Document généré le 19 avr. 2024 22:22

Les Cahiers de droit

Spleen et idéal : les immunités juridictionnelles en droit canadien

François Larocque

Volume 57, numéro 2, juin 2016

Date de fraîcheur : mai 2015.

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1036487ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1036487ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Larocque, F. (2016). Spleen et idéal : les immunités juridictionnelles en droit canadien. *Les Cahiers de droit*, *57*(2), 311–325. https://doi.org/10.7202/1036487ar

Résumé de l'article

Les immunités juridictionnelles au Canada relèvent d'un ensemble bigarré de normes nationales et internationales, législatives et conventionnelles, jurisprudentielles et coutumières. Elles vivent perpétuellement et douloureusement écartelées entre le politique et le juridique, entre la courtoisie et l'obligation. Comme la jurisprudence canadienne et internationale récente le démontre dans le cadre de poursuites civiles pour la torture, le profond malaise des immunités juridictionnelles se solde parfois par le parachèvement de l'injustice et de l'impunité. L'effritement de l'hétérarchie westphalienne exige vraisemblablement la vérification de la vétuste maxime *par in parem non habet imperium*. À l'ère du constitutionnalisme transnational, les immunités juridictionnelles doivent s'arrimer aux idéaux des normes impératives et la dignité anachronique du souverain doit désormais accommoder la dignité inhérente de la personne humaine. Le rôle du Canada à cet égard sera examiné.

Tous droits réservés © Université Laval, 2016

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Spleen et idéal : les immunités juridictionnelles en droit canadien

François Larocque*

Les immunités juridictionnelles au Canada relèvent d'un ensemble bigarré de normes nationales et internationales, législatives et conventionnelles, jurisprudentielles et coutumières. Elles vivent perpétuellement et douloureusement écartelées entre le politique et le juridique, entre la courtoisie et l'obligation. Comme la jurisprudence canadienne et internationale récente le démontre dans le cadre de poursuites civiles pour la torture, le profond malaise des immunités juridictionnelles se solde parfois par le parachèvement de l'injustice et de l'impunité. L'effritement de l'hétérarchie westphalienne exige vraisemblablement la vérification de la vétuste maxime par in parem non habet imperium. *À l'ère du constitutionnalisme transnational, les immunités juridictionnelles doivent s'arrimer aux idéaux des normes impératives et la dignité anachronique*

* Vice-doyen et professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa. Je remercie la doyenne Eugénie Brouillet de m'avoir invité à prendre part à cette conférence dont l'objectif premier est de rendre hommage au juge Louis LeBel. Dans le cadre d'une telle conférence, il aurait été impensable, voire impossible, de passer sous silence les nombreuses et importantes contributions du juge LeBel à la jurisprudence canadienne relative au droit international public et privé. Effectivement, mes recherches sur le sujet révèlent qu'aucun autre juge de l'histoire de la Cour suprême du Canada n'a rédigé ni pris part à plus de jugements portant sur le droit international, tous sujets confondus, que le juge Louis LeBel. C'est certainement le cas pour ce qui est des immunités juridictionnelles, le thème central de mon propos dans le présent texte. Depuis sa création en 1875, la Cour suprême du Canada a rendu dix décisions portant sur le sujet des immunités juridictionnelles en droit international, dont quatre sont issues de la plume érudite du juge LeBel. Les générations futures de juristes appliqueront les principes énoncés dans sa jurisprudence en matière de droit international qui, à elle seule, aurait pu alimenter une conférence de plusieurs jours. L'influence marquante du juge LeBel dans ce domaine est indéniable, je lui en suis fort reconnaissant.
Date de fraîcheur : mai 2015.

du souverain doit désormais accommoder la dignité inhérente de la personne humaine. Le rôle du Canada à cet égard sera examiné.

The law of jurisdictional immunities in Canada is governed by a variety of national and international, statutory and treaty-based, jurisprudential and customary legal norms. It continually and uncomfortably straddles the divide between law and politics, courtesy and obligation. As demonstrated by recent Canadian and international civil claims with respect to torture, the malaise affecting the law of immunity sometimes leads to injustice and impunity. As the Westphalian heterarchy weakens, it clearly becomes necessary to re-examine the antiquated maxim par in parem non habet imperium. *In an era of transnational constitutionalism, the law of jurisdictional immunities must be aligned with the ideals of our peremptory norms. The anachronistic dignity of the sovereign must give way to the inherent dignity of the human person. Canada's role in this regard will be examined.*

Las inmunidades jurisdiccionales en Canadá están regidas por un conjunto abigarrado de normas nacionales e internacionales, legislativas y convencionales, jurisprudenciales y consuetudinarias. Estas cohabitan perpetua y desconsoladamente, separadas entre lo político y lo jurídico, entre la cortesía y la obligación. Como lo demuestra la reciente jurisprudencia canadiense e internacional en el marco de las demandas civiles fundamentadas en la tortura, existe un profundo malestar de las inmunidades jurisdiccionales que en ocasiones culmina con la injusticia y la impunidad. El desmoronamiento de la heterarquía westfaliana exige, probablemente, la revisión de la vetusta máxima par in parem non habet imperium. *En la era de constitucionalismo transnacional, las inmunidades jurisdiccionales deben conformarse con los ideales de las normas*

imperativas, y la dignidad anacrónica del soberano debe ahora adecuar la dignidad inherente de la persona humana; en este sentido, el rol de Canadá será examinado.

Pages

1 Le spleen et l'idéal de la torture 315
2 Le spleen et l'idéal des immunités juridictionnelles 317
Conclusion 323

Mon propos portera ici sur les immunités juridictionnelles, c'est-à-dire cette branche du droit canadien qui réglemente la compétence des tribunaux judiciaires à l'égard de certains acteurs internationaux dont les États, les fonctionnaires, les diplomates et les organisations internationales. Lorsqu'elles s'appliquent, les immunités juridictionnelles privent les cours nationales de leur compétence personnelle ou matérielle, selon le cas, à l'égard de ces acteurs.

Mais avant de me lancer dans le vif de la matière, je crois qu'il m'incombe d'expliquer un peu le titre de ma communication, présentée au Colloque hommage au juge Louis LeBel de la Cour suprême du Canada, le 29 mai 2015, à l'Université Laval et sa référence au « Spleen et idéal ». Il faut savoir que j'ai tendance à voir le monde à travers les lunettes de l'auteur du livre que je suis en train de lire. Or, le matin où Eugénie Brouillet, doyenne de la Faculté de droit de l'Université Laval, m'a demandé de lui envoyer le résumé de ma communication, je lisais *Les fleurs du mal* de Charles Baudelaire[1], son recueil de poèmes le plus célèbre, lequel est divisé en six parties, dont la première (et la plus importante) s'intitule « Spleen et idéal ». Je tiens à rassurer d'emblée le lecteur, à savoir que je n'ai aucunement l'intention d'étaler une grande théorie littéraire des immunités juridictionnelles fondée sur la poésie romantique du XIXe siècle. Je compte toutefois

1. Charles Baudelaire, *Les fleurs du mal*, Paris, Garnier, 1977. Il est à parier que le titre de ma communication aurait vraisemblablement été fort différent si par hasard j'avais été à lire *Ainsi parla Zarathoustra* ou *Alice au pays des merveilles*.

me servir du champ lexical des *Fleurs du mal*, du « spleen » et de « l'idéal », pour illustrer quelques constats.

D'abord, définissons les termes. Le « spleen » est un mot d'origine anglaise qui s'est glissé dans littérature française du XIXe siècle, notamment dans l'œuvre de Baudelaire et celle de Verlaine[2] pour désigner une profonde mélancolie, une angoisse, un état de tristesse, de pessimisme et d'idées noires. Un ennui indicible. Le dégout existentiel. Le mal du siècle. L'« idéal », en revanche, renvoie à l'état de perfection, à la pureté, à l'essentiel, à l'incarnation suprême d'une chose ou d'une idée. C'est l'archétype, parfois inatteignable, qui sert de modèle, de guide. C'est le rêve, l'aspiration, l'espoir. Donc, « spleen et idéal », aux fins de ma communication, renvoie à une opposition d'idées discordantes, contradictoires ou, du moins, contraires.

Or, les immunités juridictionnelles en droit canadien et en droit international sont habitées et tourmentées à l'heure actuelle par un certain nombre de contradictions fondamentales et elles en souffrent. Pour illustrer mon diagnostic, je ferai parfois référence à la jurisprudence récente — canadienne et internationale — relative à la question de l'immunité des États dans le cadre des poursuites civiles pour la torture extraterritoriale[3] et d'autres violations des normes impératives du droit de la personne et du droit international humanitaire[4]. Il s'agit d'une triste jurisprudence qui, en définitive, fait primer la dignité anachronique du souverain sur la dignité inhérente de l'être humain. Cette catégorie d'arrêts nous confronte de manière assez dramatique au spleen et à l'idéal.

---

2. Paul VERLAINE, « Spleen », dans Paul VERLAINE, *Fêtes galantes. Romances sans paroles*, Paris, Gallimard, 1973, p. 149.
3. Je pense notamment aux affaires suivantes : *Kazemi (Succession)* c. *République Islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176 (ci-après « *Kazemi* ») ; *Bouzari* c. *Iran*, (2004) 71 O.R. (3d) 675 (C.A. Ont.) (ci-après « *Bouzari* ») ; *Arar* c. *Syrian Arab Republic*, (2005) O.J. nº 752 (C.S. Ont.) (ci-après « *Arar* ») ; *Jones* v. *Saudi Arabia*, [2006] U.K.H.L. 26 (ci-après « *Jones* ») ; *Fang* v. *Zemin*, [2007] N.Z.A.R. 420 (H.C.) (ci-après « *Fang* »).
4. *Ferrini* c. *Allemagne*, nº 5044/2004, 11 mars 2004 (C. Cass. It.) (ci-après « *Ferrini* ») ; *Allemagne* c. *Mantelli*, nº 14201/2008, 29 mai 2008 (C. Cass. It.) (ci-après « *Mantelli* »). Il sied de souligner que les conclusions des affaires *Ferrini* et *Mantelli* ont été appliquées dans 12 autres affaires distinctes le 29 mai 2008 : nº 14201/2008, nº 14202/2008, nº 14203/2008, nº 14204/2008, nº 14205/2008, nº 14206/2008, nº 14207/2008, nº 14208/2008, nº 14209/2008, nº 14210/2008, nº 14211/2008 et nº 14212/2008. Rejetant la légalité de ces arrêts italiens au regard du droit international, l'Allemagne a saisi la Cour internationale de justice (CIJ) du différend. Voir l'*Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État* (*Allemagne* c. *Italie* ; *Grèce (intervenant)*), *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99 (3 février 2012) (ci-après « *Allemagne* c. *Italie* »).

1 Le spleen et l'idéal de la torture

Avec le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, la torture figure parmi les pires violations du droit international contemporain. Ces crimes sont prohibés par des normes impératives (*jus cogens*) qui, en principe du moins, n'admettent aucune dérogation[5]. Malheureusement, dans la mesure où l'on peut se fier aux données statistiques publiées dans les rapports d'organisations comme Amnistie internationale, la torture est pratiquée régulièrement dans tous les coins du monde, et non pas seulement dans les prisons sombres des États-voyous[6]. La torture demeure un grand mal de notre siècle. C'est le spleen.

Je ne prétends aucunement que notre siècle est celui qui a inventé la torture, quoique nous en ayons sans doute perfectionné les techniques. Il demeure que notre siècle a ceci de particulier : peut-être pour la première fois depuis l'Inquisition et la bulle pontificale *Ad extirpanda*[7], nous vivons à une époque où des juristes de grande renommée s'emploient à défendre et à justifier le recours à la torture au nom de la sécurité nationale ou de la lutte contre le terrorisme. Notre époque est celle de John Yoo et de Jay Bybee[8]. Notre époque est aussi celle du professeur Alan Morton Dershowitz de l'Université Harvard, sans doute le plus célèbre des apologistes des supplices, qui a publié deux ouvrages justifiant l'utilisation de

5. *Kazemi*, préc., note 3, par. 47.
6. Amnesty International, *La torture en 2014. 30 ans d'engagements non tenus*, p. 10, [En ligne], [www.amnesty.org/fr/documents/document/?indexNumber=ACT40%2f004%2f2014&language=en] (8 juillet 2015).
7. Bulle de Sa Sainteté le pape Innocent IV, *Ad extirpanda*, 1252, où il autorise le recours à la torture pour obtenir des aveux des hérétiques. Voir Thomas S. Bokenkotter, *A Concise History of the Catholic Church*, New York, Image Books, 1990, p. 119.
8. Le professeur John Yoo de Berkeley, alors qu'il était procureur général adjoint dans l'administration du président G.W. Bush, était d'avis que les Conventions de Genève ne s'appliquaient pas à la campagne des forces armées étasuniennes en Afghanistan contre les talibans et, par extension, aux prisonniers de guerre. Voir John Yoo et Robert J. Delahunty, *Memorandum for William J. Haynes II. General Counsel, Department of Defense*, 9 janvier 2002. De manière semblable, le juge Jay Bybee, qui était avocat au Département de la justice de 2001 à 2003, a conseillé l'administration Bush sur les techniques d'interrogatoire qui, selon lui, tombaient en-deçà du seuil de douleur et de cruauté proscrit par la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, (1987) 1465 R.T.N.U. 85 (ci-après « Convention contre la torture »). Voir Office of the Assistant Attorney General, *Memorandum for Alberto R. Gonzales. Counsel to the President. Re : Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*, 1er août 2002.

la torture en situation d'urgence nationale[9]. Le professeur Alan Morton Dershowitz, faut-il le préciser, estime qu'il serait néanmoins souhaitable que de telles mesures extrêmes soient autorisées par mandat judiciaire, une recommandation qui réhabilite essentiellement les « mandats de torture » (*torture warrants*) qui étaient jadis obtenus en vertu de la prérogative royale en Angleterre dans le cadre des audiences de la redoutable Chambre étoilée (Star Chamber)[10]. Or, le dernier mandat de torture anglais a été émis en 1640[11]. Il est aberrant, à mon avis, qu'au XXIe siècle, l'humanité n'en ait toujours pas fini avec la torture. C'est le spleen. Baudelaire avait sans doute raison :

> Les sanglots des martyrs et des suppliciés
>
> Sont une symphonie enivrante sans doute,
>
> Puisque, malgré le sang que leur volupté coûte,
>
> Les cieux ne s'en sont point encore rassasiés[12] !

Mais, de l'autre côté, nous avons l'idéal ! Au Canada, nous avons élevé la prohibition de la torture au rang des normes constitutionnelles[13]. En droit international, la prohibition de la torture figure au sommet de la hiérarchie des normes en tant que *jus cogens*[14]. Ce sont des normes impératives qui n'admettent aucune dérogation et (surtout) qui contrôlent les autres normes hiérarchiquement inférieures (comme l'immunité des États). Les pays de la terre ont codifié cette interdiction dans tous les grands traités de droits de

9. Alan M. Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002, p. 132-164 ; Alan M. Dershowitz, *Shouting Fire. Civil Liberties in a Turbulent Age*, Boston, Little, Brown and Company, 2002, p. 470. Voir *contra* François Larocque, « The Choice of Torture », *The Lawyer's Weekly*, 2 mai 2003, p. 4.
10. William Searle Holdsworth, *A History of English Law. The Common Law and it's Rivals*, vol. 5, 3e éd., Londres, Methuen and Company, 1945, p. 194 et 195. Voir aussi : David Hope, « Torture », (2004) 53 *I.C.L.Q.* 807, 810 et 811 ; John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, Chicago, University of Chicago Press, 1977, p. 3-69 ; Abbott Lawrence Lowell, « The Judicial Use of Torture », (1897) 11 *Harv. L. Rev.* 220, 233.
11. *A* v. *Secretary of State for the Home Department*, [2005] U.K.H.L. 71, par. 12.
12. Charles Beaudelaire, « Le reniement de saint Pierre », dans Ch. Beaudelaire, préc., note 1, p. 143.
13. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 12.
14. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (*Belgique* c. *Sénégal*), *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422 (20 juillet 2012), par. 99 ; *Kazemi*, préc., note 3, par. 47 ; *Bouzari*, préc., note 3, par. 86 et 87.

la personne depuis la Deuxième Guerre mondiale[15]. Au moment où j'écris ces lignes, 158 pays ont ratifié la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumaines ou dégradants*[16], s'engageant, au nom de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, à criminaliser la torture dans leurs systèmes juridiques respectifs[17], à poursuivre les tortionnaires[18] et à indemniser et à réhabiliter les victimes[19]. L'idéal de la torture relève de sa proscription apodictique et absolue.

2 Le spleen et l'idéal des immunités juridictionnelles

Lorsqu'une personne se fait torturer au Canada, elle peut, en règle générale, intenter un recours civil contre ses tortionnaires et les parties responsables afin d'obtenir la justice et la réparation auxquelles elle a droit[20]. La question est fort différente toutefois pour la victime de torture extraterritoriale qui tente de poursuivre l'État ou les tortionnaires étrangers responsables. Les Canadiens Houshang Bouzari[21], William Sampson[22], Maher Arar[23] et Zahra Kazemi[24] ont tous tenté de poursuivre les gouvernements des États qui les ont torturés, mais sans succès. Tous les tribunaux judiciaires qui ont été saisis de leurs poursuites sont parvenus à la même conclusion : les pays tortionnaires jouissent de l'immunité juridictionnelle.

Les poursuites de la succession Kazemi et de MM. Bouzari, Sampson et Arar soulèvent une question difficile : comment se fait-il qu'au XXIe siècle le droit canadien et international assure l'immunité et l'impunité des

15. Voir par exemple : *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G.N.U., 3e sess., suppl. no 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948), art. 5 ; *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. 3452 (XXX) (1975), art. 3 ; *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, (1955) 213 R.T.N.U. 221, art. 3 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171, art. 7 ; *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, (1986) Doc. CAB/LEG/67/3/rev.5, 21 I.L.M. 58, art. 5 ; *Charte arabe des droits de l'homme*, 22 mai 2004, [2005] 12 I.H.R.R. 893, art. 8.
16. Convention contre la torture, préc., note 8.
17. *Id.*, art. 2-4.
18. *Id.*, art. 5-9.
19. *Id.*, art. 14.
20. Voir, par exemple, l'affaire *Gauthier* c. *Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3. En plus des recours habituels, soit en common law ou en vertu du *Code civil du Québec*, le Yukon a sanctionné la *Loi portant interdiction de la torture*, L.R.Y. 2002, c. 220, afin d'actualiser l'obligation prévue dans l'article 14 de la Convention contre la torture.
21. Torturé en Iran en 1993. *Bouzari*, préc., note 3.
22. Torturé en Arabie saoudite en 2001. *Jones*, préc., note 3.
23. Torturé en Syrie en 2002. *Arar*, préc., note 3.
24. Torturée et tuée en Iran en 2003. *Kazemi*, préc., note 3.

tortionnaires tout en privant du même coup les victimes de torture de la réparation à laquelle elles ont absolument droit ? Comment se fait-il qu'une partie à une entente commerciale ait le droit de poursuivre l'État étranger qui manque à ses obligations contractuelles, alors que la victime de torture se retrouve sans recours et sans justice ? Autrement dit, pourquoi le spleen et non pas l'idéal ? La réponse, aussi dure et froide soit-elle, c'est le juge Louis LeBel qui nous l'a donnée dans l'affaire *Kazemi (Succession)* c. *République Islamique d'Iran* : « Au sujet des exceptions à l'immunité des États, le professeur H.H. Koh a posé sa célèbre question : [traduction] "si c'est valable pour le commerce, pourquoi pas pour la torture ?" […] La réponse à cette question est simple : parce que le législateur en a décidé ainsi[25]. »

Le juge LeBel a raison. En 1982, le Parlement canadien a adopté la *Loi sur l'immunité des États*[26] pour emboîter le pas à ses grands partenaires commerciaux, les États-Unis et l'Angleterre, qui avaient aussi adopté des lois analogues en 1976 et en 1978, respectivement[27]. L'objet des lois canadienne, étasunienne et britannique est de codifier la doctrine de l'immunité relative ou restrictive qui était reconnue en common law à l'époque[28]. Selon ce principe, l'État étranger est immunisé contre toute poursuite judiciaire, mais uniquement à l'égard de ses actes souverains ou gouvernementaux. La loi canadienne confirme l'opération de la doctrine de l'immunité relative en droit canadien en affirmant d'abord le principe que les États bénéficient de l'immunité de juridiction à l'égard de leurs actes souverains (art. 2 et 3) et en énumérant ensuite certaines exceptions reconnues au moment de son adoption en 1982. Plus précisément, un État souverain n'a droit à aucune immunité s'il se soumet volontairement à la compétence d'un tribunal canadien (art. 4), dans le cadre d'actions portant sur ses activités commerciales (art. 5), dans le cadre d'actions découlant d'un décès, de dommages corporels ou matériels survenus au Canada (art. 6), dans certains litiges relevant du droit maritime (art. 7), ou dans des actions portant sur la reconnaissance de ses droits à l'égard de certains biens au Canada (art. 8)[29]. En somme, la *Loi sur l'immunité des États*, d'apparence assez anodine, est la

25. *Id.*, par. 168. Voir aussi Harold Hongju Koh, « Transnational Public Law Litigation », (1991) 100 *Yale L.J.* 2347, 2365.
26. *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18.
27. Henry L. Molot et Mark L. Jewett, « The State Immunity Act of Canada », (1982) 2 *A.C.D.I.* 79.
28. *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 ; François Larocque, « La *Loi sur l'immunité des États* canadienne et la torture », (2010) 55 *R.D. McGill* 81, 88 et 89.
29. *Loi sur l'immunité des États*, préc., note 26, art. 3-8.

cause d'au moins deux grands malaises qui accablent le droit canadien des immunités juridictionnelles depuis son adoption en 1982.

Rappelons tout d'abord que la *Loi sur les immunités des États* évacue totalement la common law qui contrôlait jadis ce domaine et bloque, de ce fait, toute possibilité d'évolution ou de développements jurisprudentiels. En effet, avant sa codification exhaustive en 1982, les immunités juridictionnelles des États étaient administrées par les tribunaux judiciaires[30], comme c'est d'ailleurs toujours le cas dans presque tous les pays du monde[31]. Or, dans les affaires *Bouzari* c. *Iran* et *Kazemi*, la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada ont conclu que l'article 3 faisait de la *Loi sur l'immunité des États* un code exhaustif qui a remplacé la common law préexistante[32]. Il s'agit là d'une interprétation fort plausible à la lumière du libellé de l'article 3 qui prévoit ceci : « *Sauf exceptions prévues dans la présente loi*, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada[33]. »

Bien que le Parlement soit réputé employer les mots qui expriment fidèlement son intention, je suis d'avis toutefois que ce n'est pas le cas en l'espèce. Selon mes recherches, en adoptant la *Loi sur l'immunité des États*, le Parlement canadien n'avait pas l'intention de créer un code exhaustif, de figer le droit canadien et de mettre fin au rôle des cours judiciaires dans le développement de cette branche du droit. J'ai déjà écrit à ce sujet et je ne répéterai pas ici tous les motifs qui appuient ma conclusion[34]. Je me contenterai de citer les propos du rédacteur principal de la *Loi sur l'immunité des États* qui, en témoignant devant le Comité du Sénat sur les affaires juridiques, a dit ce qui suit au sujet du rôle continu de la common law dans le domaine des immunités juridictionnelles :

> Nous n'avions pas l'intention de […] revoir [la *Loi sur l'immunité des États*] périodiquement. Non pas qu'elle restera immuable pendant mille ans, *mais nous espérons donner suffisamment de latitude aux tribunaux pour l'interpréter à la lumière de nouveaux faits* ou transactions[35].

30. *Jaffe* c. *Miller*, (1993) 13 O.R. (3d) 745 (C.A. Ont.).
31. Fr. Larocque, préc., note 28, 90.
32. *Bouzari*, préc., note 3, par. 56-59 ; *Kazemi*, préc., note 3, par. 56-58. Dans l'affaire *Kuwait Airways Corp.* c. *Irak*, [2010] 2 R.C.S. 571, par. 24, donc avant l'affaire *Kazemi*, le juge LeBel avait laissé entrevoir la possibilité que cette question serait évaluée.
33. *Loi sur l'immunité des États*, préc., note 26, art. 3 (1). Version anglaise : « 3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada. »
34. Fr. Larocque, préc., note 28, 91-101.
35. Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, 2 février 1982, p. 59:15 (Molot) (l'italique est de moi) : « Well, we did not intend to have this [la *Loi sur l'immunité des*

> […]
>
> *Il est donc primordial de se donner un projet de loi suffisamment souple, un projet de loi qui permet aux tribunaux canadiens de tenir compte de l'évolution des normes internationales*. Par exemple, il y a quelques années, on pouvait trouver des jugements selon lesquels la location de locaux d'ambassade ou l'achat de matériel militaire pouvaient être considérés comme étant un acte gouvernemental de nature non commerciale […] Depuis lors, les tribunaux et les parlements ont déclaré que tout d'abord, ce ne sont pas tous les actes portant sur la chose militaire qui relèvent du gouvernement. L'autre jour, M. Jewett a lu un extrait de la décision de la Chambre des Lords selon laquelle il est évident que l'achat de fourniture militaire constitue un acte commercial[36].

L'interprétation de l'article 3 retenue par la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada a pour effet de figer le droit des immunités dans son état de 1982. En soi, cela n'est pas toujours un problème, mais dans le domaine des immunités juridictionnelles, qui est le reflet du droit international et de la pratique des États, c'est plutôt problématique. En effet, cette interprétation de la loi empêche les cours canadiennes de prendre acte des développements qui surviennent en droit international dans le domaine des immunités ou de leur donner effet et, pire encore, les exclut du dialogue judiciaire mondialisé[37] et du procédé par lequel évolue la coutume internationale. Au Canada, en raison d'une loi malheureuse, les tribunaux judiciaires se voient réduits au rôle de témoin passif et bâillonné en matière d'immunités juridictionnelles. Il ne reste aucune place à l'adaptation. Menottées par une loi sclérosée, les immunités juridictionnelles au Canada parachèvent le déni de justice des victimes de torture et garantissent l'impunité des tortionnaires et de leurs États, comme le démontrent les affaires *Bouzari*, *Arar* c. *Syrian Arab Republic* et *Kazemi*.

L'idéal, à mon sens, aurait été que le Parlement adopte une loi qui codifie les principes reconnus afférents aux immunités juridictionnelles,

---

États] come back on a periodic review. Not that it would stand for perhaps a thousand years but we hope that the courts would be able to have that flexibility to interpret it in the light of new factual situations, new transactions. »

36. *Id*., 4 février 1982, p. 60:17 (Molot) (l'italique est de moi):

> Therefore, it is imperative to have a reasonably flexible and supple bill, one that will allow Canadian courts to reflect changing international norms in this area. For example, a few years ago one could find decisions to the effect that the lease of diplomatic premises, or the purchase of army rifles, would be considered a governmental non-commercial act […] Now, in the intervening years we have courts and legislatures indicating that, first of all, not all acts concerning the military are governmental. Mr. Jewett, the last time, read from the recent House of Lords decision of I Congreso to the effect that it was elementary that the purchase of army supplies was a commercial act.

37. Anne-Marie SLAUGHTER, « Judicial Globalization », (2000) 40 *Va. J. Int'l L.* 1103.

mais qui permet à la fois au cours canadiennes de continuer à développer cette branche du droit conformément aux principes qui sous-tendent la doctrine restrictive (c'est-à-dire en distinguant entre les actes souverains et non souverains) et de l'adapter aux valeurs constitutionnelles canadiennes et à l'ordre public international, dont la prohibition impérative de la torture.

La *Loi sur l'immunité des États* engendre un deuxième malaise qui accable le droit des immunités au Canada, un malaise plus profond que le premier et que je qualifie d'existentiel. Les immunités juridictionnelles demeurent perpétuellement et douloureusement écartelées entre leur fonction juridique contemporaine et leur fonction politique d'autrefois. Historiquement, les immunités juridictionnelles étaient accordées par le roi, le chef d'État ou la branche exécutive en reconnaissance de l'égalité et de la dignité entre souverains, ce qui a donné lieu, en droit international classique, à la maxime *par in parem non habet imperium*[38].

Par conséquent, puisque aucun État ne pouvait s'arroger le droit de juger les actions d'un autre État, l'immunité juridictionnelle était appliquée de manière absolue, sans différenciation fondée sur la matière du litige, mais uniquement en fonction de l'identité du défendeur en tant qu'État souverain. Avec l'avènement de la doctrine de l'immunité relative, l'approche a changé. Désormais, l'immunité s'apprécie en fonction du caractère souverain ou non souverain de l'acte qui fait l'objet du contentieux civil. À la fin du XIXe siècle et au cours du XXe, les pays de la terre ont reconnu qu'il était injuste d'immuniser tous les États dans tous les litiges sans égard à la nature ou à l'objet de l'acte étatique qui fonde la poursuite[39] et de laisser les parties innocentes sans recours. Ainsi, le passage de l'immunité absolue à l'immunité relative devait avoir pour effet de dépolitiser la question des immunités juridictionnelles et d'en faire pleinement une question de droit. Au dire du juge LeBel, « 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[40] ». Les immunités sont censées être accordées (ou non) en fonction des principes, et non en fonction de la politique étrangère changeante des gouvernements. C'est ce qui aurait dû se passer. C'était l'idéal.

---

38. Voir le portrait historique dressé par le juge LeBel : *Kazemi*, préc., note 3, par. 35-41 ; *Schreiber* c. *Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 13.
39. Hersh Lauterpacht, « The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States », (1951) 28 *B.Y.I.L.* 220 ; Ian Sinclair, « The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments », (1980) 167 *Rec. cours* 113 ; Peter D. Trooboff, « Foreign State Immunity : Emerging Consensus on Principles », (1986) 200 *Rec. cours* 235 ; Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 131-159.
40. *Kazemi*, préc., note 3, par. 38.

Cependant, malgré le virement crucial au XXe siècle de l'immunité absolue fondée sur l'identité du défendeur vers l'immunité relative fondée sur le caractère de l'acte reproché, les immunités continuent d'être hantées par leurs origines politiques. On retrouve encore dans la jurisprudence des reliquats de l'époque westphalienne qui rangeait les immunités juridictionnelles du côté de la diplomatie étrangère et des relations internationales plutôt que du droit positif. Par exemple, dans l'affaire *Kazemi*, le juge LeBel écrit :

> 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 [*Loi sur l'immunité des* États], 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 […] Il n'appartient toutefois pas à la Cour d'intervenir dans le délicat secteur de l'élaboration des politiques internationales[41].

Avec égard, cette conception des immunités juridictionnelles me semble incompatible avec l'ordre juridique contemporain — celui du constitutionnalisme transnational[42] — qui reconnaît la hiérarchie des normes et la primauté du *jus cogens* sur le *jus dispositivum*, la primauté du droit sur les priorités changeantes des gouvernements du jour.

Mais, une fois encore, le juge LeBel voit juste. Au Canada, les immunités juridictionnelles sont indissociables de la politique interne et étrangère du gouvernement fédéral. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner la modification de la *Loi sur l'immunité des États* opérée en 2012 par la *Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme*[43]. Cette dernière fait essentiellement deux choses : elle crée une cause d'action civile pour les victimes canadiennes d'actes de terrorisme et elle lève l'immunité de juridiction de certains États désignés qui ont soutenu des actes de terrorisme commis après le 1er janvier 1985[44]. Or, aux termes du nouvel article 6.1 de la *Loi sur l'immunité des États*, le gouverneur en conseil peut lever l'immunité de « tout État étranger s'il est convaincu, sur la recommandation du ministre des Affaires étrangères faite après consultation du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, qu'il existe des motifs

41. *Id.*, par. 169.
42. Anne PETERS, Evelyne LAGRANGE, Stefan OETER (dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015. Voir généralement Ronald St. John MACDONALD et Douglas M. JOHNSTON (dir.), *Towards World Constitutionalism : Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.
43. *Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme*, L.C. 2012, c. 1, art. 2.
44. *Id.*, art. 4 (1).

raisonnables de croire que cet État soutient ou a soutenu le terrorisme[45] ». En septembre 2012, le gouverneur en conseil a décrété que l'Iran et la Syrie seraient les premiers à porter la lettre écarlate[46].

Donc, en vertu de cette nouvelle modification législative, la première depuis l'adoption de la *Loi sur l'immunité des États* en 1982, les immunités juridictionnelles sont déterminées par la branche exécutive et non par les cours judiciaires. Il y a lieu de s'interroger, à mon avis, sur les raisons pour lesquelles le gouvernement du Canada conçoit que les actes de terrorisme soutenus par l'Iran et la Syrie seraient plus « actionnables » et dignes de réparation que les actes de terrorisme commis par un autre pays qui n'apparaît pas sur la liste. L'idéal, à mon sens, aurait été de permettre aux tribunaux judiciaires d'appliquer la doctrine de l'immunité relative en évaluant au cas par cas les actes reprochés en fonction de leur caractère gouvernemental. La *Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme* confirme que les immunités juridictionnelles au Canada relèvent largement du politique. C'est le spleen.

Conclusion

En paraphrasant Baudelaire, je me demande si le Canada parviendra un jour à quitter ce « monde où l'action n'est pas la sœur du rêve[47] ». Les actions du Canada et la *Loi sur l'immunité des États* ne sont pas à la hauteur de ses idéaux. Pour y parvenir, au XXIe siècle, la dignité anachronique du souverain doit désormais accommoder la dignité inhérente de la personne humaine. À mon avis, cette loi doit être modifiée afin de redonner aux tribunaux canadiens leur compétence historique en matière d'immunités juridictionnelles et de leur permettre de les arrimer aux impératifs du droit international et constitutionnel canadien.

Mais tout n'est pas perdu pour ceux « dont les pensers, comme des alouettes, vers les cieux le matin, prennent un libre essor[48] ». Il y a de l'espoir pour l'idéal, comme le laissent entrevoir certains développements internationaux récents. Premièrement, certains États qui ont adhéré à la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*[49], laquelle n'est toujours pas en vigueur, ont rejeté

45. *Loi sur l'immunité des États*, préc., note 26, art. 6.1 (2).
46. *Décret établissant la liste d'États étrangers qui soutiennent ou ont soutenu le terrorisme*, C.P. 2012-1067, (2012) 146 Gaz. Can. II, 2109.
47. Ch. Beaudelaire, préc., note 12, à la page 144.
48. Charles Beaudelaire, « Élévation », dans Ch. Baudelaire, préc., note 1, p. 12.
49. *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 2 décembre 2004, Rés. A/59/38.

d'emblée la notion que cette convention représente une codification exhaustive du droit des immunités en soulignant que celle-ci « ne règle pas la question des actions en réparation pécuniaire pour violations graves de droits de l'homme prétendument attribuables à un État et commises en dehors de l'État du for. Par conséquent, cette convention ne préjuge pas les développements du droit international dans ce domaine[50]. » Ainsi, le droit international est appelé à évoluer dans ce domaine, même si les tribunaux canadiens ne seront pas autorisés à en tenir compte aux termes de l'actuelle *Loi sur l'immunité des États*.

L'Italie est le théâtre où se joue actuellement le deuxième développement qui donne à penser que les immunités juridictionnelles sont vouées à s'incliner, tôt ou tard, face aux normes hiérarchiquement supérieures du *jus cogens* et de l'ordre public[51]. Pour donner effet à la décision de la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire *Allemagne* c. *Italie*[52], laquelle portait sur les obligations internationales de l'Italie de reconnaître l'immunité de l'Allemagne dans le cadre de poursuites civiles pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par les forces armées du Troisième Reich, le Parlement de la république italienne a adopté une loi en 2013[53] dont l'effet essentiel était d'annuler les décisions de la Corte di cassazione dans l'affaire *Ferrini* c. *Allemagne* et ses instances connexes[54]. Quelques mois plus tard, la Corte costituzionale a conclu que cette nouvelle loi portait atteinte au droit constitutionnel des Italiens d'accéder aux tribunaux judiciaires pour la détermination de leurs droits et intérêts légitimes[55]. Plus spécifiquement, cette cour a conclu que l'état du droit international décrit par la CIJ dans l'affaire *Allemagne* c. *Italie*—l'État étranger jouit de l'immunité juridictionnelle à l'égard des crimes contre l'humanité qu'il commet en temps de guerre—répugne à l'ordre constitutionnel italien et ne saurait servir de fondement légitime à la loi nationale. Par conséquent,

50. Déclaration de la Suisse au moment de sa ratification de la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 16 avril 2010. Voir aussi les déclarations analogues de la Finlande (23 avril 2014), de l'Italie (6 mai 2013), de la Norvège (27 mars 2006) et de la Suède (23 décembre 2009).
51. Alexander Orakhelashvili, « State Immunity and International Public Order », (2002) 45 *G.Y.I.L.* 227.
52. *Allemagne* c. *Italie*, préc., note 4.
53. *Legge 14 gennaio 2013*, nº 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunita giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonche norme di adeguamento all'ordinamento interno). Comme l'indique son titre, cette loi ratifie la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles et met en œuvre la décision de la CIJ en ordonnant aux tribunaux nationaux de révoquer les décisions qu'ils ont prises à l'égard de l'Allemagne.
54. *Ferrini*, préc., note 4.
55. Arrêt nº 238/2014, 22 octobre 2014 (C. Cons. It.).

selon la Corte costituzionale, dans la mesure où la *Legge 14 gennaio 2013* a pour objet de mettre en œuvre une norme internationale qui viole le droit constitutionnel italien, celle-ci est frappée de nullité.

Il s'agit là d'un dénouement judiciaire tout à fait dramatique, il faut le reconnaître. Il reste à voir par ailleurs si cette décision de la Corte costituzionale engage derechef la responsabilité internationale de l'Italie[56]. Il convient également de reconnaître, en revanche, que, en faisant primer le droit à l'accès à la justice sur le maintien de l'impunité qu'engendre l'immunité juridictionnelle dans le contexte des violations des normes fondamentales des droits de la personne, les cours italiennes cherchent à transcender le spleen, à s'en guérir, en embrassant l'idéal de leur constitution. Ce sont ces mêmes tribunaux italiens qui, au XIXe siècle, ont été les premiers à rejeter l'immunité absolue et à reconnaître la doctrine de l'immunité relative et l'exception fondée sur l'activité commerciale[57]. Plus d'un siècle plus tard, ils font preuve de leadership une fois encore en matière d'immunité juridictionnelle. Peut-être qu'un jour le Canada modifiera sa loi afin de permettre à ses juges de suivre l'exemple des tribunaux italiens et de contribuer au développement du droit international et à la protection des droits de la personne en mettant fin à l'immunité et à l'impunité des États qui pratiquent la torture. Comme l'a fait remarquer Lord Denning (le Baudelaire de la common law), « [w]henever a change is made, some one some time has to make the first move. One country alone may start the process. Others may follow. At first a trickle, then a stream, last a flood[58]. »

56. Voir sur cette question : l'analyse du professeur Theodor Schilling, « The Dust Has Not Yet Settled : The Italian Constitutional Court Disagrees with the International Court of Justice, Sort of », *EJIL : Talk !*, 12 novembre 2014, [En ligne], [tinyurl.com/ng9xjl2] (19 février 2016) ; celle du professeur Christian Tams, « Let the Games Continue : Immunity for War Crimes before the Italian Constitutional Court », *EJIL : Talk !*, 24 octobre 2014, [En ligne], [tinyurl.com/p5whgnb] (19 février 2016).
57. H. Fox, préc., note 39.
58. *Trendtex* v. *Central Bank of Nigeria*, [1977] 2 W.L.R. 356, 367.