

LE JUGE LEBEL ET LES IMMUNITÉS

RETOUR SUR QUELQUES JUGEMENTS ET PISTES DE RÉFLEXION POUR LE FUTUR

Frédéric Mégret*

Le juge LeBel a été au centre de grands débats devant la Cour suprême sur la question des immunités. Sa jurisprudence, fondamentalement contrainte par le dualisme canadien, reflète également les hésitations du droit international. Dans l'affaire Kazemi, le juge LeBel a évité de nombreux écueils, notamment l'idée que les actes de torture ne sauraient être des actes souverains. Cette affaire n'en pose pas moins certaines questions sur l'articulation entre droit canadien et droit international. Si l'on comprend qu'il soit hasardeux pour le juge canadien d'être plus progressiste que le droit international des droits humains lui-même, la question de l'évolution du droit international en la matière est posée. On s'interrogera notamment sur la possibilité d'interroger le droit international à l'aune de la Charte, plutôt que de simplement interpréter la Charte de manière harmonieuse avec le droit international.

Justice LeBel was at the centre of major debates before the Supreme Court on the issue of immunity. His jurisprudence, fundamentally constrained by Canadian dualism, also reflects the hesitations of international law. In the Kazemi case, Justice LeBel avoided numerous pitfalls, most notably the idea that acts of torture cannot be sovereign acts. This case also raises certain questions about how Canadian law interacts with international law. While it is understood that it is risky for a Canadian judge to be more progressive than international human rights law itself, the question of the evolution of international law in that area is raised. Some of the issues raised include the possibility of questioning international law against the Charter, rather than merely interpreting the Charter in a way that harmonizes with international law.

Introduction

La question des immunités est une question qui fascine, car elle intervient à l'intersection du droit interne et du droit international, et induit des lignes de fracture au sein de chacun de ces droits. Elle implique donc un rôle délicat pour le juge, celui d'une éventuelle adaptation du droit interne aux exigences évolutives du droit international. Plusieurs facteurs

* Professeur agrégé, Faculté de droit, Université McGill.

affectent cependant nécessairement cette évolution. Tout d'abord, le droit international des immunités est un droit ancien, traditionnel et tourné vers le *statu quo*. Il est plus clair dans sa proclamation du principe des immunités que dans la création d'exceptions à celles-ci. Un État pourra être pris en faute internationalement pour n'avoir pas su respecter les immunités; il est beaucoup moins envisageable qu'on lui reproche de les avoir trop respectées. S'il est donc peut-être loisible aux États d'instaurer des exceptions aux immunités, il est beaucoup plus difficile de prétendre qu'ils violeraient leurs obligations internationales en ne le faisant pas. Certes, de fortes tensions se font sentir depuis des décennies au sujet des immunités, notamment dans le rapport que celles-ci entretiennent avec la question des violations fondamentales des droits humains. Mais il faut bien relever que le droit international a assez bien résisté dans l'ensemble aux assauts qui ont été menés contre le principe des immunités souveraines, peut-être d'autant plus qu'il a en revanche de plus en plus considéré que les immunités fonctionnelles des individus n'étaient pas applicables en matière de crimes graves. Il ne s'agit donc pas de penser la question des immunités comme une question qui impliquerait le droit international contre le droit interne, mais bien comme une question qui fait ressortir les tensions propres au droit international, notamment à travers ses sensibilités westphaliennes et cosmopolites.

Ces questions, dans la mesure où elles mettent en exergue une tension entre les obligations internationales du Canada en matière de droits humains et le droit interne, ne sont pas neuves¹. La problématique se double dans le cas canadien d'un questionnement sur le statut réel du droit international en droit interne. Or, on est bien en la matière confronté à une spécificité canadienne consistant en une assez faible prise en compte du droit international des droits humains. Ce dualisme conduit à privilégier nettement l'interprétation législative sur tout critère d'adéquation plus générale du droit interne au droit international.

C'est donc peu dire que la question des immunités en droit canadien sollicite une réflexion complexe à la charnière entre droit interne et droit international, droits humains et souveraineté. Le juge LeBel a su dans ce contexte se présenter comme un gardien prudent des immunités, présentées comme en même temps une obligation internationale et un choix du législateur canadien. En ce faisant, il a accueilli avec la plus grande réserve certaines tentatives de faire évoluer nettement le droit canadien des immunités au motif d'une évolution du droit international. Il est vrai que le droit international demeure lui-même fortement réservé par rapport à la

¹ Voir notamment : *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 RCS 858; *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 RCS 3 [*Suresh*]; *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817, 174 DLR (4^e) 193; *R c Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 RCS 292.

question d'une exception aux immunités souveraines pour actes de torture, et que l'on peut donc se demander si, face à la volonté relativement claire du législateur, il aurait été opportun pour la Cour suprême d'aller plus loin que tant la Cour internationale de justice que la Cour européenne des droits de l'homme n'ont daigné le faire.

1. Le juge LeBel et les immunités: une position subtile

A) Reconnaissance de certaines exceptions limitées ...

Il est notoire que le droit international des immunités et, par extension, le droit canadien connaissent d'exceptions croissantes. Comme le souligne le juge LeBel dans l'affaire *Kuwait Airways* :

L'évolution du droit international a transformé graduellement ce privilège de juridiction en une immunité plus restreinte, [...]. L'évolution du droit international public vers cette conception plus restreinte de l'immunité de juridiction reflète la reconnaissance de la diversité croissante des fonctions étatiques et des difficultés accrues que posent les rapports d'un État avec les États étrangers, les organisations internationales ou les intérêts privés divers [...]. C'est cette conception plus restreinte de l'immunité des États souverains qu'exprime la LIÉ [*Loi sur l'immunité des États*].²

La conception restreinte des immunités s'applique ici essentiellement aux actes *de jure gestionis* de l'État. À l'occasion, le juge LeBel a su se faire le défenseur du caractère pérenne de ces exceptions. Dans l'affaire *Kuwait Airways*, par exemple, il rejeta une interprétation de la distinction *de jure gestionis/de jure imperii* qui, en se focalisant sur le but d'un acte ou même le seul fait qu'il ait été adopté par un État, aboutirait à qualifier presque tous les actes comme tombant dans la deuxième catégorie :

On constate que la qualification des actes pour l'application de l'immunité de juridiction dépend, dans les droits américain et anglais, d'une analyse orientée vers leur nature. Il ne suffit donc pas de se demander si l'acte visé émanait d'une décision de l'État, et s'il a été accompli dans le but de protéger un intérêt étatique ou d'atteindre un objectif de politique publique. S'il en était ainsi, tous les actes d'un État, ou même d'un organisme qu'il contrôle, seraient assimilés à des actes de souveraineté. Ce résultat nierait le caractère restreint de l'immunité de juridiction en droit international public contemporain et viderait de leur contenu les exceptions visant les actes de gestion privée, comme l'exception de commercialité.³

² *Kuwait Airways Corp c Irak*, 2010 CSC 40 au para 13, [2010] 2 RCS 571 [*Kuwait Airways*].

³ *Ibid* au para 30.

Se posant en défenseur de l'importance d'une autre exception au principe des immunités—celle pour décès ou dommage corporel—le juge LeBel a également su écarter des interprétations plus ou moins fantaisistes qui auraient abouti à éviscérer cette exception de tout contenu propre. Dans l'affaire *Schreiber c Canada (Procureur général)*⁴, notamment, les États-Unis étaient intervenus en plaidant que dans l'interprétation de l'exception de dommage corporel au principe des immunités, il fallait distinguer entre actes de *jure imperii* et de *jure gestionis*. C'était uniquement pour les deuxièmes que l'exception pour dommages corporels était applicable. L'argument était quelque peu insolite dans la mesure où la *Loi sur l'immunité des États*⁵ codifiait la distinction entre actes commerciaux et souverains séparément dans l'article 5, et semblait bien créer une nouvelle et distincte exception pour décès et dommage corporel à l'article 6. Le juge LeBel maintient donc le principe d'une étanchéité entre ces deux articles, à défaut de laquelle l'exception de l'article 6 eût été vidée de sens.

Comme il le souligne :

[L]'interprétation avancée par les États-Unis priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation devant les tribunaux nationaux [...] Vu l'évolution récente du droit humanitaire international qui étend la possibilité de redressement dans les cas de crimes internationaux, comme le montre l'arrêt de la Chambre de lords *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827, un tel résultat mettrait en péril, du moins au Canada, un progrès potentiellement important en matière de protection des droits de la personne.⁶

B) ... mais nette défense de principe des immunités

L'existence d'exceptions au principe de l'immunité, cependant, n'implique que cela : qu'il existe des exceptions, lesquelles d'une certaine manière ne font que confirmer la règle. En outre, ces exceptions sont interprétées restrictivement et n'ouvrent pas naturellement la porte à d'autres au sens où celle-ci ayant été désormais entrebâillée, il conviendrait désormais de l'ouvrir encore plus. Hors les exceptions de *jure gestionis* et pour dommage corporel, le juge LeBel se présente comme un défenseur du statut des immunités en droit interne et en droit international. Il se trouve ainsi dans une logique non seulement de défense du droit interne mais bien, de manière décentralisée, du droit international. Le juge LeBel prend acte de cette filiation internationale des immunités, laquelle a une origine très ancienne qui en renforce la solennité:

⁴ 2002 CSC 62, [2002] 3 RCS 269 [*Schreiber*].

⁵ LRC 1985, c S-18 [Loi sur les immunités].

⁶ *Schreiber*, *supra* note 4 au para 37.

D'origine assez obscure, le principe de l'immunité de juridiction remonte à plusieurs siècles, à une époque où le souverain incarnait l'État et où ses interventions se limitaient généralement aux affaires d'ordre public, à la conduite des affaires internationales et à la défense de l'État (...). L'immunité de juridiction provient de la doctrine du droit des nations, qui régit la communauté internationale des États en se fondant sur les notions de souveraineté et d'égalité des États (...). Ces notions sont à l'origine de l'ancienne maxime latine « *Par in parem imperium non habet* », qui se traduit par « Un égal n'a pas d'autorité sur un égal » (...).⁷

La défense des immunités se lit plus particulièrement dans certains des jugements rédigés par le juge. La renonciation aux immunités notamment, même si elle est toujours possible, ne saurait être supposée facilement. Dans l'affaire *Schreiber*, l'appelant était un ressortissant allemand sur le territoire canadien qui avait fait l'objet d'une demande d'extradition par l'Allemagne. L'appelant alléguait que l'Allemagne avait renoncé à son immunité, car elle avait elle-même introduit l'instance. Cette interprétation fut contestée par le juge LeBel qui considéra que c'était bien l'appelant qui, en se plaignant des conditions de sa détention contre l'Allemagne, avait introduit l'instance. Par ailleurs, le fait qu'un État se défende dans le processus judiciaire canadien pouvait être interprété comme une renonciation au pouvoir d'invoquer son immunité dans la même affaire. Le contraire eut été incompatible avec la « courtoisie et [l]e respect mutuel entre les nations »⁸.

Deuxièmement, le juge LeBel a pris parti pour une interprétation relativement restrictive de l'exception pour « dommages corporels » (« *personal injury* ») en considérant, dans l'affaire *Kazemi*, que le dommage devait résulter d'actes commis sur le territoire canadien⁹. Cette prise de position renversait l'interprétation donnée par la Cour d'appel du Québec qui s'était appuyée, elle, sur le fait que la loi relative aux immunités parle de « *dommage* survenu au Canada » et non pas, comme bien des lois sur les immunités dans d'autres États, d'actes ou omissions survenus sur le territoire de ces États. Même si rare au niveau international, une telle compréhension large de l'exception pour dommage corporel ne semble pas contraire à celui-ci.

La question se posait dès lors de savoir si un dommage purement psychologique pour le requérant, fils de Madame Kazemi qui avait été torturée et tuée en Iran, pouvait être considéré comme entrant dans l'exception de la Loi. Cette possibilité avait déjà été exclue dans l'affaire *Schreiber* où le juge LeBel avait signalé son accord avec l'arrêt *Friedland*¹⁰,

⁷ *Ibid* au para 13.

⁸ *Ibid* au para 27.

⁹ *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62 au para 73, [2014] 3 RCS 176 [*Kazemi*].

¹⁰ *United States of America c Friedland* (1999), 182 DLR (4^e) 614 [*Friedland*].

selon lequel l'exception de l'al 6a) « se limite aux cas où la souffrance morale et les troubles émotifs sont liés à un préjudice physique »¹¹. Contre l'argument de l'appelant qui suggérait que l'al 6a) aurait dû expressément écarter la possibilité d'invoquer une seule souffrance morale, le juge estime au contraire que l'interprétation donnée à la notion de « dommage corporel » exclut nécessairement un dommage purement psychologique. C'est donc sans surprise que le juge LeBel a reconduit ce raisonnement dans l'affaire *Kazemi* en soulignant à nouveau 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 »¹².

Troisièmement, le juge LeBel s'est inscrit en porte-à-faux par rapport à certaines tentatives de considérer que des actes tels que la torture ne pouvaient pas être des actes de l'État et donc n'étaient pas couverts par la règle des immunités. Dans l'affaire *Kazemi*, un tel argument avait été soutenu notamment par Amnistie internationale et repris dans son opinion dissidente par la juge Abella. Il se base notamment sur le fait que l'immunité pénale est quant à elle assez clairement considérée comme ne s'appliquant pas aux individus coupables d'actes de torture et que la torture n'étant pas réellement un acte souverain, toute incidence négative sur les relations internationales s'en trouvera minimisée. Le juge LeBel considère au contraire que « le caractère odieux des actes de torture ne métamorphose pas les agissements [des agents de l'État iranien] en des actes privés commis à l'extérieur de leurs fonctions officielles »¹³.

Quatrièmement, demeure la question de savoir si malgré tout toute la question des immunités ne devrait pas être traitée différemment dès lors qu'on a affaire à une question de violation grave des droits humains. Il semble bien cependant pour le juge LeBel que l'interprétation à donner à la Loi sur les immunités doive être constante, et ce quelle que soit la nature des violations. Le principe des immunités s'applique, toutes choses égales par ailleurs et y compris dans le cas de l'exception de l'article 6, y compris lorsque des questions de violations graves des droits de la personne sont en jeu. Déjà dans l'affaire *Schreiber*, une question de droits de la personne était bien soulevée puisque l'appelant se plaignait d'une détention abusive,

¹¹ *Schreiber*, *supra* note 4 au para 42.

¹² *Kazemi*, *supra* note 9 à la p 179.

¹³ *Ibid* au para 95.

constitutive potentiellement d'une violation de l'article 7 de la Charte¹⁴. En cela la jurisprudence de la Cour suprême confirme plusieurs décisions de cours inférieures, notamment *Bouzari v Iran*¹⁵ et *Arar v Syrian Arab Republic*¹⁶ de la Cour d'appel et de la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

Cinquièmement et de manière cruciale, la Loi sur les immunités « passe avec succès l'épreuve du contrôle de constitutionnalité ». Les appelants s'étaient fondés sur l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, lequel prévoit qu'on ne peut priver « 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 »¹⁷. Mais pour la Cour, la *Déclaration* ne fait que garantir « 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 »¹⁸. Puisque ce n'est pas par hypothèse le cas—du fait même des immunités—il ne saurait y avoir de droit à un procès équitable. De même il n'y avait pas de violation de l'article 7 de la Charte¹⁹.

2. Les contraintes du droit canadien en matière de prise en compte du droit international

Derrière ce positionnement par rapport à l'immunité, il est évident que se dissimulent des questions plus profondes de « construction du jugement » par le juge. Ces questions ont notamment trait au rapport entre droit interne et droit international, ainsi qu'au rôle des juges suprêmes par rapport à l'un et à l'autre. Le juge interne a-t-il une fonction de mise en conformité du droit interne avec le droit international ? Dans quelle mesure et à quel prix ? Et quel devrait être le rôle des droits humains dans l'évolution du rapport entre droit canadien et droit international ? Derrière ces questions s'en dissimulent d'autres, dont on sent qu'elles vont au cœur des préoccupations du juge LeBel, et qui tiennent à la séparation des pouvoirs dans un régime dualiste : qui du juge ou du législateur sera habilité, si nécessaire, à réaliser la conformité entre droit international et droit interne ? Là où les requérants

¹⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [Charte canadienne].

¹⁵ (2004), 71 OR (3^e) 675 (CA).

¹⁶ (2005), 28 CR (6^e) 187 (Ont Sup Ct).

¹⁷ *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960, c 44, art 2e) [*Déclaration canadienne des droits*].

¹⁸ *Kazemi*, *supra* note 9 à la p 181.

¹⁹ *Ibid.*

entendent faire de l'affaire *Kazemi* notamment une affaire sur le contenu substantif du droit international des immunités, le juge LeBel témoigne d'une sensibilité beaucoup plus procédurale : qui en décidera en droit canadien ?

Or, quand bien même le juge LeBel aurait été convaincu de l'existence d'une évolution en droit international, il est peu évident qu'il en eût souhaité tirer toutes les conséquences en droit canadien. De fait, si le juge LeBel n'est pas avare de références au droit international, c'est le plus souvent lorsque celles-ci vont dans le sens du droit canadien. Ici, le caractère supplétif du droit international comme outil d'interprétation prend tout son sens : le droit canadien est renforcé lorsqu'il répond aux meilleures exigences du droit international. Et, si le droit canadien peut, sans avoir à être lourdement réinterprété, aller dans le sens d'une meilleure protection internationale des droits humains, alors qui s'en plaindra ... Comme le note le juge LeBel dans l'affaire *Schreiber*, le fait de considérer que l'exception pour préjudice corporel ne s'applique qu'en matière d'actes *de jure gestionis* « priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation devant les tribunaux nationaux [...], un tel résultat mettrait en péril, du moins au Canada, un progrès potentiellement important en matière de protection des droits de la personne »²⁰.

Il ne faut cependant pas se tromper sur le statut de tels *obiter dicta*. L'on se félicite en quelque sorte de ce que la seule interprétation possible *en termes de technique d'interprétation statutaire* en soit une qui mène à préserver un acquis de droits humains. Toute autre est la possibilité d'aller au-delà de l'interprétation pour considérer qu'une disposition par ailleurs claire du droit canadien pourrait être invalidée ou mise à l'écart ou amendée par le seul truchement du droit international. Là où le droit international tendrait éventuellement à être en tension avec le droit interne, il est traité avec beaucoup plus de circonspection, voire tout simplement écarté. On demeure, dans cette optique classique, dans le cadre strict de l'élucidation du droit interne par le truchement éventuel du droit international, et non pas l'application *en tant que telle* du droit international dans l'ordre juridique interne. En cela, le juge LeBel ne fait guère que se conformer à une tradition dualiste canadienne qui, malgré certaines évolutions, reste largement indépassable et interdit de faire dire au droit canadien quelque chose qu'il ne dit pas.

A) Un cadre dualiste difficilement dépassable

Le point de départ est ici que le droit international conventionnel n'est pas *applicable* directement et sans l'entremise d'une ratification en droit

²⁰ *Schreiber*, *supra* note 4 au para 37.

canadien. Or, la Convention contre la torture²¹ n'a jamais fait l'objet d'une incorporation holistique en droit canadien, même si certaines de ses dispositions ont été reprises de manière éparse dans certaines lois²². Certes, il est possible que ce droit international (y compris d'origine conventionnelle) s'avère avoir un statut coutumier et soit donc applicable, mais une telle preuve ne saurait l'emporter sur l'intention claire du législateur si la règle en question n'est que permissive plutôt qu'obligatoire.

Le droit international fait malgré tout un retour timide à travers le contrôle de constitutionnalité sur le fondement de la Charte. Mais même lorsqu'il s'agit d'interpréter les « principes de justice fondamentale » de l'article 7 au regard du droit international et à supposer que l'on endosse l'idée que le fait de ne pas accorder un remède pour actes de torture extraterritoriaux menace la sécurité des personnes, il faudrait un « vaste consensus international » apparentant la norme à une norme de *jus cogens*. L'interprétation de l'article 7 ne fait donc pas aisément obstacle au dualisme canadien. Comme le souligne le juge LeBel :

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.²³

Certes, au sein de ce dualisme foncier, le juge canadien s'attache dans la mesure du possible à ne pas trop magnifier d'éventuels décalages entre le droit canadien et les engagements conventionnels internationaux de l'État canadien. La condition est cependant qu'il y ait une *ambiguïté* dans les formulations du droit canadien qui permette de privilégier une interprétation harmonieuse avec le droit international. Il s'agit d'une ambiguïté qui doit être assez profonde, puisqu'elle doit résister à toutes les techniques d'interprétation statutaire canadiennes. Or, en la matière, le juge LeBel considère que les sources d'ambiguïté dans la Loi sur les immunités n'abondent pas. Celle-ci, en effet :

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

²¹ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987, accession du Canada 24 juin 1987) [Convention contre la torture].

²² Sa Majesté la Reine du chef du Canada, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*. *Sixième Rapport du Canada couvrant la période d'août 2004 à décembre 2007*, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/pc-ch/CH37-4-14-2011-fra.pdf>.

²³ *Kazemi*, *supra* note 9 au para 150.

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*.²⁴

En outre, même s'il n'est peut-être pas évident à première vue, par exemple, que l'exception de dommage corporel exclut les dommages purement psychologiques, tout un arsenal de techniques d'interprétation permet sans trop de difficultés d'exclure cette possibilité. Après un long et concluant examen des dispositions canadiennes, il ne semble guère rester de place pour envisager le rôle du droit international. À aucun moment le juge LeBel ne se sent investi—et comment pourrait-il en être autrement étant donné le point de départ dualiste—d'une mission de mettre le droit canadien en adéquation avec le droit international.

Il ne faudrait pas, cependant, penser que le dualisme est ici le seul problème. De manière cruciale, le droit international lui-même est extrêmement ambivalent par rapport à ces questions rendant d'autant plus problématique son éventuelle invocation en droit canadien. Certes, des avancées ont été enregistrées au niveau international en matière d'immunités individuelles, notamment en matière pénale. Mais le juge LeBel traite ici d'immunités souveraines, dont le poids et la stature sont autrement plus importants²⁵.

La Cour suprême avait à ce titre insisté sur une distinction capitale :

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.²⁶

Or, le juge LeBel a ici beau jeu d'invoquer la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment le jugement dans l'affaire *Jones*, sans parler du fait que très peu d'États, aujourd'hui, acceptent de passer outre les immunités en matière de procès civils pour actes de torture. Pas même la *Convention des Nations Unies sur les*

²⁴ *Ibid* à la p 179.

²⁵ Voir récemment : *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie; Grèce (intervenant))*, [2012] RCIJ 99 [*Allemagne c Italie*]; Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Jones et autres c Royaume-Uni*, 14 janvier 2014, n° 34356/06 et 40528/06 (Conseil de l'Europe) [*Jones*]; Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Al-Adsani c Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, n° 35763/97 (Conseil de l'Europe) [*Al-Adsani*].

²⁶ *Kazemi, supra* note 9 au para 152.

*immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*²⁷ ne prévoit-elle d'exception pour violation des droits de la personne. Il paraît normal, par ailleurs, que le juge LeBel accorde une importance allant dans le sens décroissant aux décisions (i) des juridictions internationales spécialisées en droits humains, (ii) des juridictions internationales généralistes, (iii) des juridictions nationales participant à l'espace de la common law, (iv) d'autres juridictions nationales. La place d'un organe tel que le Comité contre la torture (international et très spécialisé mais non juridictionnel) dans cette hiérarchie demeure ambiguë, ses plaidoyers en faveur d'une compréhension réduite des immunités paraissant particulièrement « autorisés » pour certains, mais soupçonnés d'être peu « *pro domo* » par d'autres. Un certain parti pris de common law pour les « instances chargées de trancher des litiges, » c'est-à-dire les « autorités judiciaires », semble reléguer les observations du Comité au rang d'une simple participation non décisive à un « dialogue mené au sein de la communauté internationale »²⁸.

Dès lors,

[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.²⁹

En définitive, s'il est envisageable que le fait de prévoir une exception aux immunités en cas de torture soit à la limite *permis* par le droit international, il paraît plus difficile de prétendre qu'un tel résultat soit *mandaté* de manière obligatoire. On peut donc penser que le juge LeBel est tout à fait à même d'affirmer qu'« aucun conflit n'existe entre les principes du droit international, au stade actuel de leur évolution, et les principes du droit canadien »³⁰.

Les jugements du juge LeBel sont donc loin de manquer d'une certaine empathie pour les plaignants, notamment lorsque leurs droits sont en jeu. Ils prennent acte des souffrances encourues. Dans l'affaire *Amaratunga*, le juge LeBel note que « [b]ien qu'il soit regrettable que l'appelant ne puisse pas faire valoir ses moyens devant un tribunal et demander réparation, c'est dans la nature même de l'immunité de juridiction que certaines affaires

²⁷ 2 décembre 2004 (non encore en vigueur), en ligne : [Nations Unies—Collection des Traités](https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/French_3_13.pdf) <https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/French_3_13.pdf>

²⁸ *Kazemi, supra* note 9 aux para 147–148.

²⁹ *Ibid* à la p 182.

³⁰ *Schreiber, supra* note 4 au para 50.

soient soustraites de la compétence des tribunaux de l'État d'accueil »³¹. Le juge cite d'ailleurs l'élégante esquive de la Cour internationale de la justice dans *Allemagne c Italie* selon laquelle « 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 »³². Mais la position du juge semble s'orienter immanquablement dans la direction d'un « *dura lex sed lex* » bien compris : ce n'est pas au juge de modifier un droit canadien malgré tout clair, quitte à attirer l'attention du législateur sur certaines carences. La position peut se comprendre et se défendre à l'intérieur de la logique propre du droit canadien, même si elle ne laisse pas de poser certaines interrogations.

B) Évaluation en matière d'immunités

Comment évaluer cette approche des immunités tant à l'aune du droit canadien que du droit international? Dans un sens positif, on remarquera tout d'abord que le fait de s'en remettre au législateur a un sens profond qui se comprend en termes de pratique démocratique. Il est douteux qu'en 1987, à une époque très différente de la nôtre, le Canada avait conscience que la ratification impliquerait une entorse à la règle des immunités. Étant donné le caractère malgré tout hautement contentieux d'une telle évolution, il existe de bonnes raisons de penser que l'on ne gagnerait rien démocratiquement à ce que celle-ci soit subrepticement imposée à l'État canadien par la Cour suprême. Si l'on accepte *a fortiori* l'idée que l'on est dans le cadre d'une évolution qui n'est pas impérativement mandatée par le droit international, et donc une simple voie dans laquelle certains États pourraient politiquement souhaiter s'engager (quitte à finir, par effet d'accumulation des pratiques, par changer le droit international), alors il paraît difficile d'imaginer que la Cour suprême engage le Canada sans le bénéfice d'un débat démocratique, et ce, d'autant plus que la solidarité face aux victimes d'actes de torture à l'étranger au mépris des immunités est une question aux ramifications politiques importantes.

Cette logique vaut *a fortiori* dans la mesure où si elle avait pris un pas dans la direction d'une exception aux immunités, la Cour suprême aurait incontestablement exposé le Canada à des conséquences internationales. L'enjeu des immunités n'est bien entendu pas uniquement interne, il implique les relations internationales dans ce qu'elles ont de plus fondamental. En adoptant une position relativement conservatrice sur les immunités données

³¹ *Amaratunga c Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 RCS 866 à la p 868 [*Amaratunga*].

³² *Kazemi, supra* note 9 au para 157 citant *Allemagne c Italie, supra* note 25 au para 93.

dans les affaires *Schreiber* et *Kazemi*, la Cour suprême « protège » sans doute mieux le Canada face à d'éventuelles réclamations internationales toujours envisageables. Considérons l'hypothèse où le jugement rendu aurait été à l'opposé de ce qu'il fut dans les affaires *Schreiber* et *Kazemi* : la Cour suprême conclut que ni l'Allemagne ni l'Iran, donc, ne peuvent se prévaloir de leur immunités et sont condamnés à indemniser les requérants. Un tel jugement pourrait assurément donner matière à un procès devant, par exemple, la Cour internationale de justice, sans parler de réclamations à caractère juridique présentées par un biais diplomatique dans le cadre ordinaire du règlement des différends internationaux. La responsabilité internationale du Canada pourrait être engagée, fût-ce du fait d'une décision de la Cour suprême³³. C'est là qu'apparaît le revers de la médaille : se tromper sur le droit international pourrait être coûteux pour le Canada.

Or, rappelons que le non-respect des immunités a donné lieu récemment à au moins deux affaires majeures devant la Cour internationale de Justice (CIJ), *Congo c Belgique* s'agissant de l'immunité pénale d'une ministre, et *Allemagne c Italie*, s'agissant de l'immunité souveraine contre des réclamations civiles³⁴. L'existence de ces affaires atteste en elle-même de ce que les États sont prêts à porter des litiges concernant l'interprétation des immunités devant les juridictions internationales compétentes. Ces affaires se sont résolues au bénéfice des États requérants, lesquels ont vu consacrées leurs immunités et celles de certains de leurs agents en exercice. Étant donné le caractère récent de ces décisions, il y a fort à parier que la CIJ du moins, garante malgré tout d'une certaine continuité du droit international, s'en tiendrait à sa position. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, si elle est plus susceptible d'infléchir sa position à moyen terme de par la spécificité de sa compétence et sa sensibilité supposée à l'enjeu des droits humains (ainsi que sa capacité à interpréter la Convention européenne comme un « instrument vivant »), la question ne se pose de toute façon pas s'agissant du Canada.

En outre, il est intéressant ici de noter que les affaires interétatiques existantes sont des affaires où les États se sont plaints de ce que les immunités n'avaient pas été respectées; il n'existe à l'inverse, aucune affaire où un État se serait plaint de ce qu'un autre État aurait « trop » respecté les immunités internationales, en ne prévoyant pas par exemple une exception pour

³³ Du point de vue du droit international, il est en effet sans pertinence que la Cour suprême soit la plus haute instance du judiciaire canadien : ses actes engagent la responsabilité du Canada sur la scène internationale autant que tout acte du législatif, de l'exécutif ou de l'administration publique canadienne.

³⁴ *Allemagne c Italie*, supra note 25; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, [2002] RCIJ 3 [*Congo c Belgique*].

torture ou crimes graves³⁵. En réalité, le droit international se préoccupe beaucoup plus de prime abord de ce que certains États risqueraient de ne pas respecter les immunités, que du risque qu'ils ne prévoient pas suffisamment d'exceptions. Si exceptions il y a, celles-ci sont limitées à certaines catégories spécifiques que les États ont l'option—mais ne sont pas obligés—de reconnaître. Le Comité contre la torture, pourtant le plus progressiste en la matière, a bien tendance à certains moments à suggérer que la fourniture d'un recours extraterritorial est une « *best practice* » plutôt qu'une véritable obligation en droit international³⁶. C'est ce qui fait dire au juge LeBel que l'immunité, règle de droit international, « témoigne aussi des choix faits par un pays pour des raisons politiques, notamment au sujet de ses relations internationales »³⁷ : le choix de ne *pas* offrir de recours extraterritorial entrerait lui-même dans cette politique, que l'on peut trouver regrettable mais que l'on hésitera à considérer comme contraire au droit international.

Enfin, notons que si la logique de s'en remettre au législateur plutôt que de passer en force au niveau judiciaire vaut également dans une logique internationale, même si on comprend bien que celle-ci ne soit pas la première à l'esprit du juge LeBel, par rapport à une question aussi importante, les juridictions internationales cherchent vraisemblablement un signal plus fort que quelques décisions nationales isolées : il s'agirait plutôt que le changement, si changement il y a, s'inscrive d'emblée fortement dans la réalité des pratiques diplomatiques internationales (sinon un nouveau traité ou un amendement peu probable de la Convention contre la torture, du moins peut être une résolution de l'Assemblée générale). Alternativement, si l'évolution devait résulter uniquement de pratiques décentralisées, il faudrait qu'elle se répète d'une juridiction à l'autre avec pas mal de régularité avant que l'on puisse suggérer l'émergence d'une forme de coutume internationale. Or, on est loin du compte : très peu sont les États aujourd'hui qui incluent une exception « droits de l'homme » à la règle des souverainetés des États, et encore moins nombreux ceux qui le feraient, car ils se sentiraient tenus juridiquement internationalement de le faire. En droit international, une issue heureuse dans l'affaire *Kazemi* aurait

³⁵ Cette question aurait pu hypothétiquement être soulevée dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c Sénégal)*, [2012] RCIJ 422 si l'immunité d'Hissen Habré n'avait pas été levée par le Tchad dès 2011, une exception facile et reconnue à l'immunité des individus.

³⁶ Voir : Comité contre la torture des Nations-Unies, *Observation générale no 3 : Application de l'article 14 par les États parties*, 13 décembre 2012, Doc NU CAT/C/GC/3 au para 22 [Comité contre la torture des Nations-Unies] : « Le Comité a salué les efforts des États parties qui ont offert un recours civil à des victimes soumises à la torture ou à des mauvais traitements en dehors de leur territoire » [notre italique]. Le fait de « saluer » des « efforts » semble assez incompatible avec l'existence d'une obligation.

³⁷ *Kazemi*, *supra* note 9 au para 45.

eu son importance, mais pas autant qu'une loi canadienne : ce que l'on veut en effet c'est avant tout un changement des pratiques internationales et tout le monde comprendra que certaines batailles valent aussi par où on les gagne plutôt que par le fait de les gagner dans l'absolu.

En réalité, il est évident que ce sont bien les juridictions internationales qui sont uniquement bien placées pour donner le signal d'une évolution. Bénéficiant d'une vue panoramique des pratiques étatiques, tant législatives, exécutives et judiciaires, elles devraient être en mesure de poser des jalons. Certaines ont en outre une compétence spécialisée, comme en matière de droits humains, qui pourrait en faire des pionnières en la matière. Exiger des juridictions internes qu'elles soient à la pointe du progrès n'est guère aisé, et on pourrait considérer que la Cour suprême est en réalité « dans son rôle » en se rangeant derrière une conception classique des immunités, quitte à ce qu'un tribunal international, demain, aille dans un autre sens.

Cependant, on pourra également regretter certaines conséquences du dualisme canadien et de l'effet de distorsion que celui-ci induit sur le genre d'arguments qui peuvent être plaidés par les parties devant les tribunaux. Par exemple, l'idée que les dommages psychologiques survenus au Canada du fait de dommages corporels infligés en Iran n'étaient pas couverts par le droit des immunités était un expédient juridique, qui ne traitait pas de la réelle question. Qu'en serait-il de préjudices qui se seraient manifestés en dehors du Canada ou tout simplement qui ne se manifesteraient pas psychologiquement de manière suffisamment sensible ? Comme le fait remarquer la Cour suprême à juste titre, « 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 »³⁸. Élargir l'exception dans l'affaire *Kazemi* eût permis une issue heureuse dans ce cas d'espèce mais n'aurait guère fait avancer le droit sur le principe, créant une sorte d'arbitraire entre différentes victimes difficile à rationaliser en matière de droits humains.

Quant à l'idée que les actes de torture qu'avait subis la mère du plaignant n'avaient pas été commis par l'État iranien, car les agents de rang inférieur ne sont pas partie du gouvernement ou encore que la torture ne pouvait pas être une fonction officielle, quelque séduisante qu'elle soit, elle est aussi éminemment trompeuse et même quelque peu dangereuse : l'on aurait permis de poursuivre l'État iranien et ses fonctionnaires malgré leurs immunités au prix d'un mensonge, celui que ce n'est pas l'État qui

³⁸ *Ibid* au para 71.

commet des actes de torture mais de simples « individus » agissant à titre personnel. A cette aune, il n'y a guère de violations des droits humains dont on puisse penser qu'elles rentrent dans les « fonctions officielles » de l'État (de fait, un grand nombre de violations sont commises par des agents de rang inférieur mais le plus souvent à partir d'un cadre permissif), et il n'existerait tout simplement plus aucune immunité pour toute violation des droits humains. Au passage, il existe un formidable risque de dédouanement de l'État désormais perçu comme entièrement transparent et abritant des individus qui agissent en leur nom propre, voire l'utilise comme un simple outil, une vision bien éloignée de la réalité. Le juge LeBel a donc bien raison de considérer que la torture est nécessairement « un acte officiel de l'État »³⁹ et que c'est même « la sanction officielle donnée par l'État à la torture qui rend ce crime si abominable »⁴⁰.

La question réellement centrale, au-delà de ces expédients tactiques, et à laquelle il n'est guère loisible à la Cour suprême de répondre à partir de ses présupposés, est celle de savoir s'il existe une exception à la règle des immunités du fait d'une réelle présence de la prohibition de la torture, norme de *jus cogens*⁴¹, par rapport à une obligation « ordinaire » de droit international qui consisterait à respecter les immunités souveraines. Sur cette question centrale, la Cour suprême aboutit à un résultat familier bien que paradoxal : l'idée que la prohibition de la torture est une prohibition substantive alors que les immunités ne seraient qu'une question de procédure⁴². Puisqu'on ne saurait comparer pommes et oranges, c'est donc que tout va pour le mieux dans un monde qui condamnerait la torture comme la pire des violation des droits humains mais se résignerait sereinement par ailleurs à ce que cette violation soit non susceptible de remède ... Le juge LeBel adapte dans l'affaire *Kazemi* cette formulation influente:

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 [...] 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.⁴³

³⁹ *Ibid* au para 96.

⁴⁰ *Ibid* à la p 180.

⁴¹ Question soulevée notamment par la dissidence dans l'affaire *Al-Adsani*, *supra* note 25.

⁴² *Kazemi*, *supra* note 9 au para 118.

⁴³ *Ibid* aux pp 179, 182.

En cela, le juge LeBel aligne le droit canadien pleinement avec le droit international des immunités qui a désormais accouché de cette position assez paradoxale et, pour tout dire, assez peu satisfaisante sur le plan des principes. Celle-ci doit en outre se lire parallèlement au paradoxe en droit canadien selon lequel existe désormais une exception à l'immunité des États en matière de terrorisme, mais pas pour la torture.

3. Pour une meilleure prise en compte du droit international à la Cour suprême?

A l'intérieur des limites posées par le dualisme canadien, le juge LeBel aurait-il pu aller plus loin dans la prise en compte « interprétative » du droit international ? Certes, on comprend l'idée qu'une simple dissonance entre le droit international et le droit interne ne crée pas par elle-même une ambiguïté par rapport à une disposition de droit interne que l'on considère comme par ailleurs non ambiguë. Mais le fait même que des dispositions internationales ou étrangères quasiment identiques aient été interprétées différemment suggère qu'elles comportaient malgré tout un degré d'ambiguïté. En outre, à travers le contrôle de constitutionnalité de la Loi sur les immunités, on réintroduit bien une ambiguïté sinon sur le contenu de la Loi, du moins sur sa compatibilité avec les droits fondamentaux. Ce qui est ambigu, en définitive, est parfois ... ambigu. Quoi qu'il en soit, l'élucidation du contenu du droit international par le juge canadien est bien un exercice qui doit se faire de la manière la plus informée et selon les meilleurs outils possibles. A ce titre, on peut se demander si le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Kazemi* prend suffisamment acte de l'évolution des modes d'interprétation du droit international lui-même sous l'influence des droits humains.

A) Plaidoyer pour une meilleure contextualisation avec le droit international des droits humains

On voudra ici donner trois exemples d'une meilleure contextualisation potentielle du droit canadien, qui nous paraissent pouvoir demeurer dans le cadre général du dualisme, tout en « donnant sa chance » au droit international.

Premièrement, relevons que pour être accréditée par certaines sources de droit international, la lecture selon laquelle la torture est de *jus cogens* mais l'obligation de fournir un recours effectif ne l'est pas, mérite d'être problématisée. Comme le sait tout bon civiliste, en effet, l'accessoire suit le principal et l'on peut considérer que la règle qui veut qu'un remède effectif accompagne une violation des droits humains soit consubstantielle à cette dernière : *ubi jus, ibi remedium* ! C'est particulièrement le cas en

matière de droits humains où l'idée d'un recours effectif est de plus en plus perçue comme consubstantielle à l'idée même du droit : il existerait dès lors une obligation à la charge de tout État en mesure de le faire d'apporter un remède à celui qui le demande. Outre le droit à un procès équitable, il faut souligner que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* engage plus généralement les États à :

3. a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;⁴⁴

Plus spécifiquement, le droit à un recours utile implique bien dans certains cas un droit à réparation. Dans ce contexte, le Comité contre la torture a considéré que :

... le fait d'assurer l'immunité, en violation du droit international, à tout 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 14.⁴⁵

Il est certes possible que la pratique des États ne se soit pas ralliée à cette interprétation d'autorité mais, dès lors, est-ce ladite interprétation ou la pratique des États qui est du mauvais côté du droit ?

Deuxièmement, il existe entre le fait de refuser d'accorder un remède effectif pour une violation d'un droit et la violation de ce droit un lien certain. Remarquons que dans un autre contexte—celui de l'expulsion ou de l'extradition—il est possible de violer le droit à être libre de torture transnationalement sans commettre un seul acte de torture, du seul fait de renvoyer quelqu'un dans un pays où il court un risque significatif d'être torturé⁴⁶. C'est du reste ce qu'a reconnu la Cour suprême en des termes emphatiques dans l'affaire *Suresh*⁴⁷. Remarquons également qu'en droit international des droits humains, la violation d'un droit procédural peut accoucher de la violation d'un autre droit : par exemple une violation du droit à un procès équitable menant à la peine capitale peut constituer une

⁴⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 3 a)-b) (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976) [*PIDCP*].

⁴⁵ Comité contre la torture des Nations-Unies, *supra* note 36 au para 42.

⁴⁶ Convention contre la torture, *supra* note 21, art 3.

⁴⁷ *Suresh*, *supra* note 1 au para 76.

atteinte du droit à la vie, etc.⁴⁸ Certes, refuser d'accorder un remède pour un acte de torture ne va sans doute pas jusqu'à constituer, comme par symétrie avec l'hypothèse de l'expulsion, une forme de torture en tant que telle. Mais il s'agit à tout le moins d'une violation *sui generis* majeure, étant entendu que le remède effectif est de la plus haute importance pour le respect du droit.

Troisièmement, l'emphase mise sur le seul article 14 de la Convention contre la torture ne rend pas tout à fait justice à l'ensemble des autres instruments qui, au-delà de la seule issue réparatrice, mettent l'accent sur le droit d'ester en justice. Par rapport à l'idée que la Loi sur les immunités passe le test de constitutionnalité parce qu'elle ne viole aucunement l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, on remarquera qu'il y a une réelle ambiguïté sémantique, dès lors qu'on prend en compte le droit international, sur la question de savoir si cet article protège le droit à ce qu'un procès déjà en cours soit impartial, ou plus fondamentalement le droit à une audition impartiale. En d'autres termes, le droit se réfère-t-il uniquement à l'adjectif « impartial » ou plus naturellement au nom lui-même? Dès lors qu'une ambiguïté existe, une porte est ouverte potentiellement sur l'international. Or, on remarquera à tout le moins que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), depuis l'affaire *Golder c Royaume Uni*, opte plutôt pour l'interprétation ambitieuse de l'article 6 de la CEDH sur le droit à un procès équitable⁴⁹. Dans cette affaire, le *Home Secretary* avait refusé à un détenu anglais la permission de consulter un avocat afin de poursuivre un gardien de prison en diffamation. La Cour conclut que le « droit à un procès équitable » implique que le plaignant avait bien le droit que toute cause civile ou pénale soit entendue par un tribunal régulièrement constitué⁵⁰. Certes, la Convention européenne et encore moins la jurisprudence de la Cour européenne ne lient-elles le Canada, mais à tout le moins cette interprétation radicalement différente montre que la question était moins évidente qu'il n'y paraît.

⁴⁸ Cette opinion est régulièrement défendue par le Comité des droits de l'homme, voir *Observation générale n° 32. Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, 23 août 2007, Doc NU CCPR/C/GC/32 au para 59; *Vasily Yuzepchuk c Biélorussie (constatations adoptées le 31 octobre 2014)*, n° 1906/2009, Doc NU CCPR/C/112/D/1906/2009 (2014) au para 8.6; *Levy c Jamaïque (constatations adoptées le 3 novembre 1998)*, n° 719/1996, Doc NU CCPR/C/64/D/719/1996 (1998) au para 7.3; *Kurbanov c Tadjikistan (constatations adoptées le 6 novembre 2003)*, n° 1096/2002, Doc NU CCPR/C/79/D/1096/2002 (2003) au para 7.7; *Shukurova c Tadjikistan (constatations adoptées le 17 mars 2006)*, n° 1044/2002, Doc NU CCPR/C/86/D/1044/2002 (2006) au para 8.6; *Idieva c Tadjikistan (constatations adoptées le 31 mars 2009)*, n° 1276/2004, Doc NU CCPR/C/95/D/1276/2004(2009) au para 9.7; *Khoroshenko c Fédération de Russie*, n° 1304/2004, Doc NU CCPR/C/101/D/1304/2004 (2011) au para 9.11.

⁴⁹ *Golder c Royaume-Uni*, n° 4451/70, [1975], CEDH HUDOC.

⁵⁰ *Ibid* au para 36.

B) Intégrer la logique propre du droit international des droits humains

Au-delà de ces illustrations, se dessine une question plus fondamentale et méthodologique, qui a trait à la nature du droit international des droits humains et de son interprétation. Il faut bien convenir en effet que le droit international est ambigu sur ces questions au-delà d'un certain point, voire est lui-même assez conservateur (comme le confirme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme). Sur cette question éminemment délicate comme pour beaucoup d'autres, force est de constater que la jurisprudence internationale en la matière fait face à une question proprement existentielle qui marque une oscillation entre deux modes de raisonnement.

Selon une première tendance, le droit international des droits humains ne serait pas foncièrement différent du droit international public général et devrait donc être interprété comme tel. Une telle approche privilégie l'étude du droit international des droits humains en fonction des sources du droit international, telles qu'énoncées notamment à l'article 38 du Statut de la CIJ. Étant donné l'ambiguïté des instruments conventionnels eux-mêmes (dont l'article 14 de la Convention contre la torture), on cherchera donc une confirmation coutumière de ce qu'existe bien une obligation de créer une exception aux immunités en matière de torture. Or, on risque fort de ne pas trouver une telle pratique, même interprétée de façon flexible comme incorporant des éléments plus traditionnellement caractéristiques de l'*opinio juris* tels que les déclarations des États dans les forums internationaux, etc. Le faible poids des pratiques milite contre l'émergence spontanée d'une exception, sauf à ce que les États expriment clairement à l'avenir une évolution dans ce sens. Quant à l'Observation générale du Comité contre la torture⁵¹, pourtant explicite quant à la nécessité de prévoir des remèdes pour victimes de torture même en dehors du territoire de l'État coupable, elle est facilement balayée par le juge LeBel au nom d'une compréhension classique des sources du droit international et de la hiérarchie des normes. Il est vrai qu'il ne s'agit que d'un comité⁵² ...

⁵¹ Comité contre la torture des Nations-Unies, *supra* note 36.

⁵² L'on pourrait cependant tenir rigueur au juge LeBel de l'affirmation un peu catégorique suivante : « les commentaires du Comité, malgré leur utilité en matière d'interprétation [...], n'ont pas préséance sur les interprétations des articles de la CCT adoptées par les instances chargées de trancher des litiges » (*Kazemi*, *supra* note 9 au para 148). Cependant : (i) les instances chargées de trancher les litiges mentionnées par le juge LeBel telles que la Cour européenne des droits de l'homme ne les tranchent pas sur le fondement de la Convention contre la torture, (ii) le CCT est malgré tout l'organe spécial de supervision de la CCT, (iii) c'est bien la CCT qui oblige le Canada internationalement, et (iv) le CCT peut bien entendre de pétitions individuelles et pourrait donc aussi être considéré comme une instance qui tranche des litiges, même s'il le fait de manière non (mais quasi) juridictionnelle.

Mais en rester là serait sans doute passer à côté de ce qu'une manière alternative existe pour penser le fonctionnement spécifique du droit international des droits humains, ce que l'on appelle parfois le caractère « spécial » ou « *sui generis* » de ce dernier⁵³. En effet, si l'on regarde la production normative des cours régionales en matière de droits humains et des organes de supervision, celle-ci n'a en réalité souvent que peu à voir avec une élucidation « internationaliste » classique de la coutume. Lorsque le Comité contre la torture énonce l'obligation de créer une exception à la règle des immunités en matière de torture, il ne le fait pas sur la base, c'est le moins qu'on puisse dire, d'une étude exhaustive de la pratique et de l'*opinio juris* des États en la matière, mais bien d'une sorte d'interprétation d'autorité attentive à la logique systémique des droits humains, de leur importance relative et de la meilleure manière de s'assurer de leur respect (le tout, bien sûr, au sein d'un horizon volontariste où il est entendu que c'est malgré tout les États qui ont adopté la Convention contre la torture). Ce type de raisonnement téléologique est particulièrement en évidence en matière de remèdes pour actes de torture : le point de départ est beaucoup moins la pratique des États que le but à atteindre, à savoir que toute violation du droit à la torture ouvre droit à un remède.

En réalité, les organes internationaux en matière des droits humains agissent parfois comme si la coutume n'était pas réellement une source déterminante du droit des droits humains, notamment lorsque des pratiques contraires semblent aller trop à l'encontre d'une intuition sur l'existence d'un droit. Pour prendre un exemple frappant, il est notoirement admis qu'environ la moitié des États pratiquent régulièrement la torture. En conclut-t-on à l'absence d'une règle internationale prohibant la torture? En droit international classique, l'absence de pratique « généralisée et systématique » serait concluante; en droit international des droits humains, au contraire, une telle issue paraît à tel point contraire à l'intuition et au projet même de ces droits qu'elle est fréquemment rejetée.

On est donc bien en réalité, et cela transparait au travers de la tension entre le jugement du juge LeBel d'une part, et l'opinion dissidente de la juge Abella (et les nombreux mémoires déposés par des ONG) d'autre part, face à deux logiques interprétatives largement incompatibles : une logique « *bottom up* » et inductive marquée par l'attention à la pratique des États et aux éléments classiques de la coutume qui se refuse à reconnaître une évolution qui ne serait pas principalement entérinée dans les faits de la vie internationale; et une logique « *top down* » et déductive plus volontiers interprétative et téléologique qui déduirait volontiers l'obligation de

⁵³ Frédéric Mégret, « Nature of Obligations » dans Daniel Moeckli, Sangeeta Shah et Sandesh Sivakumaran, dir, *International Human Rights Law*, New York, Oxford University Press, 2010, 124.

recourir à un remède civil transnational en exception aux immunités de ce qu'une telle démarche est profondément compatible avec le caractère de gravité que l'on entend assigner à la torture, quelles que soient par ailleurs les « mauvaises habitudes » des États.

Peut-être aurait-il été utile, donc, de reconnaître que le droit international des droits humains opère aujourd'hui fondamentalement d'une manière spécifique et s'apparente plus à une forme d'adjudication quasi constitutionnelle qu'à l'élucidation tatillonne du statut coutumier de telle ou telle norme. En réalité, le juge et l'expert internationaux en matière des droits de l'homme *interprètent* les instruments internationaux de manière dynamique bien plus qu'ils ne tentent d'en établir le statut coutumier article par article. C'est d'autant plus le cas bien sûr lorsque l'on est face à un État partie audit traité et pour lequel la question du caractère coutumier d'un droit prend nécessairement un aspect secondaire. En prenant mieux en compte cette dimension, le juge LeBel aurait pu peut-être arriver au même résultat mais sur une autre base; il aurait, également, pu arriver à un résultat différent.

Plutôt que d'écarter l'idée que le fait de fournir un recours judiciaire effectif en droit interne ne constitue pas une forme de coutume et donc ne saurait lier le juge canadien ni en tant que tel ni en tant que source permettant de comprendre le champ de l'article 7 de la Charte canadienne, la Cour suprême aurait pu se demander quelle interprétation du droit international des droits humains était la plus conforme à la logique profonde de ces droits. Le Comité contre la torture ne s'est pas adonné à un autre exercice lorsqu'il a recommandé qu'un remède effectif soit accordé dans tout pays. De même, les juges dissidents dans *Al-Adsani* ont considéré que la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture devait l'emporter sur la valeur, certes coutumière, des immunités souveraines⁵⁴. Une telle interprétation semble particulièrement faire sens dans le cadre de l'interprétation de l'article 7 de la Charte canadienne : suggérer que celui-ci ne peut se comprendre que par rapport au contenu du droit international coutumier peut en effet paraître redondant dans la mesure où le droit international coutumier est déjà applicable en droit canadien; en revanche, les « principes fondamentaux de justice » sont comme un appel d'air à un raisonnement sinon *jus naturaliste*, du moins inspiré par une réflexion sur le sens profond des droits.

Deuxièmement, la question des immunités nous amène à nous interroger sur le rapport entre droit international des droits humains et droit international général, une question qui eût mérité d'être plus approfondie dans l'affaire *Kazemi*. La position de la vaste majorité des juridictions nationales et internationales est que le droit international des droits humains

⁵⁴ *Al-Adsani*, *supra* note 25.

doit bien se fondre dans le cadre du droit international existant, lequel insiste fortement sur les immunités. Ces décisions entendent donc un rôle de coordination plutôt que d'articulation dynamique entre droit international des droits humains et droit international général, très en évidence dans la jurisprudence très accommodante de la CEDH par rapport au droit international général. Du moins peuvent-elles passer pour lutter contre une sorte d'insularisme « droits de l'homme ».

Il est possible cependant d'imaginer que le droit international des droits humains comporte un potentiel plus radical de réforme du droit international général. Par exemple, s'il est vrai que la prohibition de la torture (et, peut-être, l'obligation de fournir un recours effectif en la matière) est de *jus cogens*, le maintien des immunités de droit international ne l'est pas (deux États pourraient parfaitement s'entendre pour ne pas respecter les immunités entre eux). Un autre exemple de raisonnement systémique inspiré par les droits humains tient dans l'évolution vers une exception aux immunités individuelles en matière de torture. Certes, une telle évolution ne mandate pas une réduction correspondante des immunités souveraines, mais il est pour le moins curieux que les simples exécutants (les individus, à quelque niveau qu'ils se situent) ne puissent dans certaines conditions invoquer le bénéfice des immunités, alors que l'État donneur d'ordre le puisse.

Troisièmement, le droit international des droits de l'homme est un droit qui connaît bien de limitations et il eût sans doute été possible et souhaitable de penser plus avant la justification (ou non-justification) d'une limitation à l'obligation de fournir un recours effectif à une victime d'actes de torture dans le cas de figure des immunités. C'est d'ailleurs largement par ce biais que la Cour européenne des droits de l'homme a rendu ses décisions négatives dans les affaires *Al-Adsani* et *Jones*, même si elle l'a fait de manière contestable⁵⁵. De telles limitations sont bien entendu familières, sous la forme du test d'*Oakes*, en droit canadien. Débattre de ce point sur le fond et selon ses propres termes, plutôt que de s'adonner à un exercice de « *bean counting* » jurisprudentiel visant à recenser le nombre de décisions contraires (elles sont, il est vrai, nombreuses) eût paru plus utile. Gageons qu'une issue différente eût été loin d'être inéluctable : en effet, ce qui relève d'une limitation nécessaire en matière d'immunités va souvent s'avérer dépendre de la question de savoir si ... une telle limitation est bien

⁵⁵ Voir *Ibid*; *Jones*, *supra* note 25 : La Cour européenne considère que l'objectif du droit international de favoriser la courtoisie, les bonnes relations entre États et le respect de la souveraineté est légitime, certes. Mais si cet objectif est bien légitime toutes choses égales par ailleurs, sa légitimité devrait bien s'entendre d'une légitimité « en matière de droits humains » et non pas d'une légitimité dans l'absolu. En prenant les immunités pour argent comptant sans tenter d'évaluer la manière dont ces objectifs servent l'être humain, la Cour européenne passe à côté d'une opportunité d'évaluer le cadre du droit international public à l'aune du droit international des droits humains.

établie en droit international. Mais l'interprétation du droit international eût gagné en finesse, d'autant que le raisonnement en termes de « limitations nécessaires » est par nature plus évolutif (ce qui était nécessaire hier ne l'est pas nécessairement aujourd'hui).

Conclusion

Le juge LeBel a été au centre des grands débats devant la Cour suprême sur la question des immunités. Sa jurisprudence, fondamentalement contrainte par le dualisme canadien, fait preuve d'un classicisme et d'une prudence qui se comprennent d'autant mieux qu'on les perçoit comme ancrés dans le respect des valeurs démocratiques et constitutionnelles canadiennes. Le juge LeBel n'est pas en la matière aidé par un droit international qui demeure à bien des égards hésitant sur ces grandes questions. Parfaitement compréhensible sous cet angle, la jurisprudence de la Cour suprême, notamment telle qu'elle s'exprime dans l'affaire *Kazemi*, n'en pose pas moins certaines questions tant pour le droit canadien que pour le droit international. La situation actuelle en droit international notamment se caractérise par un problématique *statu quo* où juridictions internationales et internes se regardent en chiens de faïence en attendant de voir si l'une d'elle daignera établir une rupture avec la tradition des immunités. Dès lors, chacun a volontiers tendance à citer les autres pour mieux justifier le maintien de l'ordre établi, au risque d'une prophétie auto-réalisatrice. C'est *a fortiori* le cas de la Cour suprême canadienne dont la décision dans l'affaire *Kazemi* est rendue assez tardivement dans la vague internationale de contestation des immunités, et qui peut-être par réflexe de common law semble particulièrement attachée à respecter les précédents de la jurisprudence plutôt que de relire le droit international des droits humains *de novo*.

Certes, des évolutions internes, comme celle suggérée par la Cour constitutionnelle italienne⁵⁶, vont dans le sens d'un début de mouvement qui pourrait être repris par les juridictions internationales. Les tribunaux nationaux sont peut-être particulièrement bien placés pour voir le coût que paient les victimes de violations graves des droits humains du fait des immunités. Cependant, ces évolutions sont très limitées et surviennent dans des États caractérisés par une forte culture et présumé monistes, opérant en outre hors de l'aire de la common law (on pense notamment à l'Italie). Il serait dès lors surprenant que le pays qui est aujourd'hui peut-être le plus dualiste et résistant au droit international du monde occidental soit à l'origine d'une percée sur une question. C'est *a fortiori* le cas étant donné que les évolutions en droit international, malgré de fortes pressions, restent

⁵⁶ Cour Constitutionnelle, 22 octobre 2014, *Arrêt n° 238—Année 2014 (Italie)* [Arrêt n° 238]

très ambiguës, et ce, y compris devant les juridictions internationales les plus ouvertes à la question des droits humains. Penser dans ce contexte que la Cour suprême canadienne pourrait faire « mieux » que la Cour européenne des droits de l'homme relève un peu du vœu pieux ...

Dès lors, l'argument tiré du respect de la volonté du législateur prend toute sa force : entre un Parlement canadien qui semble très bien savoir ce qu'il veut et une communauté internationale qui ne donne pas de signe clair d'une véritable rupture par rapport aux droits humains, quel juge canadien prendrait le parti hasardeux du droit international? Demain peut-être, le législateur canadien adoptera-t-il une exception aux immunités en matière de responsabilité pour torture. Dans cette perspective, le jugement *Kazemi* pourrait apparaître comme une parenthèse qui aura malgré tout contribué, ne serait-ce que de façon minime, à une prise de conscience politique. À tout prendre, et quitte à devoir essayer les conséquences adverses d'une telle évolution politique, il vaudrait sans doute mieux que le corps politique canadien se soit collectivement préparé à une telle éventualité, plutôt qu'elle ne le lui soit imposée par le pouvoir judiciaire. Il n'en demeure pas moins que l'idée que « *it is not for a national court to 'develop' international law by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values it may be, is simply not accepted by other states* »⁵⁷ est aussi une recette pour la stagnation du droit international.

Cependant, il faut également convenir que la tradition juridique canadienne recèle des potentialités propres pour dépasser le *statu quo* en matière d'immunités, et que ces potentialités ne sont pas exploitées par l'approche scrupuleuse du juge LeBel. Si le droit canadien est en effet marqué par une forte tradition dualiste, il est aussi caractérisé par l'influence désormais profonde de sa pratique en matière de droits humains, tels que protégés notamment par la Charte. Plutôt que d'essayer d'interpréter la Charte à l'image du droit international (ce qui aboutit à la prendre en otage d'évolutions désirables mais qui tardent à se manifester), ou même de relire le droit international des immunités à la lumière du droit international des droits humains (une sorte de « contrôle de constitutionnalité » du droit international lui-même qui paraît bien hors d'atteinte pour une cour interne, fût-elle suprême), le droit canadien aurait pu tout simplement « entrer en dissidence » par rapport au caractère trop protecteur de la souveraineté des immunités du droit international ... au nom du respect de la Charte. En Italie, à quelques jours à peine du jugement de la Cour suprême dans *Kazemi*, la Cour constitutionnelle a ainsi déclaré que le droit d'accéder à un tribunal contenu à l'article 24 de la Constitution l'emportait face à la

⁵⁷ *Jones v Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, [2006] UKHL 26 au para 63, Lord Hoffman.

protection interne et internationale des immunités⁵⁸. Cette démarche a été décrite comme le fait de « purger » le droit international des immunités de ses caractères inconstitutionnels avant de le faire entrer en droit interne⁵⁹. Face à la question des immunités, la Cour suprême aurait donc pu considérer que, quelle que soit la validité en droit international de la forme des immunités consacrées par la loi canadienne par ailleurs, celles-ci sont incompatibles avec la Charte.

Ce dualisme « droits de l'homme » a eu l'occasion de se manifester en d'autres occasions⁶⁰ et représente un potentiel d'évolution au-delà des exigences du droit international qui honorerait le Canada, fût-ce au risque de s'exposer à des réclamations internationales. C'est peu ou prou la voie un peu don quichotesque empruntée par la Cour de cassation italienne dans plusieurs affaires où celle-ci, tout en prenant acte de l'absence d'une exception aux immunités en droit international, entend déclencher une évolution par son propre exemple⁶¹. On l'aura compris, on est loin avec le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Kazemi* d'un tel radicalisme, qui manifesterait une double audace dissidente: du juge par rapport au pouvoir législatif d'une part, et du juge canadien par rapport au droit international d'autre part.

⁵⁸ Arrêt n° 238, supra note 56.

⁵⁹ Filippo Fontanelli, « The Italian Constitutional Court's Challenge to the Implementation of the ICJ's Germany v Italy Judgment » (30 octobre 2014), *iLawyer* (blogue), en ligne: <<http://ilawyerblog.com/italian-constitutional-courts-challenge-implementation-icjs-germany-v-italy-judgment/>>.

⁶⁰ Voir notamment : *P Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, 3 septembre 2008, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, [2008] RJ I-6351; ou encore au Canada: *Abdelrazik c Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 RCF 267. Il est vrai que la résistance des juridictions européennes et canadiennes s'élève ici face à une obligation positive et explicite imposée à l'État par des résolutions du Conseil de sécurité. L'essentiel demeure, cependant, de constater qu'un tribunal régional ou national a considéré qu'il pouvait bien évaluer la substance d'une obligation internationale à l'aune d'obligations en matière de droits humains « internes », quitte à refuser de s'incliner devant l'obligation internationale.

⁶¹ Voir notamment : Cour suprême de cassation, 29 mai 2008, 14201/2008 (*Allemagne c Mantelli*) (Italie).