introduire une instance civile est sans doute de sensibiliser l'opinion publique à la violation des droits fondamentaux de la personne. La conséquence réparatrice liée au fait d'avoir gain de cause ne constitue souvent, voire même généralement, qu'une préoccupation secondaire.

(Graham Virgo, « Characterisation, Choice of Law, and Human Rights », dans Craig Scott, dir., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the*

*Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 325, p. 335)

[126] Bien que les tribunaux puissent, évidemment, répondre à la portée et à la gravité du préjudice découlant des fautes civiles au moyen d'outils comme les dommages-intérêts punitifs, ces réponses peuvent être inadéquates lorsqu'il s'agit de la violation de normes interdisant le travail forcé; l'esclavage; les traitements cruels, inhumains ou dégradants; ou les crimes contre l'humanité. Le préjudice profond découlant de la violation de ces normes est de nature suffisamment distincte de celle des délits existants; comme le disent les travailleurs, [TRADUCTION] « [d]e la même façon que la torture est plus que des voies de fait, l'esclavage est plus qu'un amalgame d'une séquestration, de voies de fait et d'un enrichissement injustifié ». Si on accepte cette prémisse, qui semble difficile à réfuter sur le plan conceptuel, il est possible que le fait de se fonder sur les délits de droit interne existants ne puisse pas [TRADUCTION] « rendre justice aux principes particuliers qui sont déjà en place, ou qui devraient l'être, en ce qui a trait à la norme en matière de droits de la personne (Craig Scott, « Translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms », dans Craig Scott, dir., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 45, p. 62, nb 4; voir également Sandra Raponi, « Grounding a Cause of Action for Torture in Transnational Law », dans Craig Scott, dir., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 373; Virgo).

[127] Les actes de procédure fondés sur le droit international coutumier des travailleurs sont formulés en termes généraux, et présentent de nombreuses façons dont la violation des normes de droit international coutumier adoptées pourrait donner lieu à une compensation en droit interne. Le mécanisme relatif à la façon dont ces demandes devraient être instruites est une question inédite qui doit être laissée au juge de première instance. Il pourrait y avoir lieu de laisser les demandes suivre leur cours sur le fondement de la reconnaissance de nouveaux délits nommés, mais il ne s'agit pas nécessairement de l'unique façon de régler les réclamations des travailleurs érythréens. Une thèse convaincante peut être aussi avancée, fondée sur les actes de procédure des travailleurs, en faveur d'une approche directe reconnaissant le fait que, vu que le droit international coutumier fait partie de la common law canadienne, il peut théoriquement être remédié directement à une violation commise par une société canadienne sur la base d'une violation du droit international coutumier.

[128] Au Canada, la doctrine de l'adoption implique que les normes de droit international coutumier soient directement et automatiquement incorporées au droit canadien sauf disposition législative contraire (Gib van Ert, « Qu'est-ce que le droit de la réception? », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 107, p. 113). Cela peut vouloir dire que les réclamations des travailleurs érythréens en droit international coutumier n'ont pas à être converties en nouvelles catégories de délits pour être accueillies. Étant donné que ces réclamations reposent sur des normes qui font déjà partie de notre common law, il ne me semble pas « évident et manifeste » que notre

common law interne ne reconnaît pas un recours direct pour leur violation. Exiger la création de nouveaux délits pour établir le fondement d'un recours à l'égard de violations des normes de droit international coutumier automatiquement incorporées à la common law pourrait non seulement avoir pour effet de diluer la doctrine de l'adoption, mais pourrait aussi en nier l'application.

[129] Remédier de façon juste et efficace aux violations du droit international coutumier peut commander une approche différente de « [l']action de droit privé de la nature d'un recours délictuel » typique (*Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, par. 22, citant *Dunlea c. Attorney-General*, [2000] NZCA 84). Les objectifs associés à la prévention des violations de *jus cogens* et des normes de droit international coutumier sont uniques. On peut soutenir que le fait de remédier comme il se doit à ces violations exige des réponses différentes et plus rigoureuses que les actions habituelles en matière de responsabilité délictuelle, compte tenu du caractère public et de l'importance des droits violés en jeu, de la gravité du manquement à ceux-ci, de l'incidence sur les objectifs internes et mondiaux en matière de droits et de la nécessité de créer un effet dissuasif à l'égard de toute violation ultérieure.

[130] Comme l'a écrit le professeur Koh au sujet des recours civils pour terrorisme :

[TRADUCTION] Chaque fois qu'une victime d'un attentat terroriste obtient un jugement civil devant un tribunal américain, ce jugement favorise l'atteinte de deux types d'objectifs distincts : les objectifs du droit de la responsabilité civile délictuelle traditionnel et les objectifs du droit international public. Le jugement accordant des dommages-intérêts

compensatoires et punitifs à une victime de terrorisme remplit le double objectif du droit de la responsabilité civile délictuelle traditionnel, soit l'indemnisation et la dissuasion. Parallèlement, le jugement contribue à l'atteinte des objectifs du droit international public en favorisant l'élaboration d'une règle de droit international condamnant le terrorisme. En rendant une opinion et un jugement concluant à l'existence d'une responsabilité, la cour fédérale des États-Unis ajoute sa voix à celle des autres membres de la communauté internationale condamnant collectivement le terrorisme comme un moyen illégitime de parvenir à des fins individuelles et souveraines.

(Harold Hongju Koh, « Civil Remedies for Uncivil Wrongs: Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation » (2016), 50 *Tex. Intl L.J.* 661, p. 675)

[131] La présente instance est encore à un stade préliminaire, et il appartiendra en définitive au juge de première instance de se demander si les faits de la présente affaire justifient de conclure à des violations du droit international coutumier et, dans l'affirmative, quels sont les recours appropriés. Il s'agit de questions complexes, mais comme l'a souligné la juge Wilson dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959 :

Ce n'est pas parce qu'un acte de procédure révèle [TRADUCTION] « une question de droit contestable, difficile ou importante » que l'on peut radier certaines parties de la déclaration. Certes, j'irais jusqu'à dire que, lorsqu'une déclaration révèle une question de droit difficile et importante, il peut fort bien être capital que l'action puisse suivre son cours. Ce n'est que de cette façon que nous pouvons nous assurer que la common law [. . .] v[a] continuer à évoluer pour répondre aux contestations judiciaires qui se présentent dans notre société industrielle moderne. [p. 990-991]

[132] Le droit international coutumier fait partie du droit canadien. Nevsun est une société assujettie au droit canadien. Il ne me semble pas « évident et manifeste » que les réclamations des travailleurs érythréens contre Nevsun fondées sur des

violations du droit international coutumier sont vouées à l'échec. En conséquence, ces réclamations devraient suivre leur cours.

[133] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES BROWN ET ROWE —

## I. Introduction

[134] Devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, Nevsun Resources Ltd. a sollicité la radiation de 67 paragraphes de l'avis de poursuite civile des travailleurs érythréens. Le juge en cabinet a rejeté la requête de Nevsun, estimant que la demande des travailleurs n'était pas vouée à l'échec (2016 BCSC 1856, 408 D.L.R. (4th) 383). Sa décision a été confirmée en appel (2017 BCCA 401, 4 B.C.L.R. (6th) 91). Les juges majoritaires confirmeraient eux aussi le rejet de la requête présentée par Nevsun pour faire radier les actes procédure des travailleurs.

[135] Nous accueillerions le pourvoi de Nevsun en partie. Nous sommes d'accord avec les juges majoritaires pour dire qu'il y a lieu de confirmer le rejet de la requête de Nevsun en ce qui concerne la doctrine de l'acte de gouvernement étranger, et nous souscrivons aux motifs exposés par les juges majoritaires du par. 27 au

par. 59. Nous ferions toutefois droit au pourvoi de Nevsun sur la question du recours au droit international coutumier dans la création d'une responsabilité délictuelle. Comme nous l'expliquerons plus loin, nous divergeons d'opinion avec les juges majoritaires sur cette question à plusieurs égards, à savoir : la qualification du contenu du droit international, le processus de détermination du droit international, ce qu'il faut entendre par « adoption » du droit international en droit canadien et la possibilité d'exercer un recours délictuel.

[136] Nos motifs sont structurés comme suit. Nous commençons par expliquer les thèses qui sont avancées pour défendre les actes de procédure de la requête en radiation. Nous exposons ensuite notre point de vue sur la démarche à adopter en matière de droit international coutumier : il s'agit de déterminer quelles sont les pratiques auxquelles se livrent de fait les États parce qu'ils ont le sentiment qu'ils y sont tenus par le droit international coutumier. Nous expliquons par la suite comment il est donné effet aux règles de droit international coutumier (souvent qualifiées de « normes ») au Canada. Lorsque les normes sont prohibitives, la question est simple; lorsqu'elles sont obligatoires, la question est plus compliquée. Nous nous efforçons ensuite d'expliquer pourquoi, suivant leur thèse, les juges majoritaires concluent qu'il n'est pas évident et manifeste que la réclamation est vouée à l'échec. Nous dégageons trois sujets de discordance : le contenu du droit international dans les faits, le fonctionnement de la doctrine de l'adoption, et les différences entre l'incidence du droit international sur le droit pénal national et son incidence sur le droit de la responsabilité délictuelle. Dans la dernière section de notre analyse, nous nous



penchons sur la thèse sur laquelle s'est fondé le juge en cabinet pour rejeter la requête en radiation : les travailleurs cherchent à faire reconnaître de nouveaux délits de common law. Après avoir exposé le critère à appliquer pour déterminer s'il convient de reconnaître un nouveau délit, nous expliquons en quoi les causes d'action invoquées dans les actes de procédure ne satisfont pas à ce critère.

## II. Deux thèses

[137] Les juges majoritaires expliquent que les actes de procédure sont formulés en termes généraux et ils exposent deux thèses distinctes sur la base desquelles ceux-ci pourraient être maintenus (motifs des juges majoritaires, par. 127). Une de ces thèses est l'accent que mettent les juges majoritaires sur le droit international coutumier; l'autre est l'accent mis sur les motifs du juge en cabinet. Nous résumerions ainsi ces deux thèses :

- a) *Thèse des juges majoritaires* : Les travailleurs cherchent à faire reconnaître par les tribunaux canadiens une cause d'action pour « violation du droit international coutumier », et à présenter une réclamation fondée sur celle-ci (par. 127). (Bien que les juges majoritaires n'affirment jamais que les travailleurs, dans leurs actes de procédure, font valoir une réclamation fondée sur la « responsabilité délictuelle », nous constatons que leur thèse décrit une cause d'action ne pouvant être considérée en common law canadienne que comme un « délit ». Un délit est tout simplement une transgression contre un tiers donnant ouverture à une action en justice, généralement en vue d'obtenir

des dommages intérêts (*Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, p. 404-405). C'est l'essence même de la prétention formulée en l'espèce, et nous la considérons comme telle. Si la cause d'action que proposent les juges majoritaires ne constitue pas un « délit », il doit alors s'agir d'un type d'action inconnu en common law canadienne et elle devrait donc être rejetée sur ce simple fondement).

b) *Thèse du juge en cabinet* : Les travailleurs cherchent à faire reconnaître par les tribunaux canadiens quatre nouveaux délits nommés *inspirés du droit international coutumier*, à savoir le recours au travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants, et les crimes contre l'humanité<sup>4</sup>. Ils cherchent ensuite à présenter des réclamations fondées sur ces délits.

À notre humble avis, la seconde thèse s'accorde davantage avec les actes de procédure devant nous, mais les deux thèses doivent être rejetées pour que Nevsun puisse avoir gain de cause dans sa requête en radiation.

[138] La cause d'action proposée est décrite dans les paragraphes suivants de l'avis de poursuite civile modifié des travailleurs :

[TRADUCTION]

53. Les demandeurs réclament à Nevsun, en vertu des règles de droit international coutumier incorporées au droit canadien, des

---

<sup>4</sup> Voir le jugement du juge en cabinet, par. 427, 444, 455 et 465-466.

dommages-intérêts pour recours au travail forcé, esclavage, traitements cruels, inhumains ou dégradants, et crimes contre l'humanité.

...

57. Le travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants et les crimes contre l'humanité sont interdits en droit international. Cette interdiction a été intégrée au droit canadien et en fait partie.

...

60. Le recours au travail forcé constitue une violation du droit international coutumier et du *jus cogens* donnant ouverture à une action en common law.

(d.a., vol. III, p. 170 et 172-173)

[139] Les paragraphes 63, 66 et 70 vont dans le même sens que le par. 60, sauf que les mots [TRADUCTION] « recours au travail forcé » y sont remplacés respectivement par les mots « esclavage », « traitements cruels, inhumains ou dégradants » et « crimes contre l'humanité » (d.a., vol. III, p. 173-175).

[140] À notre avis, il ressort des par. 60, 63, 66 et 70 que les travailleurs ont tenté de faire reconnaître quatre délits nommés.

[141] La thèse du juge en cabinet s'accorde avec la façon dont les travailleurs ont formulé les réclamations qu'ils ont présentées devant notre Cour, comme en témoignent les extraits suivants de leur mémoire :

[TRADUCTION]

98. La reconnaissance de délits qui englobent toutes les conduites préjudiciables interdites, plutôt que traiter les réclamations de cette nature

comme portant sur une variante ou un hybride des délits traditionnels, contribuera à l'évolution de la common law . . .

. . .

102. . . . S'agissant de déterminer s'il faut reconnaître de nouveaux délits nommés, les valeurs consacrées par la *Charte* guident l'appréciation de l'importance que revêtent les droits en cause dans notre société . . .

. . .

117. En clair, les [travailleurs] ne prétendent pas que l'adoption de normes de *jus cogens* en droit canadien ouvre automatiquement droit à un recours civil pour la violation de ces normes. Les normes de *jus cogens* servent plutôt de source à l'évolution de la common law et le critère permettant de reconnaître de nouveaux délits de common law doit quand même être respecté.

118. . . . la reconnaissance de ces nouveaux délits est souhaitable compte tenu des facteurs exposés aux paragraphes 97 à 110 ci-dessus.

. . .

149. En l'espèce, la reconnaissance des nouveaux délits nommés d'esclavage ou de crimes contre l'humanité en common law complète et favorise l'intention générale qu'avait le Parlement en adoptant une loi comme la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, à savoir qu'il y ait une obligation de rendre des comptes pour les violations graves des droits de la personne. [Nous soulignons.]

[142] Ajoutons qu'au par. 117 de leur mémoire, les travailleurs désavouent expressément la thèse des juges majoritaires.

[143] La seconde thèse devrait également être privilégiée parce que, pour décider si un acte de procédure est voué à l'échec, il convient de l'interpréter de façon généreuse. Par exemple, l'acte de procédure devrait être considéré tel qu'il pourrait être raisonnablement modifié (*British Columbia/Yukon Assn. of Drug War Survivors*

*c. Abbotsford (City)*, 2015 BCCA 142, 75 B.C.L.R. (5th) 69, par. 15; *Kripps c. Touche Ross & Co.* (1992), 69 B.C.L.R. (2d) 62 (C.A.)). À notre avis, la seconde thèse est la *plus* plausible. Cela dit, les travailleurs pourraient raisonnablement modifier leurs actes de procédure pour qu'entre clairement en jeu la première thèse, de sorte que les deux thèses doivent être examinées.

[144] Comme les juges majoritaires l'expliquent, nous devons nous demander s'il est évident et manifeste qu'un acte de procédure « est voué à l'échec », puisqu'il s'agit du critère que les tribunaux appliquent lorsqu'ils sont saisis d'une requête en radiation (*Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980). La question doit être tranchée « dans le contexte du droit et du processus judiciaire », dans l'hypothèse où les faits allégués par la partie qui ne demande pas la radiation seraient avérés (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 23 et 25 (italiques omis)).

[145] Il convient de mettre fin à toute confusion entourant la question de savoir s'il est possible de répondre à une question de droit inédite dans le cadre d'une requête en radiation : c'est possible. Si un tribunal ne reconnaît pas une réclamation inédite lorsque les faits allégués sont tenus pour avérés — c'est-à-dire dans le contexte factuel le plus favorable possible du processus judiciaire —, la réclamation est manifestement vouée à l'échec (S. G. A. Pitel et M. B. Lerner, « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Adv. Q.* 344, p. 351). Comme la juge Karakatsanis l'a expliqué, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Hryniak c.*

*Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, les juges peuvent et devraient régler de façon expéditive les litiges d'ordre juridique de manière à faciliter plutôt qu'à empêcher l'accès à la justice (par. 24-25 et 32). Répondre à des questions de droit inédites alors qu'ils sont saisis d'une requête en radiation est une façon de le faire (Pitel et Lerner, p. 358). Il existe cependant des questions auxquelles le tribunal pourrait, mais ne devrait pas, répondre lors d'une requête en radiation. Celles-ci comprennent, par exemple, les questions relatives à l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou encore celles touchant à des faits peu probables, voire peu plausibles. Décider d'une question de droit sans disposer d'une preuve factuelle en pareilles circonstances risque de dénaturer en vain le droit.

[146] Les juges majoritaires seraient d'avis de conclure qu'il n'est pas évident et manifeste que la cause d'action des travailleurs est vouée à l'échec. Pour autant que nous puissions en juger, les motifs des juges majoritaires portent entièrement sur des questions de droit qui se dégagent. Ne pas trancher une question de droit semble indiquer qu'il n'y a pas de préoccupation urgente en ce qui a trait à l'économie des ressources judiciaires ou à l'intégrité de la common law. L'incertitude dans les motifs des juges majoritaires concerne la question de savoir sur *quelle* thèse les travailleurs devraient se fonder, et non celle de savoir *si* la demande des travailleurs peut être accueillie sur le fondement de l'une ou l'autre des thèses. Il nous faut donc comprendre que l'effet inévitable qui découle de leurs motifs est que, si les faits allégués par les travailleurs sont établis, leur demande devrait être accueillie. Autrement dit, selon les juges majoritaires, le phénix volera. Et, de façon

concomitante, cela signifie que, si les travailleurs poursuivent la présente instance en se fondant sur la thèse retenue par les juges majoritaires, un tribunal devrait reconnaître une nouvelle cause d'action pour violation délictueuse du droit international coutumier.

[147] Toutefois, hormis cette observation, notre désaccord avec les juges majoritaires en l'espèce quant à la meilleure thèse ne change rien à la façon dont il convient à notre avis, ou au leur, de trancher le pourvoi. Comme nous l'avons vu précédemment, la question à trancher dans le cadre d'une requête en radiation est celle de savoir si les actes de procédure sont voués à l'échec selon toutes les thèses raisonnables. Les juges majoritaires estiment que, suivant l'une ou l'autre thèse, les réclamations des travailleurs ne sont pas vouées à l'échec. À notre avis, elles le sont, et ce, pour quatre raisons.

[148] Tout d'abord, elles vont à l'encontre de la façon dont les normes de droit international deviennent contraignantes au Canada. Selon la doctrine de l'adoption, les tribunaux canadiens reconnaissent les interdictions juridiques qui correspondent aux règles prohibitives du droit international coutumier. Les tribunaux ne convertissent pas les règles prohibitives en règles de responsabilité. Changer la doctrine de l'adoption à cette fin se heurte au deuxième problème, à savoir l'incompatibilité d'un tel changement avec la théorie du gradualisme et le principe de la suprématie législative. L'élaboration d'une thèse qui ne repose pas sur la doctrine de l'adoption ne permet pas non plus de sauver les actes de procédure : le troisième

problème est que certaines des réclamations relèvent de délits existants. Et, enfin, les chances de succès d'autres réclamations exigeraient de modifier la common law d'une manière qui porterait atteinte à la séparation des pouvoirs et qui placerait les tribunaux dans la situation inconstitutionnelle où ils auraient à assurer la conduite des relations internationales, ce qui est du ressort de l'exécutif. Nous estimons par conséquent que les réclamations en dommages-intérêts des travailleurs fondées sur la violation du droit international coutumier ne révèlent aucune cause d'action raisonnable et sont vouées à l'échec.

### III. Selon la première thèse, la réclamation est vouée à l'échec

[149] Les juges majoritaires affirment que, comme le droit international est incorporé au droit canadien, il n'est pas évident et manifeste qu'une réclamation présentée devant un tribunal canadien pour qu'il soit remédié à une violation du droit international est vouée à l'échec. Cependant, donner suite à cette réclamation reviendrait à faire jouer au droit international un rôle différent de celui qui lui incombe au sein du système juridique canadien. Dans la section suivante, nous expliquerons pourquoi il en est ainsi. Nous expliquerons aussi pourquoi le fait de changer le rôle du droit international en droit canadien outrepasserait les limites du rôle dévolu aux tribunaux.

#### A. *L'application du droit international au Canada*

[150] Un des points essentiels sur lequel nous divergeons d'opinion avec les



juges majoritaires concerne la question de savoir lequel du droit canadien ou du droit international est le droit suprême devant les tribunaux canadiens. Les juges majoritaires (au par. 94) adoptent l'opinion exprimée par le professeur Stephen J. Toope, selon qui [TRADUCTION] « [l]e droit international concerne [. . .] directement le droit canadien et exige que celui-ci aille dans certaines directions » (« Inside and Out : The Stories of International Law and Domestic Law » (2001), 50 *R.D. U.N.-B.* 11, p. 23). Nous ne partageons pas cet avis.

[151] Selon la conception traditionnelle — qui est, à notre avis, la bonne — de la suprématie des systèmes juridiques, chaque tribunal considère son propre document constitutif comme le document suprême (J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9<sup>e</sup> éd. 2019), p. 101). Un tribunal international applique les règles de droit prévues dans son traité constitutif. Le droit canadien ne peut exiger que le droit international aille dans certaines directions, sauf dans la mesure où le droit international confère ce pouvoir au droit canadien.

[152] Il s'ensuit que les tribunaux canadiens appliquent le droit canadien, y compris la loi suprême qu'est notre Constitution. Et c'est ce droit — le droit canadien — qui définit les limites du rôle joué par le droit international dans le système juridique canadien. Conclure autrement reviendrait à ne pas tenir compte du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour que tout soit bien clair, le droit international ne peut exiger que le droit

canadien prenne une certaine direction, sauf dans la mesure où le droit canadien le lui permet.

[153] Selon la thèse des juges majoritaires, les actes de procédure des travailleurs — qui visent à obtenir des dommages-intérêts à titre de réparation — ne sont valables que si le droit international se voit attribuer un rôle qui outrepassé les limites que lui impose le droit canadien. Ces limites sont énoncées dans l'arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 39, dans lequel notre Cour a déclaré que « les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire ». Ces règles prohibitives de droit international coutumier *ne pourraient*, de par leur nature, donner ouverture à un recours. Par conséquent, selon son libellé, pour que ces actes de procédure puissent tenir la route, le droit canadien doit changer. Et, à notre avis, un tel changement exigerait l'intervention du législateur compétent. Il n'est pas du ressort de notre Cour ou de tout autre tribunal d'effectuer celui-ci. Et pourtant, sans ce changement, les actes de procédure sont voués à l'échec.

[154] Nous exposons ci-après les limites actuelles du rôle que le droit canadien permet au droit international public de jouer. Le droit international public a deux sources principales, la coutume et la convention, qui ont des effets différents sur le droit canadien et en droit canadien. Bien que le présent pourvoi porte principalement sur le droit international coutumier, la meilleure façon de comprendre le rôle et la fonction du droit international coutumier est de le faire eu égard à son pendant, le

droit international conventionnel. Nous décrivons ci-après plus en détail ces deux sources principales du droit international.

(1) Le droit international conventionnel : le rôle des traités

[155] Bien que le droit international coutumier ait été historiquement la source première du droit international (J. H. Currie, *Public International Law* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 124), la convention — le plus souvent sous forme de traités — est devenue de nos jours la source d'une grande partie des règles de fond du droit international (J. Brunnée et S. J. Toope, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *Can. Y. B. Intl Law* 3, p. 13). Cette tendance est née à la fin du 19<sup>e</sup> et au début du 20<sup>e</sup> siècle avec la croissance des organismes internationaux et l'élaboration de régimes de traités ayant une plus vaste portée et portant principalement sur la conduite de guerre et le droit humanitaire (Currie, p. 124).

[156] Un traité ressemble beaucoup à un contrat, en ce sens qu'il consigne les modalités par lesquelles ses signataires acceptent d'être liés (J. Harrington, « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making : (Re-)Establishing a Role for Parliament » (2005), 50 *R. D. McGill* 465, p. 470) : [TRADUCTION] « L'idée essentielle [des traités] est que les États sont liés par ce à quoi ils consentent expressément » (Brunnée et Toope, p. 14). Un traité énonce les droits et les obligations juridiques mutuels des parties, et il est régi par le droit international (Currie, p. 123). L'article 38(1)a) du *Statut de la Cour internationale de Justice*,

R.T. Can. 1945 n° 7, contient une définition implicite du traité lorsqu'il précise que la Cour internationale de Justice applique « les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige » (voir aussi Brunnée et Toope, p. 14). Le traité peut être bilatéral (traité faisant état d'engagements réciproques entre deux ou plusieurs États) ou multilatéral (traité faisant état d'un accord général conclu entre plusieurs États) (Currie, p. 123). Sous une forme ou sous l'autre, il permet aux États de conclure des accords avec d'autres États sur des questions ou des projets précis, ou d'établir des normes d'application générale destinées à régir les rapports juridiques avec tous les États qui accepteront expressément ses modalités (p. 123).

[157] Comme un traité concerne l'accord intervenu expressément entre des États, certaines formalités régissent la conclusion d'un traité ayant un caractère contraignant (Brunnée et Toope, p. 14). Nous y reviendrons plus loin.

[158] Au Canada, chaque ordre de gouvernement joue un rôle différent dans le processus de conclusion d'un traité. Fait important à signaler, c'est *l'exécutif* qui a en charge la négociation, la signature et la ratification des traités dans l'exercice de la prérogative royale en matière de relations étrangères. La signature de l'exécutif exprime un consentement initial aux grands axes du traité, mais n'indique pas un consentement à être lié par les obligations particulières qu'il renferme; ce consentement est donné par ratification. Ce n'est qu'au moment de l'entrée en vigueur du traité que ces obligations particulières deviennent contraignantes. Dans le

cas des traités multilatéraux, l'entrée en vigueur est habituellement subordonnée au dépôt d'un nombre précis de ratifications par les États. Un traité en vigueur qui a été ratifié par le Canada lie le Canada en droit international (Brunnée et Toope, p. 14-15).

[159] Bon nombre de traités ne requièrent pas que le droit interne soit modifié de manière à contraindre l'État à suivre une ligne de conduite donnée. Toutefois, lorsqu'il le fait, le traité n'a aucun effet juridique formel en droit interne — même s'il est contraignant sur le plan international — tant qu'il n'a pas été transformé ou mis en œuvre dans le cadre d'un processus législatif interne, habituellement par l'édiction d'une loi (Harrington, p. 482-485; Currie, p. 235). Donner à un traité n'ayant pas été mis en œuvre un effet contraignant au Canada entraînerait la création de règles de droit interne par l'exécutif, ce que ce dernier ne peut faire, en l'absence de délégation législative, sans porter atteinte à la suprématie législative et sans compromettre par le fait même la séparation des pouvoirs. Pour qu'une règle issue d'un traité puisse produire des effets en droit interne, il est donc nécessaire que le Parlement ou une législature provinciale intègre cette règle dans une loi interne pouvant être invoquée devant les tribunaux canadiens (Currie, p. 237). Par exemple, les engagements environnementaux contenus dans l'*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 n° 2 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994) (« ALÉNA ») ont été mis en œuvre par les gouvernements provinciaux au moyen d'un accord interprovincial canadien (Harrington, p. 483-484). Les formalités afférentes aux traités respectent le rôle que chaque ordre de l'État peut jouer, conformément à la séparation des pouvoirs et au principe de la suprématie législative.

(2) Le droit international coutumier

[160] Comme pour le droit international conventionnel, le contenu du droit international coutumier est établi par les actes accomplis par les États sur le plan international. La pertinence du droit international coutumier à l'égard du droit interne comporte à la fois un aspect substantiel et un aspect procédural. Sur le plan substantiel, les normes de droit international coutumier peuvent avoir une incidence directe sur la common law publique, sans qu'il soit nécessaire d'adopter une mesure législative. Cependant, pour qu'un effet substantiel soit accordé à une norme de droit international coutumier, l'existence de cette norme doit être établie sur le plan factuel conformément au processus judiciaire normal.

*a) Sources du droit international coutumier*

[161] Comme l'expliquent les juges majoritaires (par. 77), le droit international coutumier constitue une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit et qui concerne les principes coutumiers à l'échelle internationale. Une règle de droit international coutumier existe lorsqu'une pratique étatique atteste l'existence d'une « coutume » et que les États qui se livrent à sa pratique acceptent cette coutume comme étant le droit (Currie, p. 188).

[162] Il existe une coutume lorsque la pratique étatique est appliquée à la fois de manière générale et uniforme. Pour être générale, la pratique doit être suffisamment répandue. Pour être uniforme, elle doit avoir été appliquée de manière

constante par les États qui l'appliquent. Il n'est pas nécessaire cependant que la pratique étatique soit universellement répandue ou qu'elle soit toujours constante, et ce, pour une bonne raison : si c'était le cas, dès lors qu'un État dérogerait à l'une ou l'autre des exigences applicables, la coutume cesserait d'exister (Currie, p. 188-193).

[163] L'exigence que les États qui appliquent la pratique croient subjectivement y être légalement tenus est ce qu'on appelle l'*opinio juris* (Currie, p. 188; J. L. Slama, « *Opinio Juris* in Customary International Law » (1990), 15 *Okla. City U.L. Rev.* 603, p. 656). L'État qui se livre à la pratique doit le faire parce qu'il croit que cela est nécessaire pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du droit international coutumier, plutôt que simplement pour des raisons de politique, de sécurité ou autres<sup>5</sup>.

[164] Le critère exigeant que représente l'obligation de démontrer tant la pratique étatique que l'*opinio juris* témoigne du caractère exceptionnel du droit international coutumier; il amène les tribunaux à adopter un rôle qui serait autrement dévolu aux législateurs et, à moins qu'un État ne s'y oppose systématiquement, sa reconnaissance a pour effet de contraindre des États à appliquer des règles auxquelles ils n'ont pas expressément consenti (Currie, p. 187). De plus, si une règle est reconnue comme une norme impérative (c.-à-d. comme une norme de *jus cogens*), même l'objection systématique de l'État ne permettra pas à ce dernier de se soustraire

---

<sup>5</sup> Le fait qu'il en résulte en quelque sorte un paradoxe est un problème bien connu en théorie du droit international coutumier (voir, par exemple, J. Kammerhofer, « Uncertainty in the Formal Sources of International Law : Customary International Law and Some of Its Problems » (2004), 15 *Eur. J. Int'l L.* 523). Nous n'avons pas de raisons d'examiner ce paradoxe en l'espèce.

aux contraintes de cette règle (J. A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (2016), p. 194-195).

*b) L'adoption du droit international coutumier au Canada*

[165] Dès lors qu'une norme de droit international coutumier a été établie, elle peut devenir une source du droit interne canadien, à moins d'être incompatible avec le droit législatif existant. C'est ce qu'on appelle la doctrine de « l'adoption » en droit canadien et de « l'incorporation » dans son précurseur anglais. Voici comment cette doctrine est expliquée dans l'arrêt *Hape* :

La tradition juridique britannique recourt à la méthode de l'adoption pour la réception du droit international coutumier. Les règles prohibitives du droit international coutumier peuvent être incorporées directement au droit interne en application de la common law, sans que le législateur n'ait à intervenir. Ce principe veut que les tribunaux puissent adopter les règles du droit international coutumier et les intégrer aux règles de common law sur lesquelles ils fondent leurs décisions, à condition qu'aucune disposition législative valide n'entre clairement en conflit avec elles : I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6<sup>e</sup> éd. 2003), p. 41. Reconnu depuis longtemps en common law anglaise, c'est dans l'arrêt de principe *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.), que le principe a été confirmé le plus fermement. Lord Denning y a examiné la doctrine de l'adoption et celle de la transformation, suivant laquelle le Parlement doit mettre en œuvre une règle de droit international pour qu'un tribunal interne puisse l'appliquer. À son avis, la doctrine de l'adoption est celle qu'il convient d'appliquer en droit anglais. Les règles du droit international et leurs modifications sont automatiquement incorporées, à moins qu'elles n'entrent en conflit avec une loi . . .

. . .

Malgré ce silence de notre Cour dans certaines affaires récentes, la doctrine de l'adoption n'a jamais été rejetée au Canada. En fait, un fort courant jurisprudentiel la reconnaît formellement ou, du moins,



l'applique. À mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la doctrine de l'adoption s'applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law. [Nous soulignons; par. 36 et 39.]

[166] À notre avis, deux éléments de ce passage méritent d'être mentionnés :

(1) les règles prohibitives de droit international coutumier peuvent être incorporées au droit interne « sauf disposition législative contraire », et (2) l'adoption ne s'applique qu'à l'égard des « règles prohibitives du droit international coutumier ». Considérés ensemble, ces éléments respectent la suprématie législative en ce qui a trait à l'incorporation du droit international coutumier au droit interne.

[167] La primauté qui est accordée aux dispositions législatives contraires préserve la capacité du législateur à contrôler l'incidence des règles de droit international dans le système juridique interne. Comme l'écrit Currie, l'adoption du droit international coutumier préserve [TRADUCTION] « la capacité ultime du système juridique interne, principalement par l'intermédiaire de son organe législatif, à contrôler le contenu du droit interne en dérogeant expressément à une règle de droit coutumier » (p. 234).

[168] Les juges majoritaires (aux par. 91-93) suggèrent qu'il n'existe aucune différence entre les normes « impératives » de droit international et les normes « prohibitives », citant à cet égard un article de doctrine rédigé par le juge LeBel (L. LeBel, « A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian Common Law » (2014), 65 *R.D. U.N.-B.* 3). Nous sommes d'accord pour dire que ce n'est pas une distinction que fait généralement la jurisprudence de droit international. C'est toutefois une distinction utile lorsqu'il s'agit d'expliquer la capacité d'un tribunal de common law de remédier à une violation d'une norme de droit international. Comme James Crawford (juge à la Cour internationale de Justice) l'a expliqué, la première question à se poser dans l'examen d'une règle de droit international coutumier est celle de savoir si cette règle est susceptible d'application nationale (p. 65). Bien qu'un tribunal de common law adopte à la fois des normes prohibitives et des normes impératives, l'incidence juridique nationale de l'adoption d'une norme prohibitive diffère de l'incidence juridique nationale de l'adoption d'une norme impérative. Cette distinction devient évidente lorsqu'on compare les rôles des différents organes de l'État.

[169] Pour illustrer la différence qui existe entre les normes prohibitives et les normes impératives, il peut être utile d'établir une analogie avec le *certiorari* et le *mandamus*, ou encore avec les actes et les omissions. Lorsqu'une norme est prohibitive, en ce sens qu'elle interdit à un État d'agir d'une certaine façon, la doctrine de l'adoption fait en sorte que les actes de l'organe exécutif qui contreviennent à cette norme peuvent être annulés au moyen d'un contrôle judiciaire,

comme le fait le *certiorari*. Lorsqu'une norme est impérative, en ce sens qu'elle impose à un État l'obligation d'agir d'une certaine façon, la doctrine de l'adoption permet de remédier aux omissions d'agir qui contreviennent à la norme au moyen d'un contrôle judiciaire, comme le fait le *mandamus*<sup>6</sup>. Le *mandamus* constitue une réparation limitée — il permet aux tribunaux de faire observer un devoir public clair, mais non d'élaborer un régime réglementaire de toutes pièces.

[170] Lorsque le pouvoir législatif contrevient à une norme adoptée, il n'y a aucune différence entre les normes prohibitives et les normes impératives. Si le législateur adopte une loi qui contrevient à une norme prohibitive du droit international, cette loi n'est pas susceptible d'examen judiciaire. De même, si le législateur, en violation d'une norme impérative du droit international, n'adopte pas une loi, les tribunaux ne peuvent établir cette loi pour lui, à moins qu'ils ne soient par ailleurs investis du pouvoir de le faire. Les tribunaux peuvent présumer qu'il est de l'intention du législateur de respecter les normes de droit international coutumier (voir, par exemple, *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, par. 182), mais cette présomption est réfutable : le droit international coutumier a une force d'interprétation, mais n'impose pas formellement de contraintes au législateur. La force d'interprétation découle de la présomption selon laquelle le législateur ne voudrait pas contrevenir par inadvertance au droit international coutumier (J. M. Keyes et R. Sullivan, « L'interaction du droit international et du droit national dans une perspective législative », dans O. E.

---

<sup>6</sup> Par souci de clarté, nous ne voulons pas dire que les réparations de la nature du *certiorari* et du *mandamus* sont les seules réparations disponibles dans un tel cas : à titre d'exemple, des réparations en equity comme l'injonction ou le jugement déclaratoire sont également possibles.

Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 351, p. 374-375).

[171] La dernière question est de savoir ce qui arrive lorsqu'une règle de common law privée contrevient à une norme<sup>7</sup>. Nous ne connaissons aucune décision portant sur une règle de common law privée ayant enfreint une norme prohibitive. Nous ne connaissons non plus aucune décision portant sur une règle de common law privée ayant enfreint une norme impérative. Dans l'affaire *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, qui se rapproche le plus d'un tel cas, notre Cour a conclu que le Canada n'est aucunement tenu de prévoir une réparation civile de droit privé en cas de violations d'une norme :

Si l'interdiction de la torture est assurément une norme du *jus cogens* à laquelle le Canada ne peut déroger (et aussi, fort probablement, un principe de justice fondamentale), il s'agit en l'espèce de savoir si cette norme va jusqu'à obliger chaque État à prévoir une réparation civile pour des actes de torture commis à l'étranger par un autre État.

Plusieurs cours de justice nationales et tribunaux internationaux se sont penchés sur cette question et ils ont systématiquement confirmé que la réponse est non : le droit international coutumier n'étend pas l'interdiction de la torture au point d'exiger une réparation civile pour des actes de torture commis dans un État étranger. [par. 152-153]

[172] En résumé, même si le demandeur est en mesure de prouver que, (1) en droit international, une interdiction frappe les États-nations, et que (2) cette

---

<sup>7</sup> Nous disons common law « privée » par opposition à common law « publique ». La common law publique est le droit qui régit les activités de la Couronne et qui se rapporte bien sûr à l'organe exécutif, examiné précédemment. La common law privée est le droit qui régit les relations entre des entités non étatiques.

interdiction fait partie du *jus cogens*, ces deux considérations sont néanmoins insuffisantes pour étayer l'idée selon laquelle le droit international oblige chaque État à prévoir une réparation civile pour une conduite allant à l'encontre de cette interdiction.

[173] Il existe de bonnes raisons d'établir une distinction entre l'action exécutive et l'action législative. Le Canada — et les provinces — ont le pouvoir, s'ils décident de l'exercer, de violer les normes de droit international coutumier. Cependant, c'est une décision que seuls le Parlement ou les législatures provinciales peuvent prendre; les gouvernements fédéral et provinciaux ne peuvent le faire sans l'autorisation de ces organes législatifs.

[174] Mais comment cela contribue-t-il à l'évolution de la common law privée? Si une règle de la common law privée contrevenait à une norme prohibitive — nous devons reconnaître qu'une telle combinaison de norme et de règle de droit privé dépasse notre imagination, mais qu'elle pourrait quand même exister —, nous serions d'accord pour dire que les juges devraient la modifier. Lorsque la common law privée contrevient à une norme impérative, le tribunal doit déterminer si une loi existante l'empêche d'apporter à la common law les modifications nécessaires de façon à ce qu'elle respecte cette norme.

[175] Comment alors le tribunal détermine-t-il si une loi a pour effet de l'empêcher de modifier ainsi la common law? Nous proposons qu'il suive le processus en trois étapes suivant. Premièrement, le tribunal devrait cerner avec

précision la norme en cause. Deuxièmement, il devrait décider de la meilleure façon d'y donner effet. Troisièmement, il devrait vérifier si une loi l'empêche de modifier la common law de façon à créer cet effet. Si aucune loi ne l'en empêche, il devrait mettre en œuvre le changement dans la common law. Si une loi l'en empêche, il devrait respecter ce choix législatif et s'abstenir de modifier la common law. En pareilles circonstances, la retenue judiciaire respecte à la fois la suprématie législative et la capacité institutionnelle supérieure des législateurs de concevoir des régimes réglementaires qui permettent au Canada de remplir ses obligations internationales. Ce sont là des considérations fondamentales qui touchent aux rôles dévolus aux tribunaux, aux législateurs et à l'exécutif. L'incorporation d'une règle de droit international coutumier doit céder le pas à de tels principes constitutionnels (*R. c. Jones (Margaret)*, [2006] UKHL 16, [2007] 1 A.C. 136, par. 23, lord Bingham; Crawford, p. 65-66).

[176] Une dernière observation sur la doctrine de l'adoption s'impose. L'arrêt *Hape* est ambivalent quant à savoir si l'incorporation signifie que les règles de droit international coutumier sont incorporées (par. 36), devraient être incorporées (par. 39) ou aident tout simplement à interpréter la common law (par. 39). La première signification constitue le point de vue traditionnel anglais. Cependant, la jurisprudence anglaise moderne met en doute ce point de vue, et avec raison (voir *Jones*, par. 11, lord Bingham). Comme nous l'avons vu, une règle de droit international coutumier peut devoir être adaptée afin de correspondre aux circonstances différentes de la common law plutôt qu'au droit international public.

c) *La procédure de reconnaissance du droit international coutumier*

[177] Au Canada, la procédure civile dépend en grande partie de la distinction entre le droit et les faits. Les faits sont allégués, mais le droit ne l'est pas; les faits sont établis à la lumière de la preuve, mais pas le droit; il ne peut être statué sur les faits dans le cadre d'une requête en radiation ou en jugement sommaire, mais il peut l'être sur le droit; les juridictions d'appel font preuve de déférence envers les conclusions de fait tirées par le juge des faits, mais non envers les conclusions de droit. Fait peut-être le plus important, les juges ne peuvent trancher des questions de fait si les parties ne leur ont pas soumis d'éléments de preuve (sauf si la connaissance d'office s'applique), mais ils peuvent se prononcer sur des questions de droit. Non seulement il est accepté que les juges effectuent leurs propres recherches juridiques, mais c'est ce qu'on attend d'eux. Par contre, les juges ne sont pas autorisés à effectuer leurs propres recherches au sujet des faits.

[178] Les juges majoritaires laissent entendre que les tribunaux canadiens devraient assimiler le contenu du droit international coutumier à du droit, et non à des faits, mais ils reconnaissent aussi de façon incongrue que les sources qu'ils citent à l'appui de cette proposition maintiennent néanmoins que la *preuve* de la pratique de l'État est nécessaire pour établir l'existence d'une nouvelle norme de droit international coutumier (par. 96, citant G. van Ert, « The Reception of International Law in Canada : Three Ways We Might Go Wrong », dans Centre for International Governance Innovation, *Canada in International Law at 150 and Beyond, Paper*

No. 2 (2018), p. 6; G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 62-69). En toute déférence, nous estimons que de traiter les normes de droit international comme du droit et les nouvelles normes de droit international comme des faits revient à créer une hybridation peu maniable de droit et de faits. Comme nous l'avons vu précédemment, la procédure en droit canadien repose en grande partie sur la distinction entre le droit et les faits, et un tel hybride promet donc de créer de la confusion. L'absence d'une méthodologie claire favorisera le raisonnement non étayé, autrement dit la prise des décisions par intuition. Et quelle serait la norme de contrôle applicable à de telles décisions? Quand les moyens prêtent à confusion, la fin est incertaine.

[179] Il est peut-être plus commode de considérer que le processus comporte trois étapes. La première exige du tribunal qu'il établisse les faits de la pratique étatique et de l'*opinio juris*. Dans les cas simples, la première étape peut être écartée sans tenue d'un procès, en raison du pouvoir de prendre connaissance d'office. Lorsque nul ne conteste ou ne peut contester l'existence d'une norme de droit international coutumier, il convient que les tribunaux en prennent connaissance d'office (*R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 61). En l'espèce, nous sommes d'accord avec les juges majoritaires pour dire que l'existence de certaines des normes de droit international qui ont été alléguées — par exemple l'interdiction des crimes contre l'humanité — satisfait au seuil permettant d'en prendre connaissance d'office (motifs des juges majoritaires, par. 99). Cependant, lorsque l'existence d'une norme de droit



international coutumier est contestée — comme elle l'est en ce qui a trait à la question de savoir si les sociétés peuvent être tenues responsables en droit international —, le juge devrait se fonder sur les actes de procédure (lorsqu'il est saisi d'une requête en radiation ou d'une requête en jugement sommaire) ou sur les éléments de preuve qui lui sont présentés.

[180] C'est dans ces cas contestés et épineux que cette étape est particulièrement importante. Les tribunaux seront appelés à déterminer à la fois s'il existe de façon générale une coutume au sein des États qui est appliquée de manière uniforme, et si les États qui se livrent à sa pratique respectent celle-ci parce qu'ils croient qu'il est nécessaire de le faire pour s'acquitter de leurs obligations en droit international coutumier. Il s'agit fondamentalement de démarches empiriques : elles ne consistent pas à se demander ce que devrait être la pratique étatique ou si les États devraient se conformer à la norme parce qu'ils s'y sentent tenus par le droit international coutumier, mais à vérifier si les États s'y conforment effectivement. Comme l'a reconnu van Ert, [TRADUCTION] « [l]a pratique étatique [. . .] est une question de fait » (*Using International Law in Canadian Courts*, p. 67) et, lorsqu'un demandeur invoque [TRADUCTION] « une nouvelle règle de droit international coutumier », il se peut qu'il doive en faire la preuve (« *The Reception of International Law in Canada* », p. 6, note de bas de page 60).

[181] Comme les juges majoritaires le précisent à juste titre (au par. 79), les décisions judiciaires des tribunaux nationaux peuvent constituer « une preuve » de la

pratique générale ou de l'*opinio juris*. Ces tribunaux nationaux incluent les tribunaux canadiens, les tribunaux d'autres régimes de common law et les tribunaux de tout autre système juridique national. Pour déterminer s'il existe une règle de droit international coutumier, les tribunaux canadiens doivent être prêts à comprendre et à évaluer des décisions judiciaires du monde entier. Comme notre Cour l'a expliqué, « [p]our déterminer la coutume, il faut étudier de façon approfondie les pratiques des nations » (*R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 773). Les juges canadiens doivent être en mesure de comprendre les décisions rendues dans un système juridique étranger — sur lequel ils n'ont pas de formation — et dans des langues qu'ils ne connaissent pas. Il semble tout simplement logique de mettre à la disposition des juges une preuve d'expert pour qu'ils puissent comprendre des textes rédigés dans une langue étrangère (van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 57). En d'autres termes, les fondements du droit international coutumier reposent en partie sur le droit étranger. Au Canada, le droit étranger est traité comme un fait, et non comme du droit (J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (6<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 7-1). Lorsqu'un tribunal canadien applique les règles canadiennes de droit international privé et décide qu'il faut appliquer le droit d'un État étranger dans une instance judiciaire canadienne, il n'entreprend pas sa propre analyse du droit étranger. Le juge canadien compte plutôt sur les parties pour qu'elles lui soumettent des éléments de preuve sur le contenu du droit étranger.

[182] C'est seulement une fois que les faits de la pratique étatique et de l'*opinio juris* sont établis que le tribunal peut passer à la deuxième étape, laquelle consiste à

déterminer quelles normes de droit international coutumier, s'il en est, doivent être reconnues afin de mieux expliquer ces faits. Cette question se pose, car la pratique étatique et l'*opinio juris* peuvent être compatibles avec plus d'une norme. Il s'agit d'une question de droit.

[183] La dernière étape consiste à appliquer les normes qui sont ainsi reconnues aux faits de l'espèce. Il s'agit d'une question mixte de faits et de droit.

[184] Il convient de souligner que, bien que nous ne partageons pas l'avis des juges majoritaires sur ce point procédural, et bien que ce point soit important, ce n'est pas là que se situe en définitive le nœud de notre désaccord. Plus les questions en litige sont d'ordre factuel, plus il est difficile pour le tribunal de radier à juste titre les actes de procédure. Il est donc plus difficile pour nous de radier les réclamations en cause en l'espèce selon *notre* conception du caractère jurisprudentiel du droit international, que ce ne l'est selon la conception *des juges majoritaires*. C'est néanmoins, comme nous l'expliquerons, exactement ce que nous ferions.

B. *Selon la thèse des juges majoritaires, la réclamation ne respecte pas les limites imposées au droit international en droit canadien*

[185] Dans la section qui suit, nous expliquons les raisons pour lesquelles la thèse des juges majoritaires ne peut être retenue. Nous commençons par résumer leur démarche telle que nous la comprenons :

- a) Il existe en droit international des règles interdisant les crimes contre l'humanité, l'esclavage, le recours au travail forcé et les traitements cruels, inhumains ou dégradants (par. 100-103);
- b) Ces interdictions ont valeur de *jus cogens*, sauf peut-être celle visant le recours au travail forcé (par. 100-103);
- c) Les individus et les États doivent se conformer à certaines interdictions de droit international coutumier et il appartient au juge de première instance de décider s'ils doivent respecter ces interdictions particulières (par. 105, 110-111 et 113).
- d) Les sociétés doivent également se conformer à certaines de ces interdictions (par. 112-113).
- e) Ces interdictions profitent aux individus (par. 106-111).
- f) Il [TRADUCTION] « serait illogique de soutenir que le droit international peut imputer une responsabilité criminelle aux sociétés, mais pas une responsabilité civile » (par. 112, citant H. H. Koh, « Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation » (2004), 7 *J.I.E.L.* 263, p. 266).

- g) Par application de la doctrine de l'adoption, tout acte interdit en droit international est également interdit en droit interne, sauf disposition législative contraire (par. 94, 114 et 116).
- h) En droit interne, là où il y a un droit, il y a un recours (par. 120-121).
- i) Il n'y a pas de recours adéquat en droit interne, y compris en vertu des délits existants (par. 122-126).

[186] Nous n'avons rien à redire en ce qui concerne les étapes a), b), c), e) et h) de l'analyse des juges majoritaires.

[187] Cependant, à notre humble avis, les juges majoritaires font fausse route aux étapes d), f), g) et i) de leur analyse. La conclusion qu'ils tirent à l'étape d) repose sur le fait qu'il est possible qu'une norme de droit international coutumier existe lorsqu'une pratique étatique n'est pas générale et n'est pas uniforme. Les conclusions auxquelles ils arrivent aux étapes f) et g) ne sont pas étayées par les prémisses sur lesquelles ils se fondent. De plus, les conclusions qu'ils tirent à l'étape i) ne sont possibles que si l'on ne tient pas compte de l'interdiction expresse édictée par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, selon laquelle les tribunaux ne peuvent créer des infractions de common law. Nous examinerons ces conclusions à tour de rôle.

(1) Sur le plan juridique, les sociétés ne peuvent pas être tenues responsables en droit international coutumier

[188] Les juges majoritaires affirment qu'il « n'est pas évident et manifeste que les sociétés jouissent aujourd'hui d'une exclusion générale en droit international coutumier à l'égard de la responsabilité directe pour violations des [TRADUCTION] “normes obligatoires, définissables et universelles de droit international” » (par. 113, citant Koh, p. 267). La seule source que les juges majoritaires invoquent à l'appui de cette proposition est un essai du professeur Harold Koh, publié dans une revue juridique. Ils ne citent aucune décision dans laquelle une société a été tenue civilement responsable de violations au droit international coutumier quelque part dans le monde, et nous n'en connaissons aucune. Bien qu'ils citent un livre de Simon Baughen et un article de Andrew Clapham, ces écrits n'étaient pas leur point de vue (S. Baughen, *Human Rights and Corporate Wrongs : Closing the Governance Gap* (2015), p. 130-132; A. Clapham, « On Complicity », dans M. Henzelin et R. Roth, dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation* (2002), 241, p. 241-275) L'analyse que fait Baughen des normes de droit pénal international qui imposent une responsabilité civile aux personnes qui aident et encouragent est propre à la disposition du United States Code qui est maintenant communément appelée la *Alien Tort Statute*, 28 U.S.C. § 1350 (2018), et l'article de Clapham porte sur la reconnaissance de la complicité des sociétés en droit pénal international et sur les violations des droits de la personne, et non sur la reconnaissance de règles de responsabilité civile.

[189] À notre avis, il est évident et manifeste que les sociétés sont exclues de la responsabilité directe. Bien que normalement, il incomberait au tribunal de première

instance de se prononcer sur une telle question litigieuse, dans le contexte d'une norme contestée de droit international coutumier, l'existence d'une opinion contraire peut en soi être déterminante. Comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Kazemi*, « le droit international coutumier, de par sa nature même, ne saurait être équivoque. En effet, s'il est équivoque, il n'a pas force obligatoire » (par. 102).

[190] Nous aimerions opposer à cet égard ainsi qu'à cet unique essai du professeur Koh le rapport de l'Assemblée générale des Nations Unies intitulé *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. N.U. A/HRC/4/35, 19 février 2007, selon lequel « les premiers éléments de recherche n'ont pas permis de faire apparaître une pratique uniforme et cohérente des États établissant les responsabilités des entreprises en droit international coutumier » (par. 34). Cela est confirmé par l'évaluation suivante faite par le juge Crawford dans l'ouvrage cité par les juges majoritaires au par. 97 de leurs motifs (*Brownlie's Principles of Public International Law*) :

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, aucun processus international n'exige des particuliers ou des entreprises qu'ils protègent les droits de la personne. Les décisions des tribunaux internationaux portent principalement sur la responsabilité qui incombe aux États de prévenir les violations des droits de la personne par quiconque se trouve sur leur territoire. De plus, le droit international coutumier ne reconnaît pas encore la responsabilité des sociétés en cas de violations des droits de la personne. [Nous soulignons, notes de bas de pages omises.]

(Crawford, p. 630)

[191] Les sources appuient donc la proposition selon laquelle la responsabilité des sociétés en cas de violations des droits de la personne n'a *pas* été reconnue en droit international coutumier; le plus que l'on puisse affirmer de façon crédible, c'est que la proposition selon laquelle une telle responsabilité a été reconnue est équivoque. Pour reprendre ce qui a été dit dans *Kazemi*, « le droit international coutumier, de par sa nature même, ne saurait être équivoque. En effet, s'il est équivoque, il n'a pas force obligatoire » (par. 102). En l'absence d'une telle norme obligatoire, la cause d'action des travailleurs est clairement vouée à l'échec.

(2) La doctrine de l'adoption ne transforme pas une règle prohibitive en règle de responsabilité

[192] Soit dit en tout respect, nous estimons que l'analyse des juges majoritaires à l'égard des étapes f) et g) est difficile à suivre.

[193] Au paragraphe 101, les juges majoritaires écrivent que « [l']interdiction de l'esclavage aussi est considérée comme une norme impérative ». Nous ne savons pas trop comment ils déduisent l'existence possible d'une règle de responsabilité de cette déclaration incontestée d'interdiction. Peut-être qu'ils considèrent qu'une règle de responsabilité découle nécessairement d'une « interdiction » ou que la doctrine de



l'adoption crée une règle de responsabilité en réponse à une interdiction, ou peut-être encore ces deux choses<sup>8</sup>. Nous l'ignorons.

[194] En présence d'une telle incertitude, nous examinerons tous les raisonnements possibles qui ont pu amener les juges majoritaires à passer de l'existence d'une interdiction à l'existence d'une règle de responsabilité. Nous en voyons trois, lesquels correspondent à des interprétations distinctes de leurs motifs :

- (1) Les interdictions de droit international coutumier *obligent* l'État canadien à prévoir des règles de responsabilité interne entre les individus et les sociétés. En ce qui concerne l'esclavage, l'interdiction obligerait le Canada à prévoir une règle de droit selon laquelle les personnes réduites à l'esclavage peuvent tenir une société responsable de cette situation. La doctrine de l'adoption exige que nos tribunaux créent de telles règles si elles n'existent pas déjà. Le paragraphe 119 des motifs des juges majoritaires appuie cette interprétation.
- (2) Une interdiction en droit international coutumier renferme elle-même une règle de responsabilité entre les individus et les sociétés. En ce qui concerne l'esclavage, l'interdiction de cette pratique inclurait une règle accessoire selon laquelle « une société responsable de réduction en esclavage est responsable envers les personnes tenues dans cette situation ». La doctrine de l'adoption

---

<sup>8</sup> Il existe, bien sûr, une autre possibilité, mais ce n'en est pas une que les juges majoritaires avancent. Il se peut que ni l'interdiction en droit international coutumier ni la doctrine de l'adoption ne créent la règle de responsabilité. Ce serait plutôt un changement prosaïque à la common qui crée cette règle, inspirée de la reconnaissance qu'un acte interdit en droit international coutumier constitue une transgression. Il s'agit de la thèse qui a permis au juge en cabinet de confirmer les actes de procédure. Nous examinons et rejetons cette thèse dans la partie IV de nos motifs.

exige que les tribunaux nationaux fassent respecter ces règles. Les paragraphes 127 et 128 des motifs des juges majoritaires appuient cette interprétation.

- (3) Le droit international coutumier général (c'est-à-dire de nature non pénale) oblige les États à adopter des lois interdisant certains actes. Le droit pénal international interdit également aux sociétés d'accomplir ces actes. En ce qui concerne l'esclavage, l'interdiction de cette pratique signifierait, d'une part, que « le Canada doit interdire et prévenir l'esclavage par des tiers » et, d'autre part, que « commet un crime international toute société qui réduit une personne à l'esclavage ». La doctrine de l'adoption transforme ces exigences et ces interdictions en règles de responsabilité délictuelle. Les paragraphes 117 et 122 des motifs des juges majoritaires appuient cette interprétation.

[195] Si l'une ou l'autre des deux premières interprétations reflète bien les motifs exposés par les juges majoritaires, ceux-ci reposent, à notre humble avis, sur des normes de droit international coutumier qui n'existent pas. Si la troisième interprétation reflète bien ces motifs, ceux-ci reposent, à notre humble avis, sur l'attribution à la doctrine de l'adoption d'un rôle qu'elle ne peut avoir.

[196] Si, comme l'indique la première interprétation énoncée ci-dessus, les motifs des juges majoritaires reposent sur l'idée que le droit international coutumier *oblige* les États à prévoir un recours civil pour les violations d'interdictions, permettez-nous alors d'affirmer, dans un premier temps, que cette théorie n'est pas

celle que les travailleurs ont invoquée. Ces derniers n'ont pas allégué les faits nécessaires relatifs à la pratique étatique et à l'*opinio juris* : ils n'ont pas fait valoir qu'il existe une pratique générale au sein des États qui consiste à prévoir un recours civil pour les violations d'interdictions, et que les États se livrent à cette pratique pour se conformer au droit international coutumier. Le tribunal ne peut pas non plus prendre connaissance d'office de telles pratiques, parce qu'elles ne sont pas suffisamment bien établies.

[197] De plus — et de manière plus fondamentale —, les États sont en règle générale libres de s'acquitter de leurs obligations internationales conformément à leurs propres arrangements et préférences internes en matière institutionnelle. Le droit international coutumier peut fort bien obliger tous les États à interdire l'esclavage, mais il ne régit habituellement pas la forme que prendra cette interdiction. Une règle de responsabilité civile n'est qu'une possibilité parmi d'autres. Une interdiction pourrait également être mise en œuvre au moyen, par exemple, du droit pénal ou de sanctions administratives. C'est aux législateurs qu'il appartient normalement d'examiner et de décider comment ils atteindront cet objectif. Comme la Second Circuit Court of Appeals l'a fait remarquer dans *Khulumani c. Barclay National Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2nd Cir. 2007), [TRADUCTION] « le droit des nations ne crée généralement pas de causes d'action privées pour remédier à ses violations, mais il confie à chaque nation la tâche de définir les recours qui peuvent être exercés en cas de violations du droit international » (p. 269, citant *Kadic c. Karadžić*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995), p. 246). Bien qu'il soit concevable que le droit international puisse

évoluer de manière à donner lieu à un tel résultat, il n'a pas évolué ainsi (*Kazemi*, par. 153). Affirmer que le droit international a ainsi évolué ou qu'il devrait évoluer ainsi n'en fait pas une réalité.

[198] Si, comme en témoigne la deuxième interprétation susmentionnée, les motifs exposés par les juges majoritaires reposent sur l'existence d'une règle de droit international coutumier qui rend une société directement civilement responsable envers un individu, permettez-nous alors de constater, encore une fois, que cette théorie n'a pas été invoquée.

[199] Pour étayer cette conclusion, les juges majoritaires se fondent dans leurs motifs (par. 112) sur l'essai doctrinal susmentionné du professeur Koh. Dans cet essai, le professeur Koh affirme qu'il [TRADUCTION] « serait illogique de soutenir que le droit international peut imputer une responsabilité criminelle aux sociétés, mais pas une responsabilité civile ». Si les juges majoritaires se fondent sur cet essai pour démontrer l'existence d'une telle règle, nous dirions simplement qu'un seul essai ne constitue pas une pratique étatique ou une *opinio juris*.

[200] Même en considérant que, selon ce qui y est affirmé, il étaye une proposition quelconque, l'essai du professeur Koh n'indique pas que le droit international coutumier a ainsi évolué; il avance plutôt tout simplement l'hypothèse qu'il *pourrait* connaître cette évolution. La simple possibilité que le droit international coutumier *puisse* changer ne suffit pas, dans le cadre d'une requête en radiation, à empêcher qu'une réclamation ne soit vouée à l'échec. Autrement, toutes

sortes de réclamations hypothétiques seraient accueillies au motif que le législateur *pourrait* créer une nouvelle cause d'action légale à l'appui de celles-ci. Bien entendu, lors d'une requête en radiation, il est impossible de radier une nouvelle réclamation de common law du simple fait de sa nouveauté. La distinction pertinente ici est que les tribunaux jouissent d'un certain pouvoir discrétionnaire leur permettant de modifier la common law. Les tribunaux n'ont pas ce pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait au droit législatif ou au droit international coutumier. Ils peuvent reconnaître un changement au droit international coutumier, mais ils ne peuvent eux-mêmes modifier ce droit directement.

[201] Nous constatons également que, dans son autre publication, le professeur Koh dit clairement que son projet académique est de nature normative : il ne cherche pas tout simplement à *décrire* l'état actuel du droit international, mais à *changer* ce droit grâce à ses travaux de recherche (voir H. H. Koh, *International Law vs. Donald Trump : A Reply*, 5 mars 2018 (en ligne)). La pratique étatique n'est pas un concept normatif, mais un concept descriptif. Elle ne peut donc être établie en fonction de la façon dont un seul universitaire américain pense que le droit international devrait fonctionner, mais elle doit plutôt reposer sur la manière dont les États se sont comportés dans les faits. La pratique étatique est ce qui différencie la responsabilité civile de la responsabilité pénale en droit international coutumier. Depuis le procès de Nuremberg, les États de la communauté internationale acceptent que la responsabilité pénale découle du droit international coutumier. C'est précisément cette acceptation qui crée le droit international coutumier.

[202] En dehors du domaine du droit pénal, il n'existe pas, dans le cas des individus, de règles correspondantes d'acceptation de la responsabilité. Ce point de vue largement partagé est bien résumé par le professeur Roger O'Keefe, qui écrit que [TRADUCTION] « le phénomène de la responsabilité pénale individuelle en droit international distingue ce sous-ensemble de crimes internationaux de l'ensemble du droit international public, dont la violation des règles n'entraîne que la responsabilité délictuelle de l'État fautif » (*International Criminal Law* (2015), p. 47-48 (note de bas de page omise)). D'ailleurs, comme les juges majoritaires de notre Cour l'ont fait observer dans l'arrêt *Kazemi* (au par. 104), « la majorité des acteurs de la communauté internationale considère toujours que [les procédures pénales et les procédures civiles] demeurent fondamentalement différent[e]s ».

[203] Un arrêt canadien appuie également le point de vue selon lequel les interdictions de droit international coutumier ne créent pas de règles de responsabilité civile. Dans l'arrêt *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné et rejeté l'argument selon lequel l'interdiction de la torture prévue en droit international coutumier [TRADUCTION] « constitue un droit à la protection contre la torture, et là où il y a un droit, il y a un recours », de sorte qu'il doit exister un recours civil (par. 92). Comme il a été conclu à bon droit dans *Bouzari*, « [e]n principe, le fait de prévoir un recours civil pour une violation de l'interdiction de la torture ne constitue pas la seule façon de donner effet à cette interdiction » (par. 93) et, « en pratique, les États n'accordent pas une réparation civile pour des actes de torture commis à l'étranger par des États étrangers » (par. 94). La question

peut être énoncée en termes simples : un tribunal interne ne peut apporter un changement au droit en « se fondant sur une pratique étatique répandue qui n'existe pas actuellement » (par. 95).

[204] Il se peut que ni l'une ni l'autre de nos deux premières interprétations des motifs des juges majoritaires ne soit correcte et que ceux-ci partagent notre point de vue selon lequel il n'existe aucune règle de droit international coutumier qui oblige les États à créer des règles de responsabilité civile ou qui vise à imposer directement une responsabilité civile. Si tel est le cas, il ressort alors de la troisième interprétation susmentionnée que la doctrine de l'adoption doit, selon les motifs des juges majoritaires, transformer en règle de responsabilité civile une interdiction générale frappant les États et des interdictions pénales touchant des individus. À notre avis, cela aurait pour effet de conférer à la doctrine de l'adoption un rôle qu'elle ne peut jouer.

[205] Il ne suffit pas d'affirmer simplement que la doctrine de l'adoption a pour effet d'incorporer des règles prohibitives et impératives à la common law. En dehors du domaine du droit pénal, le droit international coutumier impose certaines interdictions et obligations aux États, et non aux acteurs privés. Comme l'explique le juge Crawford, [TRADUCTION] « les droits de la personne [. . .] se forment contre l'État, qui, pour l'heure, assume pratiquement seul la responsabilité en la matière » (p. 111). Seuls les États sont assujettis à des devoirs en droit international coutumier général.

[206] Il ne suffit pas non plus d'affirmer que la doctrine de l'adoption doit tenir compte des devoirs auxquels l'État est tenu en droit international coutumier. Nous ne contestons pas que l'État peut avoir notamment le devoir d'interdire les violations des droits susmentionnés et celui consistant à les prévenir. Nous ne contestons pas non plus qu'une telle norme impérative puisse déclencher l'application de la doctrine de l'adoption. Notre contestation porte uniquement sur *la manière* dont la doctrine de l'adoption amène le droit canadien à changer en réponse à la reconnaissance d'une norme de droit international coutumier. À notre avis, le processus en trois étapes que nous avons décrit précédemment permettant de déterminer s'il convient de modifier les règles de la common law privée en réponse à la reconnaissance d'une norme impérative de droit international coutumier devrait s'appliquer.

[207] À la première étape, nous estimons que la norme impérative en cause en l'espèce est que « le Canada doit interdire et prévenir l'esclavage par des tiers », avec les adaptations nécessaires pour chacune des activités qui contreviendraient au droit international. Nous convenons qu'il est possible que, dans les actes de procédure, il soit allégué que cette norme peut exister, et qui plus est, il ne nous semble pas évident et manifeste qu'elle n'existe pas. Nous sommes donc d'avis de ne pas radier la réclamation pour cette raison. Cela nous amène à l'examen des deuxième et troisième étapes du processus d'adoption d'une norme impérative : décider de la meilleure façon de donner effet à la norme et vérifier si une loi empêche le tribunal de modifier la common law de façon à donner cet effet à la norme.



[208] À la deuxième étape, nous sommes d'avis que c'est au moyen du droit pénal, et seulement au moyen du droit pénal, qu'il peut valablement être donné effet à une telle règle impérative. D'ailleurs, les motifs des juges majoritaires semblent reposer sur des craintes relevant du droit pénal. Nous analyserons cet aspect de leurs motifs plus en détail dans la prochaine section et nous ne répéterons pas les mêmes choses ici.

[209] À la troisième étape, nous constatons qu'à l'art. 9 du *Code criminel*, le Parlement a clairement interdit aux tribunaux de créer des règles de droit pénal au moyen de la common law. Dans l'arrêt *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 3, notre Cour a explicitement écarté l'idée qu'on pouvait « faire reculer l'horloge du temps et [. . .] revenir à [. . .] une période au cours de laquelle les tribunaux et non le législateur pouvaient modifier les éléments constitutifs des infractions criminelles ». À cette étape, nous concluons que, suivant cette interprétation de la thèse des juges majoritaires, les actes de procédure sont voués à l'échec pour deux raisons : premièrement, le droit pénal, pour lequel il n'existe aucune cause d'action de droit privé, permet de remédier de façon appropriée aux violations des normes impératives en cause en l'espèce, et, deuxièmement, le Parlement a interdit aux tribunaux de créer de nouveaux crimes.

[210] L'approche des juges majoritaires n'est pas plus défendable si nous prenons un certain recul et considérons celle-ci sous un angle plus conceptuel. Essentiellement, selon cette interprétation, cette approche équivaut à dire que la

doctrine de l'adoption a ce que les juristes européens appelleraient un « effet horizontal ». Les articles des traités qui constituent l'Union européenne confèrent aux individus des droits à la fois contre l'État (« effet vertical ») et contre d'autres parties privées (« effet horizontal ») (P. Craig, « Britain in the European Union », dans J. Jowell, D. Oliver et C. O'Conneide, dir., *The Changing Constitution* (8<sup>e</sup> éd. 2015), 104, p. 127). Au Canada, notre Cour a rejeté l'idée selon laquelle la *Charte* a un effet horizontal (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 597; voir également G. Phillipson, « The Human Rights Act, “Horizontal Effect” and the Common Law : a Bang or a Whimper? » (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824, p. 824). Il serait étonnant que le droit international coutumier ait un effet horizontal alors que la *Charte* n'en a pas. On peut se demander si l'opinion des juges majoritaires au sujet de l'adoption du droit international coutumier n'équivaudrait pas à un nouveau projet de loi sur les droits horizontaux; sur le plan conceptuel, il s'agit d'un terrain dangereux.

[211] L'approche des juges majoritaires revient aussi à reconnaître une cause d'action de droit privé pour une simple violation du droit international public coutumier. Cela serait également étonnant, car il n'existe aucune cause d'action de droit privé pour une simple violation du droit législatif public canadien (voir *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 9). Comme l'a expliqué le juge Crawford, une règle de droit international coutumier ne sera pas adoptée si elle est elle-même [TRADUCTION] « contredite par un principe antérieur de common law » (p. 66, citant *West Rand Central Gold Mining Company c. Rex*, [1905] 2 K.B. 391,

p. 408, lord juge en chef Alverstone; *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160 (C.P.), p. 168, lord Atkin).

[212] De surcroît, la simple existence de règles internationales en matière de responsabilité pénale ne rend pas nécessaire la création de délits nationaux. Comme nous l'avons déjà souligné, à l'appui de leur thèse selon laquelle les tribunaux nationaux peuvent tenir des sociétés civilement responsables de violations du droit international, les juges majoritaires (au par. 112) s'appuient sur un essai du professeur Koh. Cependant, cet essai concerne les tribunaux internes des États-Unis et non du Canada. De plus, les règles de droit appliquées par les tribunaux américains diffèrent de manière significative de celles appliquées par les tribunaux canadiens. Comme l'écrit le professeur Koh, [TRADUCTION] « [L]e congrès a adopté deux lois — l'Alien Tort Statute et la Torture Victim Protection Act (TVPA) — précisément pour prévoir des recours civils pour les violations du droit international » (« Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation », p. 266-267 (nous soulignons)). La première, l'ancienne et unique dans l'histoire *Alien Tort Statute*, exige que les tribunaux américains considèrent que le droit international crée une responsabilité civile (*Khulumani*, p. 270, note de page de page 5). L'*Alien Tort Statute* ne possède pas d'équivalent à l'extérieur des États-Unis (A. Ramasastry et R. C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict : Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries* (2006), p. 24; J. Zerk, *Corporate liability for gross human rights abuses : Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies — A report prepared for the Office of*

*the UN High Commissioner for Human Rights*, février 2014 (en ligne), p. 45).

L'existence de ces lois a influencé l'équivalent américain particulier de la doctrine de l'adoption. Essentiellement, l'approche des juges majoritaires reviendrait à américaniser la doctrine canadienne de l'adoption sans tenir compte du contexte législatif unique dont est issue la doctrine américaine. Il va sans dire que les tribunaux canadiens ne peuvent adopter une loi américaine alors que le Parlement et les législatures provinciales ne l'ont pas fait.

[213] En somme, pour parvenir à leur conclusion sur la nécessité d'une règle de responsabilité délictuelle, les juges majoritaires doivent modifier considérablement la doctrine de l'adoption. Comme nous l'expliquerons plus loin (voir section III, rubrique C), ce n'est pas une modification que notre Cour est habilitée à faire.

(3) Un recours délictuel n'est pas nécessaire

[214] À ce qui correspond selon nous à l'étape h) de leurs motifs, les juges majoritaires suggèrent que là où il y a un droit, il y a un recours. Nous sommes du même avis. Ils ajoutent, à ce que nous avons appelé l'étape i) de leurs motifs, que ce truisme signifie que rien n'empêche les tribunaux canadiens d'accorder une réparation civile pour les violations de normes de droit international coutumier. Il s'agit là d'un autre point de désaccord avec eux. À notre avis, il est possible, même à ce stade peu avancé de la procédure, d'exclure la possibilité d'accorder des *dommages-intérêts* à titre de réparation pour les violations de normes de droit international coutumier. Le droit d'obtenir réparation ne fait pas nécessairement

référence au droit à *une forme ou à une sorte particulière* de réparation. Le Parlement pourrait préférer une autre réparation, comme le contrôle judiciaire, ou une sanction pénale. Comme notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Kazemi*, « [I]es réparations ne sont nullement automatiques ou illimitées; il n'existe aucun consensus au sein de la société pour admettre qu'une réparation efficace est toujours disponible pour indemniser toute violation d'un droit » (par. 159).

[215] Les juges majoritaires écartent la possibilité que les délits de droit interne existants puissent suffire. Selon eux, « on peut à tout le moins soutenir que les allégations des travailleurs érythréens englobent une conduite qui n'est pas visée par ces délits internes existants » (par. 123). Ils nous disent qu'il est difficile de réfuter l'idée que « la torture est plus qu'[une batterie] »<sup>9</sup> et que « l'esclavage est plus qu'un amalgame d'une séquestration, de voies de fait et d'un d'enrichissement injustifié » (par. 126, citant m.i., par. 4). Il y a, affirment-ils (au par. 125), un « symbolisme » important dans le fait de qualifier une poursuite d'action pour « torture » ou pour batterie. Ils souscrivent à l'idée que [TRADUCTION] « [I]a conséquence réparatrice liée au fait d'avoir gain de cause ne constitue souvent, voire même généralement, qu'une préoccupation secondaire » (par. 125, citant G. Virgo, « Characterisation, Choice of Law, and Human Rights », dans C. Scott, dir., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001) 325, p. 335). Les juges majoritaires expliquent également que les causes d'action proposées sont « fondamentalement différentes » des délits traditionnels et « ont un

---

<sup>9</sup> Le terme « batterie » réfère à la « battery ».

caractère plus public » que ceux-ci, puisque ces actes délictueux [TRADUCTION] « heurtent la conscience » (par. 124, citant M. C. Bassiouni, « International Crimes : *Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes* (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63, p. 69). Ils concluent en expliquant que le recours approprié doit souligner « le caractère public et [. . .] l'importance des droits violés en jeu, [. . .] la gravité du manquement à ceux-ci, [. . .] l'incidence sur les objectifs internes et mondiaux en matière de droits et [. . .] la nécessité de créer un effet dissuasif à l'égard de toute violation ultérieure » (par. 129).

[216] En toute déférence, ces considérations ne sont pas pertinentes lorsqu'il s'agit de décider de la portée du droit de la responsabilité délictuelle. Une différence ayant trait simplement aux dommages-intérêts ou à l'importance du préjudice ne suffira pas à justifier la reconnaissance d'un nouveau délit. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, notre Cour a expliqué qu'il n'était pas nécessaire de reconnaître un délit distinct de batterie de nature sexuelle parce que le délit de batterie englobait déjà tous les préjudices visés par la batterie de nature sexuelle. Les aspects sexuels de la réclamation avaient trait au montant des dommages-intérêts, ce qui ne justifiait pas la reconnaissance d'un délit distinct (par. 27). De même, la Cour d'appel de l'Ontario a récemment jugé qu'une [TRADUCTION] « reconnaissance accrue au sein de la société » du caractère transgressif d'une conduite ne rendait pas nécessaire pas la création d'un nouveau délit (*Merrifield c. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 205, 145 O.R. (3d) 494, par. 50-53, autorisation de pourvoi refusée, C.S.C. Bull., 20

septembre 2019, p. 8). Le fait est le suivant : puisque toute torture constitue une batterie (ou une infliction intentionnelle d'un trouble émotif), encore qu'il s'agisse d'une forme particulièrement grave de batterie, elle n'a pas à être reconnue comme un nouveau délit. Notre droit, dans l'état actuel, prévoit une cause d'action appropriée.

[217] Les juges majoritaires avancent des raisons plausibles en faveur de la reconnaissance de quatre nouveaux *crimes* de common law, si les tribunaux étaient habilités à ce faire. Toutefois, à notre humble avis, celles-ci ne sont pas pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer si un nouveau *délit* de common law devrait être reconnu.

[218] Le fait que le droit pénal, par comparaison au droit de la responsabilité délictuelle, convienne pour traiter de la conduite en cause en l'espèce ressort à l'évidence. C'est précisément la conclusion à laquelle le Parlement est venu lorsqu'il a décidé de criminaliser les crimes contre l'humanité (voir la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24). Le Parlement a décidé de ne pas prévoir de règle de responsabilité délictuelle. Comme nous l'avons déjà dit, conclure à l'existence d'un nouveau délit fondé simplement sur l'importance du préjudice contredirait l'arrêt *Scalera*. Un préjudice plus important pourrait toutefois constituer une raison appropriée pour élaborer un recours pénal différent. Le « symbolisme » constitue lui aussi un aspect qui est bien pris en compte par les recours pénaux et qui l'est mal par le régime de la responsabilité délictuelle. La qualification d'un crime est importante (*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636), alors que la qualification d'un

délit l'est moins. La responsabilité délictuelle n'est pas un domaine du droit où la principale valeur d'une poursuite est souvent, ou même habituellement, de nature symbolique. Enfin, le régime de la responsabilité délictuelle a sa propre façon de s'adapter aux violations de droits qui sont plus graves ou qui doivent faire l'objet d'une dissuasion : par l'octroi de dommages-intérêts majorés.

[219] Les juges majoritaires suggèrent également que l'on reconnaisse de nouveaux délits nommés afin de permettre à notre Cour d'[TRADUCTION] « ajoute[r] sa voix à celle des autres membres de la communauté internationale condamnant collectivement [ces crimes] » et de « favoris[er] [ainsi] l'élaboration d'une règle de droit international » (par. 130, citant H. H. Koh, « Civil Remedies for Uncivil Wrongs : Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation » (2016), 50 *Tex. Intl L.J.* 661, p. 675).

[220] En formulant cette suggestion, les juges majoritaires sous-estiment les outils dont disposent déjà les tribunaux canadiens pour condamner les crimes contre l'humanité et les traitements dégradants. Premièrement, même si la présente action concernait officiellement le délit de batterie, un tribunal pourrait, dans ses motifs, exprimer sa réprobation à l'égard de la conduite en cause. Rien en l'espèce n'empêcherait le juge de première instance d'écrire dans ses motifs que Nevsun a eu recours au travail forcé et à l'esclavage et qu'elle a commis d'autres violations des droits de la personne, ou a été complice de tels actes, même si, ultimement, il conclut en droit qu'elle s'est livrée à des voies de fait, à des batteries ou à d'autres



transgressions. Les causes d'action peuvent parfois porter différents noms. Par exemple, ce que notre Cour a appelé délit d'« atteinte par un moyen illégal » dans l'arrêt *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, est communément appelé « “atteinte ou entrave illicite aux rapports économiques”, “atteinte aux rapports commerciaux par un moyen illicite”, “atteinte aux intérêts économiques par un geste illégal”, “ingérence par recours à un moyen illicite” ou simplement délit consistant à “causer une perte par un moyen illicite” » (par. 2). De même, ce que notre Cour a qualifié de « délit de fraude civile » dans l'arrêt *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126, par. 21, et dans *Mauldin*, par. 87, est aussi communément appelé [TRADUCTION] « délit de tromperie » (voir *Dhillon c. Dhillon*, 2006 BCCA 524, 232 B.C.A.C. 249, par. 77).

[221] Le tribunal de première instance pourrait également exprimer sa réprobation par les dommages-intérêts qu'il impose. À titre d'exemple, les dommages-intérêts punitifs, qui, comme l'a reconnu notre Cour, « chevauchent la frontière entre le droit civil (indemnisation) et le droit criminel (punition) », visent à *dénoncer* une conduite répréhensible (*Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 36 et 44). Les juges majoritaires nous disent que l'octroi de dommages-intérêts punitifs « p[eut] être inadéqua[t] » lorsqu'il s'agit de remédier à la violation de ces normes internationales (par. 126). Ils affirment qu'une réponse « différent[e] et plus rigoureux[e] » peut être requise (par. 129). Or la réponse « différent[e] et plus rigoureux[e] » qui, selon les juges majoritaires, doit être donnée

semble être un délit portant un nouveau nom, mais ouvrant droit à la même réparation. Encore là, mieux vaut conclure qu'un recours en droit pénal est approprié, alors qu'un recours en droit de la responsabilité délictuelle (établi par les tribunaux plutôt que par le législateur) ne l'est pas.

[222] Nous soulignons aussi que l'approche préconisée par les juges majoritaires à cet égard ferait en sorte que le Canada serait déphasé par rapport aux autres États. Comme l'explique M<sup>me</sup> Zerk, bien que [TRADUCTION] « la plupart des États prévoient la possibilité de présenter des demandes d'indemnisation de droit privé en cas de comportement transgressif », « ces types de réclamations ne visent pas dans la plupart des cas des violations flagrantes des droits de la personne en particulier » (p. 43). Des délits comme ceux de « voies de fait », de « batterie », de « séquestration » et de « négligence » sont plutôt utilisés (p. 43-44). D'ailleurs, la responsabilité des sociétés pour les violations du droit international coutumier en général repose sur des [TRADUCTION] « délits ordinaires de common law ou des délits ordinaires de droit civil » (Ramasastry et Thompson, p. 22). De telles actions ordinaires de droit privé prévoient des mécanismes pour remédier au « préjudice découlant d'une violation grave » du droit pénal international (p. 24). Il s'agit d'un point essentiel en l'espèce, où les travailleurs font valoir de telles réclamations ordinaires de droit privé en plus de leur réclamation fondée sur le droit international coutumier. Même si cette partie de la requête en radiation de Nevsun devait être accueillie, les travailleurs pourraient demander au Canada la même réparation que celle qu'ils pourraient obtenir dans la plupart des autres États.

[223] De plus, comme nous le verrons plus loin dans la section IV, rubrique D, notre jurisprudence actuelle en droit international privé permet également aux tribunaux de déclarer que le droit d'un autre État est si moralement répugnant que les tribunaux canadiens refusent de l'appliquer.

C. *Ce n'est pas aux tribunaux de changer les limites du droit international*

[224] Nous avons déjà expliqué en quoi les motifs des juges majoritaires reposent soit sur des normes de droit international coutumier qui n'existent pas, soit sur l'attribution à la doctrine de l'adoption d'un rôle qu'elle n'a pas. Il nous faut donc nous demander si notre Cour peut modifier la doctrine de l'adoption de manière à ce qu'elle prévoit une règle de responsabilité civile pour les violations d'interdictions en droit international coutumier. À notre avis, notre Cour ne peut pas procéder à ce changement, peu importe qu'il soit formulé de manière à reconnaître l'existence d'une cause d'action pour violation du droit international coutumier ou à attribuer un effet horizontal au droit international coutumier.

[225] Il est évidemment loisible au Parlement et aux législatures provinciales d'effectuer un tel changement. Toutefois, en l'absence d'intervention législative, la capacité des tribunaux de façonner le droit est limitée de par la méthodologie de la common law. Les tribunaux élaborent le droit *graduellement*. Il s'agit là d'une manifestation du principe constitutionnel non écrit de la suprématie législative, qui touche au cœur même de la juste gouvernance et du rôle respectif du législatif, de l'exécutif et du judiciaire (*Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-761;

*London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, p. 436-438; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 666-667; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108, par. 43; B. McLachlin, « Les principes constitutionnels non écrits : qu'est-ce qui se passe dans ce domaine? », 1<sup>er</sup> décembre 2005 (en ligne). Ce principe reflète aussi le manque relatif de connaissances spécialisées des tribunaux par rapport au législateur. Celui-ci dispose de la compétence institutionnelle et de la légitimité démocratique nécessaires pour adopter une réforme juridique majeure. En revanche, le dossier restreint l'examen des tribunaux à la situation des parties en cause, de sorte qu'ils ne peuvent prévoir toutes les conséquences d'un changement.

[226] Dans l'arrêt *Watkins*, aux p. 760-761, notre Cour a affirmé l'importance, tant pratique que normative, du fait que les tribunaux ne puissent apporter que des changements graduels à la common law :

Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.

Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient

susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.

Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence. [Nous soulignons.]

[227] Dans le même ordre d'idées, le juge Robert J. Sharpe s'est, dans un article de doctrine, penché sur les limites du rôle des tribunaux lorsqu'ils sont saisis de questions polycentriques :

[TRADUCTION]

La première question à se poser est celle de savoir si, de par sa nature, le changement proposé est du ressort des tribunaux. Comme je l'ai déjà expliqué, les juges devraient être conscients des limites inhérentes à la fonction juridictionnelle et du fait que leur conception d'une question de droit sera nécessairement limitée par la dynamique propre au processus de débat contradictoire. Ce processus se prête bien à l'examen des questions que posent des litiges bipolaires, mais il est considérablement moins apte à permettre l'analyse de questions polycentriques qui soulèvent des enjeux et des problèmes qui transcendent les intérêts des parties. Les juges devraient hésiter à lancer le droit dans de nouvelles

directions lorsque les conséquences de telles mesures ne sont pas faciles à appréhender ou à comprendre lors de l'examen de la question en litige eu égard aux faits de l'affaire qu'ils sont appelés à trancher. Le processus législatif se prête mieux à l'examen et à l'évaluation de choix de politique générale divergents qui n'ont rien à voir avec les droits et les devoirs juridiques. Les représentants élus sont en mesure de refléter l'opinion de l'ensemble de la population. Les ministères disposent des ressources nécessaires pour étudier et évaluer les options de politique générale. Le processus législatif permet à tous les intéressés de faire connaître leur point de vue et il encourage l'examen et la prise en compte de points de vue divergents.

La deuxième question à se poser concerne l'ampleur du changement. Les juges de common law parlent constamment d'un changement graduel ou interstitiel et ils qualifient l'évolution de la common law de processus d'évolution graduel. L'ancien lord juge principal Tom Bingham l'explique en ces termes : il est tout à fait dans la tradition de la common law « de poursuivre la tendance déjà entamée par le droit ou encore d'adapter celui-ci aux perspectives et aux réalités actuelles. » Si le changement proposé correspond à cette description, il existe une solide tradition qui permet l'établissement de règles de droit par les tribunaux. C'est toutefois une tout autre chose que « de chercher à reformuler le droit d'une manière radicalement novatrice ou hasardeuse », car le droit devient alors « incertain et imprévisible », ce qui est injuste pour la partie déboutée, qui s'est fiée aux règles de droit existant avant le changement. Il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements de cette ampleur. [Note de bas de page omise.]

(*Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 93)

En conséquence, pour qu'un changement soit graduel, il ne peut avoir des conséquences complexes et incertaines. Notre Cour à maintes reprises refusé de modifier la common law dans ces circonstances bien précises (*Watkins*, p. 761; *London Drugs Ltd.*, p. 436-438; *Salituro*, p. 677-678; *Fraser River Pile & Dredge Ltd.*, par. 44).

[228] Cette jurisprudence témoigne de la sagesse acquise par les tribunaux au fil du temps. Modifier la façon dont les tribunaux traitent le droit international

coutumier « pla[cerait] le droit sur une trajectoire inconnue et dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précision » (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 93). Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Kazemi*, au par. 108 :

Les tribunaux ne devraient pas se servir de la common law pour trancher des questions complexes de politique en l'absence d'un fondement juridique solide ou d'un ensemble de précédents applicables et clairs qui démontrent l'émergence d'un nouveau consensus. Une approche différente reviendrait à détruire toute la certitude que peut assurer la common law. Dans les causes de droit international plus particulièrement, il convient que les tribunaux canadiens suivent uniquement la [TRADUCTION] « 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.

Les juges majoritaires jugent un tel changement « nécessair[e] » (par. 118), mais ils n'avancent aucune raison qui permette de croire que celui-ci entraînera autre chose que des conséquences complexes et incertaines. Il faut laisser au législateur le soin de procéder à une réforme aussi fondamentale de la common law, même s'il pourrait sembler intuitivement souhaitable de le faire au moyen du droit jurisprudentiel (*Salituro*, p. 670).

[229] Si le Parlement souhaite créer une action pour violation du droit international coutumier, c'est à lui de prendre cette décision. Notre Cour ne peut le faire pour lui. Comme l'explique le professeur O'Keefe :

[TRADUCTION]

... la reconnaissance par les tribunaux d'une cause d'action délictuelle pour violation d'une règle de droit international coutumier ne constituerait pas moins que la création judiciaire d'un nouveau délit, ce qui n'est pas vraiment arrivé depuis l'institution du délit unifié de négligence en 1932 dans l'arrêt *Donoghue c. Stephenson*<sup>10</sup>. La raison en est essentiellement constitutionnelle : compte tenu de ses vastes répercussions — économiques et parfois politiques —, il est aujourd'hui généralement reconnu qu'il est préférable de laisser au Parlement le soin de créer un nouveau type de délit, en raison de la légitimité démocratique de ce dernier et du fait qu'il est plus en mesure d'effectuer à l'avance les recherches et les consultations nécessaires. [Note de bas de page omise.]

(R. O'Keefe, « The Doctrine of Incorporation Revisited », dans J. Crawford et V. Lowe, dir., *The British Year Book of International Law 2008* (2009), 7, p. 76.)

[230] Lorsque les tribunaux anglais ont décidé de donner un effet horizontal à un instrument international (la convention européenne intitulée *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221), ils l'ont fait conformément à la prescription d'une loi qui rendait illégal le fait pour une autorité publique — expression qui, aux termes de cette loi, englobait les tribunaux — d'agir [TRADUCTION] « d'une manière incompatible avec un droit garanti par la Convention » (*Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, c. 42, par. 6(1) et 6(3)). De même, l'effet horizontal que les traités de l'Union européenne ont au Royaume-Uni tient à une directive législative figurant dans la *European Communities Act 1972* (R.-U.), 1972, c. 68 (*R. (Miller) c. Secretary of State*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61, par. 62-68). Bien que soyons d'accord avec le raisonnement des juges majoritaires (par. 94) lorsqu'ils affirment que l'adoption par le législateur n'est pas nécessaire pour qu'une norme impérative ou prohibitive de droit international

---

<sup>10</sup> Cette affirmation est antérieure à l'arrêt *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32.



coutumier ait un effet *vertical* en common law (c'est-à-dire un effet à l'égard de l'exécutif), il n'existe aucune tradition d'effet *horizontal* de la sorte en common law (c'est-à-dire un effet sur les relations entre parties privées) sans intervention législative. De plus, et dans la mesure où un tel effet est même possible, il devrait être régi par les considérations que nous avons énoncées aux par. 174-175 concernant l'effet des normes impératives et prohibitives en common law privée.

[231] Il appartient donc au Parlement de décider s'il convient de modifier la doctrine de l'adoption pour conférer aux tribunaux le pouvoir de convertir des règles prohibitives du droit international en délits autonomes. Or, il ne l'a pas fait. Bien qu'il ait créé une cause d'action légale pour les victimes d'actes terroristes, il ne l'a pas fait pour chaque violation de droit international coutumier (voir l'art. 4 de la *Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme*, L.C. 2012, c. 1, art. 2).

#### IV. Selon la deuxième thèse, les réclamations sont également vouées à l'échec

[232] Nous avons jusqu'ici limité nos observations à la thèse exposée par les juges majoritaires. Toutefois, suivant une interprétation généreuse des actes de procédure en cause, nous devons aussi tenir compte de la thèse avancée par le juge en cabinet et la Cour d'appel. Suivant celle-ci, les actes de procédure modifiés visaient à obtenir du tribunal qu'il reconnaisse quatre nouveaux délits nommés *inspirés* du droit international : le recours au travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants, et les crimes contre l'humanité.

[233] Selon cette thèse, le droit international joue un rôle limité. Il n'aura qu'une valeur de persuasion dans la reconnaissance d'un délit. Il revêtira aussi une importance continue qui est moindre. Bien qu'il puisse s'avérer fort utile de prouver le contenu du droit international coutumier pour démontrer l'urgence de reconnaître un nouveau délit, une fois qu'il sera reconnu, le nouveau délit disposera d'une demeure confortable au sein de la common law. Si l'esclavage est reconnu comme un délit, un futur plaideur n'aura pas besoin de démontrer qu'un cas limite d'esclavage constitue une violation du droit international coutumier; il lui suffira d'invoquer le délit interne. Il est beaucoup plus facile pour les juges canadiens de connaître les contours d'un délit interne que de connaître ceux du droit international coutumier. La transmutation de règles de droit international coutumier en délits individuels en droit interne comporte aussi un autre avantage. Dans un cas limite, où l'on ne sait pas avec certitude si les États sont tenus d'interdire une conduite en droit international coutumier, les juges canadiens seront appelés à trancher non pas une question partiellement empirique (comme ils le seraient suivant la thèse des juges majoritaires), mais une question normative.

[234] Une question demeure : dans quelles circonstances les tribunaux canadiens de common law devraient-ils reconnaître ces nouveaux délits nommés?

[235] Nous expliquons plus loin tout d'abord le critère que les tribunaux canadiens ont élaboré pour reconnaître — ou plus précisément pour refuser de

reconnaître — un nouveau délit nommé. Nous appliquons ensuite ce critère aux quatre délits allégués par les travailleurs.

A. *Critère à respecter pour reconnaître un nouveau délit nommé*

[236] Dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 120, la juge Wilson (dissidente, mais pas sur ce point) a décrit l'historique des thèses contestées appliquées pour reconnaître de nouveaux délits :

Il a été décrit dans Solomon, Feldthusen and Mills, *Cases and Materials on the Law of Torts* (2nd ed. 1986) de la manière suivante (à la p. 6) :

[TRADUCTION] Au départ, la recherche d'un fondement théorique pour le droit des délits se concentrait sur la question de savoir s'il y avait un principe général en matière de responsabilité délictuelle. Sir John Solomon a soutenu que le droit des délits était simplement un ensemble disparate de causes d'actions distinctes, chacune protégeant différents intérêts et chacune étant fondée sur des principes distincts de responsabilité [voir Salmond, *The Law of Torts* (6th ed., 1924) aux pp. 9 et 10]. Essentiellement, le droit des délits était un ensemble limité de règles indépendantes et les tribunaux n'étaient pas libres de reconnaître de nouveaux chefs de responsabilité. Par ailleurs, des auteurs tels Pollock ont soutenu que le droit des délits était fondé sur le seul principe unificateur selon lequel tous les préjudices étaient délictuels à moins qu'ils ne puissent être justifiés [voir Pollock, *The Law of Torts* (13th ed., 1929) à la p. 21]. Les tribunaux étaient ainsi libres de reconnaître de nouveaux délits. Glanville Williams a proposé un compromis entre ces deux opinions. Il a soutenu que le droit des délits n'est historiquement pas fondé sur une théorie générale, mais que les catégories existantes de responsabilité sont néanmoins suffisamment souples pour permettre au droit des délits de croître et de s'adapter. [Nous soulignons.]

La juge Wilson a souscrit à l'approche pragmatique de Glanville Williams (p. 120, citant G. L. Williams, « The Foundation of Tortious Liability » (1939), 7 *Cambridge L.J.* 1), et l'a adoptée.

[237] Trois règles claires ont été dégagées pour déterminer dans quelles circonstances les tribunaux ne reconnaîtront pas l'existence d'un nouveau délit nommé : (1) les tribunaux ne reconnaîtront pas un nouveau délit lorsqu'il existe d'autres voies de recours appropriées (voir, par exemple, *Scalera*); (2) les tribunaux ne reconnaîtront pas un nouveau délit qui ne reflète pas et ne permet pas de redresser le tort infligé par une personne à une autre (*Saskatchewan Wheat Pool*, p. 224-225); (3) les tribunaux ne reconnaîtront pas un nouveau délit lorsque le changement qui en résulterait pour le système juridique serait indéterminé ou substantiel (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 76-77). En d'autres termes, pour pouvoir être reconnu par les tribunaux, le délit nommé proposé doit au moins refléter un tort qui a été causé, être nécessaire pour redresser ce tort et pouvoir faire l'objet d'un examen judiciaire approprié.

[238] La première règle, celle de la nécessité, reconnaît au moins trois autres voies de recours : un autre délit, un régime législatif indépendant et le contrôle judiciaire. Si l'une de ces voies de recours permet de redresser le tort visé par le délit nommé proposé, le tribunal refusera alors de reconnaître ce délit.

[239] Comme nous l'avons expliqué plus haut, une différence ayant trait simplement aux dommages-intérêts ou à l'importance du préjudice ne suffira pas à

justifier la reconnaissance d'un nouveau délit (*Scalera*). Les délits proposés de « harcèlement » et d'« entrave » n'ont pas non plus franchi l'étape de la nécessité. Comme la Cour d'appel de la Saskatchewan l'a récemment fait observer dans l'arrêt *McLean c. McLean*, 2019 SKCA 15, par. 103-105 (CanLII), le délit proposé de harcèlement est déjà entièrement visé par le délit d'infliction intentionnelle d'une souffrance morale et n'a donc pas besoin d'être reconnu comme un délit distinct (voir également *Merrifield*, par. 42). De même, le délit proposé d'entrave — les demanderessees avaient allégué que les défendeurs les avaient empêchées de déboiser — est visé par les délits existants de nuisance et d'intrusion (*6165347 Manitoba Inc. c. Jenna Vandal*, 2019 MBQB 69, par. 91 et 100 (CanLII)).

[240] L'existence d'un recours prévu par la loi peut également suffire à démontrer qu'il n'est pas nécessaire de créer un nouveau délit nommé. Par exemple, dans l'arrêt *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, p. 195, notre Cour a jugé que l'*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318 (« *Code* »), excluait la possibilité d'élaborer un délit de common law fondé sur les mêmes politiques que celles consacrées par le *Code*. De même, dans l'arrêt *Frame*, à la p. 111, la Cour a refusé de créer un délit de common law pour détournement d'affection dans un contexte familial parce que le législateur provincial avait déjà occupé ce champ en édictant la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, c. 68.

[241] La deuxième règle, selon laquelle le délit doit refléter un tort infligé par une personne à une autre, est également bien établie et trouve son expression dans le fait que les tribunaux résistent à créer des régimes de responsabilité stricte ou absolue (voir, par exemple, *Saskatchewan Wheat Pool*, p. 224). C'est également l'inverse de l'idée que le juge Sharpe a exprimée de façon si mémorable dans l'arrêt *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32, au par. 69 (CanLII), en déclarant que, dans cette affaire, [TRADUCTION] « les faits [. . .] réclam[aient] un recours ». Lorsque les faits ne sont pas tels, les tribunaux ne reconnaîtront pas un délit.

[242] Enfin, le changement apporté au système juridique ne doit pas être indéterminé ou substantiel. Cette règle témoigne du respect des tribunaux pour la suprématie législative et de la mission des tribunaux de veiller à ce que le droit demeure stable, prévisible et accessible (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 37). D'où le refus, par la Cour supérieure de l'Ontario, de reconnaître le délit proposé d'[TRADUCTION] « abus de procédure dérivé » qui permettrait d'indemniser une personne qui s'estime lésée par l'action en justice intentée par une autre. Le tribunal a fait observer qu'un tel délit créerait une responsabilité indéterminée (*Harris c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2010 ONSC 2326, 101 O.R. (3d) 665, conf. pour d'autres motifs par 2010 ONCA 872, 106 O.R. (3d) 661, autorisation de pourvoi refusée, [2011] 2 R.C.S. vii). De même, dans l'arrêt *Wallace*, notre Cour a refusé de reconnaître le délit proposé de « renvoi de mauvaise foi » (par. 78), estimant que cela constituerait « une modification radicale du droit » (par. 77) et serait incompatible avec « les principes reconnus du droit régissant la relation employeur-employé »

(par. 76). Une modification sera moins radicale si elle est présagée par une combinaison de remarques incidentes, de doctrine et d'appréciations judiciaires étrangères convaincantes. Or, on ne trouve aucun de ces éléments en l'espèce.

[243] L'affaire *Jones c. Tsige* offre un exemple à la fois rare et instructif d'un cas où un tribunal a jugé qu'un nouveau délit nommé proposé satisfaisait à ce critère. Le tribunal a en effet estimé que l'atteinte à la vie privée constituait un tort causé par une personne à une autre et pour lequel il n'existait aucun autre recours en droit de la responsabilité délictuelle ou dans la loi. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu une cause d'action pour intrusion dans l'intimité en se fondant sur la common law et la jurisprudence relative à la *Charte* (par. 66), et elle a examiné ce qui se faisait dans d'autres États qui avaient reconnu une cause d'action semblable découlant d'un droit à la vie privée en vertu d'une loi ou de la common law (par. 55-64). La cour a défini les éléments de la cause d'action (par. 70-72) et a dégagé certains facteurs devant guider l'évaluation des dommages-intérêts (par. 87-90). Après avoir procédé à cette analyse minutieuse, elle a conclu qu'elle avait compétence, en tant qu'institution, pour apporter ce changement graduel à la common law, puisque, selon elle, [TRADUCTION] « [l]a common law a la capacité d'évoluer pour faire face au problème » (par. 68).

#### B. *Deux des délits nommés proposés ne satisfont pas à ce critère*

[244] À notre avis, les délits proposés de traitements cruels, inhumains ou dégradants et de « crimes contre l'humanité » ne satisfont pas à ce critère.

[245] Le délit proposé de traitements cruels, inhumains ou dégradants ne satisfait pas au critère de la nécessité, car toute conduite visée par ce délit serait également visée par les délits existants de batterie ou d'infliction intentionnelle d'un trouble émotif. Dans la mesure où ce délit décrit un plus grand préjudice que celui qui est habituellement plaidé dans le cas des délits traditionnels, cette différence n'a trait qu'aux dommages-intérêts. Comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Scalera*, aucun délit distinct n'est nécessaire.

[246] Le délit proposé de « crimes contre l'humanité » ne peut non plus être retenu, mais pour une raison différente : il s'agit d'une catégorie trop hétérogène pour faire l'objet d'un délit nommé. De nombreux crimes contre l'humanité sont déjà visés par des délits existants. S'il existe des crimes particuliers contre l'humanité qui ne sont pas déjà reconnus comme des conduites délictueuses au Canada, les travailleurs devraient les préciser au lieu de s'en remettre à une expression fourre-tout qui englobe des transgressions déjà visées. L'adoption globale d'un tel délit ne saurait correspondre au genre de changement graduel qu'un tribunal canadien devrait apporter à la common law.

C. *Deux des délits nommés proposés satisfont peut-être à ce critère*

[247] À notre avis, il est possible que les délits proposés d'esclavage et de recours au travail forcé satisfassent au critère à respecter pour reconnaître un nouveau délit nommé. La reconnaissance de chacun de ces délits — sous réserve d'autres développements dans l'instance — peut s'avérer nécessaire, en ce que chacun d'eux



peut viser une conduite qui n'est pas visée de façon indépendante par un délit comme celui de batterie, d'infliction intentionnelle d'un trouble émotif, de négligence ou de séquestration. À titre d'exemple, il est possible que l'exposition de tous les faits au procès révèle qu'une personne a réduit une autre personne à l'esclavage sans avoir eu à recourir à la force ou à la violence, simplement en la convainquant qu'elle était sa propriété légitime. De par ses conditions, le recours au travail forcé peut également englober une responsabilité qui perce le voile de la personnalité morale ou qui passe à travers la relation entre mandant et mandataire. De plus, dans la mesure où le droit pénal prévoit d'autres voies de recours non délictuelles, celles-ci ne permettraient pas de remettre la victime dans la situation où elle se trouvait antérieurement comme le droit de la responsabilité civile délictuelle permettrait de le faire.

[248] De plus, nul ne conteste que chacun des délits en question — encore une fois, sous réserve de développements ultérieurs — vise des torts causés par une personne à une autre.

[249] Enfin, le fait d'admettre ces délits ne causerait pas de préjudice imprévisible ou inconnaissable en droit canadien. L'esclavage et le recours au travail forcé sont généralement considérés dans notre pays comme des conduites illégales et, en fait, moralement répréhensibles, et la responsabilité à l'égard de telles conduites n'annoncerait aucun changement majeur dans les attentes.

[250] Néanmoins, pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que la tentative de créer de tels délits nommés est vouée à l'échec.

D. *L'esclavage et le recours au travail forcé ne devraient pas être reconnus pour la première fois dans les circonstances de l'espèce*

[251] À notre avis, les délits proposés ne devraient pas être reconnus pour la première fois dans une instance fondée sur une conduite ayant eu lieu en territoire étranger, alors que les travailleurs en l'espèce n'avaient aucun lien avec la Colombie-Britannique au moment des délits reprochés et où la défenderesse britanno-colombienne n'a qu'un lien ténu avec le délit.

[252] En règle générale, une conduite délictueuse qui a eu lieu à l'étranger ne sera pas régie par le droit canadien, même lorsque la transgression est jugée devant les tribunaux canadiens. C'est le droit du lieu où le délit a été commis qui s'appliquera habituellement (*Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1050). La seule exception à cette règle est le cas où le droit en question est contraire aux valeurs morales fondamentales du régime juridique canadien au point d'amener le tribunal à ne pas l'appliquer (p. 1054).

[253] Deux scénarios sont possibles lors de la poursuite de la procédure en l'espèce. Il se peut que le tribunal estime que le droit érythréen n'est pas si choquant et entreprenne de l'appliquer. En pareil cas, la retenue judiciaire empêcherait les tribunaux de reconnaître un nouveau délit en droit canadien, parce que son application serait théorique. En revanche, si le droit érythréen est jugé répugnant, les tribunaux de la Colombie-Britannique se trouveraient dans la situation malheureuse

d'énoncer pour la première fois une position sur ces nouveaux délits proposés en fonction d'une conduite ayant eu lieu à l'étranger.

[254] L'élaboration de règles de droit canadiennes fondées sur une conduite qui a eu lieu dans un État étranger soulève des problèmes tant pratiques qu'institutionnels.

[255] Le problème pratique réside dans le fait que les règles de droit qui conviennent pour un État étranger ne sont peut-être pas également celles qui conviennent pour le Canada. Il va sans dire que les cas épineux créent de mauvais précédents. Lorsqu'une affaire tombe sous le coup de l'exception d'ordre public au droit international privé, il s'agira presque par définition d'un cas épineux.

[256] Quant au problème institutionnel, le juge La Forest l'explique bien dans l'arrêt *Tolofson*, à la p. 1052 :

Il me semble aller de soi, par exemple, qu'il n'appartient pas à l'État A de définir les droits et obligations des citoyens de l'État B à l'égard d'actes accomplis dans leur propre pays, ni, quant à cela, les actions accomplies dans l'État B par des citoyens de l'État C, car il s'ensuivrait des résultats inéquitables et injustes si c'était le cas.

Ce qui est vrai dans le cas des législateurs l'est encore plus pour les tribunaux. Les tribunaux doivent simplement reconnaître les limites de leur compétence institutionnelle et le rôle distinct que joue le pouvoir judiciaire par rapport au Parlement et à l'exécutif (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1

R.C.S. 44, par. 46-47). Les tribunaux ne peuvent apporter que des changements graduels à la common law, et ils doivent s'en tenir à la preuve et aux arguments qui leur sont présentés. En revanche, l'exécutif dispose des ressources voulues pour étudier des affaires d'État complexes, pour effectuer des recherches et pour consulter les groupes touchés et le public. Le Parlement peut en faire autant, et il peut aussi entendre des témoignages d'experts au moyen de ses comités. Bien que la réparation qu'un tribunal peut ordonner ne puisse porter que sur la question qui lui a été soumise, l'exécutif peut élaborer des réponses juridiques et institutionnelles générales à apporter aux questions en jeu. L'exécutif peut créer des pouvoirs de réglementation délégués et mettre en œuvre des politiques et des procédures. De plus, alors que les tribunaux n'ont ni la compétence ni les ressources pour surveiller les incidences de leurs décisions, l'exécutif peut mettre sur pied des unités spécialisées chargées de surveiller, de faire des recommandations, de mettre en œuvre une ligne de conduite et, au besoin, de modifier celle-ci. Le domaine des relations étrangères est, à notre avis, peut-être l'exemple le plus flagrant d'une situation où l'exécutif est compétent pour agir, mais où les tribunaux n'ont pas la compétence institutionnelle pour le faire.

[257] Lester B. Pearson, dans une allocution prononcée en 1951 devant l'Empire Club of Canada et le Canadian Club of Toronto, a traité de l'élaboration de la politique étrangère canadienne (« Canadian Foreign Policy in a Two Power Word », *The Empire Club of Canada : Addresses 1950-1951* (1951), 346). M. Pearson a insisté sur le fait que les relations étrangères étaient une question délicate qui commandait la mise en balance des considérations politiques, économiques et

géographiques, d'une part, et la consultation d'autres nations, d'autre part — un rôle que les tribunaux ne sont pas institutionnellement faits pour assumer :

[TRADUCTION]

La formulation de la politique étrangère présente des difficultés particulières pour un pays comme le Canada, qui a suffisamment de responsabilités et de pouvoirs dans le monde pour prévenir son isolement par rapport aux conséquences des décisions internationales, mais qui n'en a pas assez pour s'assurer qu'il pourra vraiment se faire entendre lorsqu'il s'agira de prendre ces décisions.

En outre, de nos jours, la politique étrangère doit se faire dans un monde où règnent les hostilités armées et les conflits . . .

...

Nous sommes cependant tous d'accord pour dire que nous devons jouer notre juste rôle, ni plus ni moins, dans l'intervention collective de sécurité du monde libre, sans quoi nous n'avons aucun espoir de survivre aux temps dangereux qui nous attendent. Mais comment décider en quoi consiste ce rôle, compte tenu de notre propre situation politique, économique et géographique? Ce n'est certainement pas un rôle qu'il est possible de déterminer en fixant une proportion mathématique de ce que fait un autre pays. Tant que nous vivrons dans un monde composé d'États souverains, c'est à nous qu'il appartient de décider du rôle que joue le Canada, mais cela ne devrait se faire qu'après avoir consulté nos amis et nos alliés et, si possible, avec leur accord. C'est à nous qu'il incombe de juger de nos obligations internationales et de décider de la meilleure façon de les mettre en œuvre pour le Canada . . . [p. 349 et 352]

[258] Le discours de M. Pearson a été prononcé dans le contexte de la guerre froide et il portait sur la politique en matière de relations extérieures du Canada à l'égard de deux grandes puissances mondiales. De toute évidence, la situation des relations internationales et le rôle du Canada sur la scène internationale ont changé radicalement depuis 1951. De nos jours, alors que les relations politiques et économiques entre les nations deviennent de plus en plus complexes, le message de M. Pearson est encore plus

percutant : la question des relations extérieures est un sujet délicat dont l'exécutif — et non les tribunaux — est en mesure de se charger.

[259] Établir un nouveau délit dans la situation exceptionnelle où le tribunal estime que le droit d'un État étranger est aussi contraire aux valeurs morales canadiennes constituerait un empiètement sur la compétence de l'exécutif en matière de relations extérieures. Le rôle des tribunaux canadiens consiste principalement à trancher les différends à l'intérieur du Canada et qui opposent des résidents canadiens. C'est à cette fin que les tribunaux se sont vu conférer leurs pouvoirs par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La légitimité de nos tribunaux dépend de la place qu'ils occupent dans l'architecture constitutionnelle du Canada; les tribunaux canadiens n'ont aucune légitimité pour établir des règles de droit régissant des affaires qui se produisent en Érythrée, ou régissant le peuple érythréen. Il n'appartient pas aux tribunaux de faire évoluer le droit canadien pour réagir à des événements qui se produisent en Érythrée; il convient de laisser cette tâche à l'exécutif, dans la conduite des relations extérieures, ainsi qu'aux législatures provinciales et au Parlement.

[260] En formulant ces observations, nous ne remettons pas en question l'exception d'ordre public à l'application du droit désigné par l'opération relative au choix du droit applicable. La bonne façon d'utiliser cette exception consiste toutefois à appliquer le droit canadien existant, qu'il découle d'une loi ou de la common law, à des situations dans lesquelles l'application du droit étranger serait incompatible avec

la conscience des Canadiens. Cette exception ne devrait pas être utilisée comme un moyen détourné dont disposeraient les tribunaux pour créer du droit nouveau régissant, dans leur État d'origine, le comportement des citoyens d'autres États.

## V. Conclusion

[261] Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales de procédure et de fond. L'approche préconisée par les juges majoritaires en ce qui a trait à la question de procédure au cœur d'une requête en radiation aura pour effet d'encourager les parties à rédiger les actes de procédure de manière vague et insuffisamment précise. La leçon à en tirer est la suivante : plus les actes de procédure et la thèse juridique utilisée pour les protéger sont nébuleux, plus les actes de procédure sont susceptibles de résister à une requête en radiation. Cette approche aura pour effet de priver les requêtes en radiation d'une bonne partie de leur utilité. Les actions vouées à l'échec occuperont les salles d'audience des cours supérieures de notre pays, et subsisteront jusqu'à ce que l'argument s'effondre à l'étape du jugement sommaire ou au procès. À une époque où les tribunaux déploient des efforts considérables pour venir bout du volume de dossiers en cours, augmenter ce volume est susceptible non pas de faciliter l'accès à la justice, mais bien d'empêcher cet accès.

[262] En substance, le présent pourvoi vise, entre autres choses, à assurer le respect du rôle dévolu à chaque ordre de l'État canadien. La création d'une cause d'action pour violation du droit international coutumier obligerait les tribunaux à empiéter à la fois sur le rôle réservé au législateur (en modifiant radicalement le droit et

en faisant fi de la théorie du gradualisme) et sur celui réservé à l'exécutif (en s'immiscant dans le domaine des affaires extérieures).

[263] Il n'appartient pas à la Cour de faire abstraction des fondements du droit international coutumier, qui interdit certaines conduites de l'État, dans le but de créer une cause d'action contre des parties privées. Il reviendrait plutôt au Parlement de créer une cause d'action légale. De plus, lorsqu'une question a des répercussions sur les relations extérieures, c'est l'exécutif, et non les tribunaux, qui a la compétence institutionnelle pour décider des questions de politique générale. Fondamentalement, c'est cette compréhension et ce respect de la compétence institutionnelle de chaque ordre de l'État qui sont à la base du bon fonctionnement tant de l'ordre national que de l'ordre international.

[264] Un dernier mot. Les motifs des juges majoritaires ont des implications qu'il convient de comprendre. Eu égard à l'approche que préconisent les juges majoritaires pour déterminer quelles normes de droit international coutumier peuvent exister, les juges généralistes seront appelés à déterminer les pratiques des États étrangers et les fondements de ces pratiques sans entendre les témoignages des parties. Ils devront prendre ces décisions en recourant seulement à l'aide des avocats qui, eux-mêmes, sont rarement des spécialistes dans ce domaine. Les tribunaux ne sont pas institutionnellement faits pour prendre de telles décisions.

[265] Nous craignons qu'il en résulte de l'instabilité. En droit international, selon l'approche préconisée par les juges majoritaires, les tribunaux canadiens pourront,



peut-être sur la foi d'un seul professeur de droit, déclarer ce dont, par leurs pratiques, les États du monde ont convenu. Et cette incertitude rejaillira sur le droit de notre pays. Le raisonnement exposé dans le présent jugement s'écarte des principes fondamentaux de la fonction judiciaire d'élaboration du droit en matière de responsabilité délictuelle, et rien ne permet de croire que les tribunaux canadiens disposeront à l'avenir d'une marge de manœuvre plus restreinte dans leur utilisation du droit international. Il n'appartient pas aux tribunaux de refaire de façon aussi fondamentale les règles de droit de notre pays. C'est, en définitive, sur ce point que nous divergeons d'opinion avec les juges majoritaires.

[266] Pour ces motifs, nous accueillerions le pourvoi en partie et nous radierions les paragraphes de la demande des travailleurs qui se rapportent à des causes d'action découlant du droit international coutumier, le tout avec dépens en faveur de Nevsun devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

## I. Introduction

[267] Le point principal sur lequel je me dissocie de l'analyse de ma collègue, la juge Abella, concerne l'existence et l'applicabilité de la doctrine de l'acte de gouvernement, ou d'une quelconque autre règle de non-justiciabilité faisant obstacle aux réclamations des intimés. En ce qui a trait aux motifs des juges Brown et Rowe concernant les réclamations des intimés inspirées du droit international coutumier, bien que je souscrive à leur analyse et à leur conclusion, je souhaite faire quelques brèves remarques sur cette question avant de traiter de la doctrine de l'acte de gouvernement.

## II. Réclamations inspirées du droit international coutumier

[268] Sur cette première question, je dois souligner que l'élargissement du droit international coutumier de manière à ce qu'il s'applique aux corporations constitue un écart majeur dans ce domaine du droit.

[269] La question soumise à la Cour n'est pas de savoir si les corporations sont « à l'abri » de toute responsabilité au regard du droit international coutumier (voir motifs de la juge Abella, par. 104), mais plutôt de savoir si le droit international coutumier élargit la portée de la responsabilité pour violation des normes dont il est question aux corporations : *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010), p. 120, conf. pour d'autres motifs, 569 U.S. 108 (2013). Bien que ma collègue fasse état des exigences rigoureuses pour qu'une norme de droit international coutumier soit établie (par. 77-78), lorsque vient le temps d'analyser la question de l'application du droit international des droits de la personne aux

corporations, elle ne procède pas à l'examen descriptif quant à savoir si la pratique de l'État est suffisamment répandue, représentative et uniforme. Elle se fonde plutôt sur des arguments normatifs concernant les raisons pour lesquelles le droit international coutumier devrait s'appliquer aux corporations : voir par. 104-113. Un tribunal ne peut abandonner le test relatif aux coutumes internationales afin de reformuler le droit international pour le rendre plus compatible avec ses propres préférences :

[TRADUCTION] Comme l'a démontré le professeur Dworkin dans *Law's Empire* (1986), l'organisation de principes concurrents en fonction de l'importance des valeurs qu'ils incarnent est une technique de base du processus décisionnel. Cependant, on ne peut adopter la même approche en droit international, lequel repose sur le consentement universel des nations. Il n'appartient pas à un tribunal national de « faire évoluer » le droit international en adoptant de façon unilatérale une version de ces règles qui, aussi souhaitable, avant-gardiste et fidèle aux valeurs qu'elle puisse être, n'est tout simplement pas acceptée par les autres États.

(*Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, p. 298, Lord Hoffman)

Ma collègue a effectivement raison de dire que le droit international évolue (par. 106), mais il n'évolue que dans la mesure où le permet la pratique des États. La pratique étatique répandue, représentative et uniforme et l'*opinio juris*, qui sont les conditions à respecter pour établir une règle coutumière, n'existent pas en l'espèce pour étayer la proposition voulant que les normes internationales relatives aux droits de la personne s'appliquent horizontalement entre les individus et les corporations : J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9<sup>e</sup> éd. 2019), p. 102 et 607.

### III. Doctrine de l'acte de gouvernement

[270] Pour ce qui est de la question de la doctrine de l'acte de gouvernement, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire de conflit de lois. La Cour n'est pas appelée à déterminer si les tribunaux de la Colombie-Britannique ont compétence sur les parties, si le tribunal d'une autre juridiction constitue un ressort plus approprié pour instruire le litige, si le droit d'une autre juridiction doit s'appliquer ou encore le contenu du droit étranger qui se trouverait ainsi à s'appliquer.

[271] Nous devons plutôt décider si les réclamations des intimés peuvent être tranchées par les tribunaux faisant partie de l'ordre juridique interne du Canada, ou si elles entrent dans la catégorie des affaires internationales devant être tranchées selon les principes du droit international public et de la diplomatie. J'estime que les réclamations des intimés, telles qu'elles ont été présentées, relèvent de cette dernière catégorie. Je serais donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter les réclamations des intimés dans leur intégralité puisqu'elles ne sont pas justiciables.

[272] Dans les motifs qui suivent, je commence par énoncer les deux volets distincts de la doctrine de l'acte de gouvernement. Je conclus que la jurisprudence relative au choix de la loi applicable joue effectivement un rôle semblable, à certains égards, à celui de la doctrine de l'acte de gouvernement. Toutefois, je conclus aussi que la doctrine de l'acte de gouvernement comprend un deuxième volet distinct du choix de la loi applicable qui rend certaines réclamations non-justiciables. Ce volet de

la doctrine empêche que soient jugées des actions civiles reposant sur des allégations voulant qu'un État étranger ait violé le droit international public.

[273] J'explique ensuite pourquoi la doctrine de la justiciabilité et la séparation constitutionnelle des pouvoirs font en sorte qu'un tribunal canadien ne puisse instruire une action civile entre des parties privées lorsque l'issue dépend d'une conclusion à l'effet qu'un État étranger a violé le droit international. Enfin, j'applique la doctrine de la justiciabilité aux réclamations des intimés, et je conclus ultimement qu'elles ne sont pas justiciables, parce qu'elles requièrent qu'il soit conclu que l'Érythrée a commis un acte illicite à l'échelle internationale.

#### A. *Fondements de la doctrine de l'acte de gouvernement*

[274] La question de savoir si un tribunal national est compétent pour juger de la légalité des actes souverains d'un État étranger comporte plusieurs aspects. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'arrêt *Belhaj c. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964, la doctrine de l'acte de gouvernement peut être disséquée en un éventail de catégories : par. 35, Lord Mance; par. 121-122, Lord Neuberger; par. 225-238, Lord Sumption.

[275] Selon ma collègue, la doctrine de l'acte de gouvernement, et tous les principes qui la sous-tendent, ont été complètement subsumés dans la jurisprudence canadienne relative au choix de la loi applicable et à la retenue judiciaire. Avec égards, je ne puis souscrire à son approche. Il existe un autre aspect distinct, bien que

complémentaire, de la doctrine de l'acte de gouvernement en plus de l'aspect relatif au choix de la loi applicable. Les réclamations fondées sur une violation du droit international qu'aurait commise un État étranger soulèvent une question unique de justiciabilité qui n'est pas abordée dans les motifs de ma collègue.

[276] Que cet aspect soit qualifié de volet de la doctrine de l'acte de gouvernement ou considéré comme une application précise de la doctrine plus générale de la justiciabilité, la jurisprudence canadienne mène à conclure que certaines réclamations ne sont pas justiciables, parce que le fait de se prononcer sur celles-ci constituerait une ingérence inadmissible dans la conduite par l'exécutif des relations internationales du Canada.

[277] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que la distinction entre les volets relatifs à la non-justiciabilité et au choix de la loi applicable n'épuise pas « l'éventail des catégories » au sein de la doctrine de l'acte de gouvernement. Je préfère plutôt considérer la doctrine selon deux axes : (1) le caractère illégal au regard du droit interne de l'État étranger, par opposition au caractère illégal au regard du droit international; et (2) le volet relatif au choix de la loi applicable, par opposition au volet relatif à la non-justiciabilité de la doctrine. Ces deux axes sont étroitement liés. Comme je l'explique plus loin, il existe des règles relatives au choix de la loi applicable qui s'appliquent à l'examen par un tribunal d'une allégation d'illégalité en vertu du droit interne d'un État étranger et en vertu du droit international. Il existe aussi des règles de non-justiciabilité qui portent sur l'illégalité au regard du droit

interne d'un État étranger et au regard du droit international. L'analyse qui suit ne se veut pas exhaustive, mon objectif étant simplement de démontrer que la Cour est appelée à décider si, au regard du volet relatif à la non-justiciabilité de la doctrine, un tribunal national est compétent pour statuer sur des actions fondées sur des violations du droit international commises par un État étranger.

[278] J'aborde maintenant la raison d'être de la distinction entre les différents volets de la doctrine de l'acte de gouvernement.

(1) Volet relatif au choix de la loi applicable de la doctrine de l'acte de gouvernement

[279] Le volet de la doctrine de l'acte de gouvernement relatif au choix de la loi applicable établit la règle générale voulant que le droit interne d'un État étranger — ou « droit municipal » — sera reconnu et habituellement accepté comme valide et exécutoire : *Belhaj*, par. 35 et 121-122. En Angleterre, ce principe fait en sorte que les tribunaux anglais ne se prononceront pas sur la légalité ou la validité des actes souverains d'un État qui a agi en vertu de ses propres lois : *Johnstone c. Pedlar*, [1921] 2 A.C. 262, p. 290 (H.L.). Ce volet est axé sur la question de savoir si un tribunal anglais devrait donner effet au droit municipal d'un État étranger.

[280] Il existe des exceptions à cette règle générale. La doctrine de l'acte de gouvernement cède le pas devant l'[TRADUCTION] « exception relative à l'ordre public, bien établie en droit international privé » : C. McLachlan, *Foreign Relations*

*Law* (2014), par. 12.157. Par exemple, dans l'arrêt *Oppenheimer c. Cattermole*, [1976] A.C. 249, la Chambre des lords a refusé d'appliquer une loi datant de l'époque nazie qui privait les Juifs de leur citoyenneté et les dépossédait de leurs biens : p. 277-278. Lord Cross fut d'avis que [TRADUCTION] « cela fait partie de l'ordre public de ce pays que nos tribunaux donnent effet aux règles de droit international clairement établies » et que le décret nazi constituait « une violation si grave des droits de la personne que les tribunaux de notre pays devaient tout simplement refuser de le reconnaître en tant que loi » : p. 278. La Chambre des lords a réitéré ce principe dans l'arrêt *Kuwait Airways Corpn. c. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883, concluant que le droit national d'un État étranger peut être ignoré s'il constitue une violation grave du droit international. L'Iraq avait prononcé un décret d'expropriation des avions de la Kuwait Airways Corporation qui se trouvaient alors sur son territoire. La Chambre des lords a conclu que le décret iraquien constituait de toute évidence une violation du droit international et que les tribunaux anglais pouvaient donc refuser de le reconnaître pour des raisons d'ordre public. Cela démontre comment le droit international vient préciser l'exception relative à l'ordre public du volet relatif au choix de la loi applicable.

[281] Au Canada, des principes semblables ressortent de la jurisprudence de notre Cour sur le choix de la loi applicable. Dans l'arrêt *Laane and Baltser c. Estonian State Cargo & Passenger s. s. Line*, [1949] R.C.S. 530, la Cour a refusé de donner effet à un décret adopté en 1940 par la République socialiste soviétique d'Estonie visant la nationalisation de tous les navires marchands estoniens, et devant



avoir une portée extraterritoriale. L'appel fut décidé sur le principe qu'un tribunal national ne peut donner effet à des lois publiques étrangères visant à avoir un effet extraterritorial : voir p. 538, le juge en chef Rinfret; p. 542, le juge Kerwin; p. 547, le juge Rand; et p. 547-551, le juge Kellock. Toutefois, indépendamment de la portée extraterritoriale du décret, le juge Rand aurait également conclu qu'il est un [TRADUCTION] « principe général qu'aucun État ne peut appliquer une loi d'un autre État qui va à l'encontre de certaines valeurs morales fondamentales ou de l'ordre public » : p. 545. Je remarque que la question de l'acte de gouvernement ne s'est pas posée au regard des faits dans cette affaire, car le volet de droit interne de la doctrine de l'acte de gouvernement ne s'applique qu'aux actes accomplis sur le territoire de l'État étranger : voir, p. ex., *Belhaj*, par. 229 et 234, Lord Sumption. Il n'est donc pas surprenant que la Cour n'ait soulevé « aucune préoccupation relative à l'acte de gouvernement concernant la souveraineté de l'Estonie ou la non-ingérence dans les affaires de celle-ci » : motifs de la juge Abella, par. 46.

[282] Dans une autre décision anglaise, *Buck c. Attorney General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), les demandeurs sollicitaient un jugement déclarant que la constitution de la Sierra Leone était invalide. Lord Harman a conclu qu'un tribunal anglais ne pouvait rendre un jugement déclaratoire attaquant la validité de la constitution d'un État étranger : p. 885. Quant à Lord Diplock, il a conclu que l'action devait être rejetée parce que la question de la validité de la loi étrangère ne se posait pas seulement de façon accessoire :

[TRADUCTION] Le seul objet du présent pourvoi est une question relative à la validité d'une loi d'un État étranger souverain et indépendant, en fait, de la loi fondamentale qui en prescrit la constitution. La validité de cette loi n'est pas mise en doute accessoirement dans des procédures à l'égard desquelles la Haute Cour est indubitablement compétente étant donné, par exemple, que la validité d'une loi étrangère pourrait être mise en doute accessoirement dans une action relative à un contrat devant être exécuté à l'étranger. La validité de la loi étrangère est ce dont il est exclusivement question dans le présent pourvoi. À mon avis, il s'agit là d'un sujet sur lequel les tribunaux anglais n'ont pas compétence. [p. 886-887]

[283] Bien que les faits de l'affaire *Buck* relèvent du volet relatif à la non-justiciabilité, le raisonnement de Lord Diplock a pour effet que la doctrine de l'acte de gouvernement n'empêche pas les tribunaux d'examiner la validité d'une loi étrangère s'ils doivent déterminer le contenu de celle-ci dans le contexte du choix de la loi applicable. Comme le souligne le professeur McLachlan, toute autre approche pourrait donner lieu à des résultats pervers, parce que le tribunal qui applique les lois étrangères doit les appliquer de la même façon qu'elles l'auraient été dans l'État étranger : McLachlan, par. 12.139.

[284] À cet égard, la Cour est encore une fois arrivée à une conclusion semblable dans l'arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289. La question était celle de savoir si la cour supérieure de la Colombie-Britannique pouvait statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise, qui interdisait de sortir du Québec des documents d'entreprise exigés dans le cadre d'une instance se déroulant à l'extérieur de la province. La Cour a traité la question comme une question de conflit de lois, faisant remarquer qu'il n'existait aucune raison justifiant qu'un tribunal ne puisse

jamais statuer sur la constitutionnalité d'une loi d'une autre province. La Cour a finalement conclu que les cours supérieures provinciales sont compétentes pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi adoptée par la législature d'une autre province si la question est accessoire au litige dont elles sont saisies. La constitutionnalité de la loi québécoise ne constituait pas le fondement de l'action introduite devant les tribunaux de la Colombie-Britannique. La question s'est plutôt posée à l'occasion du processus de communication préalable de la preuve dans le cadre de l'obligation des parties de communiquer les documents pertinents, dont certains se trouvaient au Québec. Par conséquent, la constitutionnalité de la loi pouvait être considérée à juste titre dans le cadre de l'analyse du choix de la loi applicable. Évidemment, comme les faits de cette affaire soulevaient une question mettant en cause les tribunaux de la Colombie-Britannique et une loi du Québec, il n'est pas surprenant que la Cour n'ait « fait aucune mention d'un acte de gouvernement » : motifs de la juge Abella, par. 48.

[285] Cela étant dit, il ressort de cet examen comparatif de la jurisprudence que les décisions en matière de choix de la loi applicable rendues par notre Cour mènent au même résultat que le volet relatif au choix de la loi applicable de la doctrine anglaise de l'acte de gouvernement : voir McLachlan, par. 12.24 et 12.126-12.167. Dans cette mesure, je suis d'accord avec la juge Abella pour dire que cette jurisprudence joue un rôle semblable à celui du volet relatif au choix de la loi applicable de la doctrine de l'acte de gouvernement dans le contexte des allégations d'actes illégaux au regard du droit national étranger et du droit international :

par. 44-57. Or, on ne peut dire la même chose concernant le volet relatif à la non-justiciabilité, lorsqu'on l'applique à des violations alléguées du droit international.

(2) Volet relatif à la non-justiciabilité de la doctrine de l'acte de gouvernement

[286] Le volet relatif à la non-justiciabilité de la doctrine a trait à l'abstention des tribunaux de se prononcer sur la légalité des actions d'un État étranger : voir *Buttes Gas and Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888 (H.L.), p. 931; McLachlan, par. 12.168 et 12.177-12.178. Comme je l'explique plus loin, un tribunal ne devrait pas instruire une demande, même si elle oppose des parties privées, si la question centrale est de déterminer si l'État étranger a violé ses obligations en vertu du droit international.

[287] L'arrêt *Blad c. Bamfield* (1674), 3 Swans 604, 36 E.R. 992, est peut-être la première décision qui aborde ce volet de la doctrine de l'acte de gouvernement. M. Blad, un Danois, avait saisi les biens que des sujets anglais (dont M. Bamfield) possédaient en Islande, invoquant des lettres patentes accordées par le roi du Danemark. M. Blad a été poursuivi en Angleterre pour cet acte prétendument illégal. Il a sollicité une injonction afin d'empêcher la poursuite. En Haute Cour de chancellerie, Lord Nottingham a ordonné l'arrêt de la poursuite intentée contre M. Blad au motif que la défense opposée par les sujets anglais à la demande d'injonction reposait sur la conclusion que les lettres patentes danoises allaient à

l'encontre du traité de paix intervenu entre l'Angleterre et le Danemark. Lord Nottingham a jugé qu'une mauvaise interprétation du traité [TRADUCTION] « pouvait devenir un motif malheureux de guerre » (p. 606), et qu'il serait « odieux et absurde » (p. 607) qu'un tribunal national décide de la légalité des lettres patentes danoises, du sens du traité de paix ou encore de la question de savoir si les Anglais avaient le droit de faire du commerce en Islande.

[288] Une autre décision ancienne sur la doctrine de l'acte de gouvernement est l'arrêt *Duke of Brunswick c. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C.1, 9 E.R. 993. L'affaire concerne des révolutionnaires du duché allemand de Brunswick qui, en 1830, ont renversé le duc régnant, Charles. Le roi de Hanovre a destitué Charles de son trône, l'a remplacé par le frère de Charles, William, et a confié la gestion des biens de Charles au duc de Cambridge. Charles a demandé une reddition de comptes relativement aux biens dont il avait été dépossédé. À la Chambre des lords, le Lord Chancelier Cottenham a conclu que l'action ne visait pas à statuer sur les droits privés des parties, mais portait plutôt sur une allégation selon laquelle le roi de Hanovre aurait agi en contravention des [TRADUCTION] « lois, obligations, droits et pouvoirs d'un Souverain exerçant son autorité souveraine » : p. 1000. Cela a mené le Lord Chancelier à conclure que les tribunaux anglais ne peuvent « instruire une affaire dans laquelle un Souverain devrait répondre des actes qu'il a commis à l'étranger dans l'exercice de ses pouvoirs souverains » : p. 1000.

[289] L'arrêt de principe sur le volet relatif à la non-justiciabilité est l'arrêt *Buttes Gas*. La *Occidental Petroleum Corporation* et *Buttes Gas and Oil Co.* possédaient des concessions concurrentes qui leur permettaient d'exploiter les réserves de pétrole en litige, lesquelles étaient situées près d'une île du Golfe persique. *Occidental* prétendait avoir le droit d'exploiter les réserves en vertu d'une concession accordée par l'émirat d'Umm al Qaiwain, alors que *Buttes Gas* affirmait tenir son droit d'exploitation d'une concession accordée par l'émirat de Sharjah. Les deux émirats de même que l'Iran disaient avoir la propriété de l'île et de ses réserves de pétrole. À la suite de l'intervention du Royaume-Uni, le conflit fut réglé au moyen d'un accord. La concession d'*Occidental* a par la suite été résiliée. *Occidental* a allégué que *Buttes Gas* et l'émirat Sharjah avaient comploté frauduleusement en vue de la tromper et de la frauder, ou en vue d'inciter le Royaume-Uni et l'Iran à agir illégalement au détriment d'*Occidental* : p. 920. *Buttes Gas* soutenait que les tribunaux anglais ne devraient pas instruire de telles demandes, puisqu'elles concernaient les actes d'États étrangers.

[290] À la Chambre des lords, Lord Wilberforce a conclu que la demande d'*Occidental* n'était pas justiciable. Il a reconnu un volet de la doctrine de l'acte de gouvernement, qui selon lui portait sur l'applicabilité des lois nationales étrangères : p. 931. Il a affirmé que ce volet constituait pour l'essentiel une règle de choix de la loi applicable, à propos de la loi qu'il convient d'appliquer à un litige : p. 931. Il a toutefois établi une importante distinction :

[TRADUCTION] C'est une chose d'affirmer qu'il ne sera pas donné effet à une loi municipale étrangère ou à un acte de l'exécutif si cela est contraire à l'ordre public ou au droit international (voir *In re Helbert Wagg & Co. Ltd's Claim* [1956] Ch. 323), mais c'est une tout autre chose de prétendre que les tribunaux peuvent examiner, en vertu du droit international ou d'une quelconque doctrine d'ordre public, la validité d'un acte ou d'actes relevant du domaine des transactions entre États. [p. 931]

[291] Lord Wilberforce a ensuite conclu, suivant les arrêts *Blad, Duke of Brunswick* ainsi que d'autres décisions, que les recours de droit privé qui reposent sur la conclusion qu'un État étranger a agi de façon contraire au droit international public ne sont pas justiciables par les tribunaux anglais :

[TRADUCTION] Il ne serait pas difficile d'élaborer sur ces considérations, ou d'imaginer d'autres questions interétatiques importantes, et/ou d'autres questions de droit international dont la cour serait saisie. Il suffit de les énoncer pour arriver impérativement à la conclusion que ce ne sont pas des questions sur lesquelles un tribunal municipal peut se prononcer. Outre qu'elles peuvent nous plonger dans l'embarras sur le plan des relations étrangères (ce qui, pourrait-on dire, n'a pas été porté à l'attention de la cour par l'exécutif), il n'existe [. . .] aucune norme judiciaire ou fonctionnelle permettant de statuer sur ces questions ou, pour reprendre une autre expression (tirée d'un passage non cité), la cour se retrouverait dans un « *no man's land* » judiciaire : elle serait appelée à examiner des transactions concernant quatre États souverains — à l'égard desquelles un règlement précaire est intervenu, après avoir usé de diplomatie et de force — et à dire qu'au moins une partie de ces transactions étaient « illégales » au regard du droit international. [p. 938]

[292] Dans les deux extraits reproduits plus tôt, Lord Wilberforce aborde un point important : une distinction doit être établie entre les types de problèmes examinés dans des affaires de justiciabilité et ceux examinés dans des affaires de choix de la loi applicable. Le droit international privé offre une réponse au problème

que pose la répartition de la juridiction ou compétence entre des ressorts municipaux concurrents : R. Banu, « Assuming Regulatory Authority for Transnational Torts: An Interstate Affair? A Historical Perspective on the Canadian Private International Law Tort Rules » (2013), 31 *Windsor Y.B. Access Just.* 197, p. 199. Or, le problème que soulèvent les réclamations fondées sur des violations du droit international public est que leur dimension internationale fait qu'elles participent d'un système juridique additionnel qui se réclame de la juridiction à l'égard de certaines questions de droit : McLachlan, par. 12.22. Par conséquent, les règles de conflit de lois ne peuvent à elles seules répondre aux préoccupations soulevées par Lord Wilberforce dans l'arrêt *Buttes Gas*, car elles ne concilient pas les systèmes juridiques nationaux et le système juridique international. Pour répondre aux problèmes soulevés par Lord Wilberforce quant à la légitimité de l'examen par un tribunal national de questions de droit international, notre Cour doit se demander si ces questions sont justiciables au regard de l'ordre constitutionnel interne du Canada.

[293] Avant de le faire, je tiens à mentionner que je suis d'accord avec les propos de la juge Newbury pour dire que les premières décisions anglaises qui sous-tendent la doctrine de l'acte de gouvernement ont été reçues dans le droit de la Colombie-Britannique en 1858 en vertu de ce qui est maintenant l'art. 2 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253 : 2017 BCCA 401, 4 B.C.L.R. (6th) 91, par. 123. Toutefois, par souci de clarté conceptuelle, les principes qui sous-tendent ces premières décisions, comme *Blad* et *Duke of Brunswick*, doivent être reflétés à travers le prisme de la doctrine moderne de la justiciabilité reconnue par notre Cour



dans l'arrêt *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750. C'est cette doctrine que j'examine maintenant.

B. *Justiciabilité des questions de droit international au Canada*

[294] La justiciabilité s'inscrit dans une volonté de respecter la séparation constitutionnelle des pouvoirs : L. M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 289. La séparation des pouvoirs prévue dans la Constitution impose différents rôles aux ordres exécutif, législatif et judiciaire : *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470. En exerçant sa juridiction, le tribunal doit se conformer à la séparation des pouvoirs en faisant preuve de déférence envers les rôles de l'exécutif et du législatif dans leurs domaines respectifs, de manière à éviter tout empiétement indu sur le rôle institutionnel légitime de chaque organe : *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 29-30. Il est « essentiel » qu'aucun des ordres « n'outrepasse ses limites et que [chacun] respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre » : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389, la juge McLachlin. La doctrine de la justiciabilité tient compte de ces limites institutionnelles.

[295] Dans l'arrêt *Highwood Congregation*, notre Cour a reconnu l'existence d'une doctrine générale de non-justiciabilité, et a déclaré que la question principale

devant être posée lors de l'application de cette doctrine est de savoir si la question en litige en est une qu'il convient de faire trancher par un tribunal : par. 32. Pour répondre à cette question, il faut se demander si le tribunal qui pose la question dispose de la capacité institutionnelle requise pour trancher l'affaire et s'il est légitime qu'il le fasse : par. 34.

[296] Un tribunal possède la capacité institutionnelle requise pour instruire des questions de droit international, et il est légitime qu'il le fasse, si celles-ci impliquent aussi des questions relatives aux droits constitutionnels (*Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125), à la légalité d'une décision administrative (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3) ou au rapport entre le droit international et les institutions publiques canadiennes (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 23). Si, toutefois, un tribunal permet un recours de droit privé qui attaque la légalité de la conduite d'un État étranger au regard du droit international, il se trouverait à outrepasser les limites de son propre rôle institutionnel. À mon avis, bien que le tribunal ait la capacité institutionnelle pour instruire un tel recours, il ne serait pas légitime qu'il le fasse.

[297] L'exécutif est chargé de la conduite des relations internationales : *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 39. Dans l'arrêt *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, la Cour a fait observer que la création d'une compétence universelle en matière

civile qui permettrait que des poursuites soient intentées au Canada contre des agents d'un État étranger pour des actes de torture « aurait des conséquences potentiellement graves sur les relations internationales du Canada » et que de telles décisions n'incombent pas aux tribunaux : par. 107. Des préoccupations semblables se posent dans le cas des litiges entre des parties privées fondés sur des allégations qu'un État étranger a violé le droit international public. De telles disputes [TRADUCTION] « ne se prêtent pas à une intervention judiciaire » (Sossin, p. 251), parce que les questions de droit international liées aux actes illicites à l'échelle internationale commis par des États étrangers ne sont pas des demandes juridiques susceptibles d'être tranchées selon des « normes judiciaires ou fonctionnelles » (*Buttes Gas*, p. 938, Lord Wilberforce). De telles questions entrent dans la catégorie des affaires internationales devant être tranchées selon les principes du droit international public et de la diplomatie.

[298] Dans l'arrêt *Khadr* (2010), notre Cour a justifié son intervention quant à l'exercice par l'exécutif d'un aspect de son pouvoir sur les relations internationales sur le fondement que les tribunaux jouissent d'un « pouvoir circonscrit pour examiner les questions relatives aux affaires étrangères et intervenir à leur égard » : par. 38. On ne saurait toutefois en dire autant d'un recours privé en compensation qui est tributaire de la conclusion qu'un État étranger ait manqué à ses obligations internationales. Il ne s'agit pas d'un cas où le tribunal renoncerait à l'exercice de son pouvoir constitutionnel de contrôle s'il refusait de statuer sur la demande.

[299] L'arrêt *Presbyterian Church of Sudan c. Talisman Energy Inc.*, 2005 WL 2082846 (S.D. New York) illustre comment un litige privé peut empiéter sur la responsabilité de l'exécutif en matière de conduite des relations internationales. Dans cette affaire, un État étranger avait transmis une note diplomatique au Département d'État des États-Unis, réagissant ainsi à une action intentée aux États-Unis par des résidents soudanais à l'encontre d'une corporation constituée et domiciliée dans l'État étranger qui exerçait des activités au Soudan. L'action reposait sur des allégations de violations du droit international commises par le Soudan. Bien que la requête en rejet de l'action présentée par la corporation ait été rejetée, l'incident fut assez important pour inciter l'État étranger à envoyer la note diplomatique dans laquelle il affirmait que le litige compromettait sa politique étrangère. Je signale en particulier que la requête a été rejetée parce que l'action, telle qu'elle a été intentée, ne [TRADUCTION] « visait pas à obtenir un jugement portant que la [politique étrangère de l'État étranger] contrevenait au droit des nations ou qu'elle était à l'origine d'une violation de ce droit », ce qui tend à indiquer que, dans le cas contraire, elle aurait été irrecevable : par. 5. Par conséquent, même dans le cas de litiges entre parties privées, lorsque les tribunaux [TRADUCTION] « se prononcent de façon fragmentée sur la légalité des actes souverains d'États, ils risquent de perturber la diplomatie internationale de notre pays » : *International Association of Machinists and Aerospace Workers c. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 649 F.2d 1354 (1981), p. 1358-1360 (C.A., 9th Circuit).

[300] D'un point de vue pratique, les tribunaux canadiens ont de bonnes raisons de s'abstenir de se prononcer sur des allégations d'actes illicites à l'échelle internationale qu'auraient commis des États étrangers. Si les tribunaux canadiens s'arrogeaient le pouvoir de juger des violations du droit international public commises par des États, cela pourrait fort bien entraîner des conséquences imprévisibles et graves sur la conduite des relations internationales du Canada, exposer les corporations canadiennes à des poursuites à l'étranger, compromettre la sécurité des ressortissants canadiens à l'étranger et nuire à la réputation du Canada en tant que pays prisé pour le commerce et les investissements internationaux. Les affaires diplomatiques de nature délicate qui ne soulèvent aucune question de droit public interne devraient être gardées hors des mains des tribunaux.

[301] Par ailleurs, étant donné que cette doctrine constitue une règle de non-justiciabilité, elle ne se prête pas à l'application d'une exception d'ordre public. Elle découle de la séparation constitutionnelle des pouvoirs et des limites de la légitimité des actes des tribunaux. L'importance pour le public des valeurs en jeu et leur nature fondamentale ne sauraient rendre justiciable ce qui autrement ne relève pas du domaine de l'ordre judiciaire.

[302] La juge Abella se fonde sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* à l'appui de la proposition voulant qu'il soit permis de statuer sur des questions de droit international pour déterminer les droits ou obligations de droit privé de toute personne au sein de notre système juridique : par. 49. En toute déférence, c'est donner une

portée excessive au raisonnement de la Cour dans cette affaire, où celle-ci a conclu qu'elle pouvait examiner la question de savoir si l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec possédait, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada : par. 21-23. De l'avis de la Cour, la question n'en était pas une de droit international « pur », parce qu'elle visait à déterminer les droits juridiques d'une institution publique qui fait partie de l'ordre juridique interne canadien : par. 23. Cette conclusion de la Cour se limitait à la définition de la portée de l'obligation qu'avait le Canada de respecter le droit à l'autodétermination du peuple québécois. Aucune question touchant à des recours de droit privé ou à des actes illicites à l'échelle internationale commis par des États étrangers n'a été soulevée dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

[303] Dans ses décisions en matière de droit public, notre Cour a fait appel au droit international pour trancher les questions liées à d'autres autorités publiques, par exemple la question de savoir si les gouvernements municipaux peuvent taxer les légations étrangères (*Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208) et pour établir si le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux possèdent des droits de propriété à l'égard de la mer territoriale et du plateau continental du Canada (*Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86). Elle n'a jamais conclu qu'un tribunal canadien est libre, lorsqu'il se prononce sur un recours

de droit privé, de décider si un État étranger — qui ne relève pas de l'ordre juridique interne canadien — a violé le droit international public.

[304] La juge Abella s'appuie aussi sur des décisions rendues dans des contextes d'extradition et d'expulsion, où les tribunaux tiennent compte des antécédents de l'État étranger en matière de respect des droits de la personne dans le cadre de leur processus décisionnel : par. 50-55. Toutefois, lorsqu'un tribunal canadien s'intéresse aux antécédents d'un État étranger en matière de droits de la personne dans une affaire d'extradition et d'expulsion, il le fait pour s'assurer que le Canada respecte ses propres obligations internationales, statutaires et constitutionnelles : voir *Suresh*. On ne peut en dire autant d'un recours civil en compensation. Assimiler le recours civil des intimés visant une réparation de droit privé à des réclamations dans des contextes de droit public dans lesquels s'inscrivent l'extradition et l'expulsion revient à faire abstraction du mandat statutaire et constitutionnel des tribunaux, qui consiste à tenir compte des questions liées aux droits de la personne dans les États étrangers dans les affaires d'extradition et d'expulsion. Un tel mandat n'existe pas dans le contexte des recours de droit privé.

[305] En conclusion, bien qu'une cour dispose de la capacité institutionnelle nécessaire pour instruire des questions de droit international, il n'est pas légitime qu'elle statue sur les demandes entre parties privées reposant sur une allégation voulant qu'un État étranger ait violé le droit international. Juger de telles demandes constitue une ingérence non permise à l'égard de la conduite par l'exécutif des

relations internationales du Canada. Une telle ingérence ne peut se justifier sans un mandat de la législature ou un impératif constitutionnel forçant l'examen de la légalité d'une action exécutive ou législative au Canada. En l'absence d'un tel mandat ou impératif, les demandes fondées sur des actes illicites à l'échelle internationale commis par un État étranger relèvent de la catégorie des affaires internationales devant être tranchées selon les principes du droit international public et de la diplomatie.

IV. Les réclamations des intimés exigent qu'il soit conclu que l'Érythrée a violé le droit international public

[306] Dans ce contexte, la justiciabilité est axée sur la question de savoir si l'issue des demandes est tributaire de l'allégation que l'État étranger a agi illégalement. Si cette question est au cœur du litige, les demandes ne sont pas justiciables : voir, p. ex., *Buck*, p. 886-887; *Buttes Gas*, p. 935-938. En revanche, le tribunal peut statuer sur la légalité des actes d'un État étranger au regard du droit municipal ou du droit international si la question n'est soulevée qu'accessoirement : voir, p. ex., *Hunt; W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. c. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400 (1990), p. 406.

[307] Dans l'arrêt *Buck*, la question de la validité de la constitution de l'État étranger était au cœur de la réclamation des demandeurs, parce que ceux-ci sollicitaient un jugement déclarant que la constitution de la Sierra Leone était invalide : p. 886. Lord Diplock a énoncé ce qui suit :



[TRADUCTION] Je ne crois pas que cette règle [celle selon laquelle un État ne peut exercer sa juridiction sur les affaires internes d'un autre État], qui prive le tribunal de sa juridiction sur l'objet du présent pourvoi parce qu'il lui faudrait se déclarer compétent sur les affaires internes d'un État souverain étranger, puisse être écartée en constituant comme partie le procureur général de l'Angleterre plutôt que le gouvernement de la Sierra Leone. [p. 887]

[308] À l'opposé, dans l'arrêt *Kirkpatrick*, la défenderesse alléguait que le demandeur avait obtenu un contrat de construction du gouvernement nigérien après avoir versé des pots-de-vin à des fonctionnaires nigériens, ce qui était interdit en droit nigérien. Le juge Scalia a conclu que l'assise factuelle justifiant l'application de la doctrine de l'acte de gouvernement n'existait pas dans ce cas, car rien dans la demande n'exigeait que la cour déclare invalide un acte officiel d'un État étranger : p. 405. Le juge Scalia s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] [L]es questions relatives à l'acte de gouvernement ne se posent que lorsque le tribunal *doit statuer* — c'est-à-dire, lorsque l'issue de l'affaire dépend de — l'effet d'un acte officiel posé par un souverain étranger. Lorsque l'affaire ne porte pas sur cette question, elle ne porte pas non plus sur la doctrine de l'acte de gouvernement. C'est le cas en l'espèce. Peu importe ce que les conclusions de fait de la cour peuvent suggérer quant à la légalité du contrat nigérien, la question de sa légalité ne peut tout simplement pas être tranchée dans le cadre de la présente instance, et il n'y a donc pas lieu de recourir à la règle de décision qu'exige la doctrine l'acte du gouvernement. [En italiques dans l'original; p. 406.]

[309] De même, dans l'arrêt *Hunt*, le juge La Forest a conclu que la question de la constitutionnalité d'une loi « étrangère » avait été soulevée accessoirement, parce qu'elle s'était posée dans le cadre d'une instance où le demandeur avait cherché à obtenir la communication de documents pertinents, ce qui était interdit par la loi

québécoise contestée. En revanche, dans l'affaire *Buttes Gas*, Occidental poursuivait Buttes Gas pour délit civil de complot, mais pour lui donner gain de cause, la cour devait conclure que l'émirat de Sharjah, l'émirat d'Umm al Qaiwain, l'Iran et le Royaume-Uni avaient violé le droit international. La question n'était pas accessoire au litige, et la Chambre des lords a conclu qu'elle ne relevait pas de sa compétence : p. 938.

[310] Dans le cas qui nous occupe, la question de la légalité des actes posés par l'Érythrée au regard du droit international est au cœur même des réclamations des intimés. Pour paraphraser les propos de Lord Diplock dans l'arrêt *Buck* (p. 887), les intimés se servent tout simplement de l'appelante, Nevsun Resources Ltd., comme un outil pour empêcher l'application de l'immunité de juridiction de l'Érythrée à l'égard d'une instance civile au Canada. L'allégation centrale mise de l'avant par les intimés est que le programme de service national de l'Érythrée est un régime illégal de travail forcé (d.a., vol. III, p. 162-164) constituant un crime contre l'humanité (p. 175). Ils allèguent que [TRADUCTION] « Nevsun tolère expressément ou implicitement le recours au travail forcé et le régime de coercition par l'entremise de menaces et d'abus par l'armée érythréenne » et que Nevsun est directement responsable des préjudices subis par les intimés parce qu'elle « a été incapable de mettre fin au recours au travail forcé et aux mesures coercitives dans sa mine alors qu'il était évident [. . .] que les demandeurs étaient forcés de travailler contre leur gré » : d.a. vol. III, p. 178.

[311] En d'autres mots, les intimés allèguent que Nevsun est responsable parce qu'elle se serait rendue complice d'actes illicites à l'échelle internationale qu'auraient commis les autorités érythréennes. Tout comme dans l'affaire *Buttes Gas*, Nevsun ne peut être tenue responsable que si les actes commis par ceux qui en sont réellement les auteurs — l'Érythrée et ses mandataires — étaient illégaux au regard du droit international public. L'affaire qui nous occupe est donc sensiblement différente des affaires *Hunt* et *Kirkpatrick*, dans lesquelles la question de la légalité des actes d'un État étranger souverain, ou d'une autorité dans un autre ressort, s'était posée de façon accessoire à la demande.

[312] Pour obtenir réparation, les intimés devront démontrer que le programme de service national est un système de travail forcé qui constitue un crime contre l'humanité. Cela signifie que les conclusions voulant que l'État érythréen a agi illégalement ne seraient pas accessoires aux allégations relatives à la responsabilité de Nevsun. À mon avis, et avec respect, la juge Newbury a conclu à tort que les intimés n'invitaient pas la Cour à [TRADUCTION] « examiner la légalité, la validité ou l'«efficacité» des actes, des lois ou de la conduite d'un État étranger » : motifs de la C.A., par. 172. Comme elle l'a mentionné plus tôt dans ses motifs — et je suis d'accord avec elle sur ce point — compte tenu de la façon dont l'action a été intentée, Nevsun ne pouvait être tenue responsable que si [TRADUCTION] « l'Érythrée, ses représentants ou mandataires étaient reconnus coupables de violations de normes internationales fondamentales et que s'il était démontré que Nevsun s'était rendue complice de cette conduite » : par. 92. Les réclamations des intimés, telles

qu'intentées, exigent qu'il soit conclu que l'Érythrée a violé le droit international et doivent donc être rejetées.

## V. Conclusion

[313] Il est évident et manifeste que les réclamations des intimés sont vouées à l'échec, parce que les recours de droit privé qui reposent sur les actes illicites à l'échelle internationale d'un État étranger ne sont pas justiciables, et que les réclamations des intimés sont tributaires de la conclusion que l'Érythrée a violé ses obligations internationales. J'estime en outre, pour les motifs exposés par les juges Brown et Rowe, qu'il est évident et manifeste que les causes d'action des intimés, qui s'inspirent du droit international coutumier, sont vouées à l'échec. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter les demandes des intimés.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges BROWN et ROWE sont dissidents en partie et les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs des intimés : Camp Fiorante Matthews Mogeran,  
Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant International Human Rights Program,  
University of Toronto Faculty of Law : Waddell Phillips Professional Corporation,  
Toronto; University of Toronto, Toronto.*

*Procureurs des intervenants EarthRights International et Global Justice  
Clinic at New York University School of Law : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Amnesty International Canada et la  
Commission Internationale de Juristes : Champ & Associates, Ottawa; Power Law,  
Vancouver; Université d'Ottawa, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association minière du Canada : Davies  
Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Mines Alerte Canada : Trudel Johnston &  
Lespérance, Montréal; Andrew E. Cleland, Montréal.*