



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran, **DATE** : 20141010
2014 CSC 62 **DOSSIER** : 35034

ENTRE :

Succession de feu Zahra (Ziba) Kazemi, Stephan (Salman) Hashemi

Appelants

et

**République islamique d'Iran, Ayatollah Sayyid Ali Khamenei, Saeed Mortazavi,
Mohammad Bakhshi et procureur général du Canada**

Intimés

- et -

**Canadian Lawyers for International Human Rights, Amnistie internationale,
Section Canada francophone, Redress Trust Ltd., Association canadienne des
avocats et avocates en droit des réfugiés, Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique, Association du Barreau canadien, Association
canadienne des libertés civiles, Centre canadien pour la justice internationale,
David Asper Centre for Constitutional Rights, International Human Rights
Program at the University of Toronto Faculty of Law et Iran Human Rights
Documentation Center**

Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver et Karakatsanis

MOTIFS DE JUGEMENT : Le juge LeBel (avec l'accord de la juge en chef McLachlin
(par. 1 à 171) et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et
Karakatsanis)

MOTIFS DISSIDENTS: La juge Abella
(par. 172 à 231)

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*.

KAZEMI (SUCCESSION) c. IRAN

**Succession de feu Zahra (Ziba) Kazemi et
Stephan (Salman) Hashemi**

Appelants

c.

**République islamique d’Iran, Ayatollah Sayyid
Ali Khamenei, Saeed Mortazavi, Mohammad
Bakhshi et procureur général du Canada**

Intimés

et

**Canadian Lawyers for International Human Rights,
Amnistie internationale, Section Canada francophone,
Redress Trust Ltd., Association canadienne des avocats
et avocates en droit des réfugiés, Association des libertés
civiles de la Colombie-Britannique, Association du
Barreau canadien, Association canadienne des libertés
civiles, Centre canadien pour la justice internationale,
David Asper Centre for Constitutional Rights, International
Human Rights Program at the University of Toronto Faculty
of Law et Iran Human Rights Documentation Center**

Intervenants

Répertorié : Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran

2014 CSC 62

N° du greffe : 35034.

2014 : 18 mars; 2014 : 10 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit international public — Immunité de juridiction — Action civile intentée au Québec contre l'Iran, le chef d'État de l'Iran et deux agents de l'État pour la torture alléguée et le décès d'une citoyenne canadienne en Iran — La Loi sur l'immunité des États fait-elle obstacle partiellement ou intégralement à l'action? — Le droit international exige-t-il une interprétation de la Loi sur l'immunité des États qui reconnaîtrait une exception dans les cas de torture? — L'immunité s'étend-elle aux agents d'États étrangers qui agissent dans l'exercice de leurs fonctions officielles? — La torture constitue-t-elle un acte officiel d'un État? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Déclaration des droits — Droit à la sécurité de la personne — Droit à une audition impartiale de sa cause — Immunité de juridiction — Action civile intentée au Québec contre l'Iran, le chef d'État de l'Iran et deux fonctionnaires pour la torture alléguée et le décès en Iran d'une citoyenne canadienne — Irrecevabilité de l'action par application du par. 3(1) de la Loi sur l'immunité des États — Le par. 3(1) de la Loi sur l'immunité des États est-il incompatible avec l'al. 2e) de la Déclaration des droits ou viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1) —

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III, art. 2(e) — Charte des droits et libertés, art.7

K, une citoyenne canadienne, s'est rendue en Iran en 2003 comme photographe et journaliste pigiste. Arrêtée, détenue et interrogée par les autorités iraniennes, elle a été battue, agressée sexuellement et torturée durant sa détention. Elle est morte des suites d'une lésion cérébrale subie alors qu'elle se trouvait détenue par les autorités iraniennes. Même si le fils de K, H, avait demandé que les restes de cette dernière soient envoyés au Canada pour qu'ils y soient inhumés, elle a été ensevelie en Iran. Bien qu'un rapport commandé par le gouvernement iranien ait impliqué des juges et le Bureau du procureur dans la torture de K, un seul individu a été traduit en justice et il a été acquitté à l'issue d'un procès marqué par un manque de transparence. Bref, il était impossible pour K et sa famille d'obtenir justice en Iran.

En 2006, H, a intenté au Québec une action civile en dommages-intérêts en son propre nom et au nom de la succession de sa mère contre la République islamique d'Iran, son chef d'État, le procureur en chef des poursuites pénales de Téhéran et l'ancien chef adjoint du renseignement à la prison où K avait été détenue et torturée. H a réclamé des dommages-intérêts au nom de la succession de K pour les douleurs et souffrances physiques, psychologiques et émotionnelles qu'elle a subies ainsi que des dommages-intérêts pour le préjudice psychologique et émotionnel que lui a causé la perte de sa mère. H et la succession ont également réclamé des dommages-intérêts punitifs. Les défendeurs iraniens ont demandé par requête à la

Cour supérieure du Québec le rejet de l'action en raison de l'immunité des États. H et la succession de K ont répondu en invoquant des exceptions prévues par la *Loi sur l'immunité des États* («*LIÉ*») et en contestant la constitutionnalité de certaines des dispositions de cette loi.

La Cour supérieure du Québec a rejeté la contestation constitutionnelle de la *LIÉ*, a accueilli la requête en rejet de l'action présentée par les défendeurs à l'égard du recours intenté au nom de la succession de K, mais a rejeté la requête relative au recours intenté par H en son propre nom. De l'avis de la cour, la *LIÉ* traite exhaustivement du droit à l'immunité des États et il n'existe en common law, en droit international ou dans les traités internationaux aucune exception non écrite à cette immunité susceptible de permettre la continuation des réclamations. Toutefois, la cour a conclu que l'action personnelle intentée par H relèverait possiblement d'une exception légale à l'immunité des États applicable aux actions découlant des dommages corporels survenus au Canada. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel de la succession et accueilli celui des défendeurs iraniens quant à la réclamation de H.

La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si la République islamique d'Iran, son chef d'État et les responsables présumés de la détention de K, de la torture dont elle a été victime et de son décès en Iran bénéficient de l'immunité en application de la *LIÉ*. La réponse à cette question dépend de la portée de cette loi, de l'incidence que l'évolution du droit international depuis son adoption a pu avoir sur son interprétation, et de sa constitutionnalité. La question

primordiale qui touche presque tous les aspects du présent pourvoi porte sur l'argument selon lequel le droit international a créé une compétence universelle obligatoire en matière civile à l'égard des allégations de torture qui obligerait le Canada à permettre aux victimes d'actes de torture commis à l'étranger de porter leurs réclamations devant ses tribunaux. En outre, la Cour est appelée à déterminer si des actes de torture peuvent constituer des actes officiels d'un État et si les fonctionnaires ayant commis des actes de torture peuvent bénéficier de l'immunité.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges **LeBel**, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Ni H, ni la succession de K ne peuvent poursuivre l'Iran ou ses fonctionnaires devant un tribunal canadien pour la torture subie par K. De plus, il faut rejeter les contestations des appelants fondées sur l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'art. 7 de la *Charte*.

L'immunité des États ne représente pas seulement une règle de droit international, mais témoigne aussi des choix faits par un pays pour des raisons politiques, notamment au sujet de ses relations internationales. L'engagement du Canada envers l'interdiction universelle de la torture reste fort. Cependant, le législateur a privilégié l'immunité des États étrangers par rapport à l'application de recours civils aux citoyens qui auraient été victimes de torture à l'étranger. Ce choix de politique générale ne représente pas un jugement sur les méfaits de la torture, mais une indication des principes que le législateur a décidé de promouvoir.

Au Canada, l'immunité des États à l'égard des poursuites civiles est consacrée par la *LIÉ*. Cette loi codifie de manière exhaustive le droit canadien concernant la question de l'immunité des États à l'encontre de poursuites civiles. Elle établit une liste exhaustive des exceptions à l'immunité des États et ne prévoit aucune exception à l'immunité à l'égard de poursuites civiles pour des actes allégués de torture commis à l'étranger. En conséquence, il n'est pas nécessaire de se fonder sur la common law, les normes de *jus cogens* ou le droit international coutumier — et il ne saurait en être ainsi — pour créer des exceptions additionnelles à l'immunité accordée aux États étrangers en application de la *LIÉ*. Même s'il ne fait aucun doute que l'interdiction de la torture a acquis un caractère impératif, l'état actuel du droit international coutumier sur les réparations destinées aux victimes de torture ne modifie pas la *LIÉ* et ne la rend pas ambiguë.

H invoque l'exception des « dommages corporels » à l'immunité des États, prévue à l'al. 6a) de la *LIÉ*. Si l'exception à l'immunité des États fondée sur les dommages corporels et prévue par l'al. 6a) englobe le préjudice psychologique subi par H, sa réclamation pourrait suivre son cours. Cependant, lorsqu'on examine le texte de l'al. 6a) en corrélation avec l'objet de la *LIÉ*, il devient évident que l'exception ne s'applique que si le délit qui a causé le dommage corporel ou le décès a été commis au Canada. L'exception ne s'applique pas si les faits reprochés, ou le délit, qui ont causé les dommages corporels ou le décès ne se sont pas produits au Canada. La *LIÉ* fait donc obstacle à la réclamation de H parce que le délit reproché n'est pas « survenu au Canada ». La loi fait aussi obstacle à sa réclamation parce que

l'exception des « dommages corporels » ne s'applique pas si le préjudice allégué par le demandeur ne découle pas d'une atteinte à son intégrité physique. Seule la manifestation d'une détresse psychologique à la suite d'un préjudice physique entraîne l'application de l'exception à l'immunité des États. En l'espèce, H n'a plaidé aucun préjudice physique ni allégué avoir subi une atteinte à son intégrité physique.

Une autre question à déterminer est celle de savoir si l'application de la *LIÉ* met M et B, intimés en l'espèce, à l'abri des poursuites judiciaires. Aux termes du par. 3(1) de la *LIÉ*, l'« État étranger » bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada. La définition du terme « État étranger » à l'art. 2 inclut le terme « gouvernement ». Comme la *LIÉ* n'utilise pas expressément le mot « fonctionnaire », le terme « gouvernement » doit être interprété selon son contexte et à la lumière du droit international. Il ressort à l'évidence d'un tel exercice que les agents de l'État doivent être visés par le sens du mot « gouvernement » qui figure à la *LIÉ*. L'État constitue une entité abstraite qui ne peut agir que par l'entremise d'individus. Si la définition du mot « gouvernement » excluait les fonctionnaires, cela contrecarrerait complètement les objectifs de la *LIÉ*, tout comme l'autorisation de poursuites civiles contre des fonctionnaires, en particulier, obligerait les tribunaux canadiens à examiner les décisions d'États étrangers qu'auraient prises leurs agents. Ainsi, les fonctionnaires, en tant qu'instruments nécessaires de l'État, sont visés par le terme « gouvernement » qui figure dans la *LIÉ*. Les fonctionnaires ne peuvent toutefois bénéficier de l'immunité des États que lorsqu'ils exercent leurs fonctions officielles.

Les actes de torture reprochés à M et à B revêtent toutes les caractéristiques d'actes officiels, et rien ne permet de croire que l'un ou l'autre de ces représentants de l'État agissait à titre personnel ou dans un cadre sans lien avec leur rôle d'agents de l'État. Le caractère odieux des actes de torture ne métamorphose pas les agissements de M et de B en des actes privés commis à l'extérieur du cadre de leurs fonctions officielles. Par définition, la torture est nécessairement un acte officiel de l'État. C'est la sanction officielle donnée par l'État à la torture qui rend ce crime si abominable. La conclusion selon laquelle l'immunité contre les poursuites civiles s'applique aux fonctionnaires qui se livrent à des actes de torture jouit toujours d'un appui très fort, et il est encore impossible de conclure à l'existence d'une pratique uniforme des États ou d'une *opinio juris* allant dans le sens contraire. En conséquence, en tant que fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions officielles, M et B sont visés par le terme « gouvernement » qui figure à l'art. 2 de la *LIÉ*. Ainsi, aux termes de cette loi, ils jouissent de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens.

Le législateur n'a pas donné la moindre indication selon laquelle les tribunaux canadiens devraient considérer que la torture constitue un « acte non officiel » et qu'une compétence universelle en matière civile a été créée afin de poursuivre des agents d'un État étranger devant nos tribunaux. La création de ce type de compétence aurait des conséquences potentiellement graves sur les relations internationales du Canada. Cette décision incombe au législateur, et non aux tribunaux.

La *LIÉ* passe avec succès l'épreuve du contrôle de sa constitutionnalité malgré le fait qu'elle empêche H et la succession de sa mère de poursuivre l'Iran ou ses fonctionnaires au Canada pour la torture subie par K. Il faut rejeter la contestation soulevée par les appelants et fondée sur l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, car cette disposition ne s'applique pas en l'espèce. Elle garantit l'équité dans le contexte d'une instance devant une cour de justice ou un tribunal administratif canadien. Elle ne crée pas un droit autonome à un procès équitable dans les cas où la loi ne prévoit pas l'existence d'un tel procès. Donc, pour que s'applique l'al. 2e), il faut qu'une cour de justice ou un tribunal administratif soit régulièrement compétent en la matière. Répétons-le, l'existence de cette immunité signifie que le Canada ne possède aucune compétence pour statuer sur les demandes des appelants.

De même, la contestation de la *LIÉ* que les appelants fondent sur l'art. 7 de la *Charte* doit être rejetée. On peut soutenir que dans la mesure où il empêche les victimes de torture ou leurs proches d'intenter un recours civil pour mettre fin à ce chapitre, le par. 3(1) de la *LIÉ* pourrait causer un préjudice psychologique suffisamment grave pour que le droit à la sécurité de la personne entre en jeu et que l'on y porte atteinte. Cependant, il n'est pas nécessaire de décider si le par. 3(1) de la *LIÉ* met en jeu le droit à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*, car l'application de cette disposition de la *LIÉ* ne porte atteinte à aucun principe de justice fondamentale.

Les engagements pris dans des ententes internationales ne sont pas tous assimilables à des principes de justice fondamentale. Quand une partie invoque une disposition d'un traité international comme preuve d'un principe de justice fondamentale, la cour doit déterminer a) s'il existe un vaste consensus international à propos de l'interprétation de ce traité, et b) s'il y a un consensus sur le fait que l'interprétation particulière est essentielle au bon fonctionnement du système de justice internationale. L'absence d'un tel consensus milite contre une conclusion voulant que le principe soit essentiel au fonctionnement du système de justice. Même si, selon les appelants, l'art. 14 de la *Convention contre la torture* oblige le Canada à veiller à ce que l'on assure une réparation civile aux victimes d'actes de torture commis à l'étranger et que cette obligation constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, ils n'ont pas prétendu — et encore moins établi — que leur interprétation de l'art. 14 correspond au droit international coutumier ou qu'elle a été intégrée au droit canadien par voie législative. En effet, aucun consensus ne semble s'être établi pour reconnaître que l'art. 14 devrait être interprété comme le souhaitent les appelants. En fait, tant le libellé de l'art. 14 que ses interprétations étatiques et judiciaires nationales et internationales étayent la conclusion selon laquelle cette disposition garantit une réparation et une indemnisation pour des actes de torture commis sur le territoire même de l'État du for.

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, la norme impérative qui interdit la torture n'a pas encore entraîné la

création d'une exception à l'immunité des États contre toute responsabilité civile à l'égard d'actes de torture commis à l'étranger. À l'heure actuelle, les pratiques étatiques et l'*opinio juris* ne sous-entendent pas que le Canada est tenu par les règles du *jus cogens* relatives à l'interdiction de la torture d'ouvrir ses tribunaux de sorte que ses citoyens puissent solliciter une réparation civile pour des actes de torture commis à l'étranger. En conséquence, ne pas accorder un tel accès ne constituerait pas une violation des principes de justice fondamentale.

Pour conclure, la *LIÉ*, dans sa forme actuelle, ne prévoit aucune exception à l'immunité des États étrangers à l'égard des poursuites civiles pour des actes allégués de torture commis à l'extérieur du Canada. En conséquence, une personne ne peut pas poursuivre un État étranger et ses fonctionnaires devant les tribunaux canadiens pour des actes de torture commis à l'étranger. Cette conclusion ne fige toutefois pas l'immunité des États dans le temps. Le législateur a le pouvoir et la capacité de modifier l'état actuel du droit régissant les exceptions à l'immunité des États, tout comme il l'a déjà fait, et de permettre aux personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle de H et de la succession de sa mère d'obtenir réparation devant les tribunaux canadiens.

La juge Abella (dissidente): La doctrine de l'immunité de juridiction n'est pas entièrement codifiée par la *Loi sur l'immunité des États*. Les seuls individus expressément visés par la définition d'« État étranger » sont « le chef ou souverain de cet État [. . .], dans l'exercice de ses fonctions officielles ». Il n'y est pas fait mention

des agents ou des représentants officiels, hormis les chefs d'État. Ce silence crée une ambiguïté quant à la question de savoir si la *Loi sur l'immunité des États* s'applique aux agents de rang inférieur et, pour la dissiper, il est utile de se référer au droit international coutumier et à la nette évolution du principe de réparation en droit international public.

La prohibition de la torture est une norme impérative — de *jus cogens* — en droit international. Ceci veut dire que la communauté internationale a convenu qu'aucun État ne peut y déroger. Il faut alors se demander comment la torture peut être considérée comme une fonction officielle pour l'application du principe de l'immunité en droit international quand le droit international lui-même interdit universellement cette pratique. Cela pose certains défis pour l'intégrité du droit international et laisse à la Cour un choix quant à savoir s'il convient d'étendre l'immunité aux agents d'États étrangers pour de tels actes.

De façon générale, en droit international, le régime de protection et de traitement des personnes en tant que sujets de droit a radicalement évolué. Cette protection en évolution s'est accompagnée de la reconnaissance du droit des victimes à une réparation en cas de violation de droits fondamentaux de la personne. Les poursuites en dommages-intérêts que la succession de feu K et son fils H ont engagées au civil reposent sur les obligations qu'impose le droit international en matière de droits de la personne au Canada et à l'Iran et sur la prohibition de la torture fondée sur le *jus cogens*. Ces poursuites doivent être situées dans le contexte

de la nette évolution du principe de réparation en droit international public depuis le début du XX^e siècle, un principe qui, dans son aspect le plus fondamental, signifie que, s'il y a violation des droits d'un individu, l'auteur de cette violation doit réparation à la victime pour le préjudice qu'elle a subi. L'objectif de ce principe est de nature réparatrice.

Les premières poursuites criminelles en droit international ne se souciaient guère des droits des victimes, mais plusieurs tribunaux internationaux reconnaissent de nos jours les droits qu'ont les victimes à une réparation à l'encontre d'auteurs individuels de crimes internationaux. Ce changement résulte, en partie, de la reconnaissance du fait que le principe de la réparation est un principe général de droit international reconnu par la loi et les traités portant création de ces tribunaux. Le traitement de l'immunité dans le cas d'une action civile ne devrait pas être différent de celui qui s'applique aux actions criminelles.

L'évolution et l'acceptation internationale du principe de réparation démontrent que le droit d'un individu à une réparation à l'encontre d'un État pour violation de ses droits de la personne est aujourd'hui un principe de droit international reconnu. On accepte également de plus en plus que les violations du *jus cogens* comme la torture ne constituent pas des « actes officiels » justifiant l'immunité pour les représentants de l'État.

L'objet de la *Convention contre la torture* concorde avec l'obligation générale de protéger le droit des victimes de torture d'obtenir réparation, peu importe

l'endroit où les actes ont été commis. La *Convention* consacre l'engagement commun d'« accroître l'efficacité de la lutte contre la torture [. . .] dans le monde entier ». Une simple lecture de l'art. 14 permet de constater que cette disposition oblige les États parties à faire en sorte que toutes les victimes de torture de leur pays puissent obtenir « réparation et [. . .] être indemnisées équitablement et de manière adéquate ». Le texte n'indique nullement que l'« acte de torture » doit avoir été commis sur le sol de l'État partie pour que l'obligation soit engagée. Lorsqu'un État s'engage à accorder une réparation pour des actes de torture commis à l'étranger, cela met forcément en cause la question de l'immunité de l'auteur de ces actes.

Compte tenu de l'acceptation universelle de la prohibition de la torture, les préoccupations relatives aux atteintes à la souveraineté que pourrait créer le fait de juger l'agent de l'État qui viole cette interdiction s'atténuent forcément. La nature même de cette prohibition en tant que norme impérative signifie que les États sont tous d'accord pour dire que l'on ne peut pas tolérer la torture. Il ne peut donc pas s'agir d'un acte étatique officiel pour l'application de l'immunité *ratione materiae*.

En droit international coutumier, il existe une distinction entre l'immunité générale *ratione personae*, dont bénéficient les personnes d'un rang supérieur comme les chefs d'État, et l'immunité *ratione materiae*, qui s'applique aux anciens chefs d'État et aux agents de rang inférieur et qui ne vaut que pour les actes officiels accomplis pour l'État ou en son nom. Ces principes reconnaissent le rôle et la responsabilité uniques des chefs d'État. À l'heure actuelle, la pratique des États

dénote une tendance palpable, quoique lente, dans la jurisprudence internationale à reconnaître que la torture, en tant que violation d'une norme impérative, n'est pas une conduite étatique officiellement sanctionnée pour l'application de l'immunité *ratione materiae*.

Compte tenu du caractère équivoque du droit international coutumier en matière d'immunité, du fait que la communauté internationale souscrit de longue date au principe de réparation énoncé à l'art. 14 de la *Convention contre la torture*, ainsi que de la reconnaissance grandissante à l'échelle internationale, depuis près d'un siècle, que les violations des droits de la personne menacent la paix et la stabilité mondiales, rien ne permet de faire entrer la torture dans la catégorie des conduites étatiques officielles qui donnent naissance à une immunité individuelle. Il n'y a pas lieu d'interpréter les dispositions équivoques du droit international coutumier de façon à faire obstacle à une réparation de nature civile pour des actes qui sont catégoriquement interdits.

La *Loi sur l'immunité des États* ne s'applique donc pas à M et à B. Ceux-ci ne bénéficient pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens et les poursuites intentées contre eux devraient pouvoir suivre leur cours.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBbel

Arrêts mentionnés : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, C.E.D.H., n° 35763/97, 21 novembre 2001 (en ligne : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["AL-ADSANI"\],"itemid":\["001-64442"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{)); *Jones c. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50; *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571; *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Procureur c. Anto Furund'ija*, Affaire n° TI-95-17/1-T, 10 décembre 1998, conf. par Affaire n° IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Alcom Ltd. c. Republic of Columbia*, [1984] 1 A.C. 580; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *Persinger c. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 (1984); *Affaire de l'île de Palmas (ou Miangas), États-Unis c. Pays-Bas*, Sentence arbitrale (1928), II R.I.A.A. 829; *Castle c. United States Department of Justice*

(Attorney General) (2006), 218 O.A.C. 53; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28; *Prosecutor c. Blaškić* (1997), 110 I.L.R. 607; *Jaffe c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Samantar c. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010); *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004); *Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Matar c. Dichter*, 563 F.3d 9 (2009); *Belhas c. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (2008); *Ye c. Zemin*, 383 F.3d 620 (2004); *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Case of Tibi c. Ecuador* (2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114; *Case of Bámaca Velásquez c. Guatemala* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Fang c. Jiang*,

[2007] N.Z.A.R. 420; *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Jaffe c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Affaire relative à l'usine de Chorzów* (1928), C.P.J.I. sér. A, n° 17; *Godínez-Cruz c. Honduras*, July 21, 1989 (Reparations and Costs); *Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99; *Jones c. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Xuncax c. Gramajo*, 886 F.Supp 162 (1995); *Cabiri c. Assasie-Gyimah*, 921 F.Supp 1189 (1996); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422; *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004); *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 12, 15.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 269.1.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III, art. 2a), e).

Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. § 1603, 1605(a)(5).

Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, ch. 24, ann. B, art. 4, 10.

Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 2 « État étranger », « organisme d'un État étranger », « subdivision politique », 3, 4, 5, 6, 6.1, 7, 8, 14(1)c), 18.

State Immunity Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 33, art. 16(4).

Torture Victim Protection Act of 1991, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73.

Traités et autres instruments internationaux

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1144 R.T.N.U. 123, arts. 10, 25(1).

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1465 R.T.N.U. 85, préambule, art. 1, 2, 3, 4, 5(1)a), c), (2), 11, 12, 13, 14, 16, 17, 19.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, arts. 3, 5(5), 13.

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 40, 53, 79.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, art. 2(1)b)iv). New York : Nations Unies, 2004 [non encore en vigueur].

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 R.T.N.U. 195, art. 6.

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, A.G. Rés. 45/158, arts. 15, 16(9), 18(6), 83.

Convention relative aux droits de l'enfant, 1577 R.T.N.U. 3, art. 39.

Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, A.G. Rés. 40/34, Doc. N.U.

Declaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A.G. Rés. 3452 (XXX), Doc. N.U A/10034 (1975), art. 3.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 5, 8.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, arts. 2, 7, 9 à 14.

Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, A.G. Rés/60/147, Doc. N.U. A/Res/60/147, 16 décembre 2005.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Doc. N.U. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998.

Statut du Tribunal militaire international, 82 R.T.N.U. 279, art. 8.

Doctrines et autres documents cités

Arbour, J.-Maurice, et Geneviève Parent. *Droit international public*, 6^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2012.

Bassiouni, M. Cherif. « International Recognition of Victims' Rights » (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 203.

Batros, Ben, and Philippa Webb. « Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine : Comments on *Habib v. Commonwealth of Australia* » (2010), 8 *J.I.C.J.* 1153.

Beaulac, Stéphane. « "Texture ouverte", droit international et interprétation de la Charte canadienne », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2013, 191.

- Besner, Jennifer, and Amir Attaran, « Civil liability in Canada's courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can) » (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150.
- Bradley, Curtis A., and Laurence R. Hefler. « International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity » (2010), *Sup. Ct. Rev.* 213.
- Brierly, James L. *The Law of Nations : An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed. Oxford : Clarendon Press, 1963.
- Brunée, Jutta, and Stephen J. Toope. « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *Can. Y.B. Int'l L.* 3.
- Byrnes, Andrew. « Civil Remedies for Torture Committed Abroad : An Obligation under the Convention against Torture? », in Craig M. Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*. Oxford : Hart, 2001, 537.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, n° 60, 1^{re} sess., 32^e lég., 4 février 1982, p. 32.
- Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. *Résumé législatif : Projet de loi C-10 : Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel, la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et d'autres lois*, par Laura Barnett et autres, Division des affaires juridiques et législatives, et Julie Béchar, Division des affaires sociales, 5 octobre 2011, révisé le 17 février 2012.
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2005.
- Currie, John H., *Public International Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Currie, John H., Craig Forcese, Joanna Harrington and Valerie Oosterveld. *International Law : Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2014.
- Dwertmann, Eva. *The Reparation System of the International Criminal Court : Its Implementation, Possibilities and Limitations*. Leiden, The Netherlands : Martinus Nijhoff, 2010.

- Emanuelli, Claude. *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.
- Forcese, Craig. « De-immunizing Torture : Reconciling Human Rights and State Immunity » (2007), 52 *R.D. McGill* 127.
- Fox, Hazel. « State Immunity and the International Crime of Torture », [2006] *E.H.R.L.R.* 142.
- Fox, Hazel, and Philippa Webb. *The Law of State Immunity*, 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2013.
- Gattini, Andrea. « Reparations to Victims », in Antonio Cassese, ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. New York : Oxford University Press, 2008, 487.
- International Law Association. Committee on International Human Rights Law and Practice. *Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals*, 2002 (online : [int_human_rights_law_practice_for_pdf_2.pdf](#)).
- Koh, Harold Hongju. « Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application to Situations of Armed Conflict », U.S. Department of State, January 21, 2013.
- Koh, Harold Honju. « Transnational Public Law Litigation » (1991), 100 *Yale L.J.* 2347.
- Larocque, François. *Civil Actions for Uncivilized Acts : The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings*. Toronto : Irwin Law, 2010.
- Larocque, François. « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture » (2010), 55 *R.D. McGill* 81.
- 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.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy : Essays in Legal and Political Philosophy*, chapter 11, « The Obligation of Reparation ». Oxford : Clarendon Press, 1982.
- Mazzeschi, Riccardo Pisillo. « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights : An Overview » (2003), 1 *J.I.C.J.* 339.

- Nations Unies. Collection des Traités. État de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (en ligne : https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=fr&clang=_fr)
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Ensemble révisé de principes fondamentaux et de directives flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire, établi par M. Theo van Boven en application de la décision 1995/117 de la Sous-Commission*. Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1996/17.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Rapport de l'expert indépendant Mr. M. Cherif Bassiouni, sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de grave violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, présenté en application de la résolution 1998/43 de la Commission des droits de l'homme*. Doc. N.U. E/CN.4/1999/65.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Résumé établi par le Secrétaire général conformément à la résolution 18 (XVIII) de la Commission*. Doc. N.U. E/CN.4/1314.
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Examens des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention*, Doc. N.U. CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005.
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Examens des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention*, Doc. N.U. CAT/C/CAN/CO/6, 25 juin 2012.
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Observation générale n° 3 (2012) : Application de l'article 14 par les États parties* (en ligne : http://www.ahtj.ch/content/files/cd1/Compilation%20des%20textes/7_8_9_10/9_2_CAT%20Observation%20generale%20No3.pdf).
- Nations Unies. *Examen du sixième rapport du Canada sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 2012 (en ligne : http://www.pch.gc.ca/DAMAssetPub/DAM-drtPrs-humRts/STAGING/texte-text/writtenResponseToCATLOI-Final-ForSubmission-May2012_1363340887503_fra.PDF?WT.contentAuthority=3.1).
- Nations Unies. *Guide de la pratique sur les réserves aux traités de la Commission du droit international* (en ligne : http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d'articles/1_8_2011.pdf)
- Nations Unies. *Rapport du Comité contre la torture*. Doc. N.U. A.G. A/55/44 (2000).

- Nowak, Manfred, and Elizabeth McArthur, with the contribution of Kerstin Buchinger et al. *The United Nations Convention Against Torture : A Commentary*. Oxford : Oxford University Press, 2008.
- O'Flaherty, Michael. « The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies » (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27.
- Perry, Stephen R. « The Moral Foundations of Tort Law » (1992), 77 *Iowa L. Rev.* 449.
- Ranganathan, Prasanna. « Survivors of Torture, Victims of Law : Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture » (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 343.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Trumbull, Charles P. IV. « The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings » (2008), 29 *Mich. J. Int'l L.* 777.
- United States. Senate Report No. 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991).
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.
- Weinrib, Ernest. « The Special Morality of Tort Law » (1989), 34 *R.D. McGill* 403.
- Zegveld, Liesbeth. « Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts : Incompatible Values? » (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Wagner et Gascon), 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, 265 C.R.R. (2d) 265, 354 D.L.R. (4th) 385, [2012] AZ-50886272, [2012] Q.J. No. 7754 (QL), 2012 CarswellQue 8098, qui a infirmé en partie une décision du juge Mongeon, 2011 QCCS 196, 330 D.L.R. (4th) 1, 227 C.R.R. (2d) 233, [2011] AZ-50714217, [2011] Q.J. No. 412 (QL), 2011 CarswellQue 488. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Kurt A. Johnson, Mathieu Bouchard, Audrey Boctor et David Grossman,
pour les appelants.

Personne n'a comparu pour les intimés la République islamique d'Iran,
Ayatollah Sayyid Ali Khamenei, Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi.

Bernard Letarte et René LeBlanc, pour l'intimé le procureur général du
Canada.

Christopher D. Bredt et Heather Pessione, pour l'*amicus curiae*.

Jill Copeland et Emma Phillips, pour l'intervenante Canadian Lawyers
for International Human Rights.

François Larocque et Alyssa Tomkins, pour l'intervenante Amnistie
internationale, Section Canada francophone.

Argumentation écrite seulement par *Azim Hussain, Rahool P. Agarwal et*
Maureen R. A. Edwards, pour l'intervenante Redress Trust Ltd.

Argumentation écrite seulement par *Daniel Sheppard et Tamara*
Morgenthau, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en
droit des réfugiés.

Argumentation écrite seulement par *Michael Sobkin*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *David Matas*, *Monique Pongracic-Speier* et *Noemi Gal-Or*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Christopher A. Wayland et *Simon Chamberland*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

John Terry et *Sarah Shody*, pour l'intervenant le Centre canadien pour la justice internationale.

John Norris et *Carmen Cheung*, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law.

Babak Barin et *Payam Akhavan*, pour l'intervenant Iran Human Rights Documentation Center.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

Introduction

[1] La mort de M^{me} Zahra Kazemi a été une véritable tragédie. Pour obtenir réparation, son fils unique, Stephan Hashemi, a intenté une action en dommages-intérêts en son propre nom et au nom de la succession de sa mère contre la République islamique d'Iran, son chef d'État et deux de ses fonctionnaires. M. Hashemi et la succession de sa mère ont interjeté appel devant la Cour afin que cette dernière décide que les responsables présumés de la détention de M^{me} Kazemi, de la torture dont elle a été victime et de son décès ne bénéficient pas de l'immunité en application de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S -18 (« LIÉ » ou « loi ») afin que les réclamations sous-jacentes puissent suivre leur cours.

[2] Malgré le destin tragique de M^{me} Kazemi, l'état actuel du droit ne permet pas aux appelants de poursuivre les intimés en dommages-intérêts devant un tribunal canadien. Les États étrangers, de même que leurs dirigeants et leurs fonctionnaires, demeurent à l'abri de poursuites civiles au Canada, sauf dans les cas expressément prévus par la LIÉ. Or, cette dernière ne retire pas l'immunité dans les cas de torture qui aurait été infligée à l'étranger. En d'autres mots, le législateur canadien a choisi de privilégier les principes de courtoisie et de souveraineté des États par rapport aux intérêts d'individus qui souhaiteraient poursuivre un État étranger devant les tribunaux canadiens pour des actes de torture commis à l'étranger. J'estime que ce choix n'est contraire ni au droit international, ni à la *Déclaration canadienne des*

droits, L.R.C. 1985, Ann. III, ni à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejeterais donc le pourvoi.

Faits

[3] Les faits, tenus pour avérés en première instance, sont horribles.

[4] Zahra Kazemi, une citoyenne canadienne, s'est rendue en Iran en 2003 comme photographe et journaliste pigiste. Le ou vers le 23 juin 2003, elle est allée photographier des personnes qui protestaient à l'extérieur de la prison d'Evin à Téhéran contre l'arrestation et la détention de leurs parents. M. Mortazavi, le procureur en chef des poursuites pénales de Téhéran, a alors ordonné son arrestation et sa détention. Elle a été détenue dans la prison même qu'elle photographiait.

[5] Durant son incarcération, M^{me} Kazemi n'a été autorisée à communiquer ni avec un avocat, ni avec l'ambassade canadienne, ni avec sa famille. Les autorités iraniennes l'ont interrogée. Elle a été battue. Elle a été agressée sexuellement. Elle a été torturée.

[6] Plus tard, quelque temps avant le 6 juillet 2003, M^{me} Kazemi a été transférée de la prison à un hôpital de Téhéran. Elle était inconsciente à son arrivée. Elle avait subi une lésion cérébrale et d'autres blessures, notamment une fracture du nez, l'écrasement d'un tympan, des lacérations sur le dos et derrière les jambes, des

fractures et des bris des ongles sur les mains et les orteils ainsi que de graves lésions aux organes génitaux et autour de ceux-ci.

[7] Durant l'hospitalisation de M^{me} Kazemi, les autorités iraniennes n'ont rien fait pour informer les représentants consulaires canadiens ou les membres de sa famille de son état. Même après que la mère de M^{me} Kazemi, qui résidait en Iran, eut été prévenue par des sources non officielles que sa fille se trouvait à l'hôpital, on lui a interdit en bonne partie d'être en contact avec elle. Toutefois, au courant de l'hospitalisation de M^{me} Kazemi, sa mère et d'autres membres de sa famille vivant en Iran ont communiqué avec des représentants consulaires canadiens et avec son fils.

[8] Le ou vers le 10 juillet 2003, des fonctionnaires canadiens se sont rendus à l'hôpital où M^{me} Kazemi recevait des soins. Des médecins leur ont déclaré que M^{me} Kazemi était cliniquement morte et qu'elle n'avait aucune chance de se rétablir. Pendant ce temps, son fils et sa mère ont tenté de lui obtenir des soins médicaux indépendants et de la faire transporter au Canada pour qu'elle y reçoive d'autres traitements. Contrairement à leur volonté, le personnel médical de l'hôpital a débranché M^{me} Kazemi du système de maintien de la vie auquel elle était reliée et l'a déclarée morte. Le gouvernement iranien a officiellement annoncé le décès de M^{me} Kazemi le 12 juillet par l'entremise de l'Agence de presse de la République islamique. Un rapport subséquent a confirmé que M^{me} Kazemi était morte des suites d'un coup porté à sa tête pendant sa détention.

[9] Après le décès de M^{me} Kazemi, le gouvernement iranien a ordonné qu'une autopsie soit pratiquée. À cette occasion, le gouvernement n'a pas consulté la famille de la défunte. De plus, les autorités n'ont communiqué les résultats de l'autopsie ni à sa famille ni aux fonctionnaires canadiens. À la suite de l'autopsie, M^{me} Kazemi a été ensevelie en Iran même si son fils avait demandé que ses restes soient envoyés au Canada pour qu'ils y soient inhumés.

[10] À la fin juillet, le gouvernement iranien a ordonné la tenue d'une enquête relativement à la mort de M^{me} Kazemi. Malgré l'existence d'un rapport impliquant des juges et le Bureau du procureur dans la torture de M^{me} Kazemi et sa mort subséquente, un seul individu a été traduit en justice, M. Reza Ahmadi. Son procès a été marqué par un manque de transparence. M. Ahmadi a été acquitté. Bref, il était impossible pour M^{me} Kazemi et sa famille d'obtenir justice en Iran.

[11] En juin 2006, M. Hashemi a déposé une requête introductive d'instance devant la Cour supérieure de la province de Québec en son propre nom et à titre de liquidateur de la succession de sa mère. Cette poursuite visait (1) la République islamique d'Iran, (2) le chef d'État de l'Iran, l'ayatollah Sayyid Ali Khamenei, (3) Saeed Mortazavi, le procureur en chef des poursuites pénales de Téhéran et (4) Mohammad Bakhshi, l'ancien chef adjoint du renseignement à la prison d'Evin. L'action réclamait : (a) 5 000 000 \$ au nom de la succession de feu Zahra Kazemi pour les douleurs et souffrances physiques, psychologiques et émotionnelles qu'elle a subies, de même que 5 000 000 \$ en dommages-intérêts punitifs et (b) 5 000 000 \$

pour le préjudice psychologique et émotionnel qu'a causé à M. Hashemi personnellement la perte de sa mère, en plus de 2 000 000 \$ en dommages-intérêts punitifs.

[12] Les défendeurs, qui sont intimés dans le présent pourvoi, ont demandé par requête le rejet de l'action en raison de l'immunité des États. Ils ont mandaté un avocat et ont pris part au litige en Cour supérieure et en Cour d'appel pour y plaider l'absence de juridiction des tribunaux canadiens. Ils n'étaient toutefois pas représentés dans le cadre du pourvoi devant la Cour.

[13] M. Hashemi et la succession de M^{me} Kazemi ont répondu à la requête en rejet des deux demandes en invoquant des exceptions prévues par la *LIÉ* et en contestant la constitutionnalité de certaines des dispositions de cette loi.

[14] Le juge Mongeon, de la Cour supérieure du Québec, a été saisi de la requête introductive d'instance, de la requête en rejet et de la question de la constitutionnalité de la *LIÉ* et a rendu jugement le 25 janvier 2011.

Dispositions législatives pertinentes

[15] Comme cela a été le cas devant les cours d'instances inférieures, la constitutionnalité des art. 3 et 6 de la *LIÉ* est en cause dans le présent pourvoi. Les dispositions suivantes sont pertinentes pour trancher ce dernier :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi

[. . .]

« État étranger » Sont assimilés à un État étranger :

a) le chef ou souverain de cet État ou d'une subdivision politique de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions officielles;

b) le gouvernement et les ministères de cet État ou de ses subdivisions politiques, ainsi que les organismes de cet État;

c) les subdivisions politiques de cet État.

3. (1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

(2) Le tribunal reconnaît d'office l'immunité visée au paragraphe (1) même si l'État étranger s'est abstenu d'agir dans l'instance.

[. . .]

5. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales.

6. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions découlant :

a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

b) des dommages aux biens ou perte de ceux-ci survenus au Canada.

Historique judiciaire

[16] En Cour supérieure, le juge Mongeon a examiné quatre questions principales :

- 1) Existe-t-il des exceptions non écrites à l'immunité de juridiction qui autoriseraient la continuation de l'action des demandeurs?
- 2) À supposer que la *LIÉ* soit constitutionnelle, les demandeurs peuvent-ils invoquer l'exception à l'immunité prévue par l'al. 6a) de la *LIÉ*?
- 3) À supposer que cette loi soit constitutionnelle, la *LIÉ* accorde-t-elle l'immunité aux défendeurs MM. Mortazavi et Bakhshi?
- 4) Si la poursuite ne peut suivre son cours contre tous les défendeurs, les dispositions de la *LIÉ* qui y font obstacle sont-elles constitutionnelles?

[17] En réponse à la première question, le juge Mongeon a conclu que la *LIÉ* traite exhaustivement du droit à l'immunité des États. Selon lui, l'ensemble des principes de droit régissant l'immunité des États et toutes les exceptions à cette immunité s'y retrouvent expressément (par. 48). Compte tenu de la jurisprudence actuelle et du libellé de la *LIÉ*, le juge Mongeon estime qu'il n'existe en common law, en droit international ou dans les traités internationaux aucune exception non écrite à cette immunité susceptible de permettre la continuation des réclamations des demandeurs.

[18] Dans le cas de l'exception à l'immunité énoncée à l'al. 6a) de la *LIÉ*, le juge Mongeon a établi une distinction entre la réclamation de la succession de M^{me} Kazemi et celle de son fils. Bien que M^{me} Kazemi ait subi ses lésions corporelles en Iran, M. Hashemi a subi ses propres dommages au Canada. Le juge Mongeon a donc conclu que la succession de M^{me} Kazemi ne pouvait pas invoquer l'exception à l'immunité des États prévue à l'al. 6a) de la *LIÉ*. Il a toutefois également conclu que l'action personnelle intentée par M. Hashemi relèverait possiblement de cette exception. Se fondant sur l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, le juge Mongeon a reconnu que la souffrance morale alléguée pouvait être considérée comme un « dommage corporel » au sens où il faut l'entendre pour l'application de la loi, si cette souffrance se manifestait physiquement. Toujours à son avis, si M. Hashemi pouvait démontrer que le traumatisme psychologique qu'il avait subi a porté atteinte à son intégrité physique ou équivalait à un [TRADUCTION] « choc nerveux », l'exception de l'al. 6a) s'appliquerait et les défendeurs seraient privés de l'immunité (par. 92). En conséquence, le juge Mongeon n'était pas disposé à rejeter sommairement la poursuite intentée par M. Hashemi contre les défendeurs.

[19] Le juge Mongeon s'est ensuite demandé si la *LIÉ* accorde l'immunité aux défendeurs Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi. Il a cherché à déterminer si les [TRADUCTION] « fonctionnaires agissant en cette qualité » étaient visés par la définition légale d'« État étranger » (par. 105). À son avis, le fait d'attribuer l'immunité à un ministère tout en la refusant à ses employés « rendrait sans effet et

inopérante la *Loi sur l'immunité des États* » (par. 112). Le juge Mongeon a donc conclu que les dispositions de la *LIÉ* relatives à l'immunité devraient s'appliquer aux individus défendeurs, sans égard à la nature des actes qu'ils auraient commis.

[20] Enfin, le juge Mongeon s'est penché sur la constitutionnalité de la *LIÉ*. Plus particulièrement, il s'est demandé si le par. 3(1) de cette loi contrevient aux al. 2e) et 2a) de la *Déclaration canadienne des droits* et aux art. 7 et 9 de la *Charte*.

[21] Le juge Mongeon a décidé que l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ne confère pas un droit de recours lorsque le droit n'accorde pas autrement un tel recours. À son avis, cet alinéa garantit seulement, le cas échéant, le déroulement équitable des audiences devant des organes ou des tribunaux administratifs. Ayant décidé que les demandeurs n'avaient pas le droit de poursuivre une autorité étrangère sauf dans les cas d'exceptions prévues par la *LIÉ*, le juge Mongeon a conclu que l'al. 2e) ne leur était d'aucun secours.

[22] Le juge Mongeon a également conclu que la réclamation des demandeurs reposant sur l'al. 2a) de la *Déclaration des droits* n'était pas fondée. Selon lui, la *LIÉ* n'avait pas « autorisé » la détention de M^{me} Kazemi. Son seul effet était d'empêcher les demandeurs de réclamer au Canada des dommages-intérêts par suite de cette détention.

[23] Le juge Mongeon a ensuite examiné l'application de la *Charte*. Le lien de causalité entre la souffrance des demandeurs et l'intervention du gouvernement

canadien lui a paru insuffisant. Selon lui, l'application de la *LIÉ* ne se situait pas à l'origine de l'atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* à M. Hashemi ou à M^{me} Kazemi.

[24] Le juge Mongeon a donc accueilli la requête en rejet de l'action présentée par les défendeurs à l'égard de la succession de M^{me} Kazemi, mais a rejeté la requête relative au recours intenté par M. Hashemi en son propre nom.

Cour d'appel du Québec, 2012 CAQ 1449, [2012] R.J.Q. 1567

[25] La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel de la succession de M^{me} Kazemi et accueilli celui des défendeurs quant à la réclamation de M. Hashemi. Dans un jugement unanime, le juge Morissette a abordé les questions que le juge Mongeon avait déjà examinées en Cour supérieure.

[26] En appel, le juge Morissette a rejeté l'argument de M. Hashemi et de la succession selon lequel le libellé de la *LIÉ* serait ambigu parce que le droit international coutumier actuel, qui représente l'évolution des règles établies au moment de l'adoption de la loi, reconnaît des exceptions supplémentaires à l'immunité des États que ne mentionne pas la *LIÉ* (par. 40). De l'avis du juge Morissette, le texte de la loi est clair et sans équivoque : les seules exceptions à l'immunité des États reconnues au Canada sont celles énoncées expressément dans la

LIÉ (par. 42). En outre, sur la base de l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99 («*Allemagne c. Italie*») rendu récemment par la Cour internationale de justice («*CIJ*»), le juge Morissette a conclu qu'aucune règle de droit international coutumier ne primait l'immunité des États dans le cas des crimes internationaux graves, même en l'absence d'autres moyens d'obtenir réparation (par. 55). Enfin, le juge Morissette a ajouté à ce sujet que l'art. 14 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1465 R.T.N.U 85 («*CCT*») et l'interprétation donnée à cet article par le Comité contre la torture n'étaient d'aucune utilité pour les appelants. À son avis, l'art. 14 est en grande partie ambigu, et l'interprétation que lui donne le Comité contre la torture n'a pas force de loi (par. 57 à 59).

[27] Le juge Morissette a formulé deux conclusions supplémentaires au sujet de l'al. 6a) de la *LIÉ*. Premièrement, il a rejeté l'argument selon lequel l'acte délictueux ayant causé la blessure devait avoir été commis au Canada pour que s'applique l'exception prévue à l'art. 6. Il estime plutôt que cette exception pourrait s'appliquer lorsque les actes ayant causé les dommages ont été posés à l'étranger, mais que les dommages eux-mêmes se manifestent au Canada. Cependant, le juge Morissette a conclu en dernière analyse que l'al. 6a) n'était d'aucun secours à M. Hashemi parce, selon cet alinéa, le demandeur doit avoir subi [TRADUCTION] « une atteinte à son intégrité physique, et non uniquement à son intégrité psychologique ou psychique » (par. 82 (italique omis)), ce qui n'est pas le cas de M. Hashemi.

[28] Ensuite, le juge Morissette a examiné si les défendeurs MM. Mortazavi et Bakhshi devraient bénéficier de l'immunité de juridiction. Selon lui, le juge Mongeon a eu raison de conclure que la *LIÉ* accorde l'immunité aux [TRADUCTION] « agents d'un État étranger » (par. 93). Il a aussi rejeté l'argument voulant que le traitement infligé à M^{me} Kazemi par les fonctionnaires étrangers fût si indigne que les actes en cause ne sauraient constituer une [TRADUCTION] « activité officielle » entraînant l'application de l'immunité (par. 97). Selon lui, la notion de torture elle-même suppose l'aval ou la direction des personnes agissant à titre officiel ou se trouvant en situation d'autorité.

[29] Le juge Morissette s'est ensuite penché sur la constitutionnalité de la *LIÉ*. En Cour d'appel, M. Hashemi et la succession avaient contesté la constitutionnalité du par. 3(1) de la *LIÉ* uniquement au regard de l'al. 2e) de la *Déclaration des droits* et de l'art. 7 de la *Charte*. Le juge a rejeté leur argument fondé sur la *Déclaration des droits* et confirmé, comme le juge Mongeon avant lui, que l'al. 2e) ne [TRADUCTION] « crée [pas] de droit autonome à une audience équitable » (par. 109). Le juge Morissette a aussi rejeté la prétention fondée sur l'art. 7 et décidé qu'une violation présumée du « droit à la liberté » de M. Hashemi (la faculté de poursuivre l'Iran au civil devant le forum de son choix) ne pouvait fonder une conclusion d'inconstitutionnalité du par. 3(1) de la *LIÉ*. Enfin, d'après lui, aucune violation de l'art. 7 n'avait été commise (par. 120).

[30] M. Hashmi et la succession de M^{me} Kazemi se sont pourvus contre l'arrêt de la Cour d'appel du Québec. Bien qu'ils soient désignés comme intimés, la République islamique d'Iran, l'ayatollah Sayyid Al Khamenei, Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi n'ont présenté aucun argument écrit ou oral. Le procureur général du Canada était représenté durant l'appel, mais il n'a plaidé qu'à propos de certaines questions. Un *amicus curiae* a été nommé pour traiter des questions évoquées par les appelants et sur lesquelles le procureur général du Canada ne s'est pas prononcé.

Questions en litige

[31] Les questions constitutionnelles suivantes ont été énoncées :

- 1) Le par. 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44?
- 2) Dans l'affirmative, le par. 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il inopérant du fait de cette incompatibilité?
- 3) Le par. 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- 4) Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[32] Les réponses à ces questions se trouvent dans l'interprétation de la *LIÉ*. La Cour est essentiellement appelée à déterminer la portée de cette loi, à établir l'incidence que l'évolution du droit international depuis l'adoption de la *LIÉ* a pu avoir sur son interprétation, et à décider si cette loi est constitutionnelle. La question primordiale qui touche presque tous les aspects de la présente affaire porte sur l'argument selon lequel le droit international aurait créé une compétence universelle obligatoire en matière civile à l'égard des allégations de torture. Cette compétence obligerait les États à permettre aux victimes d'actes de torture commis à l'extérieur de leurs frontières de porter leurs réclamations devant leurs tribunaux nationaux.

[33] Par souci de clarté, j'ai divisé mon exposé de l'affaire en cinq questions principales :

- 1) Le par. 3(1) de la *LIÉ* constitue-t-il une codification exhaustive de l'immunité des États contre les poursuites civiles au Canada? Le droit international rend-il le par. 3(1) de la *LIÉ* ambigu ou exige-t-il autrement qu'il soit interprété comme comprenant implicitement une exception à l'immunité des États en cas de torture?
- 2) L'exception à l'immunité des États prévue à l'al. 6a) de la *LIÉ* s'applique-t-elle à la réclamation de M. Hashemi?
- 3) Les intimés MM. Mortazavi et Bakhsi ont-ils droit à l'immunité accordée par la *LIÉ*?

- 4) Si aucune exception pour des actes de torture n'existe en application de la *LIÉ*, le par. 3(1) de cette loi est-il incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*? Dans l'affirmative, le par. 3(1) est-il inopérant du fait de cette incompatibilité?

- 5) Si aucune exception pour des actes de torture n'existe en application de la *LIÉ*, le par. 3(1) de cette loi viole-t-il l'art. 7 de la *Charte*? Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

Analyse

Contexte

Immunité des États ou immunité de juridiction

[34] Sur le plan pratique, l'immunité des États constitue un « obstacle procédural » qui empêche les tribunaux nationaux d'exercer leur juridiction sur des États étrangers (J. H. Currie, *Public International Law* (2^e éd. 2008), p. 365; H. Fox et P. Webb, *The Law of State Immunity* (3^e éd. 2013), p. 38 et 39; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 60; *Allemagne c. Italie*, par. 58). En ce sens, l'immunité des États empêche les tribunaux nationaux de juger au fond une poursuite intentée contre

un État étranger ou ses agents (Fox et Webb, p. 82; F. Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings* (2010), p. 236 et 237).

[35] Sur le plan conceptuel, l'immunité des États demeure un des principes fondateurs des relations entre États indépendants (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 43). Elle garantit la fidélité de chaque nation et de l'ordre international aux principes de souveraineté et d'égalité (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 236; C. Emanuelli, *Droit International Public: Contribution à l'étude de droit international selon une perspective canadienne* (3^e éd. 2010), p. 294). La souveraineté garantit que l'État peut exercer son autorité à l'égard de personnes et de faits sur son territoire sans ingérence externe indue. En droit international, le principe de l'égalité reconnaît qu'aucun État n'est au-dessus d'un autre dans l'ordre international (*Schreiber*, par. 13). Les règles de droit relatives à l'immunité des États sont une expression de ces principes (*Hape*, par. 40 à 44; Fox et Webb, p. 25 et 76; *Allemagne c. Italie*, par. 57).

[36] Outre l'égalité souveraine, d'autres justifications de l'immunité des États se fondent sur les réalités politiques des relations internationales dans un monde imparfait. Une d'entre elles constate que, parce qu'il est [TRADUCTION] « pratiquement impossible » d'exécuter des jugements obtenus au pays contre des États étrangers, les tribunaux nationaux ne sont pas vraiment capables de disposer de telles demandes de toute façon (Fox et Webb, p. 31). En ce sens, il serait

contre-productif pour un tribunal de contrôler les décisions d'un État étranger si, ce faisant, il risquait de provoquer une rupture des relations entre des pays en l'absence de tout espoir que le réclamant obtienne réparation (*ibid*; C. Forcese, « De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity » (2007), 52 *McGill L.J.* 127, p. 133 et 134).

[37] La courtoisie et la réciprocité justifient également l'immunité des États (Forcese, p. 135; *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (2002), 34 E.H.R.R. 273, par. 54). Tout comme les États étrangers ne veulent pas que leurs mesures exécutives, législatives ou publiques soient remises en question devant les tribunaux canadiens, le Canada préfère éviter de devoir défendre ses mesures et politiques devant les tribunaux étrangers.

[38] L'immunité des États joue un rôle important dans les relations internationales et elle est devenue une règle générale du droit international coutumier (*Jones c. United Kingdom*, N^{os} 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014, par. 89 (« *Jones* (CEDH) »); Fox et Webb, p. 2). Pour être considérée comme une partie du droit international coutumier, une règle doit être confirmée par la pratique des États et l'*opinio juris*, soit la reconnaissance par ces derniers du caractère obligatoire de la règle en droit international: *Hape*, par. 46; *Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), Fond, Arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, par. 207. La CIJ a confirmé que le principe d'immunité des États satisfaisait à ces deux exigences (*Allemagne c. Italie*, par. 55 et

56). En raison de l'existence de la pratique des États et de l'*opinio juris*, il est maintenant établi, sans équivoque, que l'immunité représente plus qu'un geste de courtoisie; elle est fermement ancrée dans le paysage juridique international (Fox et Webb, p. 2).

[39] Cependant, la teneur de l'immunité des États a évolué au fil du temps. À l'origine, on considérait que cette immunité interdisait absolument à un État d'entreprendre toute forme d'examen des affaires d'un autre État (Fox et Webb, p. 26). On croit que cette interdiction absolue découlait de l'immunité personnelle dont ont bénéficié historiquement les [TRADUCTION] «monarques et leurs représentants» (Larocque, *Civilized Actions for Uncivilized Acts*, p. 238). Avec le temps, cette immunité a été transférée à l'État-nation, que le chef d'État en est venu à incarner (*ibid.*). Tout assujettissement d'un État étranger à la compétence des tribunaux nationaux était ainsi jugé incompatible avec l'égalité souveraine (J. H. Currie, C. Forcese, J. Harrington et V. Oosterveld, *International Law: Doctrine, Practice and Theory* (2^e éd. 2014), p. 539 à 541; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50, p. 71).

[40] Toutefois, à la suite de la Seconde Guerre mondiale, la reconnaissance de l'immunité des États et de leurs agents à l'égard de poursuites criminelles semblait devenue particulièrement absurde devant les atrocités commises alors. Le Tribunal militaire international de Nuremberg, 82 R.T.N.U. 279, notamment en application de l'article 8 de sa Charte, a ainsi établi les fondements d'une nouvelle approche en

faveur d'une restriction de l'immunité des États dans le cadre de procédures criminelles. Cette approche n'a pas cessé d'évoluer depuis.

[41] Parallèlement, l'interdiction de toute poursuite civile contre un État étranger devant les tribunaux nationaux s'est aussi graduellement assouplie. L'immunité des États, qualifiée un temps d'immunité absolue, a petit à petit été qualifiée d'immunité [TRADUCTION] « restreinte » (Currie, Forcese, Harrington et Oosterveld, p. 541). Cette transition a été due en partie au rôle accru joué par les États dans le commerce et la finance et se reflète dans la distinction bien connue entre les *acta imperii* d'un État (actes de nature gouvernementale) et ses *acta gestionis* (actes de nature commerciale) (Currie, p. 371 à 373; P. Ranganathan, « Survivors of Torture, Victims of Law: Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture » (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 343, p. 350). Au fur et à mesure que la communauté internationale a admis que certains actes ou certaines décisions des États ne sont pas purement [TRADUCTION] « souverains » ou « de nature publique », et qu'il arrive parfois que les États se comportent comme des « entités privées », le principe d'interdiction de toute poursuite contre un État étranger est devenu obsolète (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 239 à 241; Currie, Forcese, Harrington et Oosterveld, p. 541; Fox et Webb, p. 32). Un grand nombre d'États, dont le Canada, ont adopté par voie législative cette forme d'immunité restreinte, en reconnaissant une exception commerciale à l'immunité des États (*LIÉ*, art. 5; *Re Code canadien du travail*, p. 73; *Schreiber*, par. 33; *Kuwait Airways Corp. c. Iraq*, 2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571, par. 13 à 17).

[42] Au Canada, l'immunité des États à l'égard des poursuites civiles est consacrée par la *LIÉ* dont l'objet reflète en grande partie celui de la règle en droit international : le respect de l'égalité souveraine. La pierre angulaire de cette loi se trouve en son art. 3, qui confirme que les États étrangers bénéficient de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens « [s]auf exceptions prévues dans la [. . .] loi » (*Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675 (C.A.), par. 42; *LIÉ*, art. 3). Fait important, la *LIÉ* ne s'applique pas aux poursuites pénales, ce qui suggère que le législateur était convaincu que la common law en matière d'immunité des États devrait continuer à régir ce domaine du droit (*LIÉ*, art. 18).

[43] Cependant, lorsqu'il a adopté la *LIÉ*, le Parlement a reconnu plusieurs exceptions à la vaste portée de l'immunité des États. Mise à part l'exception relative aux activités commerciales examinée précédemment, le Canada a choisi d'inclure des exceptions à l'immunité en cas de renonciation à celle-ci par l'État étranger de même que dans le cas où il est question de décès, de dommages corporels ou de dommages aux biens survenus au Canada; en matière maritime; et à l'égard de biens détenus par un État étranger au Canada (*LIÉ*, art. 4, 6, 7 et 8; Currie, p. 395 à 400; Emanuelli, p. 346 à 349; J.-M. Arbour et G. Parent, *Droit international public* (6^e éd. 2012), p. 500 à 508.3).

[44] De plus, en 2012, le législateur a modifié la *LIÉ* en y ajoutant une exception à l'immunité de juridiction pour certains États étrangers qui ont appuyé des activités terroristes (Arbour et Parent, p. 508.1 à 508.3). Selon ce nouveau régime

législatif, un État étranger peut être poursuivi au Canada s'il (1) a commis l'acte en question le 1^{er} janvier 1985 ou après cette date et s'il (2) est accusé d'appuyer le terrorisme et inscrit sur une liste dressée par le gouverneur en conseil (*LIÉ*, art. 6.1; Bibliothèque du Parlement, *Résumé législatif du projet de loi C-10* (2012), art. 2.2.2.1). Même si on n'a pas abordé la nature ou la constitutionnalité de l'exception relative au terrorisme devant la Cour, il s'agit néanmoins de questions pertinentes pour le présent dossier. À tout le moins, cette exception révèle que le législateur peut agir, et le fait, pour résoudre, et dans ce cas-ci pour prévenir, de nouveaux problèmes dans l'ordre international (Ranganathan, p. 386). Cela renforce la conclusion, dont il sera question ultérieurement, selon laquelle la *LIÉ* est censée constituer une codification exhaustive du droit canadien de l'immunité des États pour les instances civiles. Je note en outre au passage, avec toute la prudence qui s'impose, que le projet de loi sur l'exception relative au terrorisme, lorsqu'il était à l'étape des débats au Parlement, a été critiqué à de nombreuses reprises parce qu'il omettait de créer une exception à l'immunité des États dans le cas d'instances civiles où étaient présentées des allégations de torture, de génocide ou d'autres crimes graves (*Résumé législatif du projet de loi C-10*, art. 2.1.4). En effet, le projet de loi C-483 d'initiative parlementaire proposait de créer une telle exception, mais il n'a jamais été adopté. Plus généralement, la modification apportée par le législateur à la *LIÉ* en 2012 illustre que l'État du for (c-à-d. celui qui attribue la juridiction) joue toujours un rôle important et continu lorsqu'il s'agit d'établir la portée et l'étendue de l'immunité de juridiction.

[45] Il en découle que l'immunité des États ne représente pas seulement une règle de droit international coutumier. Elle témoigne aussi des choix faits par un pays pour des raisons politiques, notamment au sujet de ses relations internationales. Comme le font remarquer Fox et Webb, bien qu'il soit reconnu en droit international que l'immunité constitue la règle générale, c'est l'État du for qui décide de l'[TRADUCTION] « étendue précise » de l'immunité des États et de la « manière précise » de l'appliquer (p. 17). Ainsi, au Canada, il faut d'abord se tourner vers le législateur pour déterminer le cadre et la portée de l'immunité des États.

Torture

[46] Comme nous le verrons plus loin, lors de la rédaction de la *LIÉ*, le Canada a choisi de reconnaître que l'immunité constitue un principe essentiel qui facilite le bon fonctionnement des relations internationales. Il a privilégié l'immunité des États étrangers par rapport à l'ouverture de recours civils aux citoyens qui auraient été victimes de torture à l'étranger. Ce choix de politique générale ne représente pas un jugement sur les méfaits de la torture, mais une indication des principes que le législateur a décidé de promouvoir, en raison du rôle joué par le Canada et son gouvernement au sein de la communauté internationale. Il ne faut pas déduire de la *LIÉ* que le Canada a renoncé à son engagement envers l'interdiction universelle de la torture. Cet engagement reste fort, comme le confirment les changements survenus au cours des dernières années.

[47] En 2002, dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, malgré la présence d'« indices convaincants » en ce sens, la Cour n'a pas affirmé de manière juridiquement contraignante que l'interdiction de la torture avait acquis un caractère impératif (par. 62 à 65). Douze ans plus tard, la Cour ne saurait mettre en doute que cette interdiction est devenue une norme impérative (une norme impérative ou norme *jus cogens* est un précepte fondamental du droit international auquel on ne peut déroger : Currie, p. 583; Emanuelli, p. 168 et 169; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 53).

[48] Un grand nombre d'instruments multilatéraux interdisent explicitement la torture (voir la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, 71 (1948), art. 5; la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. A.G. 3452 (XXX), Doc. N.U. A/10034 (1975), art. 3; la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de l'Europe*, 213 R.T.N.U. 221, art. 3; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 7; et, de manière générale, la *CCT* des Nations Unies). La jurisprudence internationale reconnaît également que l'interdiction de la torture est une norme à laquelle on ne peut déroger (voir Ranganathan, p. 381 et 382). Par exemple, dans l'arrêt *Jones c. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270 (« *Jones (HL)* »), la Chambre des lords a conclu que [TRADUCTION] « il ne fait aucun doute que l'interdiction de la torture » constitue une

norme impérative (par. 43; voir aussi *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, par. 61; *Le procureur c. Anto Furund'ija*, Cause n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), conf. (Cause n° IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000).

[49] L'interdiction de la torture est une norme internationale impérative. Cela dit, au Canada, la torture est également clairement interdite. En effet, les conventions et la loi l'y interdisent. À titre d'exemple, le Canada est partie à la *CCT* qui est en vigueur depuis plus de vingt ans. La *CCT* est utile à de nombreuses fins. Par exemple, elle définit la torture (art. 1) et elle exige des États parties qu'ils prennent des mesures législatives et administratives pour éviter que des actes de torture ne soient commis (art. 2, 3 et 4), qu'ils enquêtent sur les actes potentiels de torture qui auraient été commis sur leur territoire (art. 12), et qu'ils prévoient les moyens par lesquels les victimes de torture peuvent obtenir réparation (art. 14).

[50] Je signale au passage que, contrairement à ma collègue la juge Abella, je ne puis interpréter l'art. 14 de la *CCT* comme imposant au Canada la mise en œuvre d'une compétence universelle en matière civile pour les actes de torture. Les *travaux préparatoires* ayant mené à la signature de la *CCT* n'indiquent pas clairement un abandon intentionnel par les États parties de la restriction territoriale, un abandon que contenait pourtant une ébauche du libellé de l'art. 14. En fait, la modification du libellé qui a provoqué le retrait de la restriction territoriale semble résulter d'une suggestion des États-Unis qui souhaitaient harmoniser l'art. 14 avec la définition de la

torture à l'art. 1 par un élargissement de la portée du terme « agent » (Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *Résumé établi par le Secrétaire général conformément à la résolution 18 (XVIII) de la Commission*, Doc. U.N. E/CN.4/1314, par. 45). La Cour européenne des droits de l'homme a conclu de la même manière récemment, mais pour d'autres motifs (*Jones (CEDH)*, par. 208).

[51] La torture constitue en outre une infraction criminelle au Canada. En effet, aux termes de l'art. 269.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, « [e]st coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans le fonctionnaire qui — ou la personne qui, avec le consentement exprès ou tacite d'un fonctionnaire ou à sa demande — torture une autre personne. »

[52] Si le gouvernement canadien se livrait à des actes de torture, une telle conduite violerait les règles et principes de droit international que doit respecter le Canada, serait illégale selon le *Code criminel* et, sans aucun doute, inconstitutionnelle. Comme l'a conclu la Cour dans *Suresh*, l'adoption de la *Charte* a confirmé l'opposition catégorique du Canada à la torture sanctionnée par l'État. Plus particulièrement, la torture est manifestement contraire à l'art. 12 de la *Charte*. La Cour a affirmé ce qui suit :

Une peine est cruelle et inusitée lorsqu'elle « est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072-1073, le juge Lamer (plus tard Juge en chef). Elle doit être si intrinsèquement répugnante qu'elle ne saurait jamais constituer un châtiment approprié, aussi odieuse que soit l'infraction. La torture appartient à cette dernière catégorie. La perspective de la torture provoque la peur et les conséquences de la torture peuvent être

dévastatrices, irréversibles, voire fatales. Il peut arriver qu'elle soit infligée sans distinction ou arbitrairement, pour aucune infraction en particulier. Le but ultime de la torture est de priver une personne de son humanité. Ce but ne fait pas partie du domaine légitime du système de justice pénale [...] En ce sens, la torture est considérée au Canada comme fondamentalement injuste. [par. 51)

La torture est aussi, selon toute probabilité, contraire à l'art. 7 de la *Charte*.

[53] Le Canada ne cautionne pas la torture, et ses fonctionnaires ne sont pas non plus autorisés à se livrer à des actes de cette nature. Toutefois, la question dont nous sommes saisis en l'espèce n'est pas celle du caractère odieux ou illégal de la torture. Ceci est certain. La Cour doit décider si une personne peut poursuivre un État étranger devant les tribunaux canadiens pour un acte de torture commis à l'étranger. La réponse à cette question dépend de l'interprétation de la *LIÉ* et du rapport entre, d'une part, cette loi et, d'autre part, le droit international, la *Charte* et la *Déclaration des droits*.

Paragraphe 3(1) de la LIÉ

- 1) Le paragraphe 3(1) de la *LIÉ* codifie-t-il de manière exhaustive la question de l'immunité des États à l'encontre de poursuites civiles au Canada?

[54] À mon avis, la *LIÉ* codifie de manière exhaustive le droit canadien concernant la question de l'immunité des États à l'encontre de poursuites civiles. Plus

particulièrement, le par. 3(1) de la *LIÉ* établit tous les paramètres de cette immunité et de ses exceptions.

[55] Il est certain que des auteurs appuient la thèse voulant que cette loi ne soit pas vraiment exhaustive et que, malgré les termes exprès du par. 3(1), la common law et le droit international en guident nécessairement l'interprétation (F. Larocque, « La *Loi sur l'immunité des États* canadienne et la torture » (2010), 55 *McGill L.J.* 81, p. 92 et 93). Selon le professeur Larocque, rien dans la *LIÉ* n'écarte expressément l'application de la common law (p. 94). À son avis, la reconnaissance de la *LIÉ* comme un code exhaustif sans tenir compte de la common law revient à figer l'immunité des États dans le temps et à empêcher qu'elle évolue conformément aux normes internationales (p. 100 à 102).

[56] Avec égards, j'estime que la *LIÉ* établit une liste exhaustive des exceptions à l'immunité des États. En conséquence, il n'est pas nécessaire de se fonder sur la common law, les normes de *jus cogens* ou le droit international — et il ne saurait en être ainsi — pour créer des exceptions additionnelles à l'immunité accordée aux États étrangers en application du par. 3(1) de la *LIÉ*. Cette loi, dans sa forme actuelle, ne prévoit aucune exception à l'immunité des États étrangers à l'égard des poursuites civiles pour des actes allégués de torture commis à l'extérieur du Canada. Cette conclusion ne fige pas l'immunité des États dans le temps. Toutes les dispositions ambiguës de la *Loi* demeurent susceptibles d'interprétation, et le législateur reste libre de faire évoluer le droit conformément aux normes

internationales, comme en témoigne l'exception relative au terrorisme adoptée plus récemment.

[57] Certains des intervenants invoquent aussi un commentaire fait dans *Kuwait Airways Corp.* comme une reconnaissance que l'évolution de la common law a créé de nouvelles exceptions aux principes d'immunité de juridiction (par. 24). Ils commettent là une erreur. Dans *Kuwait Airways*, la Cour a seulement conclu que, dans ce cas particulier, il était inutile de décider si la *LIÉ* était exhaustive ou « si l'évolution du droit international et celle de la common law font apparaître de nouvelles exceptions aux principes d'immunité de juridiction et d'exécution » (*ibid.*). Le temps est venu de répondre à cette question.

[58] À mon avis, le libellé du par. 3(1) de la *LIÉ* écarte entièrement la common law et le droit international comme sources de nouvelles exceptions à l'immunité qu'elle accorde. Selon le sens clair et ordinaire des mots « [s]auf exceptions prévues dans la présente loi », c'est la *LIÉ*, et seulement la *LIÉ*, qui peut prévoir des exceptions à l'immunité accordée par le par. 3(1) de la *LIÉ* (*Bouzari*, par. 57). Des mots aussi explicites que « [s]auf exceptions prévues dans la présente loi » démontrent l'intention du législateur d'écarter la common law (*Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1319). Il ne me vient à l'esprit aucun mot qui puisse être plus [TRADUCTION] « irrésistiblement clair »

(*Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614).

Le droit international rend-il le paragraphe 3(1) de la *LIÉ* ambigu ou exige-t-il autrement qu'il soit interprété comme comprenant une exception à l'immunité des États en cas de torture?

[59] Un certain nombre d'intervenantes soutiennent que le par. 3(1) de la *LIÉ* est ambigu et qu'il faut donc l'interpréter en conformité avec la common law, la *Charte* et le droit international. Une intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles, plaide que la *LIÉ* est ambiguë parce qu'elle ne s'applique pas clairement dans les cas de violation alléguée des normes de *jus cogens* (mémoire, par. 8 à 10). De la même manière, l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB »), affirme que l'art. 3 de la loi est ambigu (mémoire, par. 8). D'après l'intervenante Amnistie Internationale, Section Canada Francophone, ce même article de la loi met les États étrangers à l'abri de poursuites uniquement pour des « actes souverains » qui n'incluent pas la torture (mémoire, par. 1).

[60] L'état actuel du droit international sur les réparations destinées aux victimes de torture ne modifie pas la loi et ne la rend pas ambiguë. On ne saurait utiliser le droit international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi. De même, la présomption de conformité ne permet pas d'écarter l'intention claire du législateur (voir : S. Beaulac, « *Texture ouverte* », *droit international et interprétation de la Charte canadienne* », dans E. Mendes et

S. Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (5^e éd. 2013), p. 231 à 235). De fait, la présomption voulant que la loi respecte le droit international ne demeure que cela — une simple présomption. Or, selon la Cour, celle-ci peut être réfutée par les termes clairs de la loi en cause (*Hape*, par. 53 et 54). En l'espèce, la *LIÉ* énumère toutes les exceptions à l'immunité des États. L'ordre juridique interne du Canada, tel qu'instauré par le Parlement, prévaut.

[61] Il convient de préciser que, même si une exception à l'immunité des États quant aux poursuites civiles pour des actes de torture avait acquis désormais le statut d'une règle coutumière de droit international — ce qui, comme je le conclurai plus loin, n'est pas le cas —, une telle exception ne pourrait être adoptée comme exception de common law au par. 3(1), car elle entrerait clairement en conflit avec la *LIÉ* (*Hape*, par. 36). De plus, la simple existence d'une règle coutumière de droit international n'entraîne pas son incorporation automatique dans l'ordre juridique interne (L. LeBel et G. Chao, «The Rise of International Law in Canadian Constitutional litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law» (2002), 16 *R.D.C.S.* (2d) 23, p. 35). Si une exception à l'immunité des États pour des actes de torture avait désormais le statut de règle de droit international coutumier, une telle règle pourrait vraisemblablement être *permissive* — et non pas *obligatoire* — et, de ce fait, devrait faire l'objet d'une mesure législative au Canada pour y devenir la loi. (*Hape*, par. 36; motifs dissidents du juge La Forest dans *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 734 et 735; LeBel et Chao,

p. 36; G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2^e éd. 2008), p. 218 à 223).

[62] De plus, il est conforme à l'objet et à l'esprit de la loi d'interpréter l'expression «sauf exceptions prévues dans» comme indiquant la présence d'une liste exhaustive. Une codification exhaustive des exceptions à l'immunité des États, qui écarte la common law et le droit international et qui prévoit des exceptions précises, ne contrecarre aucunement les objectifs d'égalité souveraine, de réciprocité et de courtoisie.

[63] Les commentaires précédents ne veulent pas dire que le droit international et la common law ne peuvent jamais servir à interpréter la *LIÉ*. Au contraire, pour reprendre les termes utilisés par lord Diplock, les dispositions de la *LIÉ* doivent être interprétées à la lumière des principes de droit international public qui sont généralement reconnus par le concert des nations (*Alcom Ltd c. Republic of Columbia*, [1984] 1 A.C. 580, p. 597). En conséquence, si certaines dispositions de la *LIÉ* étaient véritablement ambiguës ou nécessitaient des précisions, les tribunaux pourraient légitimement s'appuyer sur la common law et le droit international pour en préciser le sens (*Schreiber*, par. 50; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 541). Cependant, le libellé clair du par. 3(1), interprété en corrélation avec l'objet de la *LIÉ*, écarte la possibilité de se fonder sur la common law ou le droit international pour reconnaître de nouvelles exceptions à l'immunité des États. J'estime par conséquent que la Cour d'appel a conclu à bon droit que la *LIÉ* renferme un code complet des

exceptions à l'immunité (par. 38 à 42). Je passe maintenant à l'interprétation et à l'application de la *LIÉ* en l'espèce.

Alinéa 6a) de la Loi sur l'immunité des États

[64] Bien que les appelants n'aient pas interjeté directement appel de l'interprétation donnée par le juge Morissette de la Cour d'appel à l'al. 6a) de la *LIÉ*, il est nécessaire d'établir la véritable portée de la loi avant d'en analyser la constitutionnalité. Si l'exception à l'immunité des États fondée sur les dommages corporels et prévue par l'al. 6a) englobe le préjudice psychologique subi par M. Hashemi, celui-ci n'aura aucun motif pour prétendre que la loi est inconstitutionnelle, et ce, même si la contestation constitutionnelle de la succession peut suivre son cours. La Cour entend donc étudier le sens de l'al. 6a) et décider si M. Hashemi peut invoquer l'exception énoncée à cette disposition.

[65] Dans son mémoire supplémentaire, l'*amicus curiae* plaide que l'exception des « dommages corporels », prévue à l'al. 6a), à l'immunité des États ne peut s'appliquer dans la présente affaire. Toujours selon lui, l'exception prévue à cet alinéa ne s'applique pas si les faits allégués qui ont causé des dommages corporels ou le décès ne se sont pas produits au Canada. Subsidiairement, il soutient que cette exception des « dommages corporels » ne s'applique pas si le préjudice allégué ne constitue pas un préjudice physique. Par conséquent, le préjudice psychologique allégué par M. Hashemi ne relèverait pas de cette exception.

[66] Un certain nombre d'intervenants ont présenté des arguments sur l'interprétation appropriée des mots « dommages corporels » utilisés à l'al. 6a) de la *LIÉ*. L'ALCCB soutient que cet alinéa devrait être interprété largement pour viser le préjudice psychologique. À son avis, l'intégrité psychologique fait partie intégrante de l'intégrité physique d'un individu (mémoire, par. 22). Dans le même sens, le Canadian Lawyers for International Human Rights (« CLAIHR ») soutient que la Cour d'appel du Québec a conclu à tort qu'un grave traumatisme psychologique subi au Canada ne peut être visé par l'exception à l'immunité des États visée par l'al. 6a) de la *LIÉ*. Selon le CLAIHR, la tentative de la Cour d'appel de distinguer le préjudice corporel du préjudice psychologique est incompatible avec l'art. 15 de la *Charte*; et, en outre, il invoque des recherches médicales récentes qui tendent à établir l'absence de distinction entre ces deux types de préjudice. Enfin, le CLAIHR prétend que l'arrêt *Schreiber* ne constitue pas une réponse complète aux questions en litige dans la présente affaire.

[67] En raison de la teneur des arguments mentionnés précédemment, la Cour se trouve saisie de deux questions. Premièrement, faut-il que le délit civil ayant causé le décès ou les dommages corporels ait été commis au Canada pour que s'applique l'exception à l'immunité? Sinon, le préjudice psychologique allégué par M. Hashemi peut-il constituer des « dommages corporels » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 6a) de la *LIÉ*?

[68] Par souci de commodité, le texte de l'art. 6 est reproduit ci-après :

L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions découlant :

a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

[69] À première vue, le texte de l'al. 6a) peut être interprété de deux façons. Pour que l'exception entre en jeu, il faut aux termes de la loi que soit 1) les dommages se manifestent au Canada même si les actes qui les ont causés ou qui ont causé la mort ont été posés ailleurs, soit 2) que ces actes aient été posés au Canada. Le libellé de l'al. 6a) n'est donc manifestement pas aussi clair que celui du par. 3(1) dont j'ai déjà discuté au sujet des exceptions.

[70] Cependant, lorsqu'on examine le texte de l'al. 6a) en corrélation avec l'objet de la *LIE*, il devient évident que la deuxième interprétation se défend beaucoup mieux que la première. Comme je l'ai déjà rappelé, la *LIE* vise à assurer le respect des justifications sous-jacentes du principe de l'immunité des États au Canada. Si on interprétait la loi de la façon proposée par certains des intervenants, une personne pourrait avoir été impliquée dans un accident à l'étranger ou dans une altercation avec les agents d'un gouvernement étranger sur le territoire de cet État, son préjudice s'être manifesté uniquement après son retour au Canada, et elle aurait, une fois de retour au Canada, le droit d'engager contre l'État étranger une poursuite fondée sur l'incident survenu à l'étranger. Même si elles n'étaient pas fondées, un État étranger pourrait être contraint de venir se défendre au Canada contre les réclamations de ce genre. Les décisions et mesures prises par un État étranger sur son

propre territoire seraient alors soumises directement à l'examen des tribunaux canadiens, la situation même que l'égalité souveraine cherche à éviter.

[71] En outre, l'interprétation voulant que, selon l'al. 6a), seuls les dommages corporels ou le décès doivent survenir au Canada conduirait à des résultats absurdes. Elle signifierait que deux personnes pourraient subir le même traitement dans un pays étranger, mais que leur capacité d'intenter un recours civil serait uniquement fonction du lieu où se manifesterait le préjudice de chacun d'eux. Le juge Bork, de la Cour d'appel des États-Unis, district de Columbia, a examiné une disposition analogue à l'art. 6 dans *Persinger c. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 (1984), et abordé cette absurdité. Le sous-al. 1605(a)(5) de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stats. 2891, 28 U.S.C. (« FSIA »), § 1605(a)(5) est ainsi libellé :

[TRADUCTION] L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux des États-Unis dans les cas où des dommages-intérêts sont réclamés contre lui pour dommages corporels ou décès . . . survenus aux États-Unis par suite de son omission ou de son acte délictuel.

Lorsqu'il a décidé que les parents d'une personne retenue en otage à Téhéran ne pouvaient pas poursuivre l'Iran devant les tribunaux américains pour les troubles émotionnels et la souffrance morale qu'ils ont subis aux États-Unis, le juge Bork a affirmé :

[TRADUCTION] De fait, l'interprétation proposée [. . .] aurait pour résultat que, si un otage était mort à Téhéran tandis qu'un autre était libéré avant de mourir aux États-Unis, les deux des suites de blessures subies alors qu'ils étaient retenus en otage, la cour de district aurait compétence sur la deuxième poursuite, mais non sur la première. De telles conséquences priveraient la loi de toute cohérence sur le plan des principes. [p. 843]

En effet, une distinction de ce genre serait arbitraire et irrationnelle, et ne peut avoir été souhaitée par le législateur (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 310 à 312).

[72] À l'inverse, une interprétation de l'al. 6a) qui exige que le délit qui a causé le dommage corporel ou le décès ait été commis au Canada respecte les objectifs de l'égalité souveraine sans donner lieu à des résultats absurdes. En effet, il est conforme au principe d'égalité souveraine de permettre que les États étrangers soient poursuivis au Canada pour des délits présumément commis par eux sur son territoire. Comme nous l'avons vu, la souveraineté est intimement liée à l'indépendance. Or, l'indépendance de l'État a trait à la [TRADUCTION] « compétence exclusive de l'État en ce qui concerne son propre territoire » (*Affaire de l'île de Palmas (ou Miangas), États-Unis d'Amérique c. Pays-Bas*, Octroi (1928), II R.I.A.A. 829, p. 838; Fox et Webb, p. 74). Si un État étranger commet des délits à l'intérieur des frontières canadiennes, le Canada a le pouvoir (qu'il tient de son indépendance) de le soumettre à sa compétence juridictionnelle. Il existerait alors un lien suffisant avec l'État du for pour justifier l'examen des actes de l'État étranger par les tribunaux canadiens. L'exception du délit commis sur le territoire de l'État du for maintient ainsi un juste équilibre entre les principes de « compétence territoriale et

d'indépendance de l'État » (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 258). Elle permet à l'État du for d'exercer sa compétence sur les États étrangers à l'intérieur de ses frontières sans l'autoriser à [TRADUCTION] « juger de la conduite extraterritoriale de ces États » (*ibid.*). Il convient toutefois de souligner que, d'après une décision récente de la CIJ, l'exception du délit commis sur le territoire de l'État du for ne s'applique pas aux délits présumément commis par des forces armées en temps de guerre (*Allemagne c. Italie*, par. 78; Fox et Webb, p. 462).

[73] Je partage donc l'avis de l'*amicus curiae* à propos de l'al. 6a) de la LIÉ. L'exception des « dommages corporels » à l'immunité des États ne s'applique pas si les faits reprochés, ou le délit, qui ont causé les dommages corporels ou le décès ne se sont pas produits au Canada. En arrivant à cette conclusion, je fais miens les propos de la Cour d'appel dans *Bouzari* (par. 47) et *Castle c. United States Department of Justice (Attorney General)*(2006), 218 O.A.C. 53, par. 7, deux arrêts où elle a décidé que l'art. 6 était censé prévoir une exception pour les délits commis en territoire canadien. En fait, il semble s'agir là du consensus général international sur les exceptions législatives relatives aux délits (Voir H. Fox, « State Immunity and the International Crime of Torture », [2006] E.H.R.L.R. 142, p. 155).

[74] Par contre, même si l'autre interprétation de l'al. 6a) de la LIÉ était admise, la situation de M. Hashemi ne relèverait toujours pas de l'exception à l'immunité des États. En effet, l'exception des « dommages corporels » à cette

immunité ne s'applique pas si le préjudice allégué ne découle pas d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne.

[75] Dans l'arrêt *Schreiber*, la Cour a confirmé que « la portée de l'exception de l'al. 6a) se limite aux cas où la souffrance morale et les troubles émotifs sont liés à un préjudice physique » (par. 42). Seule la manifestation d'une détresse psychologique à la suite d'un préjudice physique entraîne l'application de l'exception à l'immunité des États. Autrement dit, « [il est nécessaire] d'établir la présence d'une atteinte à l'intégrité physique » (par. 62).

[76] Contrairement aux observations formulées par l'intervenant CLAIHR, l'arrêt *Schreiber* n'est pas mal fondé, et le principe qui s'en dégage n'est pas non plus inapplicable en l'espèce. J'en arrive à ces conclusions pour plusieurs raisons.

[77] Premièrement, pour maintenir l'uniformité avec le droit civil, il faut considérer que les mots « dommages corporels » utilisés à l'al. 6a) de la *LIÉ* exigent la présence d'une atteinte à l'intégrité physique (*Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 100 et 101). Deuxièmement, vu l'absence d'ambiguïté dans la version française de la disposition, point n'est besoin de recourir aux valeurs de la *Charte* pour interpréter l'al. 6a) (voir *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, par. 15). Enfin, même si les faits de l'affaire *Schreiber* étaient bel et bien différents, la Cour s'est penchée dans cette affaire sur des circonstances semblables à celles de la présente affaire et a signalé que, lorsque la torture implique une « contrainte physique » de la personne, *cette* dernière subit un « préjudice corporel », peu importe

les traces de préjudice sur le corps (*Schreiber*, par. 63). Le « préjudice corporel » n'englobe toutefois pas les personnes qui, malgré leur proximité avec la victime, n'ont subi qu'un « préjudice moral » sans qu'il soit porté atteinte à leur intégrité physique.

[78] J'estime donc que l'arrêt *Schreiber* est bien fondé et parfaitement applicable en l'espèce. Même si, selon les connaissances médicales actuelles, il est souvent difficile de distinguer le préjudice physique du préjudice psychologique, je conviens avec l'*amicus curiae* que [TRADUCTION] « la possibilité qu'un traumatisme psychologique entraîne des réactions physiologiques ne change rien au fait qu'on n'a pas soutenu que M. Hashemi avait subi un tel préjudice [physique] » (mémoire supplémentaire, par. 30). M. Hashemi n'a plaidé aucun préjudice physique ou atteinte à son intégrité physique. La loi fait donc obstacle à sa réclamation pour deux motifs. Tout d'abord, le délit reproché n'est pas « survenu[] au Canada » au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *LIÉ*. Ensuite, M. Hashemi n'a pas allégué avoir subi des « dommages corporels » qui auraient pu faire en sorte que sa situation relève de l'exception énoncée à l'al. 6a) si le délit avait été commis au Canada.

Applicabilité de la Loi sur l'immunité des États aux fonctionnaires MM. Bakhshi et Mortazavi

[79] La dernière question d'interprétation législative soulevée par le présent pourvoi est celle de savoir si l'application de la *LIÉ* met Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi à l'abri des poursuites judiciaires. La réponse dépend de celle

donnée à trois autres questions : (1) les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions officielles sont-ils visés par le terme « gouvernement » au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *LIÉ*? (2) MM. Mortazavi et Bakhshi exerçaient-ils leurs fonctions officielles lorsqu'ils ont interagi avec M^{me} Kazemi? Et (3) des actes de torture peuvent-ils constituer des « actes officiels » pour l'application de la *LIÉ*? À mon avis, ces questions doivent recevoir une réponse affirmative, avec pour résultat que MM. Mortazavi et Bakhshi sont à l'abri de toute poursuite relativement à la réclamation sous-jacente, en application du par. 3(1) de la *LIÉ*.

- (1) Les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions officielles sont-ils visés par le terme « gouvernement » au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *LIÉ*?

[80] Aux termes du par. 3(1) de la *LIÉ*, l'« État étranger » bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada. L'art. 2 donne la définition suivante d'« État étranger » :

« État étranger » Sont assimilés à un État étranger :

- a) le chef ou souverain de cet État ou d'une subdivision politique de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions officielles;
- b) le gouvernement et les ministères de cet État ou de ses subdivisions politiques, ainsi que les organismes de cet État;
- c) les subdivisions politiques de cet État.

[81] Les appelants soutiennent que les juridictions inférieures se sont trompées en concluant que la *LIÉ* s'applique à tous les fonctionnaires qui agissent dans les

limites de leurs fonctions. Ils ajoutent que seuls l'État comme entité juridique et le souverain ou chef de cet État dans l'exercice de ses fonctions officielles bénéficient de l'immunité prévue par la loi. À leur avis, les fonctionnaires ne sont protégés que par les immunités de common law et assujettis aux règles de droit international privé de chaque province, à moins qu'ils revendiquent l'immunité diplomatique ou consulaire.

[82] D'après l'*amicus curiae*, tous les fonctionnaires étrangers exerçant leurs fonctions officielles (par ex. les employés de la fonction publique, les employés gouvernementaux, les fonctionnaires, etc.) sont visés par le terme « gouvernement » utilisé à l'al. 2 de la *LIÉ*. Il fait remarquer que, même si le mot « gouvernement » n'est pas défini dans la *LIÉ*, son utilisation dans cette loi milite en faveur d'une interprétation du terme « gouvernement » englobant les fonctionnaires. En outre, le mot « gouvernement » que l'on trouve dans la *Charte* et dans d'autres contextes s'entend notamment des fonctionnaires.

[83] Selon l'intervenant Redress Trust Ltd. (« Redress »), l'immunité en cas de torture ne devrait pas s'étendre aux fonctionnaires étrangers. Selon lui, en droit international, les fonctionnaires ne peuvent éviter de rendre des comptes pour leur conduite répréhensible en se dissimulant derrière leur qualité officielle. Toujours selon Redress, la réception de la réclamation des appelants ne minerait pas le principe de l'immunité des États au-delà de ce que permet déjà le principe de la responsabilité criminelle des représentants de l'État en droit criminel international.

[84] Il est difficile de savoir, à la lecture du simple libellé de la loi, qui le législateur voulait viser lorsqu'il a inséré le terme « gouvernement » dans la définition d'« État étranger ». En effet, ce terme est susceptible de désigner une multitude d'entités et de personnes différentes, notamment : les législatures, l'exécutif, les entités financées par l'État et assujetties à son contrôle ainsi que les fonctionnaires. Comme la *LIÉ* n'utilise pas expressément le mot « fonctionnaire », le terme « gouvernement » doit être interprété selon son contexte et, comme je l'ai déjà mentionné, à la lumière du droit international.

[85] Tout d'abord, je souligne que la définition d'« État étranger » qui figure à l'art. 2 de la *LIÉ* n'a pas une portée déterminée, comme en fait foi l'utilisation du mot « *includes* » dans la version anglaise. Lorsqu'on situe ces mots dans leur contexte, de pair avec l'objet de la *LIÉ*, il devient évident que les agents de l'État doivent être visés par le sens du mot « gouvernement » qui figure à l'al. 2*b*) de cette loi. Les décisions du gouvernement sont nécessairement mises à exécution par les employés de la fonction publique et les mandataires de l'État, une entité abstraite qui ne peut agir que par l'entremise d'individus. Fait important, l'al. 14(1)*c*) de la *LIÉ* prévoit que le certificat délivré par le ministre des Affaires étrangères pour attester du fait qu'une ou *des personnes* doivent être considérées comme chef d'un État étranger ou comme formant leur gouvernement fait foi de son contenu. Il est difficile d'imaginer pourquoi des « personnes » pourraient être considérées comme formant un « gouvernement » selon la *LIÉ* sans être visées par l'immunité dont il est question au par. 3(1).

[86] Cette interprétation contextuelle, dictée par le bon sens, prend en outre appui sur la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* (2004) (pas encore entrée en vigueur) qui définit le terme « État » comme désignant notamment « [l]es représentants de l'État agissant à ce titre » (sous al. 2(1)(b)(iv)). Elle est aussi étayée par de la jurisprudence internationale qui reflète ainsi un consensus de plus en plus grand sur la question; voir *Jones* (CEDH), par. 96 et 202; *Prosecutor c. Blaškić* (1997), 110 I.L.R. 607, p. 707; *Jones* (HL), par. 30 et 65 à 69.

[87] Si la définition du mot gouvernement excluait les fonctionnaires, cela contrecarrerait complètement les objectifs de la *LIÉ*. À ce propos, je souscris à l'énoncé suivant de la Cour européenne des droits de l'homme :

[TRADUCTION] Puisqu'un acte ne peut être exécuté que par des individus au nom de l'État, et non par l'État lui-même, dans les cas où cet État peut invoquer l'immunité, il faut partir du postulat que l'immunité [...] s'applique aux actes des fonctionnaires. S'il en était autrement, il serait toujours possible de contourner l'immunité des États en poursuivant des fonctionnaires désignés.

(*Jones* (CEDH), par. 202)

[88] Au Canada, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné dans *Jaffe c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745, que les fonctionnaires n'étaient pas visés par la *LIÉ*:

[TRADUCTION] Pour éviter que son action soit rejetée en raison de l'immunité des États, le demandeur n'aurait qu'à poursuivre les fonctionnaires ayant exécuté les actes en cause. Si le demandeur avait gain de cause, l'État étranger serait obligé d'y réagir en indemnisant ses

fonctionnaires, ce qui lui ferait perdre indirectement l'immunité que lui confère la *LIE*. [p. 759]

[89] Les appelants prétendent que l'exercice d'un recours civil contre les deux individus intimés — même s'ils avaient gain de cause — n'entraînerait pas inévitablement une condamnation aux dommages-intérêts contre l'État, et que l'Iran ne subirait donc pas nécessairement de pertes financières. Selon leurs prétentions, l'instance engagée contre MM. Mortazavi et Bakhshi mettrait en péril uniquement le patrimoine personnel de ces deux individus (m.a., par. 167).

[90] Même si l'argument des appelants était valable — ce dont je ne suis pas convaincu —, il repose sur une conception erronée de l'objet de l'immunité des États. Éviter tant l'exécution contre un État d'une condamnation à des dommages-intérêts et l'indemnisation par l'État de ses fonctionnaires ne constitue que deux des nombreux objectifs de l'immunité des États. En pratique, une poursuite engagée contre un fonctionnaire à titre personnel pour des actes commis alors qu'il faisait partie de la fonction publique entraîne plusieurs des mêmes conséquences qu'une poursuite intentée contre l'État, des effets que la *LIE* vise à éviter. L'autorisation de poursuites civiles contre des fonctionnaires, en particulier, obligerait en fait nos tribunaux à examiner les décisions d'États étrangers qu'auraient prises leurs agents. Ces États subiraient ainsi une atteinte fort semblable à leur réputation, pourraient devoir se défendre au Canada et se trouveraient exposés aux mêmes coûts que s'ils étaient eux-mêmes déclarés responsables (si, par exemple, les défendeurs individuels

tentaient de se faire indemniser par l'État, dans leur pays). En examinant un argument légèrement différent, lord Bingham a tiré la même conclusion dans *Jones* (HL) :

[TRADUCTION] [I]l est toutefois clair qu'une action civile contre des personnes qui auraient commis des actes de torture officiels met indirectement en cause l'État, puisque leurs actes sont attribuables à celui-ci. Si l'action contre ces personnes procédait et était couronnée de succès, les intérêts du Royaume [d'Arabie saoudite] en souffriraient évidemment, même s'il n'est pas partie au litige. [par. 31]

[91] Les appelants se sont également fondés sur l'arrêt *Samantar c. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010) de la Cour suprême des États-Unis (« *Samantar* »), pour plaider que la *LIÉ* ne s'applique pas aux fonctionnaires. Dans cette affaire, des victimes de torture en Somalie avaient réclamé des dommages-intérêts à Mohamed Ali Samantar, l'ancien premier ministre de ce pays. La Cour suprême des États-Unis devait déterminer si la *FSIA* accordait l'immunité à une personne poursuivie pour des actes commis dans l'exercice de ses fonctions officielles. Elle a interprété la *FSIA*, et conclu que la définition d'« État étranger » n'englobe pas le fonctionnaire agissant au nom de ce dernier. La Cour suprême a donc jugé que la common law régit l'immunité accordée au fonctionnaire étranger.

[92] L'affaire *Samantar* peut être distinguée de la présente espèce. En effet, la décision rendue dans cette affaire portait sur le libellé explicite du § 1603 of the *FSIA*. Or, plusieurs différences entre la loi canadienne et la loi américaine rendent l'arrêt *Samantar* inapplicable en l'espèce. Tout d'abord, comme le souligne l'*amicus curiae*, la *FSIA* ne contient pas de définition de l'« État étranger » où figure le terme

« gouvernement », le mot même que la Cour est appelée à interpréter en l'espèce. Ensuite, lorsque le Congrès a voulu traiter des fonctionnaires dans la *FSIA*, il l'a fait en termes exprès. Cette mention expresse dans certaines parties de la *FSIA*, mais pas dans la définition d'« État étranger », indique que le Congrès ne voulait pas inclure les fonctionnaires dans la définition large de ce mot qui figure au § 1603. Or, on ne trouve dans la *LIÉ* aucune telle mention expresse des fonctionnaires. Par conséquent, l'argument fondé sur l'interprétation de la loi par exclusion implicite, qui a été utile pour la Cour suprême des États-Unis dans *Samantar*, ne peut être plaidé avec succès en l'espèce (voir, de façon générale, Sullivan, p. 244).

[93] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que les fonctionnaires, en tant qu'instruments nécessaires de l'État, sont visés par le terme « gouvernement » qui figure dans la *LIÉ*. Cela dit, les fonctionnaires ne peuvent bénéficier de l'immunité des États que lorsqu'ils exercent leurs fonctions officielles. Cette conclusion m'amène à la question de savoir si les individus intimés agissaient dans le cadre de leurs fonctions officielles lorsqu'ils ont présumément torturé M^{me} Kazemi de telle sorte qu'ils seraient à l'abri de procédures civiles au Canada.

(2) MM. Mortazavi et Bakhshi exerçaient-ils leurs fonctions officielles lorsqu'ils ont torturé M^{me} Kazemi?

[94] D'après les allégations des appelants, M. Mortazavi, le procureur en chef des poursuites pénales de Téhéran, a ordonné et supervisé la torture de M^{me} Kazemi en plus d'y avoir activement participé. Toujours selon ces allégations, M. Bakhshi a

interrogé, agressé et torturé M^{me} Kazemi lorsqu'il occupait le poste de chef adjoint du renseignement de la prison d'Evin. En outre, selon les faits plaidés, M^{me} Kazemi a subi son martyre à l'intérieur de bâtiments appartenant au gouvernement, soit dans la prison et l'hôpital militaire. Elle s'est aussi trouvée en tout temps sous le contrôle de celui-ci, et ce, malheureusement, même après sa mort. De plus, la nouvelle de son décès a été annoncée par une agence gouvernementale. Bref, au vu des allégations uniquement, les actes commis par MM. Mortazavi et Bakhshi revêtent toutes les caractéristiques d'actes officiels, et rien ne permet de croire que l'un ou l'autre de ces représentants de l'État agissait à titre personnel ou dans un cadre sans lien avec leur rôle d'agents de l'État.

[95] Certes, les actes reprochés à MM. Mortazavi et Bakhshi choquent la conscience. Cependant, je ne saurais pour autant accepter que leurs actes ne fussent pas officiels uniquement parce qu'ils ont été atroces. La question posée n'est pas celle de savoir si les actes étaient horribles, mais plutôt celle de vérifier s'ils ont été commis par les intimés à titre de « gouvernement ». Le caractère odieux de la torture ne métamorphose pas les agissements de MM. Mortazavi et Bakhshi en des actes privés commis à l'extérieur du cadre de leurs fonctions officielles. Au contraire, c'est la sanction officielle donnée par l'État à la torture qui rend ce crime si abominable.

[96] Il n'est donc pas étonnant que la définition même de torture énoncée dans la *CCT* exige que celle-ci soit « infligé[e] par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son

consentement exprès ou tacite » (art. 1). Par souci de clarté, et pour répondre aux réserves exprimées par ma collègue la juge Abella, il convient de préciser que c'est la nature officielle de la conduite qui fait qu'il y a torture, et non l'inverse. J'estime donc que la torture infligée dans les circonstances de la présente espèce a constitué un acte officiel. Le raisonnement des lords Bingham et Hoffman dans l'arrêt *Jones* (HL), jugé fondé par la Cour européenne des droits de l'homme, appuie cette conclusion. Je conviens avec lord Bingham que, par définition, la torture est nécessairement un acte officiel de l'État. Il écrit :

[TRADUCTION] Il me semble difficile d'admettre que la torture peut ne pas constituer un acte gouvernemental ou officiel, parce que, suivant l'article premier de la Convention contre la torture, pour être reconnue comme telle, la torture doit être infligée par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou de connivence avec ce fonctionnaire ou cette personne. [par. 19]

Lord Hoffman a fait remarquer que, si certains actes gouvernementaux étaient [TRADUCTION] « assez officiels » pour relever de la CCT, ils sont également « assez officiels » pour faire intervenir l'immunité (par. 83).

[97] Je partage cette opinion dans l'ensemble. En toute logique, il est difficile pour les appelants de prétendre à la fois que les actes posés à l'endroit de M^{me} Kazemi répondent à la définition de torture et déclenchent ainsi l'application de la protection offerte par l'art. 14 de la CCT, mais que les actes ne sont pas assez officiels pour faire intervenir l'immunité. Je tiens toutefois à souligner que l'aveuglement volontaire dont fait preuve un État au sujet d'activités auxquelles se

livreraient des individus ou des groupes privés à son profit pourrait être un des rares cas où la torture pourrait être visée par la définition officielle qu'en donne l'art. 14, mais où l'immunité des États ne serait pas nécessairement accordée aux auteurs des actes. Nous ne sommes toutefois pas saisis, en l'espèce, d'une telle situation.

[98] En conséquence, la *LIÉ* s'applique à MM. Mortazavi et Bakhshi. En tant que fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions officielles, ils sont visés par le terme « gouvernement » qui figure à l'al. 2b) de la *LIÉ*. Ainsi, aux termes de cette loi, ils jouissent de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens.

(3) Des actes de torture peuvent-ils constituer des « actes officiels » pour l'application de la *LIÉ*?

[99] Le Centre canadien pour la justice internationale (« CCJI »), intervenant, soutient que les violations du *jus cogens*, comme les actes de torture, ne peuvent jamais constituer une « conduite officielle » sous le régime du droit international et de la common law. Il invite donc implicitement la Cour à considérer que le terme « gouvernement » exclut les fonctionnaires qui se livrent à des actes de torture. Contrairement à certains intervenants qui plaident pour la reconnaissance d'une exception générale à l'immunité des États dans les cas de torture, l'exception proposée par le CCJI ne s'appliquerait qu'aux fonctionnaires.

[100] La dissidence de ma collègue semble faire écho en partie aux arguments du CCJI. Selon ce que je comprends de ses motifs, la juge Abella suggère que le

terme « gouvernement » utilisé à l'art. 2 de la *LIE* doit être interprété en conformité avec le droit international coutumier. Selon elle, le droit à une réparation en cas de violations des droits de la personne et le caractère non officiel des actes qui portent atteinte au *jus cogens* sont deux règles de droit international coutumier qui, ensemble, commandent d'admettre que le terme « gouvernement » exclut les fonctionnaires qui se livrent à des actes de torture. Avec égards, cette conclusion repose sur un certain nombre d'arguments incompatibles avec l'état actuel du droit applicable, y compris le droit international coutumier.

[101] À propos du droit à une réparation, à mon avis, rien dans les décisions examinées par ma collègue ne démontre l'existence d'une règle de droit international coutumier selon laquelle les tribunaux jouissent d'une compétence universelle en matière civile pour entendre les causes civiles où sont alléguées des violations du *jus cogens*. Au contraire, dans la plupart de ces cas, l'immunité des États a été confirmée à l'égard des poursuites civiles dans lesquelles des actes de torture étaient reprochés. Cependant, même si une telle règle existait, celle-ci devrait être mise en balance avec d'autres règles de droit international coutumier, notamment celle de l'immunité des États. À l'instar de la CIJ dans un contexte semblable, j'estime qu'il n'existe aucune contradiction dans la coexistence du droit à une réparation et de l'immunité des États (*Allemagne c. Italie*, par. 92 à 96).

[102] De plus, ma collègue la juge Abella conclut que les États semblent pencher en faveur de la proposition selon laquelle, lorsqu'ils ont commis des actes de

torture, leurs agents ne sont pas à l'abri des poursuites civiles. Dans ses motifs, elle invoque le caractère équivoque du droit international coutumier en matière d'immunité pour les violations des normes du *jus cogens* comme une indication selon laquelle les fonctionnaires peuvent être poursuivis devant les tribunaux canadiens pour des actes de torture commis à l'étranger (par. 3). Or, 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. En l'absence d'une pratique uniforme des États dans un sens ou dans l'autre et d'une *opinio juris* quant au caractère obligatoire de cette pratique, aucune règle de droit international coutumier n'est établie. Les tribunaux ne peuvent donc, comme cela leur est permis dans le cas du droit international coutumier, invoquer l'«évolution constante» du droit international relatif aux immunités officielles applicables aux violations du *jus cogens* pour interpréter les lois internes ou la common law (voir, p. ex., *Hape*, par. 39). En conséquence, la présomption de conformité ne peut être prise en compte pour interpréter les termes de la *LIÉ* (analysé dans *Hape*, par. 53 et 54). Avec égards, la jurisprudence internationale est, en fait, au mieux «équivoque» relativement à ce domaine du droit. La conclusion selon laquelle l'immunité contre les poursuites civiles s'applique aux fonctionnaires qui se livrent à des actes de torture jouit toujours d'un appui très fort, et il est donc impossible de conclure à l'existence d'une pratique uniforme des États ou d'une *opinio juris* allant dans le sens contraire (*Jones* (HL); *Jones* (CEDH); *Allemagne c. Italie*; *République démocratique du Congo c. Belgique*; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*).

[103] Bien qu'une exception à l'immunité applicable aux violations du *jus cogens* existe en droit pénal, aucune exception de cette nature n'a été créée en matière civile. Ma collègue la juge Abella de même que le juge Breyer de la Cour suprême des États-Unis contestent cette distinction. Pour eux, essentiellement, l'existence d'une compétence universelle en matière pénale laisse également présumer celle d'une compétence universelle en matière civile (*Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), p. 762 et 763). À mon avis, la distinction entre l'exception à l'immunité en matière civile et celle applicable en matière pénale se justifie par des motifs de principe comme la « longue tradition » d'exceptions à l'immunité dans le contexte pénal et la présence de « mécanismes de filtrage » à la disposition des gouvernements dans le cadre des procédures pénales, par rapport à la situation établie dans les instances civiles (voir, de façon générale, C. A. Bradley et L. R. Hefler, « International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity » (2010), *Sup. Ct. Rev.* 213, p. 247 et 248).

[104] Que ces distinctions convainquent ou non au niveau des principes de politique générale, il faut constater que le Canada a expressément créé une exception à l'immunité pour les procédures pénales, sans poser le même geste à l'égard des poursuites civiles mettant en cause des violations du *jus cogens* (*LIÉ*, art. 18; une exception similaire existe également au Royaume-Uni, voir la *State Immunity Act 1978*, ch. 33, par. 16(4)). Tout comme la CIJ, je suis convaincu que l'existence d'une compétence universelle en matière pénale n'a aucune incidence en la présente espèce (*Allemagne c. Italie*, par.87). La majorité des acteurs de la communauté

internationale considère toujours que les deux types de procédure demeurent fondamentalement différents (*Jones* (H.L.), par. 20 et 32).

[105] De plus, la reconnaissance d'une exception à l'immunité des États à l'égard des poursuites civiles fondées sur des actes de torture commis à l'étranger s'avère fort difficile en pratique. Contrairement aux exceptions expressément prévues par la *LIÉ* et qui reposent sur des faits préliminaires ou accessoires, une exception basée sur des violations du *jus cogens* obligerait le juge saisi d'une affaire où on allègue des actes de tortures à se pencher sur le bien-fondé de la demande dès l'étape préliminaire des procédures, que ces allégations soient ou non fondées. En fait, le défendeur étranger serait tenu de préparer une défense quant au fond de la demande dans laquelle sont allégués des actes de torture, et ce, uniquement pour qu'il soit décidé s'il jouit de l'immunité de juridiction. Une telle situation contredit clairement l'objectif de l'immunité des États, soit d'empêcher dès le départ les tribunaux d'entendre une affaire sur le fond. En théorie, la même difficulté pratique se pose dans les procédures pénales mettant en cause des violations du *jus cogens*. Cependant, la décision de porter des accusations criminelles contre un agent d'un État étranger dépendra de la solidité des enquêtes et des opinions juridiques à leur sujet. En pratique, ces filtres permettent d'écarter les accusations vexatoires.

[106] Bien que la Cour d'appel du Fourth Circuit des États-Unis ait récemment décidé que la torture ne peut constituer un acte officiel pour l'application de l'immunité (*Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012) (« *Samantar II* ») (appel en

instance), cette décision revêt peu d'importance à la lumière des décisions contradictoires rendues dans d'autres Circuits et de l'appel en instance dans cette affaire devant la Cour suprême des États-Unis (*Matar c. Dichter*, 563 F.3d 9 (2nd Cir. 2009); *Belhas c. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008); *Ye c. Zemin*, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004)). De plus, *Samantar II* a été jugée dans un contexte législatif et gouvernemental fort différent. Dans cette affaire, la cour a expressément affirmé que l'adoption de la *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, par le Congrès était [TRADUCTION] « instructive » à l'égard de la décision qu'elle devait rendre (p. 774). La cour a également accordé un « poids considérable » à la déclaration d'intérêt publié par le Département d'État, ce qui suggérerait qu'elle devrait refuser l'immunité au défendeur étranger (p. 773). Essentiellement, la cour s'est en grande partie appuyée sur les intentions du gouvernement pour écarter l'immunité.

[107] Le Canada ne possède pas de loi équivalente à la *Torture Victim Protection Act de 1991* qui créerait une cause d'action pour des actes de torture commis à l'étranger. La Cour n'a pas non plus été saisie d'une déclaration de quelque type que ce soit émanant du gouvernement qui suggérerait que MM. Mortazavi et Bakhshi devraient se voir refuser l'immunité. Le législateur n'a pas donné la moindre indication selon laquelle les tribunaux devraient considérer que la torture constitue un « acte non officiel » et qu'une compétence universelle en matière civile a été créée afin de poursuivre des agents d'un État étranger devant nos tribunaux. La création de ce type de compétence aurait des conséquences potentiellement graves sur les

relations internationales du Canada. Cette décision incombe au législateur, et non aux tribunaux.

[108] Je rappelle également que l'évolution de la common law devrait s'effectuer graduellement et conformément aux normes acceptées dans l'ensemble de la communauté internationale. Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1001, « [l]a notion de certitude du droit exige que les tribunaux suivent et appliquent les précédents qui font autorité. C'est d'ailleurs l'assise fondamentale de la common law » (par. 38). 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] « la jurisprudence dominante », et ne modifient pas le droit de façon radicale sur la base d'une idée émergente qui se trouverait encore à ses balbutiements sur le plan conceptuel (*Jones (CEDH)*, par. 213). Or, la « jurisprudence dominante » quant à une situation telle celle qui nous occupe confirme qu'« on ne peut contourner le droit d'un État à l'immunité en poursuivant plutôt ses fonctionnaires ou ses agents » (*ibid.*).

[109] En raison de la définition de la torture énoncée précédemment et de l'absence de preuve de l'existence d'une exception à l'immunité des États applicable aux violations du *jus cogens*, j'estime qu'il est possible que la torture constitue un acte officiel. À l'instar de lord Hoffman dans *Jones* (HL), je suis d'avis qu'[TRADUCTION] « il n'appartient pas à un tribunal national de "faire évoluer" le droit international en adoptant de façon unilatérale une version de ses règles qui, aussi souhaitable, avant-gardiste et fidèle aux valeurs adéquates qu'elle puisse être, n'est tout simplement pas acceptée par les autres États » ou par l'État du for (par. 63).

[110] Cela confirme donc que ni M. Hashemi, ni la succession de M^{me} Kazemi ne peuvent poursuivre l'Iran ou ses fonctionnaires devant un tribunal canadien ni la torture subie par M^{me} Kazemi ni pour son décès. Il faut maintenant déterminer si la LIÉ, suivant l'interprétation qui lui a été donnée, passe avec succès l'épreuve du contrôle de sa constitutionnalité.

La Loi sur immunité des États et la Déclaration canadienne des droits

[111] Aux termes de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, « [...] nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [...] privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations ».

[112] Les appelants soutiennent que, puisqu'il s'agit d'une loi de nature quasi constitutionnelle, il convient d'interpréter la *Déclaration canadienne des droits* de

manière libérale et téléologique. La *LIÉ*, ajoutent-ils, n'a pas pour effet de supprimer des droits fondamentaux, mais crée plutôt une fin de non-recevoir procédurale incompatible avec les garanties d'équité qu'offre l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

[113] Le procureur général du Canada répond que la *Déclaration canadienne des droits* ne protège que les droits qui existaient au moment où elle a été édictée, en 1960. À cette époque, les États étrangers jouissaient d'une immunité absolue. Puisqu'en 1960, il n'existait aucun droit de poursuivre un État étranger pour les actes délictueux commis à l'étranger, l'argument des appelants selon lequel l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* garantit une possibilité de poursuite en justice ne peut être retenu.

[114] Le procureur général du Canada soutient de plus que, en tout état de cause, l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ne confère pas un droit d'accès aux tribunaux ou un droit d'intenter une poursuite, mais uniquement un droit procédural à la justice naturelle dans le cadre d'un processus juridictionnel existant. Ainsi, lorsqu'il n'existe aucun processus ou quand la loi empêche les tribunaux canadiens d'exercer leur compétence juridictionnelle, comme dans la présente espèce, l'al. 2e) ne s'applique pas.

[115] L'Iran Human Rights Documentation Centre (« IHRDC ») soutient que les appelants ne peuvent pas escompter un procès équitable en Iran et que, dans ces conditions, la *LIÉ* porte atteinte à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. À

son avis, la jurisprudence de la Cour et le droit international établissent qu'un procès équitable requiert un appareil judiciaire indépendant, libre de toute influence politique ou pression externe. L'IHRDC ajoute que l'Iran ne dispose pas d'un tel système judiciaire impartial et indépendant.

[116] Je conviens avec le procureur général du Canada qu'il faut rejeter la contestation fondée sur l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* parce que cette disposition ne crée pas un droit autonome à un procès équitable dans les cas où la loi ne prévoit pas autrement l'existence d'un tel procès. Cet alinéa garantit plutôt l'équité dans le contexte d'une audience tenue devant une cour de justice ou un tribunal administratif canadien.

[117] Dans l'arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, la Cour a jugé que l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* n'imposait pas au Parlement l'obligation d'entendre les anciens combattants avant l'adoption d'une loi qui affecterait leurs intérêts financiers. La Cour a conclu que « les garanties [conférées par la *Déclaration canadienne des droits*] ne jouent que dans le cadre de l'application de la loi à des situations individuelles dans une instance tenue devant une cour de justice, un tribunal administratif ou un organisme semblable » (par. 61). Ainsi, il a été jugé que l'al. 2e) ne s'applique que dans le contexte d'une instance tenue devant une cour de justice ou un tribunal administratif; il ne crée pas de droit à une audience là où il n'en existe pas déjà un par application de la loi.

[118] Pour que s'applique le droit à une audition impartiale garantie par l'al. 2e), il faut qu'une cour de justice ou un tribunal administratif soit régulièrement compétent en la matière. L'immunité des États constitue une fin de non-recevoir de nature procédurale qui empêche les cours d'exercer cette compétence, avant même qu'une audience puisse se tenir. Il est donc indifférent que la demande principale d'une personne ne soit pas éteinte. L'existence de cette immunité signifie que, indépendamment de la demande principale initiale et de son bien-fondé, le Canada ne possède aucune compétence pour statuer sur cette demande. Dans le même ordre d'idées, l'applicabilité de l'immunité des États ne dépend pas de l'impartialité du système judiciaire de l'État étranger. La fin de non-recevoir existe, malgré l'absence d'une procédure équitable ou de structures judiciaires impartiales dans l'État étranger. L'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ne supprime pas ce type de fin de non-recevoir. Il garantit plutôt une procédure équitable dans le seul cas où il existe déjà au Canada un processus permettant de définir les droits de particuliers.

[119] Pour cette raison, l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, n'est d'aucun secours aux appelants en l'espèce. Dans cette affaire, la Cour devait décider si la procédure que prévoyait la *Loi sur l'immigration, 1976*, L.C. 1976-77, ch. 52, pour déterminer le statut de réfugié respectait l'art. 7 de la *Charte* et l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Même si trois des six juges qui ont participé à ce jugement ont conclu que les procédures juridictionnelles contrevenaient à l'al. 2e), il convient de noter qu'un accès à un arbitre était déjà prévu sous le régime de la *Loi sur l'immigration, 1976*.

Par contraste, dans le cas présent, il n'existe aucun mode de résolution du litige de cette nature. L'immunité des États l'interdit. Une affaire nettement plus semblable à la présente est celle qui a donné lieu à l'arrêt *Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866.

[120] Dans *Amaratunga*, la Cour a confirmé les principes énoncés dans l'arrêt *Authorson* dans le contexte de l'immunité de juridiction des organismes internationaux. Dans la première de ces deux affaires, un ancien employé avait intenté, devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, une poursuite contre une organisation internationale pour congédiement injustifié. L'organisation avait revendiqué avec succès l'immunité contre cette action en invoquant le *Décret sur les privilèges et immunités de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest*, DORS/80-64. La Cour a conclu que l'organisation avait droit à l'immunité contre la réclamation pour congédiement injustifié et qu'il n'y avait pas eu atteinte à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Elle a par ailleurs invoqué l'arrêt *Authorson* ainsi que la décision rendue par la Cour d'appel du Québec dans le présent pourvoi :

Dans le cas de la *Déclaration canadienne des droits*, le droit reconnu à l'al. 2e) «à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations», ne crée pas un droit substantiel d'intenter une action. Cette disposition prévoit plutôt la tenue d'une audience impartiale si effectivement une audience a lieu. (p. 892, par. 61) (Voir aussi *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, par. 109; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, par. 59-61.)

[. . .]

Il est regrettable que l'appelant ne puisse pas faire valoir ses moyens devant un tribunal et demander réparation. Cependant, la nature même de l'immunité de juridiction soustrait certaines affaires de la compétence des tribunaux de l'État d'accueil. [Je souligne; par. 61 et 63.]

Il en est de même en l'espèce. L'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ne s'applique pas à la présente situation. Il n'offre une protection que dans les cas où une audience a effectivement lieu.

La Charte et la constitutionnalité de la Loi sur l'immunité des États

[121] La dernière question à trancher dans le présent pourvoi est celle de déterminer si le par. 3(1) de la *LIÉ* viole l'art. 7 de la *Charte*. Dans la partie suivante de mes motifs, j'examinerai tout d'abord si les appelants ont établi que la loi contestée impose des limites à la sécurité de la personne, faisant ainsi entrer en jeu l'art. 7. Je me demanderai ensuite si des limites de ce type portent atteinte aux principes de justice fondamentale.

1) La sécurité de la personne

[122] Les appelants soutiennent que le par. 3(1) aggrave le traumatisme subi, car il empêche une personne d'obtenir réparation après qu'elle-même ou un membre de sa famille a été torturé. Cette aggravation du traumatisme subi dépasse le niveau requis pour faire intervenir le droit à la sécurité de la personne. Dans leur plaidoirie, les appelants ont émis l'hypothèse que, lorsque la torture est exercée

[TRADUCTION] « en toute impunité », on ne peut douter qu'une victime ou un membre de sa famille, une personne ayant une sensibilité raisonnable, éprouverait des sentiments de détresse psychologique, au-delà de l'anxiété ordinaire que provoquent les vicissitudes de la vie (transcription, p. 13 et 14).

[123] Le procureur général du Canada réplique que l'art. 7 de la *Charte* ne s'applique pas, car M. Hashemi allègue seulement que la torture subie par sa mère et l'impossibilité d'obtenir réparation en Iran lui ont causé un préjudice psychologique, et non un préjudice découlant de son incapacité de poursuivre l'Iran alors qu'il se trouve au Canada. De plus, le procureur général du Canada fait remarquer qu'aucune preuve ne démontre qu'une interdiction d'engager une instance civile nuit à la réadaptation des victimes de torture (mémoire, par. 98). Enfin, il affirme que le préjudice que M. Hashemi a subi n'est ni [TRADUCTION] « profond [ni] grave », comme l'exige l'art. 7 (par. 101).

[124] D'après l'intervenant Redress, le droit international appuie la prétention de M. Hashemi selon laquelle le par. 3(1) de la *LIE* a fait en sorte qu'il a subi un préjudice psychologique. Redress soutient qu'un important courant jurisprudentiel international confirme la position selon laquelle le fait de refuser une réparation efficace à la suite d'actes de torture cause un préjudice psychologique. À son avis, ce refus cause un préjudice psychologique tel aux victimes et à leurs proches qu'il donne lieu à l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

[125] Un acte de l'État peut mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne lorsque cet acte a une incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 et *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307). Dans *G. (J.)*, le juge en chef Lamer a écrit qu'avant de pouvoir conclure que le droit à la sécurité de la personne est affecté :

[. . .] il faut donc que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires. [Je souligne; par. 60.]

[126] Ainsi que l'a fait remarquer le juge Bastarache dans l'arrêt *Blencoe*, lorsqu'une affaire met en cause l'intégrité psychologique d'une personne, il doit être satisfait à deux conditions pour que le droit à la sécurité de la personne soit en cause. Premièrement, le préjudice psychologique subi par la personne doit être grave. Deuxièmement, il doit y avoir un lien de causalité suffisant entre le préjudice psychologique et les actes de l'État de sorte qu'il est possible de dire que le premier découle des seconds (*Blencoe*, par. 57).

L'incapacité d'obtenir une réparation civile cause-t-elle un préjudice psychologique grave aux victimes de torture et aux membres de leur famille immédiate?

[127] Selon certaines prétentions, on pourrait présumer que les lois empêchant les victimes de torture et les membres de leur famille immédiate d'obtenir réparation au moyen de poursuites au civil ont des effets psychologiques préjudiciables. Dans la présente affaire, la mère de M. Hashemi a été battue, elle a été agressée sexuellement et elle est décédée en Iran. À cause de la *LIÉ*, M. Hashemi ne peut pas obtenir de réparation civile au Canada pour ces atrocités. La question qui se pose est la suivante : le par. 3(1) de la *LIÉ* cause-t-il alors à une victime de torture ou à ses proches un préjudice grave au point de faire intervenir le droit à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7?

[128] Il aurait été préférable d'introduire cette preuve au dossier en première instance, en faisant appel à des experts dûment qualifiés. Cependant, je suis disposé à admettre comme principe général, strictement pour les fins de la discussion, que l'impunité pour des actes de torture peut causer un préjudice psychologique important aux victimes ainsi qu'aux membres de leur famille. Cette position trouve appui dans la jurisprudence internationale.

[129] D'ailleurs, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a formulé un certain nombre d'observations à propos de l'effet de l'impunité sur les victimes de torture ou sur leurs proches. Un des commentaires les plus marquants parmi ces observations figure dans la décision *Case of Tibi c. Ecuador* (2004), Cour Interam. D.H. (Ser. C) No. 114, où le juge Cançado Trindade a souligné dans son opinion distincte :

[TRADUCTION] L'impunité aggrave les souffrances psychologiques infligées à la fois à la victime directe et à ses proches et aux autres personnes avec lesquelles vivait la victime. En fait, elle provoque de nouveaux préjudices psychosociaux. Taire ce qui s'est passé ou faire preuve d'indifférence à l'égard des actes criminels commis est une nouvelle agression contre la victime et ses proches, qui fait abstraction de leurs souffrances. Il est donc extrêmement important, pour la réadaptation des victimes de torture (comme forme de réparation) que justice soit rendue car, en reconnaissant ce dont ces dernières ont souffert, on atténue leurs souffrances, de même que celles des êtres qui leur sont chers. [par. 33]

(Voir aussi *Case of Bámaca Velásquez c. Guatemala* (2002), Cour interam. D.H.

(Ser. C) No. 91, par. 64 et 65).

[130] Sans qu'on puisse affirmer avec certitude que l'absence de réparation civile qui découle de l'immunité des États équivaut à une impunité, il n'est pas exagéré de reconnaître que la possibilité de clore ce chapitre d'une vie qu'a été l'expérience d'avoir subi la torture constitue un droit qui touche au cœur de la dignité humaine. Si l'impossibilité d'obtenir une réparation civile empêche les victimes de torture ou leurs proches d'atteindre ce but, j'admets que cela leur cause un grave préjudice psychologique.

Y a-t-il un lien de causalité suffisant entre le présumé préjudice et l'acte de l'État?

[131] Même si, dans le cas qui nous occupe, la source la plus grave et la plus immédiate du préjudice psychologique souffert par M. Hashemi est indéniablement la torture que M^{me} Kazemi a subie en Iran, cela n'éliminerait pas forcément toute contribution du Canada à ses souffrances. Comme nous l'enseigne l'arrêt *Bedford*,

« [l]a norme du lien de causalité suffisant n'exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l'État soit l'unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur [. . .] » (par. 76; voir aussi *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 21).

[132] À l'égard du lien de causalité, la présente espèce offre de nombreuses similitudes avec l'affaire *Bedford*. Dans cette dernière, les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario plaidaient que « le préjudice est imputable à des tiers, en l'occurrence les hommes qui ont recours aux services des prostituées et qui maltraitent celles-ci, ainsi que les proxénètes qui les exploitent » (par. 84). La Cour a rejeté cet argument :

Le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées n'y change rien. Les dispositions contestées privent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, des moyens nécessaires à leur protection contre le risque couru. La violence d'un client ne diminue en rien la responsabilité de l'État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence.
[par. 89]

[133] En l'espèce, le procureur général du Canada plaide que le préjudice immédiat dont ont souffert M^{me} Kazemi et M. Hashemi a été causé non pas par le Canada, mais par l'Iran, en raison des actes de torture infligés par ses agents ainsi que de l'inefficacité de son système de justice. Cependant, que la torture pratiquée en Iran soit ou non la source immédiate du préjudice que M. Hashemi a subi n'est pas pertinent. Si une preuve dûment introduite au procès établissait que la *LIÉ* prive des personnes dont des proches ont été torturés de la possibilité de guérir du traumatisme

qu'elles ont vécu, l'État canadien pourrait néanmoins être considéré comme ayant suffisamment contribué à causer un grave préjudice psychologique. Par conséquent, pour l'application de l'art. 7, le fait que l'État étranger ait causé la violence initiale ne minimiserait pas nécessairement le rôle joué par l'État canadien en faisant obstacle à la guérison de victimes canadiennes de torture ou de membres de leur famille.

[134] Compte tenu de l'analyse qui précède, on peut soutenir que le par. 3(1) de la *LIÉ* pourrait causer un préjudice psychologique suffisamment grave pour que le droit à la sécurité de la personne entre en jeu et que l'on y porte atteinte. Cependant, quoi qu'il en soit, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de décider si le par. 3(1) de la *LIÉ* met en jeu le droit à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*, en raison de ma conclusion (exposée ci-après) selon laquelle l'application du par. 3(1) ne porte atteinte à aucun principe de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale

[135] Pour conclure à la violation de l'art. 7 de la *Charte*, il faut établir qu'un principe de justice fondamentale a été violé en raison de l'application du par. 3(1) de la *LIÉ* aux réclamations en litige.

[136] Les appelants soutiennent que, en raison a) des lois internes du Canada en matière de torture, b) du défaut de l'Iran de rendre justice aux appelants et c) des obligations imposées au Canada en droit international par le par. 14(1) de la *CCT*, l'immunité générale que confère la *LIÉ* dans la présente affaire est incompatible avec

les principes de justice fondamentale. Ainsi, selon la plaidoirie des appelants, l'art. 14 oblige le Canada à veiller à ce que l'on assure une réparation civile aux victimes d'actes de torture commis à l'étranger et cette obligation constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 (transcription, p. 15).

[137] L'intimé, le procureur général du Canada, fait valoir que les appelants adoptent une approche erronée quant à l'art. 7 de la *Charte*, car ils omettent de mentionner un principe de justice fondamentale particulier auquel, en l'espèce, un acte de l'État canadien aurait porté atteinte. Il ajoute que le droit international ne supporte pas l'interprétation donnée par les appelants à l'art. 14 de la *CCT* et qu'en interprétant cette disposition de cette façon, ces derniers demandent en somme à la Cour de reconnaître un principe fondamental nouveau : le droit à une réparation civile au Canada pour les victimes de torture. En outre, le droit revendiqué à une réparation civile au Canada pour les victimes de torture ne satisfait pas, selon lui, aux critères applicables à la reconnaissance d'un nouveau principe de justice fondamentale.

[138] Par souci de commodité, je reproduis le texte du paragraphe premier de l'art. 14 de la *CCT* :

Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

[139] Pour qu'une règle ou un principe soit considéré comme un principe de justice fondamentale, « il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne » (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113).

[140] Or, aucun consensus ne s'est établi pour reconnaître que l'art. 14 devrait être interprété comme le souhaitent les appelants. En fait, même si des opinions contradictoires ont été vigoureusement défendues, certaines interprétations étatiques et judiciaires nationales et internationales étayent l'argument de l'intimé selon lequel cette disposition garantit une réparation et une indemnisation pour des actes de torture commis sur le territoire même de l'État du for.

[141] Tout d'abord, tant les États-Unis que le Canada ont exprimé l'avis que l'art. 14 n'oblige pas les États l'ayant ratifié à prévoir des réparations civiles pour des actes de torture commis dans un pays étranger. Lorsque les États-Unis ont donné avis qu'ils ratifiaient la Convention en 1994, ils ont expliqué que [TRADUCTION] « l'art. 14 exige qu'un État partie prévoie un droit d'action privé à l'égard de dommages-intérêts uniquement pour les actes de torture commis sur le territoire relevant de la compétence de cet État partie » (*Jones (HL)*, par. 20). Comme le procureur général et l'*amicus curiae* le font remarquer, le Canada a également confirmé que l'art. 14

établit l'obligation d'assurer une réparation lorsqu'un acte de torture a eu lieu sur le territoire même de l'État — et non lorsqu'un tel acte a eu lieu en dehors de l'État du for (Nations Unis, *Examen du Sixième Rapport périodique du Canada sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (2012) (en ligne), par. 339). Même si l'interprétation que font quelques États parties d'un article n'est pas déterminante pour ce qui est de ce qu'il signifie, rien ne permet de penser que la majorité des signataires interprètent l'art. 14 comme le prétendent les appelants (M. Nowak et E. McArthur, avec la contribution de K. Buchinger et al., *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (2008), p. 492 et 502).

[142] Par ailleurs, tant la jurisprudence nationale que la jurisprudence internationale militent fortement en faveur de l'interprétation que fait le procureur général de la *CCT*. En fait, ni les appelants ni les intervenants n'ont mentionné une seule cour de justice ou un seul tribunal international qui a interprété l'art. 14 comme ils le proposent.

[143] Dans l'affaire *Jones* (HL), la Chambre des lords devait notamment décider si le Royaume-Uni était tenu d'ouvrir un recours en justice en application de l'art. 14 de la *CCT*. La Chambre des lords a conclu :

[TRADUCTION]

Deuxièmement, l'article 14 de la Convention contre la torture ne prévoit pas une juridiction civile universelle. Il semble qu'à un stade du processus de négociation, l'ébauche contenait des mots, mystérieusement disparus du texte, qui l'indiquaient clairement. Mais l'interprétation

naturelle de l'article dans sa forme actuelle, selon moi, concorde avec l'opinion susmentionnée des États-Unis, à savoir qu'il ne requiert un droit d'action privé en dommages-intérêts que pour les actes de torture commis dans un territoire relevant de la compétence de l'État du for. Il s'agit là d'une interprétation que partage le Canada, comme l'indiquent clairement les échanges entre ce dernier et le Comité contre la torture. La justesse de cette interprétation se confirme lorsqu'on procède à une comparaison entre le libellé succinct de l'article 14 et les dispositions nettement plus détaillées qui régissent la présomption et l'exercice d'une juridiction criminelle. [par. 25]

[144] Ainsi qu'il a été mentionné plus tôt, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment confirmé ce jugement : *Jones* (CEDH). Cette cour a fait remarquer qu'aucune décision de la CIJ ou d'un tribunal arbitral international, quel qu'il soit, n'avait interprété l'art. 14 de manière à obliger les États ayant ratifié la convention à prévoir des réparations civiles pour des actes de torture commis à l'étranger (par. 208).

[145] De plus, le libellé même de l'art. 14 ne supporte pas nécessairement l'interprétation proposée par les appelants. Certes, cet article n'indique pas expressément qu'il existe une limite territoriale à l'obligation d'un État de prévoir une réparation civile en cas de torture. Comme le soulignent les appelants, cette rédaction peut être mise en apposition avec celle de dispositions autres de la CCT qui créent des obligations limitées au « territoire sous [l]a juridiction [de l'État] » (voir, par ex. l'art. 12). Cependant, le libellé de l'art. 14 peut aussi être contrasté avec celui de l'al. 5(1)c), qui reconnaît expressément une juridiction criminelle universelle étatique lorsque la victime d'actes de torture est un ressortissant de cet État en particulier et que l'État considère que la détermination de la compétence est appropriée (voir

Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 261). Je ne suis donc pas convaincu que l'absence d'une limite territoriale expresse peut être déterminante quant au sens à donner à l'art. 14.

[146] Enfin, les appelants se fondent sur des commentaires du Comité contre la torture des Nations-Unies, qui a été établi pour surveiller la manière dont les États se conforment à la Convention et pour en rendre compte. L'intervenante, l'Association du Barreau canadien, exhorte la Cour à se fonder essentiellement sur les commentaires de ce Comité qui a clairement exprimé l'avis que l'art. 14 oblige les États à prévoir un moyen de réparation destiné à toutes les victimes d'actes de torture, sans égard à l'endroit où ceux-ci ont été commis. Par exemple, dans *Commentaires généraux n° 3 (2012) : Mise en œuvre de l'article 14 par les États parties* (en ligne), diffusés en décembre 2012, le Comité a indiqué :

Le Comité considère que l'application de l'article 14 ne se limite pas aux victimes de préjudices commis sur le territoire de l'État partie ou commis par ou contre un ressortissant de l'État partie. Le Comité a salué les efforts des États parties qui ont offert un recours civil à des victimes soumises à la torture ou à de mauvais traitements en dehors de leur territoire. Cela est particulièrement important quand la victime n'est pas en mesure d'exercer les droits garantis par l'article 14 sur le territoire où la violation a été commise. En effet l'article 14 exige que les États parties garantissent à toutes les victimes de torture et de mauvais traitements l'accès à des moyens de recours et la possibilité d'obtenir réparation.

De même, le fait d'assurer l'immunité, en violation du droit international, à tout État ou à ses agents ou à des acteurs extérieurs à l'État pour des actes de torture ou de mauvais traitements est directement en conflit avec l'obligation d'assurer une réparation aux victimes. Quand l'impunité est permise par la loi ou existe de fait, elle empêche les victimes d'obtenir pleinement réparation, car elle permet aux responsables de violations de rester impunis et dénie aux victimes le plein

exercice des autres droits garantis à l'article 14. Le Comité affirme qu'en aucune circonstance la nécessité de protéger la sécurité nationale ne peut être invoquée comme argument pour refuser aux victimes le droit à réparation. [par. 22 et 42]

[147] À mon avis, malgré leur importance, il n'y a pas lieu d'accorder aux commentaires du Comité plus de poids qu'aux avis des États parties et des autorités judiciaires. Ces commentaires soulignent plutôt l'absence de consensus au sujet de l'interprétation de l'art. 14. Quand une partie invoque une disposition d'un traité international comme preuve d'un principe de justice fondamentale, la cour doit déterminer a) s'il existe un vaste consensus international à propos de l'interprétation de ce traité et b) s'il y a un consensus sur le fait que l'interprétation particulière est essentielle au bon fonctionnement du système de justice international (*Malmö-Levine*, par. 113; *Suresh*, par. 46). L'absence d'un tel consensus milite contre une conclusion voulant que le principe soit essentiel au fonctionnement du système de justice. Comme il a été indiqué plus tôt, dans le cas de l'art. 14, il n'existe pas de tel consensus.

[148] De plus, les commentaires du Comité, malgré leur utilité en matière d'interprétation (*Suresh*, par. 73), n'ont pas préséance sur les interprétations des articles de la CCT adoptées par les instances chargées de trancher des litiges (*Jones* (HL), par. 23). Dans le meilleur des cas, ces commentaires s'inscrivent dans le cadre d'un dialogue mené au sein de la communauté internationale qui n'est pas encore parvenue, au sujet de l'interprétation de l'article 14, à un consensus qui reconnaîtrait

l'existence d'une compétence universelle obligatoire en matière civile pour les actes de torture commis en dehors des frontières des États contractants.

[149] Même si nous devons adopter l'interprétation de l'art. 14 que préconisent les appelants, et même s'il existait un consensus international sur la question, il importe de souligner que l'existence d'un article dans un traité ratifié par le Canada ne transforme pas automatiquement cet article en un principe de justice fondamentale. Le Canada continue à posséder un système dualiste au chapitre des traités et du droit conventionnel (Currie, p. 235). En conséquence, à moins qu'une disposition d'un traité n'exprime une règle du droit international coutumier ou une norme impérative, cette disposition ne deviendra exécutoire en droit canadien que s'il lui est donné effet par l'intermédiaire du processus d'élaboration des lois du Canada (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 69; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 172 et 173; Currie, *Public International Law*, p. 235). Les appelants n'ont pas prétendu — et encore moins établi — que leur interprétation de l'art. 14 correspond au droit international coutumier ou qu'elle a été intégrée au droit canadien par voie législative.

[150] Il est vrai que l'on considère souvent que la *Charte* offre une protection au moins aussi importante que celle qu'accordent des dispositions semblables énoncées dans des documents internationaux sur les droits de la personne auxquels le Canada est partie (*Renvoi relatif à la Public Service Employer Relations Act (Alb.)*,

[1987] 1 R.C.S. 313, p. 348 et 349, le juge en chef Dickson, dissident). À mon avis, toutefois, cette présomption sert principalement d'outil d'interprétation en vue d'aider les tribunaux à délimiter l'étendue et la portée des droits que garantit la *Charte (Health Services and Support*, par. 71 à 79; aussi, Beaulac, 231 à 239). Les conventions internationales peuvent également aider à établir les éléments du test énoncé dans l'arrêt *Malmo-Levine* à propos de la reconnaissance de nouveaux principes de justice fondamentale (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 10). Mais les engagements pris dans des ententes internationales ne sont pas tous assimilables à des principes de justice fondamentale. Leur nature est très diversifiée. Le droit international est en constante évolution. L'interaction entre le droit national et le droit international doit être gérée avec soin, à la lumière des principes régissant ce qui demeure un système dualiste d'application du droit international et une démocratie constitutionnelle et parlementaire. La simple existence d'une obligation internationale ne suffit pas pour établir l'existence d'un principe de justice fondamentale. S'il fallait assimiler à des principes de justice fondamentale toutes les mesures de protection ou tous les engagements qui sont énoncés dans des documents internationaux en matière de droits de la personne, on risquerait en fait de détruire le système dualiste canadien de réception du droit international et d'écarter les principes de souveraineté parlementaire et de démocratie.

[151] Cela dit, je suis disposé à admettre que l'on peut généralement assimiler les normes du *jus cogens* à des principes de justice fondamentale et qu'il est

particulièrement utile de les examiner dans le contexte de questions relevant du droit international. À l'instar des principes de justice fondamentale qui constituent les « préceptes fondamentaux de notre système juridique » (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503), les normes du *jus cogens* représentent une forme supérieure de droit international coutumier. Tout comme les principes de justice fondamentale sont des principes qui « doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590), les normes du *jus cogens* sont des coutumes auxquelles adhère la communauté internationale des États et à l'égard desquelles aucune dérogation n'est autorisée (*Bouzari*, par. 85 et 86; van Ert, p. 29).

[152] Cette reconnaissance n'appuie toutefois pas l'argument des appelants. 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.

[153] 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.

Je reconnais avec ces cours et tribunaux que la norme impérative qui interdit la torture n'a pas encore entraîné la création d'une exception à l'immunité des États contre toute responsabilité civile à l'égard d'actes de torture commis à l'étranger.

[154] Dans l'arrêt *Allemagne c. Italie*, la CIJ a examiné si l'Allemagne pouvait bénéficier de l'immunité des États à l'égard de ses violations du droit humanitaire international en Italie au cours de la Seconde Guerre mondiale. La cour a fait remarquer qu'un vaste ensemble de pratiques étatiques attestaient que le droit international coutumier ne considérait pas que le droit d'un État à l'immunité était fonction de la gravité de l'acte dont cet État est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait violée (par. 89 à 91).

[155] Dans l'arrêt *Jones* (CEDH), la Cour européenne des droits de l'homme a passé en revue des décisions judiciaires rendues un peu partout dans le monde et a conclu :

[TRADUCTION]

Ces dernières années, tant avant qu'après le jugement que la Chambre des lords a rendu en l'espèce, un certain nombre de juridictions nationales ont examiné s'il existe aujourd'hui une exception, fondée sur le *jus cogens*, à l'immunité d'un État dans le cadre d'une poursuite civile intentée contre ce dernier [. .]

Cependant, il n'est pas nécessaire que la Cour examine en détail tous ces faits nouveaux, car le récent jugement de la Cour internationale de justice dans l'arrêt *Allemagne c. Italie* [. .] — que la Cour doit considérer comme faisant autorité à l'égard de la teneur du droit international coutumier — établit clairement que, au mois de février 2012, aucune exception fondée sur le *jus cogens* à l'immunité des États ne s'était encore concrétisée. [par. 197 et 198]

[156] De même, dans l'arrêt *Fang c. Jiang*, [2007] N.Z.A.R. 420, la Haute Cour de Nouvelle-Zélande a souscrit à l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Jones (HL)* et conclu que, dans les cas de torture, il n'existait aucune exception au principe de l'immunité des États.

[157] En considérant que ce qui précède dénote une absence de pratiques étatiques et d'*opinio juris*, il faut conclure que le Canada n'est pas tenu par les règles du *jus cogens* relatives à l'interdiction de la torture d'ouvrir ses tribunaux de sorte que ses citoyens puissent solliciter une réparation civile pour des actes de torture commis à l'étranger. Il ne s'agit là ni du sens ni de la portée de la norme impérative. En conséquence, ne pas accorder un tel accès ne constituerait pas une violation des principes de justice fondamentale. Je conviens toutefois avec la CJI dans *Allemagne c. Italie* que « le fait de reconnaître l'immunité d'un État étranger conformément au droit international coutumier ne revient pas à juger licite une situation créée par la violation d'une règle de *jus cogens*, ni à prêter aide ou assistance au maintien de cette situation » (par. 93).

[158] Le David Asper Centre for Constitutional Rights (« DAC ») et l'International Human Rights Program (« IHRP ») argumentent que le par. 3(1) de la *LIÉ* est inconstitutionnel dans la mesure où il empêche de bénéficier d'une réparation efficace dans le cas d'une violation flagrante des droits de la personne. Ils soutiennent qu'il est un principe de justice fondamentale que « là où il y a un droit, il y a une réparation » (mémoire, par. 6).

[159] Je reconnais que la formule « là où il y a un droit, il y a une réparation » est une maxime juridique, mais je ne puis admettre qu'elle exprime forcément un principe de justice fondamentale. Certes, 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. Les réparations ne sont nullement automatiques ou illimitées; il n'existe aucun consensus au sein de la société pour admettre qu'une garantie de réparation efficace est toujours disponible pour indemniser toute violation d'un droit.

[160] Les droits substantiels sont souvent mis en œuvre dans le cadre de limites procédurales, et les exemples de tels droits assortis de limites procédurales abondent au Canada. Par exemple, les Canadiens ont le droit d'être à l'abri de toute diffamation ou de tout libelle, mais, afin de pouvoir intenter une poursuite au Canada, le plaignant doit prouver qu'il existe un lien réel et substantiel entre l'acte délictueux allégué et le tribunal saisi (*Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666). De même, les Canadiens ont le droit d'être à l'abri de toute agression, mais, pour intenter une poursuite en vue d'obtenir une réparation pour leur agression, ils doivent déposer leur demande dans le délai prescrit (voir, par exemple, la *Loi sur la prescription des actions*, 2002, L.O. 2002, ch. 24, Ann. B, art. 4 et 10).

[161] Dans le même ordre d'idées, les particuliers ont le droit de ne pas être soumis à la torture, mais l'immunité des États constitue une fin de non-recevoir

procédurale qui empêche une personne d'intenter une poursuite civile contre un État étranger. L'immunité des États régleme l'exercice de la compétence d'un État sur un autre État, et il s'agit là d'une règle de nature procédurale. Cette réglementation est distincte du droit substantiel, qui déterminerait si les actes de torture allégués étaient licites (*Allemagne c. Italie*, par. 93; Fox et Webb, p. 21).

[162] Les intervenants le DAC et l'IHRP ne sont pas parvenus à établir qu'il existe un consensus pour reconnaître un droit universel à une réparation efficace et que ce droit est nécessaire au fonctionnement du système de justice (mémoire, par. 17 et 20). Comme il a été indiqué plus tôt, on trouve en droit canadien de nombreux exemples dans lesquels les réparations se trouvent subordonnées à d'autres intérêts dans les contextes qui s'y prêtent. La société ne considère pas toujours qu'il est essentiel que le droit à une réparation « ait préséance sur tous les autres intérêts en cause dans l'administration de la justice » (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, par. 10).

[163] De la même façon, rien ne démontre qu'il existe un consensus pour admettre que la réparation particulière que l'on demande en l'espèce – une action civile devant un tribunal interne pour des violations des droits de la personne commises à l'étranger – soit nécessaire au bon fonctionnement du système de justice international. Bien que ma collègue la juge Abella et bon nombre d'intervenants invoquent divers instruments internationaux où l'on souligne l'importance de réparations efficaces, on ne considère pas systématiquement que ces instruments

garantissent un accès aux tribunaux internes pour intenter des actions civiles fondées sur des actes de torture commis à l'étranger, au détriment de tout autre intérêt. En fait, il est clair que, dans la communauté internationale, le droit à une réparation civile demeure circonscrit par les fins de non-recevoir procédurales qui sont cruciales au fonctionnement du principe de l'égalité souveraine, comme l'immunité des États (voir, par exemple, *Allemagne c. Italie*, par. 82 et 84).

[164] En outre, il m'est difficile d'admettre que la maxime « là où il y a un droit, il y a une réparation » dénote l'existence d'une norme fonctionnelle, comme l'exige l'arrêt *Malmö-Levine*. Le DAC et l'IHRP se fondent sur la décision rendue par la Cour dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3 et *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, pour tenter de définir le terme « réparation », ou plus précisément le terme « réparation convenable et juste ». La Cour a conclu qu'une telle réparation (1) permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur, (2) fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle, (3) est une réparation judiciaire qui permet de donner effet au droit en cause dans l'exercice de la fonction et des pouvoirs des tribunaux et (4) est équitable pour la partie visée par l'ordonnance (*Doucet-Boudreau*, par. 55 à 58).

[165] En dépit de leur utilité, ces principes directeurs ne sont pas suffisamment concrets pour garantir un résultat prévisible. Déterminer si une réparation indemniser véritablement la violation des droits dont est victime une personne est

une question éminemment personnelle et subjective. Ce qui permettra de compenser la violation des droits d'une personne sera loin de satisfaire une autre personne.

[166] Tout comme la notion de « l'intérêt supérieur de l'enfant », dont il est question dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, le concept d'une « réparation convenable et juste » et d'une « défense utile », pour indemniser comme il se doit la violation d'un droit

[...] ne peut que dépendre fortement du contexte et susciter la controverse; il se peut que des gens raisonnables ne s'accordent pas sur le résultat que produira son application [...]. Il ne constitue pas un principe de justice fondamentale qui énonce les conditions minimales essentielles à l'exercice de la justice dans notre pays.

(*Canadian Foundation for Children, Youth, and the Law*, par. 11)

[167] Pour ces motifs, je conclus que, même si l'application du par. 3(1) de la *LIÉ* dans des cas de torture peut faire intervenir le droit à la sécurité de la personne, aucune atteinte n'a été portée à un principe de justice fondamentale identifiable. De ce fait, le par. 3(1) de la *LIÉ* ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

Conclusion

[168] Au sujet des exceptions à l'immunité des États, le professeur H. H. Koh a posé sa célèbre question : [TRADUCTION] « [s]i c'est valable pour le commerce, pourquoi pas pour la torture? » (« Transnational Public Law Litigation » (1991), 100

Yale L.J. 2347, p. 2365). La réponse à cette question est simple : parce que le législateur en a décidé ainsi.

[169] L'immunité des États constitue une doctrine complexe, façonnée par l'évolution constante des relations internationales. La détermination des exceptions à cette immunité exige une parfaite connaissance de la diplomatie et des politiques internationales ainsi qu'une délicate mise en balance des intérêts nationaux. Depuis l'adoption de la *LIÉ*, cette tâche incombe au Parlement ou au gouvernement, encore que les décisions et les lois portant sur les affaires internationales puissent faire l'objet d'un contrôle constitutionnel fondé sur la *Charte*. En ce sens, il n'existe aucune zone soustraite à l'application de la *Charte*, et les tribunaux peuvent avoir un rôle à jouer, comme ils l'ont fait dans le passé (*Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Khadr*). Il n'appartient toutefois pas à la Cour d'intervenir dans le délicat secteur de l'élaboration des politiques internationales.

[170] Le législateur a le pouvoir et la capacité de décider si les tribunaux canadiens devraient exercer ou non leur compétence en matière civile. Il peut modifier l'état actuel du droit régissant les exceptions à l'immunité des États, tout comme il l'a fait dans le cas du terrorisme, et permettre aux personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle de M. Hashemi et de la succession de sa mère d'obtenir réparation devant les tribunaux canadiens. À ce jour, le législateur a tout simplement décidé de ne pas le faire.

[171] Compte tenu du raisonnement qui précède, je suis d'avis de rejeter l'appel sans dépens et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1) Le par. 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44?

Non.

2) Dans l'affirmative, le par. 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il inopérant du fait de cette incompatibilité?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3) Le par. 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4) Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ABELLA —

[172] La prohibition de la torture est une norme impérative — de *jus cogens* — du droit international. Ceci veut dire que la communauté internationale a convenu qu'aucun État ne peut y déroger.¹ L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté

¹ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 RCS 3.

en 1984 la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1465 R.T.N.U. 85 (« *Convention contre la torture* »), qui est entrée en vigueur en 1987. Il s'agit d'un instrument international de défense des droits de la personne qui vise à prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le monde entier. La *Convention contre la torture* n'a pas créé la prohibition de la torture, mais elle repose sur l'acceptation incontestée et universelle de ce principe.

[173] Pour ce qui est de savoir si l'on peut considérer la torture comme une conduite étatique officielle, la pratique des États est en voie d'évolution. Cette situation découle de l'épineuse question suivante : comment la torture peut-elle être considérée comme une fonction officielle pour l'application du principe de l'immunité en droit international quand le droit international lui-même interdit universellement cette pratique (voir *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147 (C.L.) (« *Pinochet n° 3* »)). Il me semble que le flou juridique que crée cette question et les défis que celle-ci impose pour l'intégrité du droit international laissent à la Cour un choix quant à savoir s'il convient d'étendre l'immunité aux agents d'États étrangers pour de tels actes.

[174] Compte tenu du caractère équivoque du droit international coutumier en matière d'immunité, du fait que la communauté internationale souscrit de longue date au principe de réparation énoncé à l'art. 14 de la *Convention contre la torture*, ainsi

que de la reconnaissance grandissante à l'échelle internationale, depuis près d'un siècle, que les violations des droits de la personne menacent la paix et la stabilité mondiales, je ne vois pas pourquoi on devrait faire entrer la torture dans la catégorie des conduites étatiques officielles qui donne naissance à une immunité individuelle. Il n'y a pas lieu d'interpréter les dispositions équivoques du droit international coutumier de façon à faire obstacle à une réparation de nature civile pour des actes de torture qui, au niveau du *jus cogens*, sont catégoriquement interdits. En conséquence, et en toute déférence, je ne souscris pas à l'opinion de la majorité selon laquelle les défendeurs Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi bénéficient de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens.

Analyse

[175] Le principe de l'immunité de juridiction limite le pouvoir qu'a un État de soumettre un autre État à la juridiction de ses tribunaux. Cette limite est [TRADUCTION] « la conséquence juridique naturelle de l'obligation de respecter la souveraineté des autres États » : Antonio Cassese, *International Law* (2^e éd. 2005), p. 98 (souligné omis). À l'instar de la théorie de la souveraineté elle-même, le droit international de l'immunité des États a considérablement évolué au cours du siècle dernier, et ce que l'on considérait naguère comme absolu est aujourd'hui tenu pour nuancé et contextuel.

[176] Au Canada, le principe de l'immunité des États a historiquement été élaboré et appliqué par les tribunaux canadiens sous le régime de la common law et

en conformité avec les pratiques coutumières. L'irrecevabilité autrefois complète qu'imposait ce principe est devenue de plus en plus restreinte. Comme l'a reconnu le juge LeBel dans l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269 :

Au fil des années, le principe général de l'immunité de juridiction s'est un peu assoupli et des exceptions à la règle générale ont vu le jour. Certains auteurs ont interprété l'apparition d'exceptions à l'immunité de juridiction comme la preuve de l'émergence d'une immunité nouvelle plus restreinte. [par. 15]

[177] Avant 1982, les tribunaux canadiens adhéraient en général à un principe d'immunité absolue des États, mais, dans certaines affaires, ils ont adopté une forme d'immunité de plus en plus restreinte, déterminée par l'objet de la conduite étatique en question. À la lumière des différences de pratique entre les tribunaux canadiens de l'époque, le Parlement a adopté la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, en vue d'apporter une certaine clarté en codifiant les règles de common law en matière d'immunité des États étrangers.

[178] La *Loi sur l'immunité des États* énonce le principe général qui suit relativement à l'immunité d'un État étranger devant les tribunaux canadiens :

3.(1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

[179] Selon ses propres termes, donc, le principe de l'immunité de juridiction que codifie la *Loi sur l'immunité des États* au par. 3(1) est restreint par plusieurs limites législatives internes. L'immunité d'un État étranger peut être limitée, par exemple, par voie de renonciation (art. 4), dans les actions portant sur les activités commerciales d'un État étranger (art. 5), dans les actions découlant de décès, de dommages corporels ou de dommages aux biens survenant au Canada (art. 6), dans certaines actions relevant du droit maritime (art. 7), de même qu'à l'égard de certains biens situés au Canada (art. 8).

[180] En 2012, le Parlement a modifié la *Loi sur l'immunité des États* de façon à limiter l'immunité d'un État étranger dans les actions engagées contre lui en lien avec le fait qu'il soutient le terrorisme (par. 6.1).

[181] La doctrine de l'immunité de juridiction n'est pas entièrement codifiée par la *Loi sur l'immunité des États*. L'article 18 précise que cette dernière « ne s'applique pas aux poursuites pénales ni à celles qui y sont assimilées ». De ce fait, la *Loi sur l'immunité des États* n'a traité qu'aux situations dans lesquelles les tribunaux canadiens, à cause d'un obstacle de nature procédurale, ne peuvent se déclarer compétents à l'égard d'un État étranger dans une action intentée dans un contexte autre que celui du droit pénal.

[182] Si le par. 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États* circonscrit l'immunité d'un « État étranger », l'art. 2 définit ce dernier comme suit :

« État étranger » Sont assimilés à un État étranger :

- a) le chef ou souverain de cet État ou d'une subdivision politique de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions officielles;
- b) le gouvernement et les ministères de cet État ou de ses subdivisions politiques, ainsi que les organismes de cet État;
- c) les subdivisions politiques de cet État.

[183] Les termes « organisme d'un État étranger » et « subdivision politique » sont ainsi définis :

« organisme d'un État étranger » Toute entité juridique distincte qui constitue un organe de l'État étranger.

« subdivision politique » Toute province, tout état ou toute autre subdivision politique similaire d'un État étranger à régime fédéral.

[184] Les seuls individus expressément visés par cette définition d'« État étranger » sont « le chef ou souverain de cet État [...], dans l'exercice de ses fonctions officielles ». Il n'y est pas fait mention des agents ou des représentants officiels, hormis les chefs d'État. Comme l'a déclaré l'avocat général de la Section du droit constitutionnel et international du ministère de la Justice en prenant la parole devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques : [TRADUCTION] « Ce projet de loi porte sur des États, et non sur des personnes » (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, n° 60, 1^{er} sess., 32^e parl. 4 février 1982, p. 32).

[185] Dans l'arrêt *Jaffe c. Miller* (1993), 13 OR (3d) 745, la Cour d'appel de l'Ontario a exprimé l'avis que le silence de la *Loi sur l'immunité des États* sur l'immunité d'agents particuliers d'un rang inférieur qui travaillent pour le compte de l'État signifie que c'est la common law qui détermine dans quels cas l'immunité s'applique à eux :

[TRADUCTION] Le fait que la Loi ne dise rien sur son application aux employés de l'État étranger ne peut vouloir dire qu'une chose : le législateur accepte que l'on détermine selon la common law quels employés ont droit à l'immunité. La question de savoir si une personne qui exécute une tâche particulière est un fonctionnaire de l'État étranger est une question de fait qu'il appartient au tribunal de trancher dans chaque cas.

[. . .] Rien dans la *Loi sur l'immunité des États* ne déroge au principe de common law selon lequel les agents ou les employés d'un État étranger, quand ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions, bénéficient des avantages de l'immunité de juridiction. [Je souligne; p. 759 et 760.]

[186] Le moins que l'on puisse dire, c'est que ce silence crée une ambiguïté quant à la question de savoir si la *Loi sur l'immunité des États* s'applique aux agents de rang inférieur et, pour la dissiper, il est utile de se référer au droit international coutumier (Jutta Brunée et Stephen J. Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts » (2002) 40 *Can. Y.B. Int'l L.* 3, p. 50 et 51). Or, il existe dans ce droit une distinction entre l'immunité générale *ratione personae*, dont bénéficient les personnes d'un rang supérieur comme les chefs d'État, et l'immunité *ratione materiae*, qui s'applique aux anciens chefs d'État et aux agents de rang inférieur et qui ne vaut que pour les actes officiels accomplis pour l'État ou en son nom. Ces principes reconnaissent le rôle et la responsabilité uniques des chefs

d'État. L'immunité *ratione personae* protège les personnes qui occupent au sein de l'État les postes de pouvoir les plus élevés et, ce faisant, préserve leur capacité d'assurer la gouvernance de l'État. En revanche, l'immunité *ratione materiae* confère l'immunité aux agents étrangers pour les actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs fonctions, mais uniquement s'il s'agit d'actes officiels accomplis pour le compte de l'État (John H. Currie, Craig Forcese, Joanna Harrington et Valerie Oosterveld, *International Law: Doctrine, Practice and Theory* (2^e éd. 2014), p. 554 et 555).

[187] Pour qu'une pratique devienne une coutume, il faut que les États jugent impératif de l'observer (Currie, Forcese, Harrington et Oosterveld, p. 116, citant James L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the Law of Peace* (6^e éd. 1963), p. 59 et 60). À mon avis, pour déterminer si, en l'espèce, les demandes sont irrecevables en raison du principe de l'immunité, il faut examiner ce qu'a affirmé la communauté internationale sur les recours individuels pour violations flagrantes de normes impératives.

[188] De façon générale, en droit international, le régime de protection et de traitement des personnes en tant que sujets de droit a radicalement évolué. Cette protection en évolution s'est en outre accompagnée de la reconnaissance du droit des victimes à une réparation en cas de violation de droits fondamentaux de la personne. Les poursuites en dommages-intérêts que la succession de feu Zahra Kazemi et son fils Stephan Hashemi ont engagées au civil reposent sur les obligations qu'impose le droit international en matière de droits de la personne au Canada et à l'Iran et sur la

prohibition de la torture fondée sur le *jus cogens*. Ces poursuites doivent être situées dans le contexte de la nette évolution du principe de réparation en droit international public depuis le début du XX^e siècle, un principe qui, dans son aspect le plus fondamental, signifie que, s'il y a violation des droits d'un individu, l'auteur de cette violation doit réparation à la victime pour le préjudice qu'elle a subi. L'objectif de ce principe est de nature réparatrice.

[189] Ce principe occupe une place fondamentale dans les systèmes juridiques nationaux. Une des raisons d'être du droit de la responsabilité délictuelle, par exemple, est l'« obligation de réparation » que le professeur Stephen R. Perry qualifie de théorie de la justice corrective (« *The Moral Foundations of Tort Law* » (1992), 77 *Iowa L. Rev.* 449, p. 450 et 451, citant Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, chap. 11, « The Obligation of Reparation » (1982)). Le professeur Ernest Weinrib écrit par ailleurs que [TRADUCTION] « la justice corrective est la structure justificative qui rend le droit de la responsabilité délictuelle intelligible de l'intérieur » (« *The Special Morality of Tort Law* » (1989), 34 *McGill L.J.* 403, p. 413). Le principe de la réparation n'est évidemment pas unique au droit de la responsabilité délictuelle, et il est à la base de nombreuses voies de droit.

[190] Le principe de la réparation est également bien établi en droit international public et il a été abondamment étudié dans les ouvrages de doctrine : voir Andrea Gattini, « Reparations to Victims », dans Antonio Cassese, éd., *The*

Oxford Companion to International Criminal Justice (2008), p. 487; Eva Dwertmann, *The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations* (2010); Riccardo Pisillo Mazzeschi, « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview » (2003), 1 *J.I.C.J.* 339; Liesbeth Zegveld, « Victims' Reparation Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values? » (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.

[191] Ainsi que l'a déclaré la Cour permanente de justice internationale en 1928 dans l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów* (1928), C.P.J.I. Ser. A., n° 17 :

Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite — et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux—, est que *la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis.* [Je souligne; p. 47.]

[192] En 1989, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a expliqué le principe comme suit :

[TRADUCTION]

Il est un principe de droit international, un principe que la jurisprudence considère « même [comme] une règle générale de droit », que toute violation d'une obligation internationale qui se solde par un préjudice crée une obligation d'accorder une réparation suffisante, et l'indemnisation est habituellement le moyen auquel on recourt à cette fin (*Usine de Chorzów*, Juridiction, jugement n° 8, 1927, C.P.J.I., Ser. A, n° 9, p. 21 et *Usine de Chorzów*, Fond, jugement n° 13, 1928, C.P.J.I., Ser. A, n° 17, p. 29; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, Rapports de la C.I.J. de 1949, p. 184).

La réparation du préjudice causé par la violation d'une obligation internationale consiste en une réparation intégrale (*restitutio in integrum*), ce qui comprend le rétablissement de la situation antérieure, la réparation des conséquences de la violation ainsi qu'une indemnisation pour les dommages patrimoniaux et non patrimoniaux, ce qui englobe le préjudice affectif.

[...]

L'indemnisation des violations des droits de l'homme est étayée par des instruments internationaux de nature universelle et régionale. Le Comité des droits de l'homme, créé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, a exigé à maintes reprises, en se fondant sur le Protocole facultatif, que l'on prévoie une indemnisation pour la violation des droits de l'homme reconnus par le Pacte (voir, par exemple, les communications 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Rapports du Comité des droits de l'homme, Nations Unies). La Cour européenne des droits de l'homme est arrivée à la même conclusion en se fondant sur l'article 50 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(*Godínez-Cruz c. Honduras*, 21 juillet 1989 (Réparations et dépens), par. 23, 24 et 26)

[193] À l'origine, en droit international public, les réparations se limitaient à celles entre États pour violation du droit des nations, mais on en est venu de plus en plus à reconnaître que les individus ont droit, eux aussi, en droit international, à une réparation en cas de violation de leurs droits personnels (voir Dwertmann, p. 22; Gattini; Mazzeschi).

[194] Les premières poursuites criminelles en droit international ne se souciaient guère des droits des victimes, mais plusieurs tribunaux internationaux reconnaissent de nos jours les droits qu'ont les victimes à une réparation à l'encontre d'auteurs individuels de crimes internationaux. Ce changement résulte, en partie, de la reconnaissance du fait que le principe de la réparation est un principe général de

droit international reconnu par les lois et les traités portant création de ces tribunaux et, aussi, des campagnes de promotion menées par des juristes et des organismes de défense des droits des victimes depuis les années 1960. Le mouvement a pris encore plus d'ampleur dans le sillage des atrocités commises à grande échelle dans les années 1990 et il a amené les rédacteurs du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, N.U. Doc. A/Conf. 183/9, 17 juillet 1998, à [TRADUCTION] « s'assurer que les victimes jouent, dans les instances introduites devant la CPI, un rôle plus important que devant n'importe quel autre tribunal international » (Charles P. Trumbull IV, « The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings » (2008), 29 *Mich. J. Int'l L.* 777, p. 780). Nombreux sont ceux qui considèrent aujourd'hui que la reconnaissance des droits des victimes dans le cadre des instances criminelles internationales constitue un important mécanisme de justice transitoire et un moyen de favoriser la réconciliation.

[195] Le droit des individus d'obtenir une réparation est établi de la manière la plus claire dans les lois internationales en matière de droits de la personne. Le droit à réparation est toutefois un droit [TRADUCTION] « secondaire », dérivé de la violation d'un droit juridique reconnu (Zegveld, p. 82 et 83). Il n'est donc pas surprenant que le développement du droit international relatif aux droits de la personne protégeant les droits des individus ait donné naissance au droit [TRADUCTION] « à une réparation, tant substantielle que procédurale, pour les individus victimes de la conduite illicite des autorités de l'État » (Zegveld, p. 83).

[196] Les individus se voient également reconnaître un droit à réparation par de nombreuses conventions internationales en matière de droits de la personne : la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. A.G. 217 A (III), N.U. Doc A/810, p. 71 (1948), article 8; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, articles 2 et 9 à 14, (entré en vigueur le 23 mars 1976), article 2, et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969), article 6; la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (entrée en vigueur le 26 juin 1987), article 14; la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990), article 39; et la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, Rés. A.G. 45/158 du 18 décembre 1990 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003), article 15, paragraphes 16(9) et 18(6) et article 83. Sur le plan régional, divers traités en matière de droits de la personne établissent aussi un droit de recours individuel en cas de violation des droits que protègent ces traités (paragraphe 5(5) et article 13 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221; et article 10 et paragraphe 25(1) de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123).

[197] L'Assemblée générale des Nations Unies a publié d'importantes directives sur le droit des victimes à une réparation en droit international. Elle a tout d'abord reconnu, en 1985, le droit des victimes à l'accès à la justice et à des recours

(*Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Rés. A.G. 40/34, 29 novembre 1985). Ensuite, dans les années 1990, Theo van Boven et M. Cherif Bassiouni ont tous deux produit un rapport de l'ONU recommandant l'élaboration de lignes directrices exhaustives sur les droits des victimes².

[198] Prenant appui sur ces recommandations ainsi que sur l'évolution, exposée au paragraphe précédent, des conventions internationales en matière de droits de la personne, l'Assemblée générale a adopté en 2005 les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, A.G. Rés/60/147, N.U. Doc. A/Res/60/147, 16 décembre 2005. Cette résolution reconnaît l'obligation qu'a un État d'assurer l'accès à la justice et à des recours efficaces, y compris à des mécanismes de réparation, aux victimes de violations graves ou flagrantes du droit relatif aux droits de l'homme et du droit humanitaire. Elle précise par ailleurs que les réparations peuvent revêtir les formes suivantes : « restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition »³ et que les réparations doivent être proportionnelles à la gravité de la violation et du préjudice subi. Son préambule

² Commission des droits de l'homme, *Rapport de l'expert indépendant sur le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, M. M. Cherif Bassiouni, présenté en application de la résolution 1998/43 de la Commission des droits de l'homme, UNESCOR, 1999, 55^e sess, E/CN.4/1999/65; Commission des droits de l'homme, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à réparation des victimes de violation [flagrante] des droits de l'homme et du droit international humanitaire*, élaborés par M. Theo van Boven en application de la décision 1995/117, UNESCOR, 1996, E/CN.4/Sub.2/1996/17.

³ *Principes fondamentaux et directives*, par. 18.

souligne que la résolution ne *crée* pas de droit à une réparation, mais évoque simplement des méthodes pour « l'exécution d'*obligations juridiques qui existent déjà* en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme [. . .] ».

[199] Tout cela démontre que le droit d'un individu à un recours à l'encontre d'un État pour violation de ses droits de la personne est aujourd'hui un principe de droit international reconnu⁴.

[200] Reste toutefois la question non encore résolue de savoir si l'immunité des États prive les victimes de torture d'un accès à un recours de nature civile. Du point de vue jurisprudentiel, à l'instar des clichés Polaroid, l'image devient de plus en plus nette, mais elle n'est toujours pas parfaitement au point.

[201] Dans le contexte des instances civiles, divers tribunaux américains ont conclu que les actes qui portent atteinte au *jus cogens* ne peuvent pas être assimilés à des actes souverains officiels. Dans l'affaire *Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012) (appel en instance) (« *Samantar II* »), la Cour d'appel du Fourth Circuit a examiné si Mohamed Ali Samantar, un ancien haut fonctionnaire de la Somalie qui résidait aux États-Unis, pouvait bénéficier de l'immunité à l'égard d'actes de torture, de détentions arbitraires et d'exécutions sommaires censément commis en Somalie. Le juge en chef Traxler a conclu que, en droit international, [TRADUCTION] « l'agent d'un autre État n'a pas droit pour une violation du *jus cogens* à l'immunité dont jouissent

⁴ Pour une analyse détaillée de l'évolution des droits des victimes en droit international, voir M. Cherif Bassiouni, « International Recognition of Victims' Rights » (2006) 6 *Hum. Rts. L. Rev* 203.

les agents étrangers, même si c'est en sa qualité officielle que le défendeur a commis les actes en question » (p. 777). Comme les violations du *jus cogens* ne sont pas des actes étatiques légitimes, leur exécution n'en fait pas des « actes officiels » justifiant l'immunité *ratione materiae*.

[202] Cette conclusion est par ailleurs étayée par l'adoption, par le Congrès des États-Unis, de la *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73 (TVPA), qui crée un droit d'action privé et explicite pour les individus victimes de torture. Même s'il n'existe aucun texte de loi semblable au Canada, le fait que le Congrès ait adopté la TVPA est une preuve de plus de l'existence d'une pratique étatique qui confirme que les violations du *jus cogens* ne sont pas considérées comme des actes officiels donnant droit à l'immunité *ratione materiae*. Le rapport que le Sénat a publié sur la TVPA explique que [TRADUCTION] « comme aucun État ne tolère officiellement la torture ou les exécutions sommaires, rares sont les actes de cette nature, s'il y en a, qui se situeraient dans la catégorie des “actes officiels” exécutés dans le cadre des fonctions d'un agent de l'État » (N^o 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991), p. 6).

[203] À la Cour internationale de Justice, dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt C.I.J. Recueil 2002, p. 3, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont fait allusion à l'acceptation grandissante, tant dans les ouvrages de doctrine que dans les pratiques étatiques et la jurisprudence internationale, du fait que les violations du *jus*

cogens ne constituent pas des « actes officiels » pour l'application du principe de l'immunité *ratione materiae* :

On affirme maintenant de plus en plus en doctrine (voir, par exemple, Andrea Bianchi, « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), vol. 46, p. 227-228) que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul (par opposition à un individu) peut exercer. (Goff, J. (comme il se nommait alors) et lord Wilberforce ont explicité ce critère dans l'affaire du *1^o Congreso del Partido* (1978) QB 500, p. 528, et (1983) AC 244, p. 268, respectivement.) Cette opinion est mise en évidence par la prise de conscience accrue du fait que les mobiles Loi sur l'immunité des États à l'État ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'État. La même opinion trouve en outre progressivement son expression dans la pratique des États, comme l'attestent des décisions et avis judiciaires. (Pour un exemple déjà ancien, voir l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*; Cour suprême, 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 312.) Voir aussi les discours de lord Hutton et lord Phillips of Worth Matravers dans l'affaire *R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet* (« *Pinochet III* »); et de lord Steyn et lord Nicholls of Birkenhead dans l'affaire « *Pinochet I* » ainsi que le jugement de la Cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 novembre 2000, par. 4.2.) [par. 85]

[204] Plus récemment, toutefois, dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))*⁵, s'agissant de la portée de l'immunité des États en droit international coutumier relativement aux violations du *jus cogens*, la Cour internationale de justice a conclu que cette immunité ne pouvait être subordonnée à la gravité de l'acte illicite reproché à l'État en cause. Fait non négligeable, la Cour a toutefois tenu à préciser que ses propos ne concernaient que l'immunité pour les actes commis par l'État, en insistant sur le fait qu'ils ne

⁵ Arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.

concernaient pas la possibilité pour les représentants de ce dernier de bénéficier de cette immunité :

[L]a Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État n'est pas posée en l'espèce. [par. 91]

[205] Dans le cas d'une violation du *jus cogens*, le droit à l'immunité de juridiction de l'État existe parce qu'elle est nécessaire pour permettre au gouvernement de continuer à fonctionner sur son propre territoire. En refusant d'étendre la portée de sa conclusion à des représentants étrangers particuliers, la CIJ a implicitement reconnu que, dans les instances de nature civile, l'immunité *ratione materiae* peut suivre une trajectoire différente de celle de l'immunité des États (Hazel Fox et Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (3rd éd. 2003), p. 569).

[206] La nature évolutive du droit à l'immunité à l'égard des actes de torture a été reconnue plus récemment dans l'affaire *Jones c. The United Kingdom*, N^{os} 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014. Quatre personnes avaient engagé une action civile au Royaume-Uni contre le ministère de l'Intérieur du Royaume d'Arabie saoudite et contre des représentants particuliers de l'État, agissant comme mandataires de l'Arabie saoudite concernant des allégations de torture.

[207] La Cour européenne des droits de l'homme a longuement passé en revue la jurisprudence internationale et noté que la pratique des États sur la question de l'immunité *ratione materiae* à l'égard des actes de torture était en [TRADUCTION] « constante évolution » (par. 30). La cour a reconnu qu'il existait [TRADUCTION] « une tendance croissante à admettre l'existence d'une règle ou exception spéciale en droit international public dans les affaires concernant des allégations de torture présentées en matière civile contre des fonctionnaires d'un État étranger », parce que la torture ne pouvait être considérée comme un acte licite accompli dans le cadre de pouvoirs officiels (par. 213; voir, p. ex., *Samantar II* ainsi que *Xuncax c. Gramajo* 886 F.Supp 162 (D. Mass. 1995) et *Cabiri c. Assasie-Gyimah*, 921 F.Supp 1189 (S.D.N.Y. 1996)). La cour a néanmoins exprimé l'avis qu'il n'y avait pas encore assez d'appui à l'échelle internationale pour refuser l'immunité à des défendeurs particuliers contre une action *civile* fondée sur la torture.

[208] Cette décision n'écarte toutefois pas la possibilité que la torture déborde le cadre de la protection de l'immunité *ratione materiae*. Ce qu'elle étaye *bel et bien*, à l'évidence, est la reconnaissance que, à l'heure actuelle, la pratique des États évolue. À mon sens, cette évolution dénote une tendance palpable, quoique lente, dans la jurisprudence internationale à reconnaître que la torture, en tant que violation d'une norme impérative, n'est pas une conduite étatique officiellement sanctionnée pour l'application de l'immunité *ratione materiae*.

[209] J'ai donc un peu de difficulté à saisir pourquoi le traitement de l'immunité dans le cas d'une action civile devrait être différent de celui qui s'applique aux actions criminelles. Comme l'a déclaré la juge Kalaydjieva, qui s'exprimait en dissidence dans l'arrêt *Jones c. United Kingdom* :

[TRADUCTION] À l'instar du lord juge Mance [de la Cour d'appel] j'ai du mal à « admettre que les différences générales qui existent entre le droit criminel et le droit civil justifient que l'on fasse une distinction dans l'application de l'immunité dans les deux contextes », compte tenu surtout de l'évolution que connaît ce domaine, surtout à la suite des conclusions tirées par la Chambre des lords dans l'affaire *Pinochet (No 3)*, à savoir qu'il n'y aurait « aucune immunité contre une poursuite criminelle visant un agent particulier qui a commis des actes de torture à l'étranger dans un contexte officiel ». J'estime également qu'il « n'est pas facile de voir pourquoi une instance civile engagée contre l'auteur présumé d'actes de torture représenterait une ingérence dans les affaires internes d'un État étranger supérieure à celle qu'impliquerait une action criminelle engagée contre le même individu »; il est également « incongru que si l'auteur présumé d'actes de torture relevait de la compétence de l'État du for, il serait poursuivi en vertu du paragraphe 5(2) de la *Convention contre la torture* et qu'aucune immunité ne pourrait être revendiquée, alors que la victime des prétendus actes de torture ne serait pas en mesure d'intenter une action civile » [p. 62 et 63]

[210] Ces propos sont par ailleurs renforcés par le fait que de nombreux pays permettent d'obtenir une réparation civile à l'encontre d'auteurs d'actes illicites dans le cadre d'une action criminelle. Comme l'ont écrit Ben Batros et Philippa Webb, [TRADUCTION] « dans bien des États, dont l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas, les tribunaux criminels joignent des actions civiles et criminelles, ce qui permet aux victimes d'être représentées et d'obtenir des dommages-intérêts, dans le cadre de

l'action criminelle elle-même » : « Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine: Comments on *Habib v. Commonwealth of Australia* » (2010), 8 *J.I.C.J.* 1153, p. 1169.

[211] En conséquence, bien que l'on puisse dire qu'il permet aux États de conférer l'immunité aux représentants étrangers, comme en témoigne l'arrêt *Jones c. United Kingdom*, le droit international coutumier *n'empêche pas* un État de refuser l'immunité pour des actes de torture, comme l'illustrent les affaires *Pinochet (n° 3)* et *Samantar II*.

[212] À mon avis, les mesures que la communauté internationale a prises pour favoriser la responsabilité individuelle à l'égard de la perpétration d'actes de torture sous le régime de la *Convention contre la torture* renforcent cette conclusion.

[213] L'objet de la *Convention contre la torture* concorde avec l'obligation générale de protéger le droit des victimes de torture d'obtenir réparation, peu importe l'endroit où les actes ont été commis. La *Convention* consacre l'engagement commun d'« accroître l'efficacité de la lutte contre la torture [...] dans le monde entier », comme il le précise dans son préambule. Dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt C.I.J. Recueil 2012, p. 422, la Cour internationale de justice a qualifié les obligations créées par la *Convention* d'obligations *erga omnes partes*, c'est-à-dire que tous les États parties ont un intérêt à ce qu'elles soient respectées :

Ainsi qu'il est précisé dans son préambule, l'objet et le but de la convention sont « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture... dans le monde entier ». En raison des valeurs qu'ils partagent, les États parties à cet instrument ont un intérêt commun à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité. [...] L'ensemble des États parties ont « un intérêt juridique » à ce que les droits en cause soient protégés (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, Arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33*). Les obligations correspondantes peuvent donc être qualifiées d'« obligations *erga omnes partes* », en ce sens que, quelle que soit l'affaire, chaque État partie a un intérêt à ce qu'elles soient respectées. [par. 68]

[214] Élément particulièrement pertinent, l'article 14 de la *Convention* dispose :

1. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

2. Le présent article n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales.

[215] Une simple lecture de cette disposition permet de constater que l'article 14 oblige les États parties à faire en sorte que toutes les victimes de torture de leur pays puissent obtenir « réparation et [...] être indemnisées équitablement et de manière adéquate ». Le texte n'indique nullement que l'« acte de torture » doit avoir été commis sur le sol de l'État partie pour que l'obligation soit engagée. Lorsqu'un État s'engage à accorder une réparation pour des actes de torture commis à l'étranger, cela met forcément en cause la question de l'immunité de l'auteur de ces actes.

[216] L'absence de toute dimension territoriale dans la disposition est importante. Lorsque les États parties à la *Convention contre la torture* ont souhaité limiter leurs obligations à leur territoire, ils l'ont fait expressément. Les obligations qu'imposent le paragraphe 2(1), l'alinéa 5(1)a), le paragraphe 5(2) ainsi que les articles 11, 12, 13 et 16 de la *Convention*, par exemple, sont restreintes ou modifiées par les mots «*dans tout territoire sous sa juridiction*» (Harold Hongju Koh, «*Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application to Situations of Armed Conflict*», U.S. Department of State, 21 janvier 2013, p. 16 à 20)

[217] L'historique de la rédaction de l'article 14 permet par ailleurs de penser que l'absence de limites territoriales dans ce dernier est révélatrice. Bien que les Pays-Bas aient proposé d'inclure les mots «*commis dans tout territoire sous sa juridiction*», ceux-ci ont été biffés du texte sans aucune indication explicative dans les travaux préparatoires ou les commentaires : Manfred Nowak et Elizabeth McArthur avec la contribution de Kerstin Buchinger et al., *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (2008), par. 15.

[218] Cela a amené certains à laisser entendre que l'omission des limites territoriales était une erreur ou un oubli : voir Andrew Byrnes, «*Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation under the Convention Against Torture?*», dans Craig Scott, éd., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 537, p. 546 et 548. Mais même en

admettant que l'omission de toute limite territoriale à l'article 14 a été une erreur, il existe des procédures internationales qui énoncent de quelle façon on aurait pu corriger pareille erreur. En effet, l'article 40 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, régit les circonstances dans lesquelles il est possible d'apporter une modification à un traité multilatéral, et l'article 79 décrit la marche à suivre à cet égard. À ce jour, aucune modification ou correction n'a été apportée à l'article 14.

[219] La déclaration qu'ont faite les États-Unis au moment de la ratification de la *Convention contre la torture* en octobre 1994 a suscité davantage de confusion; ils ont indiqué que leur consentement était subordonné à la « déclaration interprétative » suivante :

3. Selon l'interprétation des États-Unis, l'article 14 fait obligation à l'État partie de garantir aux particuliers le droit d'exercer une action en dommages-intérêts uniquement à raison des actes de torture qui auraient été commis dans le territoire relevant de sa juridiction.

(Collection des Traités des Nations Unies, État sur la *Convention contre la torture* (en ligne), p. 7)

[220] Dans l'arrêt *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, la Chambre des lords a déclaré que [TRADUCTION] « [p]ersonne ne s'est jamais opposé à cette déclaration interprétative des États-Unis » (par. 57). Or, en 1996, l'Allemagne avait indiqué que la « déclaration interprétative » des États-Unis n'était pas contraignante :

Le 26 février 1996, le Gouvernement allemand a notifié au Secrétaire général qu'en ce qui concerne [...] les interprétations énoncées au paragraphe II (2) et (3) faites par les États-Unis d'Amérique lors de la ratification "le Gouvernement fédéral considère que ces réserves et interprétations ne modifient en rien les obligations des États-Unis d'Amérique en tant qu'État partie à la Convention."

(Je souligne; Collection des traités des Nations Unies, État sur la *Convention contre la torture* (en ligne), note 26)

[221] L'approbation d'une déclaration interprétative ne peut être *présumée* du seul fait qu'un État partie à un traité ne s'y est pas opposé (*Guide de la pratique sur les réserves aux traités* de la Commission du droit international, texte soumis à l'Assemblée générale de l'ONU en 2011 (en ligne), à 2.9.8.-2.9.9). Aux mieux, par conséquent, l'effet de la « déclaration interprétative » des États-Unis n'est pas concluant.

[222] Les pratiques étatiques ultérieures et les opinions du Comité contre la torture confirment en outre que l'article 14 ne comporte pas d'« erreur », ou qu'il est simplement entendu que cette disposition a une application territoriale limitée. Quoi qu'il en soit, la position des États-Unis a changé depuis la ratification de la *Convention contre la torture*, comme en fait foi l'adoption, en 1991, de la *TVPA*, dont l'al. 2(a) donne ouverture à une action en dommages-intérêts contre [TRADUCTION] « quiconque, sous l'autorité réelle ou apparente, ou sous apparence de légalité, de tout État étranger » se livre à des actes de torture ou à des exécutions sommaires. Ce qui a amené François Larocque à écrire :

[TRADUCTION] [i]ndépendamment du poids qu'elle a pu avoir sur la ratification de la CCT en 1990, la « déclaration interprétative » des États-Unis au sujet de l'art. 14 de cet instrument a été presque à coup sûr supplantée par les déclarations des deux chambres du Congrès au moment de l'adoption de la TVPA. *Dans leurs rapports de 1991 accompagnant le projet de TVPA, tant la Chambre des représentants que le Sénat ont explicitement signalé que la TVPA visait principalement à mettre en œuvre l'obligation, prévue à l'art. 14, de prévoir une action civile relativement aux actes de torture. [...]* [D]ans son rapport, le Senate Committee on the Judiciary a déclaré : « cette loi assurera la mise en œuvre de l'intention de la CCT [...]. C'est exactement ce que fera cette loi — en veillant à ce que les tortionnaires et les membres des escadrons de la mort ne puissent plus trouver refuge aux États-Unis. [Je souligne.]

(Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings (2010), p. 262 et 263)

[223] Les opinions des États parties à la *Convention contre la torture* confirment les observations du professeur Larocque. Les gouvernements de l'Australie, de la Confédération helvétique et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ont fait part de leur opinion sur l'article 14 dans un mémoire présenté à la Cour suprême des États-Unis dans le cadre de l'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), où, ont-ils fait valoir, la TPVA avait [TRADUCTION] « été adoptée par le Congrès pour mettre en œuvre, en partie, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, que les États-Unis ont ratifiée ».

[224] L'opinion du Comité contre la torture qui a été créé par la *Convention* est elle aussi instructive. Ce Comité est formé de « dix experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme, qui

siègent à titre personnel » (article 17). Tous les États parties à la *Convention* sont tenus, en application du par. 19(1), de rendre compte au Comité des « mesures qu'ils ont prises pour donner effet à leurs engagements en vertu de la présente Convention », et le Comité est chargé, aux termes du paragraphe 19(3), de « faire les commentaires d'ordre général sur le rapport qu'il estime appropriés et [transmettre] lesdits commentaires à l'État partie intéressé ». Je conviens avec l'intervenante, l'Association du Barreau canadien, que l'expertise des membres du Comité donnent du poids à l'interprétation qu'il préconise (Michael O'Flaherty, « The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies » (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27; International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, *Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals* (2002) (en ligne).

[225] Notamment, le Comité a loué les États-Unis en l'an 2000 pour « [I]es voies de recours abondantes ouvertes aux victimes d'actes de torture pour obtenir réparation, qu'ils aient été ou non commis sur le territoire des États-Unis d'Amérique » (N.U. Doc. A.G. A/55/44 (2000), par. 178).

[226] En 2005, par contre, le Comité a fait part de son inquiétude à propos de l'absence au Canada de mesures d'indemnisation des victimes de torture « dans toutes les affaires » (Nations Unies, Comité contre la torture, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention*, N.U. Doc. CAT/C/CR/34/Can, 7 juillet 2005, al. 4(g)). Ces préoccupations ont été exprimées

peu après que la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, a conclu que la *Loi sur l'immunité des États* faisait obstacle à l'octroi d'une réparation civile pour les actes commis par des États étrangers, et ce, malgré l'article 14 de la *Convention contre la torture* (voir Jennifer Besner et Amir Attaran, « Civil liability in Canada's courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can) » (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150, p. 160). En 2012, le Comité a réitéré son inquiétude au sujet du défaut du Canada de mettre en œuvre l'article 14 :

Le Comité reste préoccupé par l'absence de mécanismes efficaces permettant à toutes les victimes de torture d'obtenir réparation au civil, y compris une indemnisation, *situation principalement due aux restrictions prévues par la Loi sur l'immunité des États* (art. 14).

L'État partie devrait veiller à ce que toutes les victimes de torture puissent avoir accès à des recours et obtenir réparation, quel que soit le pays où les actes de torture ont été commis et indépendamment de la nationalité de l'auteur [. . .]. [Je souligne.]

(*Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention*, N.U. Doc. CAT/C/CAN/CO/6, 25 juin 2012, par. 15)

[227] Il est important de signaler que la requête du demandeur dans l'affaire *Bouzari* visait la République islamique d'Iran, et non des agents particuliers. Cet arrêt ne traitait que de la mesure dans laquelle l'article 14 oblige les États parties à refuser l'immunité à un « État étranger » dans le cadre d'une instance civile engagée au Canada pour des actes de torture commis à l'étranger.

[228] Tout cela montre que le droit international coutumier n'exige plus que les agents d'un État étranger qui auraient commis des actes de torture bénéficient de l'immunité *ratione materiae* devant les tribunaux canadiens. Non seulement cette interprétation concorde-t-elle avec le texte et l'objet de l'article 14 de la *Convention contre la torture*, mais elle trouve de plus en plus son expression dans la pratique des États parties à ce traité.

[229] Le refus d'accorder à des individus agents officiels l'immunité à l'égard d'actes de torture ne mine pas la raison d'être de la doctrine de l'immunité *ratione materiae*. Compte tenu de l'acceptation universelle de la prohibition de la torture, les préoccupations relatives aux atteintes à la souveraineté que pourrait créer le fait de juger l'agent de l'État qui viole cette interdiction s'atténuent forcément. La nature même de cette prohibition en tant que norme impérative signifie que les États sont tous d'accord pour dire que l'on ne peut pas tolérer la torture. Il ne peut donc pas s'agir d'un acte étatique officiel pour l'application de l'immunité *ratione materiae*. Que la *Convention contre la torture* en définisse la portée en faisant référence au fait que la torture elle-même est nécessairement commise par l'État et ses agents n'amointrit en rien cette reconnaissance universelle et elle ne préjuge pas de la question de savoir si l'immunité doit s'étendre à une telle conduite ou pas.

[230] Je souscris donc à l'opinion concordante du juge Breyer dans l'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*, selon laquelle le fait de reconnaître le pouvoir des

juridictions civiles de juger les auteurs d'actes de torture commis à l'étranger ne nuira pas à l'atteinte des objectifs que la courtoisie vise à protéger :

[TRADUCTION] De nos jours, le droit international traduit parfois de la même façon non seulement le fait que les États s'entendent sur le fond au sujet des comportements universellement répréhensibles, mais aussi qu'ils s'entendent sur le plan procédural quant à l'existence d'une juridiction universelle permettant de poursuivre un sous-ensemble de ce comportement. [. . .] Ce sous-ensemble englobe la torture, le génocide, les crimes contre l'humanité ainsi que les crimes de guerre.

[. . .]

L'existence de ce consensus procédural donne à penser que la reconnaissance d'une juridiction universelle sur un ensemble restreint de normes concorde avec les principes de la courtoisie internationale. Autrement dit, le fait de permettre aux tribunaux de chaque pays de se prononcer sur des actes commis à l'étranger et mettant en cause des justiciables étrangers dans de tels cas ne menacera pas beaucoup l'harmonie pratique que les principes de la courtoisie visent à protéger. Ce consensus concerne la juridiction criminelle, mais le consensus sur la juridiction criminelle universelle donne lui-même à penser qu'une juridiction universelle en matière délictuelle ne serait guère plus menaçante. [. . .] [Références omises; p. 762 et 763.]

[231] Je suis donc d'avis que la *Loi sur l'immunité des États* ne s'applique pas à Saeed Mortazavi et à Mohammad Bakhshi, et que le principe de l'immunité *ratione materiae* ne rend pas irrecevable l'instance engagée contre eux.

Pourvoi rejeté sans dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs des appelants : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Lawyers for International Human Rights : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale, Section Canada francophone : Juristes Power Law, Ottawa; CazaSaikaley, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Redress Trust Ltd. : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal et Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Waldman & Associates, Toronto.

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique : Branch, MacMaster, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

Procureur de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : David Matas, Winnipeg; Ethos Law Group, Vancouver; Noemi Gal-Or Inc., Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto et Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Centre canadien pour la justice internationale : Torys, Toronto.

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law : Simcoe Chambers, Toronto, Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Iran Human Rights Documentation Center : Barin Avocats, Montréal; Université McGill, Montréal.