

Nevsun Resources Ltd. *Appellant*

v.

**Gize Yebeyo Araya,
Kesete Tekle Fshazion and
Mihretab Yemane Tekle** *Respondents*

and

**International Human Rights Program,
University of Toronto Faculty of Law,
EarthRights International,
Global Justice Clinic at New York
University School of Law,
Amnesty International Canada,
International Commission of Jurists,
Mining Association of Canada and
MiningWatch Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: NEVSUN RESOURCES LTD. v.
ARAYA**

2020 SCC 5

File No.: 37919.

2019: January 23; 2020: February 28.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and
Martin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Public international law — Human rights — Act of state doctrine — Customary international law — Jus cogens — Peremptory norms — Doctrine of adoption — Direct remedy for breach of customary international law — Eritrean workers commencing action against Canadian corporation in British Columbia — Workers alleging they were forced to work at mine owned by Canadian corporation in Eritrea and subjected to violent, cruel, inhuman and degrading treatment and seeking damages for breaches of customary international law prohibitions and of domestic torts — Corporation bringing motion to strike pleadings on basis of act of state doctrine and on basis that claims based on customary international law have no reasonable prospect of success — Whether act of state doctrine forms part of Canadian common law — Whether customary

Nevsun Resources Ltd. *Appelante*

c.

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

et

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

**RÉPERTORIÉ : NEVSUN RESOURCES LTD. c.
ARAYA**

2020 CSC 5

N° du greffe : 37919.

2019 : 23 janvier; 2020 : 28 février.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit international public — Droits de la personne — Doctrine de l'acte de gouvernement — Droit international coutumier — Jus cogens — Normes impératives — Doctrine de l'adoption — Recours direct pour violation du droit international coutumier — Action intentée par des travailleurs érythréens contre une société canadienne en Colombie-Britannique — Travailleurs alléguant qu'ils ont été contraints de travailler à une mine détenue par une société canadienne en Érythrée et qu'ils ont subi un traitement violent, cruel, inhumain et dégradant et réclamant des dommages-intérêts pour violations d'interdictions de droit international coutumier et délits de droit interne — Société présentant une demande de radiation des actes de procédure sur le fondement de la doctrine de l'acte de gouvernement et au motif que les réclamations fondées sur

international law prohibitions against forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment and crimes against humanity can ground claim for damages under Canadian law — Whether claims should be struck.

Three Eritrean workers claim that they were indefinitely conscripted through Eritrea's military service into a forced labour regime where they were required to work at a mine in Eritrea. They claim they were subjected to violent, cruel, inhuman and degrading treatment. The mine is owned by a Canadian company, Nevsun Resources Ltd. The Eritrean workers started proceedings in British Columbia against Nevsun and sought damages for breaches of customary international law prohibitions against forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity. They also sought damages for breaches of domestic torts including conversion, battery, unlawful confinement, conspiracy and negligence. Nevsun brought a motion to strike the pleadings on the basis of the act of state doctrine, which precludes domestic courts from assessing the sovereign acts of a foreign government. Nevsun also took the position that the claims based on customary international law should be struck because they have no reasonable prospect of success. The chambers judge dismissed Nevsun's motion to strike, and the Court of Appeal agreed.

Held (Brown and Rowe JJ. dissenting in part and Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Gascon and Martin JJ.: The act of state doctrine and its underlying principles as developed in Canadian jurisprudence are not a bar to the Eritrean workers' claims. The act of state doctrine has played no role in Canadian law and is not part of Canadian common law. Whereas English jurisprudence has reaffirmed and reconstructed the act of state doctrine, Canadian law has developed its own approach to addressing the twin principles underlying the doctrine: conflict of laws and judicial restraint. Both principles have developed separately in Canadian jurisprudence rather than as elements of an all-encompassing act of state doctrine. As such, in Canada, the principles underlying the act of state doctrine have been completely subsumed within this jurisprudence. Canadian courts determine questions dealing

le droit international coutumier n'ont aucune possibilité raisonnable de succès — La doctrine de l'acte de gouvernement fait-elle partie de la common law canadienne? — Les interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé, à l'esclavage, aux traitements cruels, inhumains ou dégradants et aux crimes contre l'humanité peuvent-elles servir de fondement à une action en dommages-intérêts en droit canadien? — Y a-t-il lieu de radier les réclamations?

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

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

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Martin : La doctrine de l'acte de gouvernement et ses principes sous-jacents élaborés dans la jurisprudence canadienne ne font pas obstacle aux réclamations des travailleurs érythréens. La doctrine de l'acte de gouvernement n'a joué aucun rôle en droit canadien et ne fait pas partie de la common law canadienne. Alors que la jurisprudence anglaise a réaffirmé et reconstitué la doctrine de l'acte de gouvernement, le droit canadien a élaboré sa propre méthode pour traiter les principes jumeaux qui sous-tendent la doctrine : le conflit de lois et la retenue judiciaire. Ces deux principes ont évolué séparément dans la jurisprudence canadienne plutôt qu'en tant qu'éléments de la doctrine englobante de l'acte de gouvernement. En conséquence, au Canada, les principes sous-jacents à la

with the enforcement of foreign laws according to ordinary private international law principles which generally call for deference, but allow for judicial discretion to decline to enforce foreign laws where such laws are contrary to public policy, including respect for public international law.

Nor has Nevsun satisfied the test for striking the pleadings dealing with customary international law. Namely it has not established that it is “plain and obvious” that the customary international law claims have no reasonable likelihood of success.

Modern international human rights law is the phoenix that rose from the ashes of World War II and declared global war on human rights abuses. Its mandate was to prevent breaches of internationally accepted norms. Those norms were not meant to be theoretical aspirations or legal luxuries, but moral imperatives and legal necessities. Conduct that undermined the norms was to be identified and addressed.

While states were historically the main subjects of international law, it has long-since evolved from this state-centric template. The past 70 years have seen a proliferation of human rights law that transformed international law and made the individual an integral part of this legal domain, reflected in the creation of a complex network of conventions and normative instruments intended to protect human rights and ensure compliance with those rights. The rapid emergence of human rights signified a revolutionary shift in international law to a human-centric conception of global order. The result of these developments is that international law now works not only to maintain peace between states, but to protect the lives of individuals, their liberty, their health, and their education. The context in which international human rights norms must be interpreted and applied today is one in which such norms are routinely applied to private actors. It is therefore not plain and obvious that corporations today enjoy a blanket exclusion under customary international law from direct liability for violations of obligatory, definable, and universal norms of international law.

doctrine de l’acte de gouvernement ont été complètement subsumés dans la jurisprudence. Les tribunaux canadiens tranchent les questions portant sur l’application des lois étrangères selon les principes ordinaires de droit international privé qui commandent généralement la déférence, mais qui permettent l’exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire de refuser d’appliquer des lois étrangères lorsque celles-ci sont contraires à l’ordre public, ce qui comprend le respect du droit international public.

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

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

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

Customary international law is the common law of the international legal system, constantly and incrementally evolving based on changing practice and acceptance. Canadian courts, like all courts, play an important role in its ongoing development. There are two requirements for a norm of customary international law to be recognized as such: general but not necessarily universal practice, and *opinio juris*, namely the belief that such practice amounts to a legal right or obligation. When international practice develops from being intermittent into being widely accepted and believed to be obligatory, it becomes a norm of customary international law.

Within customary international law, there is a subset of norms known as *jus cogens*, or peremptory norms, from which no derogation is permitted. The workers claim breaches not only of norms of customary international law, but of norms accepted to be of such fundamental importance as to be characterized as *jus cogens*. Crimes against humanity have been described as among the least controversial examples of violations of *jus cogens*. Compelling authority confirms that the prohibitions against slavery, forced labour and cruel, inhuman and degrading treatment have attained the status of *jus cogens*. Refusing to acknowledge the differences between existing domestic torts and forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity, may undermine the court's ability to adequately address the heinous nature of the harm caused by this conduct.

Canada has long followed the conventional path of automatically incorporating customary international law into domestic law via the doctrine of adoption, making it part of the law of Canada. Therefore, customary international law is automatically adopted into domestic law without any need for legislative action. The fact that customary international law is part of our common law means that it must be treated with the same respect as any other law.

A compelling argument can therefore be made that since customary international law is part of Canadian common law, a breach by a Canadian company can theoretically be directly remedied. Since the workers' claims are based on norms that already form part of our common law, it is not "plain and obvious" that our domestic

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

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

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

Une thèse convaincante peut donc être avancée, selon laquelle vu que le droit international coutumier fait partie de la common law canadienne, il peut théoriquement être remédié directement à une violation commise par une société canadienne. Étant donné que les réclamations des travailleurs reposent sur des normes qui font déjà

common law cannot recognize a direct remedy for their breach. Appropriately remedying the violations of *jus cogens* and norms of customary international law requires different and stronger responses than typical tort claims, given the public nature and importance of the violated rights involved, the gravity of their breach, the impact on the domestic and global rights objectives, and the need to deter subsequent breaches.

Nevsun has not demonstrated that the Eritrean workers' claim based on breaches of customary international law should be struck at this preliminary stage. The Court is not required to determine definitively whether the Eritrean workers should be awarded damages for the alleged breaches of customary international law. It is enough to conclude that the breaches of customary international law, or *jus cogens*, relied on by the Eritrean workers may well apply to Nevsun. Since the customary international law norms raised by the Eritrean workers form part of the Canadian common law, and since Nevsun is a company bound by Canadian law, the claims of the Eritrean workers for breaches of customary international law should be allowed to proceed.

Per Brown and Rowe JJ. (dissenting in part): The appeal should be allowed in part. There is agreement with the majority that the dismissal of Nevsun's application to strike the pleadings should be upheld as it regards the foreign act of state doctrine. However, there is disagreement on the matter of the use of customary international law. The workers' claims for damages based on breach of customary international law disclose no reasonable cause of action and are bound to fail.

Two separate theories have been advanced upon which the pleadings of the Eritrean workers could be upheld. The majority's theory is that the workers seek to have Canadian courts recognize a cause of action for breach of customary international law and to prosecute a claim thereunder. The second theory is that the workers seek to have Canadian courts recognize four new nominate torts inspired by customary international law: use of forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity. The latter theory is more consistent with the pleadings and with how the workers framed

partie de notre common law, il n'est pas « évident et manifeste » que notre common law interne ne reconnaisse pas un recours direct pour leur violation. Remédier comme il se doit aux violations de *jus cogens* et aux normes de droit international coutumier exige des réponses différentes et plus rigoureuses que les actions habituelles en matière de responsabilité délictuelle, compte tenu du caractère public et de l'importance des droits violés en jeu, de la gravité du manquement à ceux-ci, de l'incidence sur les objectifs internes et mondiaux en matière de droits et de la nécessité de créer un effet dissuasif à l'égard de toute violation ultérieure.

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

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

Deux thèses distinctes ont été avancées pour justifier le maintien des actes de procédure des travailleurs érythréens. Selon la thèse des juges majoritaires, les travailleurs cherchent à faire reconnaître par les tribunaux canadiens une cause d'action pour violation du droit international coutumier, et à présenter une réclamation fondée sur celle-ci. Suivant la seconde thèse, les travailleurs cherchent à faire reconnaître par les tribunaux canadiens quatre nouveaux délits nommés inspirés du droit international coutumier, à savoir le recours au travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou

their claims before the Court. Regardless, the workers' claims are bound to fail on either theory.

The claims are bound to fail on the first theory. On this theory, the workers' pleading is viable only if international law is given a role that exceeds the limits placed upon it by Canadian law. For this pleading to succeed, then, Canadian law must change. Such a change would require an act of a competent legislature, as it does not fall within the competence of the courts. Without change, the pleading is doomed to fail.

Substantively, the content of customary international law is established by the actions of states on the international plane. A rule of customary international law exists when state practice evidences a custom and the practicing states accept that custom as law. These two requirements are called state practice and *opinio juris*.

The high bar established by the twin requirements of state practice and *opinio juris* reflects the extraordinary nature of customary international law: it leads courts to adopt a role otherwise left to legislatures; and, unless a state persistently objects, its recognition binds states to rules to which they have not affirmatively consented. Once a norm of customary international law has been established, it can become a source of Canadian domestic law unless it is inconsistent with extant statutory law.

The primacy given to contrary legislation preserves the legislature's ability to control the effects of international laws in the domestic legal system. If the legislature passes a law contravening a prohibitive norm of international law, that law is not subject to review by the courts. Similarly, if the legislature does not pass a law in contravention of a mandatory norm of international law, the courts cannot construct that law for them, unless doing so is otherwise within the courts' power. Courts may presume the intent of the legislature is to comply with customary international law norms, but that presumption is rebuttable: customary international law has interpretive force, but it does not formally constrain the legislature. Canada and the provinces have the ability, should they choose to exercise it, to violate norms of customary international law. But that is a

dégradants, et les crimes contre l'humanité. La seconde thèse s'accorde davantage avec les actes de procédure et avec la façon dont les travailleurs ont formulé leurs réclamations devant la Cour. Quoi qu'il en soit, les réclamations des travailleurs sont vouées à l'échec suivant l'une ou l'autre thèse.

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

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

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

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

choice that only Parliament or the provincial legislatures can make; the federal and provincial governments cannot do so without the authorization of those legislative bodies.

To determine whether a statute prevents amending the common law, courts must precisely identify the norm, determine how the norm would best be given effect and then determine whether any legislation prevents the court from changing the common law to create that effect. If no legislation does, courts should implement that change to the common law. If any legislation does, the courts should respect that legislative choice, and refrain from changing the common law.

Procedurally, the content of customary international law is established in Canada by the court first finding the facts of state practice and *opinio juris*. When there is or can be no dispute about the existence of a norm of customary international law, it is appropriate for the courts to take judicial notice. Courts will also be called on to evaluate both whether there exists a custom generally among states that is applied uniformly, and whether the practicing states respect the custom out of the belief that doing so is necessary in order to fulfil their obligations under customary international law. Once the facts of state practice and *opinio juris* are found, the second step is to identify which, if any, norms of customary international law must be recognized to best explain these facts. This is a question of law. The final step is to apply the norms, as recognized, to the facts of the case at bar. This is a question of mixed fact and law.

Applying this structure to the majority's theory, there is agreement with the majority that: there are prohibitions at international law against crimes against humanity, slavery, the use of forced labour, and cruel, inhuman, and degrading treatment; these prohibitions have the status of *jus cogens*; individuals and states both must obey some customary international law prohibitions, and it is a question for the trial judge whether they must obey these specific prohibitions; and individuals are beneficiaries of these prohibitions.

There is, however, disagreement that the majority's reasons provide a viable path to showing that a corporation may be civilly liable in Canada for a breach of customary international law norms. It is plain and obvious that

au législateur. Le Canada et les provinces ont le pouvoir, s'ils décident de l'exercer, de violer les normes de droit international coutumier. Cependant, c'est une décision que seuls le Parlement ou les assemblées législatives provinciales peuvent prendre; les gouvernements fédéral et provinciaux ne peuvent le faire sans l'autorisation de ces organes législatifs.

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

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

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

Il y a cependant désaccord sur le fait que les motifs des juges majoritaires établissent une démarche valable pour démontrer qu'une société peut être tenue civilement responsable au Canada d'une violation de normes de droit

corporations are excluded from direct liability at customary international law. Corporate liability for human rights violations has not been recognized under customary international law; at most, the proposition that such liability has been recognized is equivocal. Customary international law is not binding if it is equivocal. Absent a binding norm, the workers' cause of action is clearly doomed to fail.

It is unclear how the majority deduces the potential existence of a liability rule from an uncontroversial statement of a prohibition. Perhaps it sees a prohibition of customary international law as requiring Canada to provide domestic liability rules; perhaps it sees the prohibition as itself containing a liability rule; or perhaps it sees the doctrine of adoption as producing a liability rule in response to a prohibition. None of these options provide an interpretation of the majority's theory of the case that makes the claims viable.

The workers did not plead the necessary facts of state practice and *opinio juris* to support the proposition that a prohibition of customary international law requires states to provide domestic civil liability rules. Indeed, states are typically free to meet their international obligations according to their own domestic institutional arrangements and preferences. A civil liability rule is but one possibility. A prohibition could also be effected through, for example, the criminal law or through administrative penalties.

The workers also did not plead the necessary facts to support the proposition that a prohibition of customary international law itself contains a liability rule. An essay that states it would not make sense to argue that international law may impose criminal liability on corporations, but not civil liability does not constitute state practice or *opinio juris*. State practice is the difference between civil liability and criminal liability at customary international law. Outside the sphere of criminal law, there is no corresponding acceptance-of-liability rule regarding individuals. For a customary international law prohibition to create a civil liability rule would require there to be widespread state practice that does not exist today.

international coutumier. Il est évident et manifeste que les sociétés sont exclues de la responsabilité directe en droit international coutumier. La responsabilité des sociétés en cas de violations des droits de la personne n'a pas été reconnue en droit international coutumier; la proposition selon laquelle une telle responsabilité a été reconnue est tout au plus équivoque. S'il est équivoque, le droit international coutumier n'a pas force obligatoire. En l'absence d'une norme obligatoire, la cause d'action des travailleurs est clairement vouée à l'échec.

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

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

Les travailleurs n'ont pas non plus allégué les faits nécessaires pour étayer la proposition selon laquelle une interdiction de droit international coutumier renferme elle-même une règle de responsabilité. Un essai indiquant qu'il serait illogique de soutenir que le droit international peut imputer une responsabilité pénale aux sociétés, mais pas une responsabilité civile, ne constitue pas une pratique étatique ou une *opinio juris*. La pratique étatique est ce qui différencie la responsabilité civile de la responsabilité pénale en droit international coutumier. En dehors du domaine du droit pénal, il n'existe pas, dans le cas des individus, de règles correspondantes d'acceptation de la responsabilité. Pour qu'une interdiction de droit international coutumier puisse créer une règle de responsabilité civile, il faudrait qu'il y ait une pratique étatique répandue qui n'existe pas actuellement.

Nor can the doctrine of adoption play the role of converting a general prohibition upon states and criminal prohibitions upon individuals into a civil liability rule. Applying the three-step process for determining whether to amend private common law rules in response to the recognition of a mandatory norm of customary international law, the relevant norms here are that Canada must prohibit and prevent slavery by third parties, *mutatis mutandis*, for each of the claims. Although such norms may exist, they are appropriately given effect through, and only through the criminal law. The criminal law does not provide private law causes of action. Moreover, adopting the norms as crimes cannot be done because Parliament has, in s. 9 of the *Criminal Code*, clearly prohibited courts from creating criminal laws via the common law.

The majority's theory is no more tenable if a step back is taken and it is considered more conceptually. Essentially, the majority's theory amounts to saying that the doctrine of adoption has what jurists in Europe would call horizontal effect. It would be astonishing were customary international law to have horizontal effect where the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not. The majority's approach also amounts to recognizing a private law cause of action for simple breach of customary international public law. This would be similarly astonishing, since there is no private law cause of action for simple breach of statutory Canadian public law.

Nor does the presence of international criminal liability rules make necessary the creation of domestic torts, at least outside the American context. In that country, the hoary and historically unique *Alien Tort Statute* requires courts to treat international law as creating civil liabilities. Essentially, the majority's approach would amount to Americanizing the Canadian doctrine of adoption. Canadian courts cannot adopt a U.S. statute when Parliament and the legislatures have not.

While there is agreement that where there is a right, there must be a remedy, the right to a remedy does not necessarily mean a right to a particular form, or kind of remedy. Further, a difference merely of damages or the extent of harm will not suffice to ground a new tort.

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

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

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

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

Canadian law, as is, furnishes an appropriate cause of action. When there is a breach of rights that is more grave or that needs to be deterred, increased damages are available under existing tort law. Punitive damages have as a goal the denunciation of misconduct. Moreover, a court can express its condemnation of wrongful conduct through its reasons, by stating in them that a party committed human rights abuses, even if the ultimate legal conclusion is that they committed assault, battery or other wrongs. Other states also recognize that such ordinary private law actions provide mechanisms to address the harm arising out of a grave breach of international criminal law. Even were this part of Nevsun's motion to strike to be granted, the workers could pursue in Canada the same relief they could obtain in most other states.

The only remaining way to support the majority's theory of the case is for the doctrine of adoption to change so that it provides a civil liability rule for breaches of prohibitions at customary international law. The Court cannot make such a change. Although, it is open to Parliament and the legislatures to make such a change, absent statutory intervention, the ability of the courts to shape the law is, as a matter of common-law methodology, constrained.

Courts develop the law incrementally. For a change to be incremental, it cannot have complex and uncertain ramifications. To alter the doctrine of adoption would set the law on an unknown course whose ramifications cannot be accurately gauged. It is thus for Parliament to decide whether to change the doctrine of adoption to provide courts the power to convert prohibitive rules of international law into free-standing torts. Parliament has not done so.

The claims are also bound to fail on the second theory that the workers sought to have the court recognize four new nominate torts inspired by international law: use of forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity.

Three clear rules for when the courts will not recognize a new nominate tort have emerged: where there are adequate alternative remedies; where it does not reflect and address a wrong visited by one person upon another; and where the change wrought upon the legal system would

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

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

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

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

Trois règles claires ont été dégagées pour déterminer dans quelles circonstances les tribunaux ne reconnaîtront pas l'existence d'un nouveau délit nommé : lorsqu'il existe d'autres voies de recours appropriées, lorsque le nouveau délit ne reflète pas et ne permet pas de redresser le tort

be indeterminate or substantial. The first rule, that of necessity, acknowledges at least three alternative remedies that could make recognizing a new tort unnecessary: an existing tort, an independent statutory scheme, and judicial review. A difference merely of damages or the extent of harm will not suffice. The second rule is reflected in the courts' resistance to creating strict or absolute liability regimes. The third rule reflects the courts' respect for legislative supremacy and the courts' mandate to ensure that the law remains stable, predictable and accessible.

The proposed tort of cruel, inhuman or degrading treatment should not be recognized as a new nominate tort, because it is encompassed by the extant torts of battery or intentional infliction of emotional distress. The proposed tort of crimes against humanity also should not be recognized, because it is too multifarious a category to be the proper subject of a nominate tort. It is, however, possible that the proposed torts of slavery and use of forced labour would pass the test for recognizing a new nominate tort.

Nevertheless, these proposed torts should not be recognized for the first time in a proceeding based on conduct that occurred in a foreign territory. In general, tortious conduct abroad will not be governed by Canadian law, even where the wrong is litigated before Canadian courts, except when the foreign state's law is so repugnant to the fundamental morality of the Canadian legal system as to lead the court not to apply it. Developing Canadian law in such circumstances is inadvisable because the law that is appropriate for regulating a foreign state may not also be law that is appropriate for regulating Canada and because doing so would take courts outside the limits of their institutional competence. The domain of foreign relations is perhaps the most obvious example of where the executive is competent to act, but where courts lack the institutional competence to do so. Setting out a novel tort in the exceptional circumstance of a foreign state's law being held by the court to be so repugnant to Canadian morality would be an intrusion into the executive's dominion over foreign relations. The courts' role within Canada is, primarily, to adjudicate on disputes within Canada, and between Canadian residents.

infligé par une personne à une autre, et lorsque le changement qui en résulterait pour le système juridique serait indéterminé ou substantiel. La première règle, celle de la nécessité, reconnaît au moins trois autres voies de recours susceptibles de rendre non nécessaire la reconnaissance d'un nouveau délit : un délit existant, un régime législatif indépendant et le contrôle judiciaire. Une différence ayant trait simplement aux dommages-intérêts ou à l'importance du préjudice ne suffira pas. La deuxième règle trouve son expression dans le fait que les tribunaux résistent à créer des régimes de responsabilité stricte ou absolue. La troisième règle témoigne du respect des tribunaux pour la suprématie législative et de la mission des tribunaux de veiller à ce que le droit demeure stable, prévisible et accessible.

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

Néanmoins, ces délits proposés ne devraient pas être reconnus pour la première fois dans une instance fondée sur une conduite ayant eu lieu en territoire étranger. En règle générale, une conduite délictueuse qui a eu lieu à l'étranger ne sera pas régie par le droit canadien, même lorsque la transgression est jugée devant les tribunaux canadiens, sauf dans le cas où le droit de l'État étranger est contraire aux valeurs morales fondamentales du régime juridique canadien au point d'amener le tribunal à ne pas l'appliquer. Il est inopportun en pareilles circonstances d'élaborer des règles de droit canadiennes, parce que les règles de droit qui conviennent pour un État étranger ne sont peut-être pas également celles qui conviennent pour le Canada et que cela amènerait les tribunaux à outrepasser les limites de leur compétence institutionnelle. Le domaine des relations étrangères est peut-être l'exemple le plus flagrant d'une situation où l'exécutif est compétent pour agir, mais où les tribunaux n'ont pas la compétence institutionnelle pour le faire. Établir un nouveau délit dans la situation exceptionnelle où le tribunal estime que le droit d'un État étranger est aussi contraire aux valeurs morales canadiennes constituerait un empiètement sur la compétence de l'exécutif en matière de relations extérieures. Le rôle des tribunaux canadiens consiste principalement à trancher les différends à l'intérieur du Canada et qui opposent des résidents canadiens.

Not granting the motion to strike in this case offers this lesson: the more nebulous the pleadings and legal theory used to protect them, the more likely they are to survive a motion to strike.

The creation of a cause of action for breach of customary international law would require the courts to encroach on the roles of both the legislature (by creating a drastic change in the law and ignoring the doctrine of incrementalism), and the executive (by wading into the realm of foreign affairs). It is not up to the Court to ignore the foundations of customary international law, which prohibits certain state conduct, in order to create a cause of action against private parties. Nor is it for the courts to depart from foundational principles of judicial law-making in tort law. The result of doing so will be instability and uncertainty.

Per Moldaver and Côté JJ. (dissenting): There is agreement with Brown and Rowe JJ.'s analysis and conclusion concerning the workers' claims inspired by customary international law. It is plain and obvious that they are bound to fail. In addition, the extension of customary international law to corporations represents a significant departure in this area of law. The widespread, representative and consistent state practice and *opinio juris* required to establish a customary rule do not presently exist to support the proposition that international human rights norms have horizontal application between individuals and corporations.

There is disagreement with the majority concerning the existence and applicability of the act of state doctrine. The workers' claims here are not amenable to adjudication within Canada's domestic legal order. Instead, they are allocated to the plane of international affairs for resolution in accordance with the principles of public international law and diplomacy. They are therefore not justiciable and should be dismissed in their entirety.

There is agreement with the majority that Canada's choice of law jurisprudence plays a similar role to that of certain aspects of the act of state doctrine; however, the act of state doctrine includes a second branch distinct from choice of law which renders some claims non-justiciable. This second branch of the doctrine bars the adjudication of civil actions which have their foundation in allegations

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

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

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

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

Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la jurisprudence canadienne relative au choix de la loi applicable joue un rôle semblable, à certains égards, à celui de la doctrine de l'acte de gouvernement. Toutefois, celle-ci comprend un deuxième volet distinct du choix de la loi applicable qui rend certaines réclamations non justiciables. Ce deuxième volet de la doctrine empêche

that a foreign state has violated public international law. Whether referred to as a branch of the act of state doctrine or as a specific application of the more general doctrine of justiciability, these claims are not justiciable because adjudicating them would impermissibly interfere with the conduct by the executive of Canada's international relations.

Justiciability is rooted in a commitment to the constitutional separation of powers. A court must conform to the separation of powers by showing deference for the roles of the executive and the legislature in their respective spheres so as to refrain from unduly interfering with the legitimate institutional roles of those orders. A court has the institutional capacity to consider international law questions, and its doing so is legitimate, if they also implicate questions with respect to constitutional rights, the legality of an administrative decision or the interface between international law and Canadian public institutions. If, however, a court allows a private claim which impugns the lawfulness of a foreign state's conduct under international law, it will be overstepping the limits of its proper institutional role. The adjudication of such claims impermissibly interferes with the conduct by the executive of Canada's international relations. Litigation between private parties founded upon allegations that a foreign state has violated public international law is not the proper subject matter of judicial resolution because questions of international law relating to internationally wrongful acts of foreign states are not juridical claims amenable to adjudication on judicial or manageable standards.

While a court may consider the legality of acts of a foreign state under municipal or international law if the issue arises incidentally, a claim will not be justiciable if the allegation that the foreign state acted unlawfully is central to the litigation. In the instant case, the workers' claims are not justiciable because the issue of the legality of Eritrea's acts under international law is central to those claims and requires a determination that Eritrea has committed an internationally wrongful act. As the workers allege that Nevsun is liable because it was complicit in the Eritrean authorities' alleged internationally wrongful acts, Nevsun can be liable only if the acts of the actual alleged perpetrators — Eritrea and its agents — were unlawful as a matter of public international law. Since the workers'

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

La justiciabilité s'inscrit dans une volonté de respecter la séparation constitutionnelle des pouvoirs. Le tribunal doit se conformer à la séparation des pouvoirs en faisant preuve de déférence envers les rôles de l'exécutif et du législatif dans leurs domaines respectifs, de manière à éviter tout empiètement indu sur le rôle institutionnel légitime de chaque organe. Le tribunal possède la capacité institutionnelle requise pour instruire des questions de droit international, et il est légitime qu'il le fasse, si celles-ci impliquent aussi des questions relatives aux droits constitutionnels, la légalité d'une décision administrative ou le rapport entre le droit international et les institutions publiques canadiennes. Si, toutefois, un tribunal permet un recours de droit privé qui attaque la légalité de la conduite d'un État étranger au regard du droit international, il se trouverait à outrepasser les limites de son propre rôle institutionnel. Juger de telles demandes constitue une ingérence non permise à l'égard de la conduite par l'exécutif des relations internationales du Canada. Les litiges entre des parties privées fondés sur des allégations qu'un État étranger a violé le droit international public ne se prêtent pas à une intervention judiciaire parce que les questions de droit international liées aux actes illicites à l'échelle internationale commis par des États étrangers ne sont pas des demandes juridiques susceptibles d'être tranchées selon des normes judiciaires ou fonctionnelles.

Bien qu'un tribunal puisse statuer sur la légalité des actes d'un État étranger au regard du droit municipal ou du droit international si la question n'est soulevée qu'accessoirement, la réclamation ne sera pas justiciable si l'allégation que l'État étranger a agi illégalement est au cœur du litige. En l'espèce, les réclamations des travailleurs ne sont pas justiciables parce que la question de la légalité des actes posés par l'Érythrée au regard du droit international est au cœur même de ces réclamations et requièrent qu'il soit conclu que l'Érythrée a commis un acte illicite à l'échelle internationale. Étant donné que les travailleurs allèguent que Nevsun est responsable parce qu'elle se serait rendue complice d'actes illicites à l'échelle internationale qu'auraient commis les autorités érythréennes,

claims, as pleaded, requires a determination that Eritrea has violated international law, they must fail.

Cases Cited

By Abella J.

Distinguished: *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; **considered:** *Belhaj v. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964; *Blad v. Bamfield* (1674), 3 Swans. 604, 36 E.R. 992; *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1, 9 E.R. 993; *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co. (No. 2)*, [2012] EWCA Civ 855, [2014] Q.B. 458; *Oppenheimer v. Cattermole*, [1976] A.C. 249; *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888; *Moti v. The Queen*, [2011] HCA 50; *Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line*, [1949] S.C.R. 530; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; **referred to:** *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147; *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883; *Belhaj v. Straw MP*, [2014] EWCA Civ 1394, [2016] 1 All E.R. 121; *Habib v. Commonwealth of Australia*, [2010] FCAFC 12; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Willow v. Chong*, 2013 BCSC 1083; *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Report 1969, p. 3; *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)* (1926), P.C.I.J. Ser. A, No. 7; *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, 14 December 1999; *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, 2 August 2001; *Prosecutor v. Erdemović*, IT-96-22-A, 7 October 1997; *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900); *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529; *Triquet v. Bath* (1764), 3

Nevsun ne peut être tenue responsable que si les actes commis par ceux qui en sont réellement les auteurs — l'Érythrée et ses mandataires — étaient illégaux au regard du droit international public. Puisque les demandes des travailleurs, telles qu'intentées, exigent qu'il soit conclu que l'Érythrée a violé le droit international, elles doivent être rejetées.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Distinction d'avec l'arrêt : *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; **arrêts examinés :** *Belhaj c. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964; *Blad c. Bamfield* (1674), 3 Swans. 604, 36 E.R. 992; *Duke of Brunswick c. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1, 9 E.R. 993; *Yukos Capital Sarl c. OJSC Rosneft Oil Co. (No. 2)*, [2012] EWCA Civ 855, [2014] Q.B. 458; *Oppenheimer c. Cattermole*, [1976] A.C. 249; *Buttes Gas and Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888; *Moti c. The Queen*, [2011] HCA 50; *Laane and Baltser c. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line*, [1949] R.C.S. 530; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; **arrêts mentionnés :** *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147; *Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883; *Belhaj c. Straw MP*, [2014] EWCA Civ 1394, [2016] 1 All E.R. 121; *Habib c. Commonwealth of Australia*, [2010] FCAFC 12; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Willow c. Chong*, 2013 BCSC 1083; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3; *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)* (1926), C.P.J.I. Sér. A, n° 7; *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-T, 14 décembre 1999; *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, 2 août 2001; *Procureur c. Erdemović*, IT-96-22-A, 7 octobre 1997; *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900); *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of*

Burr. 1478, 97 E.R. 936; *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160; *The Ship "North" v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385; *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] S.C.R. 483; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, 2000 SCC 34, [2000] 1 S.C.R. 842; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital*, [1985] 1 A.C. 871; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Great Western Railway v. Brown* (1879), 3 S.C.R. 159; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Dunlea v. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

By Brown and Rowe JJ. (dissenting in part)

Moran v. Pyle National (Canada) Ltd., [1975] 1 S.C.R. 393; *British Columbia/Yukon Assn. of Drug War Survivors v. Abbotsford (City)*, 2015 BCCA 142, 75 B.C.L.R. (5th) 69; *Kripps v. Touche Ross & Co.* (1992), 69 B.C.L.R. (2d) 62; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 465; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *R. v. Jones (Margaret)*, [2006] UKHL 16, [2007] 1 A.C. 136; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2007); *Kadic v. Karadžić*, 70 F.3d 232 (1995); *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *West Rand Central Gold Mining Company v. Rex*, [1905] 2 K.B. 391; *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551; *Merrifield v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 205, 145 O.R. (3d) 494, leave to appeal refused, [2019] 3 S.C.R. viii; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*,

Nigeria, [1977] 1 Q.B. 529; *Triquet c. Bath* (1764), 3 Burr. 1478, 97 E.R. 936; *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160; *The Ship "North" c. The King* (1906), 37 R.C.S. 385; *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, 2000 CSC 34, [2000] 1 R.C.S. 842; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Sidaway c. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital*, [1985] 1 A.C. 871; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Great Western Railway c. Brown* (1879), 3 R.C.S. 159; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Dunlea c. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959.

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

Moran c. Pyle National (Canada) Ltd., [1975] 1 R.C.S. 393; *British Columbia/Yukon Assn. of Drug War Survivors c. Abbotsford (City)*, 2015 BCCA 142, 75 B.C.L.R. (5th) 69; *Kripps c. Touche Ross & Co.* (1992), 69 B.C.L.R. (2d) 62; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 465; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *R. c. Jones (Margaret)*, [2006] UKHL 16, [2007] 1 A.C. 136; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Khulumani c. Barclay National Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2007); *Kadic c. Karadžić*, 70 F.3d 232 (1995); *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *West Rand Central Gold Mining Company c. Rex*, [1905] 2 K.B. 391; *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *Merrifield c. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 205, 145 O.R. (3d) 494, [2019] 3 R.C.S. viii; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*,

2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126; *Dhillon v. Dhillon*, 2006 BCCA 524, 232 B.C.A.C. 249; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241; *R. (Miller) v. Secretary of State*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *McLean v. McLean*, 2019 SKCA 15; *6165347 Manitoba Inc. v. Jenna Vandal*, 2019 MBQB 69; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *Harris v. GlaxoSmithKline Inc.*, 2010 ONSC 2326, 101 O.R. (3d) 665, aff'd 2010 ONCA 872, 106 O.R. (3d) 661, leave to appeal refused, [2011] 2 S.C.R. vii; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44.

By Côté J. (dissenting)

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 621 F.3d 111 (2010), aff'd 569 U.S. 108 (2013); *Jones v. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Belhaj v. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964; *Johnstone v. Pedlar*, [1921] 2 A.C. 262; *Oppenheimer v. Cattermole*, [1976] A.C. 249; *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883; *Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line*, [1949] S.C.R. 530; *Buck v. Attorney General*, [1965] 1 All E.R. 882; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888; *Blad v. Bamfield (1674)*, 3 Swans. 604, 36 E.R. 992; *Duke of Brunswick v. King of Hanover (1848)*, 2 H.L.C. 1, 9 E.R. 993; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Presbyterian Church of Sudan v.*

2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126; *Dhillon c. Dhillon*, 2006 BCCA 524, 232 B.C.A.C. 249; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241; *R. (Miller) c. Secretary of State*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *McLean c. McLean*, 2019 SKCA 15; *6165347 Manitoba Inc. c. Jenna Vandal*, 2019 MBQB 69; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Harris c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2010 ONSC 2326, 101 O.R. (3d) 665, conf. par 2010 ONCA 872, 106 O.R. (3d) 661, autorisation d'appel refusée, [2011] 2 R.C.S. vii; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co., 621 F.3d 111 (2010), conf. par 569 U.S. 108 (2013); *Jones c. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Belhaj c. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964; *Johnstone c. Pedlar*, [1921] 2 A.C. 262; *Oppenheimer c. Cattermole*, [1976] A.C. 249; *Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883; *Laane and Baltser c. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line*, [1949] R.C.S. 530; *Buck c. Attorney General*, [1965] 1 All E.R. 882; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Buttes Gas and Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888; *Blad c. Bamfield (1674)*, 3 Swans. 604, 36 E.R. 992; *Duke of Brunswick c. King of Hanover (1848)*, 2 H.L.C. 1, 9 E.R. 993; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Kazemi (Succession) c. République*

Talisman Energy, Inc., 2005 WL 2082846; *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 649 F.2d 1354 (1981); *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *W. S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400 (1990).

Statutes and Regulations Cited

Alien Tort Statute, 28 U.S.C. § 1350 (2018).
Business Corporations Act, S.B.C. 2002, c. 57.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Constitution Act, 1867, s. 96.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 9.
European Communities Act 1972 (U.K.), 1972, c. 68.
Human Rights Act 1998 (U.K.), 1998, c. 42, s. 6(1), (3).
Justice for Victims of Terrorism Act, S.C. 2012, c. 1, s. 2, s. 4.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 2.
State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, rr. 9-5, 21-8.

Treaties and Other International Instruments

African Charter on Human and Peoples' Rights, 1520 U.N.T.S. 217, art. 5.
American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123, art. 5.
American Declaration of the Rights and Duties of Man, April 30, 1948, art. 26.
Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Can. T.S. 1987 No. 36, art. 16.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 3.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 37.
European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1561 U.N.T.S. 363.
Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, O.A.S.T.S. No. 67.

islamique d'Iran, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Presbyterian Church of Sudan c. Talisman Energy, Inc.*, 2005 WL 2082846; *International Association of Machinists and Aerospace Workers c. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 649 F.2d 1354 (1981); *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *W. S. Kirkpatrick & Co., Inc. c. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400 (1990).

Lois et règlements cités

Alien Tort Statute, 28 U.S.C. § 1350 (2018).
Business Corporations Act, S.B.C. 2002, c. 57.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 9.
European Communities Act 1972 (R.-U.), 1972, c. 68.
Human Rights Act 1998 (R.-U.), 1998, c. 42, art. 6(1), (3).
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 2.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, c. S-18.
Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme, L.C. 2012, c. 1, art. 2, art. 4.
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, c. 24.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règles 9-5, 21-8.

Traités et autres instruments internationaux

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1994 n° 2.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 1520 R.T.N.U. 217, art. 5.
Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1144 R.T.N.U. 123, art. 5.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, R.T. Can. 1987 n° 36, art. 16.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 53.
Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 1561 R.T.N.U. 363.

International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, arts. 2, 7.
North American Free Trade Agreement between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2.
Statute of the International Court of Justice, Can. T.S. 1945 No. 7, art. 38(1).
Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 53.

Authors Cited

Aftab, Yousuf, and Audrey Mocle. *Business and Human Rights as Law: Towards Justiciability of Rights, Involvement, and Remedy*. Toronto: LexisNexis, 2019.
 Akhavan, Payam. “Canada and international human rights law: is the romance over?” (2016), 22 *Canadian Foreign Policy Journal* 331.
 Alston, Philip, and Ryan Goodman. *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
 Axworthy, Lloyd. *Navigating A New World: Canada’s Global Future*. Toronto: Vintage Canada, 2003.
 Banu, Roxana. “Assuming Regulatory Authority for Transnational Torts: An Interstate Affair? A Historical Perspective on the Canadian Private International Law Tort Rules” (2013), 31 *Windsor Y.B. Access Just.* 197.
 Bassiouni, M. Cherif. “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*” (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63.
 Baughen, Simon. *Human Rights and Corporate Wrongs: Closing the Governance Gap*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar Publishing, 2015.
 Bianchi, Andrea. “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*” (2008), 19 *E.J.I.L.* 491.
 Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England: Book the Fourth*. Oxford: Clarendon Press, 1769.
 Brierly, James L. *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1963.
 Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
 Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts” (2002), 40 *Can. Y.B. Intl Law* 3.
 Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. “International Law and the Practice of Legality: Stability and Change” (2018), 49 *V.U.W.L.R.* 429.
 Bühler, Martin. “The Emperor’s New Clothes: Defabricating the Myth of ‘Act of State’ in Anglo-Canadian Law”, in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative*

Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, S.T.O.E.A. n° 67.
Convention relative aux droits de l’enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 37.
Déclaration américaine des droits et devoirs de l’homme, 30 avril 1948, art. 26.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 2, 7.
Statut de la Cour internationale de Justice, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 38(1).

Doctrine et autres documents cités

Aftab, Yousuf, and Audrey Mocle. *Business and Human Rights as Law : Towards Justiciability of Rights, Involvement, and Remedy*, Toronto, LexisNexis, 2019.
 Akhavan, Payam. « Canada and international human rights law : is the romance over? » (2016), 22 *Canadian Foreign Policy Journal* 331.
 Alston, Philip, and Ryan Goodman. *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
 Axworthy, Lloyd. *Navigating A New World : Canada’s Global Future*, Toronto, Vintage Canada, 2003.
 Banu, Roxana. « Assuming Regulatory Authority for Transnational Torts : An Interstate Affair? A Historical Perspective on the Canadian Private International Law Tort Rules » (2013), 31 *Windsor Y.B. Access Just.* 197.
 Bassiouni, M. Cherif. « International Crimes : *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63.
 Baughen, Simon. *Human Rights and Corporate Wrongs : Closing the Governance Gap*, Cheltenham (R.-U.), Edward Elgar Publishing, 2015.
 Bianchi, Andrea. « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* » (2008), 19 *E.J.I.L.* 491.
 Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England : Book the Fourth*, Oxford, Clarendon Press, 1769.
 Brierly, James L. *The Law of Nations : An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed., Oxford, Clarendon Press, 1963.
 Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
 Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *A.C.D.I.* 3.
 Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. « International Law and the Practice of Legality : Stability and Change » (2018), 49 *V.U.W.L.R.* 429.
 Bühler, Martin. « The Emperor’s New Clothes : Defabricating the Myth of “Act of State” in Anglo-Canadian

- Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2001, 343.
- Canada. Global Affairs Canada. *Doing Business the Canadian Way: A Strategy to Advance Corporate Social Responsibility in Canada's Extractive Sector Abroad*, last updated July 31, 2019 (online: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Enhanced_CS_Strategy_ENG.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_1_eng.pdf).
- Canada. Global Affairs Canada. *Minister Carr announces appointment of first Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise*, April 8, 2019 (online: <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2019/04/minister-carr-announces-appointment-of-first-canadian-ombudsperson-for-responsible-enterprise.html>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_2_eng.pdf).
- Canada. Global Affairs Canada. *Responsible business conduct abroad — Questions and answers*, last updated September 16, 2019 (online: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/faq.aspx?lang=eng>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_3_eng.pdf).
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Clapham, Andrew. “On Complicity”, dans Marc Henzelin et Robert Roth, dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*. Paris: L.G.D.J., 2002, 241.
- Craig, Paul. “Britain in the European Union”, in Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O’Cinneide, eds., *The Changing Constitution*, 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, 104.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent. “A Fiduciary Theory of Jus Cogens” (2009), 34 *Yale J. Intl L.* 331.
- Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Currie, John H. “Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law” (2007), 45 *Can. Y.B. Intl Law* 55.
- Currie, John H., et al. *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.
- Law », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 343.
- Canada. Affaires mondiales Canada. *Conduite responsable des entreprises à l'étranger — Foire aux questions*, dernière mise à jour 16 septembre 2019 (en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/faq.aspx?lang=fra>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_3_fra.pdf).
- Canada. Affaires mondiales Canada. *Le ministre Carr annonce la nomination de la première ombudsman canadienne pour la responsabilité des entreprises*, 8 avril 2019 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2019/04/le-ministre-carr-annonce-la-nomination-du-premier-ombudsman-canadien-de-l'entreprise-responsable.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_2_fra.pdf).
- Canada. Affaires mondiales Canada. *Le modèle d'affaires canadien : Stratégie de promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger*, dernière mise à jour 31 juillet 2019 (en ligne : http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Strategie_RSE_amelioree_FRA.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_1_fra.pdf).
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Clapham, Andrew. « On Complicity », dans Marc Henzelin et Robert Roth, dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., 2002, 241.
- Craig, Paul. « Britain in the European Union », in Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O’Cinneide, eds., *The Changing Constitution*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, 104.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent. « A Fiduciary Theory of Jus Cogens » (2009), 34 *Yale J. Intl L.* 331.
- Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.
- Currie, John H. « Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007), 45 *A.C.D.I.* 55.

- de Mestral, Armand, and Evan Fox-Decent. “Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law” (2008), 53 *McGill L.J.* 573.
- Dodge, William S. “Corporate Liability Under Customary International Law” (2012), 43 *Geo. J. Int’l L.* 1045.
- Emanuelli, Claude. *Droit international public: Contribution à l’étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Fitzgerald, Oonagh E. “Implementation of International Humanitarian and Related International Law in Canada”, in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law*. Toronto: Irwin Law, 2006, 625.
- Green, James A. *The Persistent Objector Rule in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Harrington, Joanna. “Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-)Establishing a Role for Parliament” (2005), 50 *McGill L.J.* 465.
- Hathaway, Oona A., and Scott J. Shapiro. *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*. New York: Simon & Schuster, 2017.
- Henckaerts, Jean-Marie. “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict” (2005), 87 *Int’l Rev. Red Cross* 175.
- Higgins, Rosalyn. “The Relationship Between International and Regional Human Rights Norms and Domestic Law” (1992), 18 *Commonwealth L. Bull.* 1268.
- International Labour Organization. International Labour Office. “Forced labour in Myanmar (Burma) — Report of the Commission of Inquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organization to examine the observance by Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29)”, *I.L.O. Official Bulletin: Special Supplement*, vol. LXXXI, 1998, Series B.
- Jennings, Robert, and Arthur Watts. *Oppenheim’s International Law*, vol. 1, 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Jouannet, Emmanuelle. “What Is the Use of International Law? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare” (2007), 28 *Mich. J. Int’l L.* 815.
- Joyner, Christopher C. ““The Responsibility to Protect”: Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention” (2007), 47 *Va. J. Int’l L.* 693.
- Kammerhofer, Jörg. “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems” (2004), 15 *Eur. J. Int’l L.* 523.
- Keyes, John Mark, and Ruth Sullivan. “A Legislative Perspective on the Interaction of International and Domestic Law”, in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized*
- Currie, John H., et al. *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2014.
- de Mestral, Armand, and Evan Fox-Decent. « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008), 53 *R.D. McGill.* 573.
- Dodge, William S. « Corporate Liability Under Customary International Law » (2012), 43 *Geo. J. Int’l L.* 1045.
- Emanuelli, Claude. *Droit international public: Contribution à l’étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- Fitzgerald, Oonagh E. « La mise en œuvre au Canada du droit humanitaire international et connexe », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation: Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 779.
- Green, James A. *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Harrington, Joanna. « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-)Establishing a Role for Parliament » (2005), 50 *R.D. McGill* 465.
- Hathaway, Oona A., and Scott J. Shapiro. *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, New York, Simon & Schuster, 2017.
- Henckaerts, Jean-Marie. « Étude sur le droit international humanitaire coutumier: une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés » (2005), 87 *R.I.C.R.* 289.
- Higgins, Rosalyn. « The Relationship Between International and Regional Human Rights Norms and Domestic Law » (1992), 18 *Commonwealth L. Bull.* 1268.
- Jennings, Robert, and Arthur Watts. *Oppenheim’s International Law*, vol. 1, 9th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Jouannet, Emmanuelle. « What Is the Use of International Law? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare » (2007), 28 *Mich. J. Int’l L.* 815.
- Joyner, Christopher C. « “The Responsibility to Protect”: Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention » (2007), 47 *Va. J. Int’l L.* 693.
- Kammerhofer, Jörg. « Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems » (2004), 15 *Eur. J. Int’l L.* 523.
- Keyes, John Mark, et Ruth Sullivan. « L’interaction du droit international et du droit national dans une perspective législative », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation: Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 351.
- Kindred, Hugh M. « L’usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens :

- Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law*. Toronto: Irwin Law, 2006, 277.
- Kindred, Hugh M. “The Use and Abuse of International Legal Sources by Canadian Courts: Searching for a Principled Approach”, in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law*. Toronto: Irwin Law, 2006, 5.
- Koh, Harold Hongju. “Civil Remedies for Uncivil Wrongs: Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation” (2016), 50 *Tex. Int’l L.J.* 661.
- Koh, Harold Hongju. *International Law vs. Donald Trump: A Reply*, March 5, 2018 (online: <http://opiniojuris.org/2018/03/05/international-law-vs-donald-trump-a-reply/>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_4_eng.pdf).
- Koh, Harold Hongju. “Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation” (2004), 7 *J.I.E.L.* 263.
- Koh, Harold Hongju. “Transnational Legal Process” (1996), 75 *Neb. L. Rev.* 181.
- Koh, Harold Hongju. “Twenty-First-Century International Lawmaking” (2013), 101 *Geo. L.J.* 725.
- La Forest, Gérard V. “The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues” (1996), 34 *Can. Y.B. Intl Law* 89.
- Lauterpacht, Hersch. “Is International Law a Part of the Law of England?”, in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 25, *Problems of Peace and War: Papers Read Before the Society in the Year 1939*. London: Sweet & Maxwell, 1940, 51.
- LeBel, Louis. “A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian Common Law” (2014), 65 *U.N.B.L.J.* 3.
- LeBel, Louis, and Gloria Chao. “The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law” (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23.
- Macklem, Patrick. *The Sovereignty of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2015.
- McLachlan, Campbell. *Foreign Relations Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- McLachlin, Beverley. “Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?” (2006), 4 *N.Z.J.P.I.L.* 147.
- O’Keefe, Roger. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- O’Keefe, Roger. “The Doctrine of Incorporation Revisited”, in James Crawford and Vaughan Lowe, eds., *The British Year Book of International Law 2008*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 7.
- à la recherche d’une perspective raisonnée », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 11.
- Koh, Harold Hongju. « Civil Remedies for Uncivil Wrongs : Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation » (2016), 50 *Tex. Int’l L.J.* 661.
- Koh, Harold Hongju. *International Law vs. Donald Trump : A Reply*, 5 mars 2018 (en ligne : <http://opiniojuris.org/2018/03/05/international-law-vs-donald-trump-a-reply/>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_4_eng.pdf).
- Koh, Harold Hongju. « Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation » (2004), 7 *J.I.E.L.* 263.
- Koh, Harold Hongju. « Transnational Legal Process » (1996), 75 *Neb. L. Rev.* 181.
- Koh, Harold Hongju. « Twenty-First-Century International Lawmaking » (2013), 101 *Geo. L.J.* 725.
- La Forest, Gérard V. « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues » (1996), 34 *A.C.D.I.* 89.
- Lauterpacht, Hersch. « Is International Law a Part of the Law of England? », in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 25, *Problems of Peace and War : Papers Read Before the Society in the Year 1939*, London, Sweet & Maxwell, 1940, 51.
- LeBel, Louis. « A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian Common Law » (2014), 65 *R.D. U.N.-B.* 3.
- LeBel, Louis, and Gloria Chao. « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23.
- Macklem, Patrick. *The Sovereignty of Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2015.
- McLachlan, Campbell. *Foreign Relations Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- McLachlin, Beverley. *Les principes constitutionnels non écrits : qu’est-ce qui se passe dans ce domaine?*, 1^{er} décembre 2005 (en ligne : <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2005-12-01-fra.aspx>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_6_fra.pdf).
- Nations Unies. Assemblée générale. *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l’homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. N.U. A/HRC/4/35, 19 février 2007.

- Pearson, Lester B. “Canadian Foreign Policy in a Two Power World”, *The Empire Club of Canada: Addresses 1950-1951*. Toronto: T. H. Best Printing Co., 1951, 346.
- Phillipson, Gavin. “The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: a Bang or a Whimper?” (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824.
- Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. “Resolving Questions of Law: A Modern Approach to Rule 21” (2014), 43 *Adv. Q.* 344.
- Provost, René. “Judging in Splendid Isolation” (2008), 56 *Am. J. Comp. L.* 125.
- Ramasastri, Anita, and Robert C. Thompson. *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries*. Oslo: Fafo, 2006.
- Raponi, Sandra. “Grounding a Cause of Action for Torture in Transnational Law”, in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2001, 373.
- Roberts, Anthea. “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law” (2011), 60 *I.C.L.Q.* 57.
- Sands, Philippe. *East West Street: On the Origins of “Genocide” and “Crimes Against Humanity”*. New York: Alfred A. Knopf, 2016.
- Schwartz, Osnat Grady. “International Law and National Courts: Between Mutual Empowerment and Mutual Weakening” (2015), 23 *Cardozo J. Intl & Comp. L.* 587.
- Scott, Craig. “Translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms”, in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2001, 45.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.
- Simma, Bruno, and Philip Alston. “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles” (1988), 12 *Aust. Y.B.I.L.* 82.
- Slama, Jo Lynn. “*Opinio Juris* in Customary International Law” (1990), 15 *Okla. City U. L. Rev.* 603.
- Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2012.
- Stephens, Beth. “The Amoralism of Profit: Transnational Corporations and Human Rights” (2002), 20 *B.J.I.L.* 45.
- Nations Unies. Comité des droits de l’homme. *Observation générale n° 31 : La nature de l’obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004.
- Nations Unies. Commission du droit international. *Rapport de la Commission du droit international, 73^e sess., suppl. n° 10*, Doc. N.U. A/73/10, 2018.
- O’Keefe, Roger. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- O’Keefe, Roger. « The Doctrine of Incorporation Revisited », in James Crawford and Vaughan Lowe, eds., *The British Year Book of International Law 2008*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 7.
- Organisation internationale du Travail. Bureau international du Travail. « Travail forcé au Myanmar (Birmanie) — Rapport de la commission d’enquête instituée en vertu de l’article 26 de la Constitution de l’Organisation internationale du Travail pour examiner le respect par le Myanmar de la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 », *Bulletin officiel du B.I.T. : supplément spécial*, vol. LXXXI, 1998, série B.
- Pearson, Lester B. « Canadian Foreign Policy in a Two Power World », *The Empire Club of Canada : Addresses 1950-1951*, Toronto, T. H. Best Printing Co., 1951, 346.
- Phillipson, Gavin. « The Human Rights Act, “Horizontal Effect” and the Common Law : a Bang or a Whimper? » (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824.
- Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Adv. Q.* 344.
- Provost, René. « Judging in Splendid Isolation » (2008), 56 *Am. J. Comp. L.* 125.
- Ramasastri, Anita, and Robert C. Thompson. *Commerce, Crime and Conflict : Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries*, Oslo, Fafo, 2006.
- Raponi, Sandra. « Grounding a Cause of Action for Torture in Transnational Law », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 373.
- Roberts, Anthea. « Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law » (2011), 60 *I.C.L.Q.* 57.
- Sands, Philippe. *East West Street : On the Origins of « Genocide » and « Crimes Against Humanity »*, New York, Alfred A. Knopf, 2016.
- Schwartz, Osnat Grady. « International Law and National Courts : Between Mutual Empowerment and Mutual Weakening » (2015), 23 *Cardozo J. Intl & Comp. L.* 587.

- Toope, Stephen J. “Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law” (2001), 50 *U.N.B.L.J.* 11.
- United Nations. General Assembly. *Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/4/035, February 9, 2007.
- United Nations. Human Rights Committee. *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, May 26, 2004.
- United Nations. International Law Commission. *Report of the International Law Commission*, 73rd Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/73/10, 2018.
- van Ert, Gib. “The Domestic Application of International Law in Canada”, in Curtis A. Bradley, ed., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*. New York: Oxford University Press, 2019, 501.
- van Ert, Gib. “The Reception of International Law in Canada: Three Ways We Might Go Wrong”, in Centre for International Governance Innovation, *Canada in International Law at 150 and Beyond, Paper No. 2*. Waterloo, Ont.: Centre for International Governance Innovation, 2018.
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- van Ert, Gib. “What Is Reception Law?”, in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law*. Toronto: Irwin Law, 2006, 85.
- Verdier, Pierre-Hugues, and Mila Versteeg. “International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation” (2015), 109 *Am. J. Intl L.* 514.
- Virgo, Graham. “Characterisation, Choice of Law and Human Rights”, in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2001, 325.
- Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed. Toronto: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2019, release 77).
- Warner La Forest, Anne. “Evidence and International and Comparative Law”, in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law*. Toronto: Irwin Law, 2006, 367.
- Weissbrodt, David, and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, U.N. Doc. HR/PUB/02/4. New York: United Nations, 2002.
- Zerk, Jennifer. *Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system*
- Scott, Craig. « Translating Torture into Transnational Tort : Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 45.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.
- Simma, Bruno, and Philip Alston. « The Sources of Human Rights Law : Custom, Jus Cogens, and General Principles » (1988), 12 *Aust. Y.B.I.L.* 82.
- Slama, Jo Lynn. « *Opinio Juris* in Customary International Law » (1990), 15 *Okla. City U. L. Rev.* 603.
- Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2012.
- Stephens, Beth. « The Amoralité of Profit : Transnational Corporations and Human Rights » (2002), 20 *B.J.I.L.* 45.
- Toope, Stephen J. « Inside and Out : The Stories of International Law and Domestic Law » (2001), 50 *R.D. U.N.-B.* 11.
- van Ert, Gib. « Qu’est-ce que le droit de la réception? », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 107.
- van Ert, Gib. « The Domestic Application of International Law in Canada », in Curtis A. Bradley, ed., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, New York, Oxford University Press, 2019, 501.
- van Ert, Gib. « The Reception of International Law in Canada : Three Ways We Might Go Wrong », dans Centre pour l’innovation dans la gouvernance internationale, *Canada et droit international : 150 ans d’histoire et perspectives d’avenir, document n° 2*, Waterloo (Ont.), 2018.
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.
- Verdier, Pierre-Hugues, and Mila Versteeg. « International Law in National Legal Systems : An Empirical Investigation » (2015), 109 *Am. J. Intl L.* 514.
- Virgo, Graham. « Characterisation, Choice of Law and Human Rights », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 325.
- Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed., Toronto, LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2019, release 77).
- Warner La Forest, Anne. « Le principe de la preuve, le droit international et le droit comparé », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation :*

of domestic law remedies — A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, February 2014 (online: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_5_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Willcock and Dickson J.J.A.), 2017 BCCA 401, 4 B.C.L.R. (6th) 91, 419 D.L.R. (4th) 631, 12 C.P.C. (8th) 225, [2017] B.C.J. No. 2318 (QL), 2017 CarswellBC 3232 (WL Can.), affirming a decision of Abrioux J., 2016 BCSC 1856, 408 D.L.R. (4th) 383, [2016] B.C.J. No. 2095 (QL), 2016 CarswellBC 2786 (WL Can.). Appeal dismissed, Brown and Rowe JJ. dissenting in part and Moldaver and Côté JJ. dissenting.

Mark D. Andrews, Q.C., Andrew I. Nathanson, Gavin R. Cameron and Caroline L. Senini, for the appellant.

Joe Fiorante, Q.C., Reidar M. Mogerma, Jen Winstanley, James Yap and Nicholas C. Baker, for the respondents.

Cory Wanless and Yolanda Song, for the intervenor the International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law.

Tamara Morgenthau and Alison M. Latimer, for the intervenors EarthRights International and the Global Justice Clinic at New York University School of Law.

Paul Champ, Jennifer Klinck and Penelope Simons, for the intervenors Amnesty International Canada and the International Commission of Jurists.

Rapports entre le droit international et le droit interne, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 455.
Weissbrodt, David, et Société anti-esclavagiste internationale. *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, Doc. N.U. HR/PUB/02/4, New York, Nations Unies, 2002.

Zerk, Jennifer. *Corporate liability for gross human rights abuses : Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies — A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, février 2014 (en ligne : <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_5_eng.pdf).

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

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

Joe Fiorante, c.r., Reidar M. Mogerma, Jen Winstanley, James Yap et Nicholas C. Baker, pour les intimés.

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

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

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

Luis Sarabia and Steven Frankel, for the intervener the Mining Association of Canada.

Bruce W. Johnston, Andrew E. Cleland, Jean-Marc Lacourcière and Clara Poissant-Lespérance, for the intervener MiningWatch Canada.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Gascon and Martin J.J. was delivered by

[1] ABELLA J. — This appeal involves the application of modern international human rights law, the phoenix that rose from the ashes of World War II and declared global war on human rights abuses. Its mandate was to prevent breaches of internationally accepted norms. Those norms were not meant to be theoretical aspirations or legal luxuries, but moral imperatives and legal necessities. Conduct that undermined the norms was to be identified and addressed.

[2] The process of identifying and responsively addressing breaches of international human rights law involves a variety of actors. Among them are courts, which can be asked to determine and develop the law's scope in a particular case. This is one of those cases.

[3] Gize Yebeyo Araya, Kesete Tekle Fshazion and Mihretab Yemane Tekle are refugees and former Eritrean nationals. They claim that they were indefinitely conscripted through their military service into a forced labour regime where they were required to work at the Bisha mine in Eritrea and subjected to violent, cruel, inhuman and degrading treatment. The mine is owned by a Canadian company, Nevsun Resources Ltd.

[4] The Eritrean workers started these proceedings in British Columbia as a class action against Nevsun on behalf of more than 1,000 individuals who claim to have been compelled to work at the Bisha mine between 2008 and 2012. In their pleadings, the Eritrean workers sought damages for breaches of domestic

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

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

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

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

[2] Le processus qui consiste à cerner les violations du droit international des droits de la personne et à prendre des mesures adéquates à cet égard fait intervenir divers acteurs. Les tribunaux se retrouvent parmi ceux-ci, pouvant être appelés à établir et à faire évoluer la portée du droit dans un cas donné. Nous sommes en présence d'un tel cas.

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

[4] Les travailleurs érythréens ont introduit la présente instance en Colombie-Britannique au moyen d'un recours collectif contre Nevsun au nom de plus de 1 000 personnes qui affirment avoir été contraintes de travailler à la mine Bisha entre 2008 et 2012. Dans leurs actes de procédure, les travailleurs érythréens

torts including conversion, battery, “unlawful confinement” (false imprisonment), conspiracy and negligence. They also sought damages for breaches of customary international law prohibitions against forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; and crimes against humanity.¹

[5] Nevsun brought a motion to strike the pleadings on the basis of the “act of state doctrine”, which precludes domestic courts from assessing the sovereign acts of a foreign government. This, Nevsun submits, includes Eritrea’s National Service Program. Its position was also that the claims based on customary international law should be struck because they have no reasonable prospect of success.²

[6] Both the Chambers Judge and the Court of Appeal dismissed Nevsun’s motions to strike on these bases. For the reasons that follow, I see no reason to disturb those conclusions.

Background

[7] The Bisha mine in Eritrea produces gold, copper and zinc. It is one of the largest sources of revenue for the Eritrean economy. The construction of the mine began in 2008. It was owned and operated by an Eritrean corporation, the Bisha Mining Share Company, which is 40 percent owned by the Eritrean National Mining Corporation and, through subsidiaries, 60 percent owned by Nevsun, a publicly-held corporation incorporated under British Columbia’s *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c. 57.

¹ Eritrean workers’ amended notice of civil claim, at paras. 7, 53, 56(a), 60, 63, 66, 70 and 71 (A.R., vol. III, at p. 159).

² Nevsun’s notice of application: application to strike workers’ customary international law claims as disclosing no reasonable claim (A.R., vol. III, at p. 58).

ont réclamé des dommages-intérêts pour des délits de droit interne, notamment pour détournement, voies de fait, « séquestration » (détention injustifiée), complot et négligence. Ils ont également réclamé des dommages-intérêts pour la violation des interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé; à l’esclavage; aux traitements cruels, inhumains ou dégradants; et aux crimes contre l’humanité¹.

[5] Nevsun a présenté une requête en radiation des actes de procédure sur le fondement de la [TRANSDUCTION] « doctrine de l’acte de gouvernement », qui empêche les tribunaux nationaux de porter un jugement sur les actes souverains d’un gouvernement étranger. Selon Nevsun, cela comprend le programme de service national de l’Érythrée. Elle a également fait valoir que les demandes fondées sur le droit international coutumier devaient être radiées parce qu’elles ne présentent aucune perspective raisonnable de succès².

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

Contexte

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

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

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

[8] The Bisha Company hired a South African company called SENET as the Engineering, Procurement and Construction Manager for the construction of the mine. SENET entered into subcontracts on behalf of the Bisha Company with Mereb Construction Company, which was controlled by the Eritrean military, and Segen Construction Company which was owned by Eritrea's only political party, the People's Front for Democracy and Justice. Mereb and Segen were among the construction companies that received conscripts from Eritrea's National Service Program.

[9] The National Service Program was established by a 1995 decree requiring all Eritreans, when they reached the age of 18, to complete 6 months of military training followed by 12 months of "military development service" (2016 BCSC 1856, at para. 26). Conscripts were assigned to direct military service and/or "to assist in the construction of public projects that are in the national interest".

[10] In 2002, the period of military conscription in Eritrea was extended indefinitely and conscripts were forced to provide labour at subsistence wages for various companies owned by senior Eritrean military or party officials, such as Mereb and Segen.

[11] For those conscripted to the Bisha mine, the tenure was indefinite. The workers say they were forced to provide labour in harsh and dangerous conditions for years and that, as a means of ensuring the obedience of conscripts at the mine, a variety of punishments were used. They say these punishments included "being ordered to roll in the hot sand while being beaten with sticks until losing consciousness" and the "helicopter" which consisted of tying the workers' arms together at the elbows behind the back, and the feet together at the ankles, and being left in the hot sun for an hour".

[8] La Bisha Company a embauché une entreprise sud-africaine appelée SENET à titre de gestionnaire de l'ingénierie, de l'approvisionnement et de la construction pour la construction de la mine. SENET a conclu des contrats de sous-traitance pour le compte de la Bisha Company avec Mereb Construction Company, qui était contrôlée par l'armée érythréenne, et avec Segen Construction Company, qui appartenait au seul parti politique de l'Érythrée, le Front populaire pour la démocratie et la justice. Mereb et Segen figuraient parmi les entreprises de construction qui recevaient des conscrits dans le cadre du programme de service national de l'Érythrée.

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

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

[11] Pour les conscrits affectés à la mine Bisha, la durée des fonctions était indéfinie. Les travailleurs affirment qu'ils ont été contraints de travailler dans des conditions dures et dangereuses pendant des années et que, pour que les conscrits à la mine obéissent, divers châtiments leur étaient infligés. Par exemple, ils soutiennent qu'ils pouvaient [TRADUCTION] « se voir ordonner de se rouler dans le sable brûlant, tout en étant battus à coups de bâtons jusqu'à en perdre conscience » et subir le châtimement de « l'"hélicoptère", qui consistait à ce que les bras du travailleur soient attachés derrière son dos au niveau des coudes, à ce que ses pieds soient attachés au niveau des chevilles, et à ce qu'il soit laissé en plein soleil pendant une heure ».

[12] The workers claim that those who became ill — a common occurrence at the mine — had their pay docked if they failed to return to work after five days. When not working, the Eritrean workers say they were confined to camps and not allowed to leave unless authorized to do so. Conscripts who left without permission or who failed to return from authorized leave faced severe punishment and the threat of retribution against their families. They say their wages were as low as US\$30 per month.

[13] Gize Yebeyo Araya says he voluntarily enlisted in the National Service Program in 1997 but instead of being released after completing his 18 months of service, was forced to continue his military service and was deployed as a labourer to various sites, including the Bisha mine in February 2010. At the mine, he says he was required to work six days a week from 5:00 a.m. to 6:00 p.m., often outside in temperatures approaching 50 degrees Celsius. He escaped from Eritrea in 2011.

[14] Kesete Tekle Fshazion says he was conscripted in 2002 and remained under the control of the Eritrean military until he escaped from Eritrea in 2013. He says he was sent to the Bisha mine in 2008 where he worked from 6:00 a.m. to 6:00 p.m. six days a week and 6:00 a.m. to 2:00 p.m. on the seventh day.

[15] Mihretab Yemane Tekle says he was conscripted in 1994 and, after completing his 18 months of service, was deployed to several positions, mainly within the Eritrean military. He says he was transported to the Bisha mine in February 2010 where he worked six days a week from 6:00 a.m. to 6:00 p.m., often outside, uncovered, in temperatures approaching 50 degrees Celsius. He escaped Eritrea in 2011.

Prior Proceedings

[16] Nevsun brought a series of applications seeking: an order denying the proceeding the status of a representative action; a stay of the proceedings on the basis that Eritrea was a more appropriate forum

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

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

[14] Kesete Tekle Fshazion affirme avoir été conscrit en 2002 et être resté sous l'autorité de l'armée érythréenne jusqu'au moment où il a fui l'Érythrée en 2013. Il dit qu'il a été envoyé à la mine Bisha en 2008, où il travaillait de 6 h à 18 h six jours par semaine et de 6 h à 14 h le septième jour.

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

Historique judiciaire

[16] Nevsun a présenté une série de demandes visant à obtenir : une ordonnance rejetant le statut de recours collectif de l'instance; un sursis de l'instance au motif que l'Érythrée constituait un ressort plus

(*forum non conveniens*); an order striking portions of the evidence — first-hand affidavit material and secondary reports — filed by the Eritrean workers; an order dismissing or striking the pleadings pursuant to rule 21-8 or, alternatively, rule 9-5 of the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, on the grounds that British Columbia courts lacked subject matter jurisdiction as a result of the operation of the act of state doctrine; and an order striking that part of the pleadings based on customary international law as being unnecessary and disclosing no reasonable cause of action, pursuant to rule 9-5 of the *Supreme Court Civil Rules*.

[17] The Chambers Judge, Abrioux J., observed that since it controlled a majority of the Board of the Bisha Company and Nevsun's CEO was its Chair, Nevsun exercised effective control over the Bisha Company. He also observed that there was operational control: "Through its majority representation on the board of [the Bisha Company, Nevsun] is involved in all aspects of Bisha operations, including exploration, development, extraction, processing and reclamation".

[18] He denied Nevsun's *forum non conveniens* application, concluding that Nevsun had not established that convenience favours Eritrea as the appropriate forum. There was also a real risk of an unfair trial occurring in Eritrea. Abrioux J. admitted some of the first-hand affidavit material and the secondary reports for the limited purpose of providing the required social, historical and contextual framework, but he denied the proceeding the status of a representative action, meaning the Eritrean workers were not permitted to bring claims on behalf of the other individuals, many of whom are still in Eritrea.

[19] As to the act of state doctrine, Abrioux J. noted that it has never been applied in Canada, but was nonetheless of the view that it formed part of

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

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

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

[19] Quant à la doctrine de l'acte de gouvernement, le juge Abrioux a fait remarquer qu'elle n'a jamais été appliquée au Canada, mais il était néanmoins

Canadian common law. Ultimately, however, he concluded that it did not apply in this case.

[20] In dealing with Nevsun’s request to strike the claims based on customary international law, Abrioux J. characterized the issue as “whether claims for damages arising out of the alleged breach of *jus cogens* or peremptory norms of customary international law . . . may form the basis of a civil proceeding in British Columbia”. He said that claims should only be struck if, assuming the pleaded facts to be true, it is “plain and obvious” that the pleadings disclose no reasonable likelihood of success and are bound to fail. He rejected Nevsun’s argument that there is no reasonable prospect at trial that the court would recognize either “claims based on breaches of [customary international law]” or claims for “new torts based on the adoption of the customary norms advanced by the [workers]”. He held that customary international law is incorporated into and forms part of Canadian common law unless there is domestic legislation to the contrary. Neither the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, nor any other legislation bars the Eritrean workers’ claims. In his view, while novel, the claims stemming from Nevsun’s breaches of customary international law should proceed to trial where they can be evaluated in their factual and legal context, particularly since the prohibitions on slavery, forced labour and crimes against humanity are *jus cogens*, or peremptory norms of customary international law, from which no derogation is permitted.

[21] On appeal, Nevsun argued that Abrioux J. erred in refusing to decline jurisdiction on the *forum non conveniens* application; in admitting the Eritrean workers’ reports, even for a limited purpose; in holding that the Eritrean workers’ claims were not barred by the act of state doctrine; and in declining

d’avis qu’elle faisait partie de la common law canadienne. Il a finalement conclu, cependant, qu’elle ne s’appliquait pas en l’espèce.

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

[21] En appel, Nevsun a soutenu que le juge Abrioux avait commis une erreur en refusant de décliner compétence relativement à la demande fondée sur le *forum non conveniens*; en admettant les rapports des travailleurs érythréens, même à une fin précise; en concluant que la doctrine de l’acte de

to strike the Eritrean workers' claims that were based on customary international law. The Eritrean workers did not appeal from Abrioux J.'s ruling denying the proceeding the status of a representative action.

[22] Writing for a unanimous court, Newbury J.A. upheld Abrioux J.'s rulings on the *forum non conveniens* and evidence applications (2017 BCCA 401). As for the act of state doctrine, Newbury J.A. noted that no Canadian court has ever directly applied the doctrine, but that it was adopted in British Columbia by virtue of what is now s. 2 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, which recognizes that the common law of England as it was in 1858 is part of the law of British Columbia. She concluded, however, that the act of state doctrine did not apply in this case because the Eritrean workers' claims were not a challenge to the legal validity of a foreign state's laws or executive acts. Even if the act of state doctrine did apply, it would not bar the Eritrean workers' claims since one or more of the doctrine's acknowledged exceptions would apply.

[23] Turning to the international law issues, Newbury J.A. noted that in actions brought against foreign states, courts in both England and Canada have not recognized a private law cause of action since they involved the principle of state immunity, codified in Canada by the *State Immunity Act*. But because the Eritrean workers' customary international law claims were not brought against a foreign state, they were not barred by the *State Immunity Act*.

[24] Finally, Newbury J.A. was alert to what she referred to as a fundamental change that has occurred in public international law, whereby domestic courts have become increasingly willing to address issues

gouvernement ne faisait pas obstacle aux réclamations des travailleurs érythréens; et en refusant de radier les réclamations des travailleurs érythréens qui étaient fondées sur le droit international coutumier. Les travailleurs érythréens n'ont pas interjeté appel de la décision du juge Abrioux de refuser d'accorder à l'instance le statut de recours collectif.

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

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

[24] Enfin, la juge Newbury était consciente qu'il s'était produit ce qu'elle a appelé un changement fondamental dans le droit international public, par lequel les tribunaux nationaux acceptent de plus en

of public international law when appropriate. With this in mind, she characterized the central issue on appeal as being “whether Canadian courts, which have thus far not grappled with the development of what is now called ‘transnational law’, might also begin to participate in the change described”. She concluded that the fact that aspects of the Eritrean workers’ claims were actionable as private law torts, did not mean that they had no reasonable chance of success on the basis of customary international law.

[25] Ultimately, Newbury J.A. held that since the law in this area is developing, it cannot be said that the Eritrean workers’ claims based on breaches of customary international law were bound to fail.

Analysis

[26] Nevsun’s appeal focussed on two issues:

- (1) Does the act of state doctrine form part of Canadian common law?
- (2) Can the customary international law prohibitions against forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; and crimes against humanity ground a claim for damages under Canadian law?

Nevsun did not challenge the Court of Appeal’s decision on the admissibility of the reports or on *forum non conveniens*. As a result, there is no dispute that if the act of state doctrine does not bar the matter from proceeding, British Columbia courts are the appropriate forum for resolving the claims.

The Act of State Doctrine

[27] Nevsun’s first argument is that the entire claim should be struck because the act of state doctrine makes it non-justiciable.

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

[25] La juge Newbury a finalement conclu qu’étant donné que le droit dans ce domaine est en pleine évolution, on ne saurait affirmer que les réclamations des travailleurs érythréens fondées sur des violations du droit international coutumier étaient vouées à l’échec.

Analyse

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

- (1) La doctrine de l’acte de gouvernement fait-elle partie de la common law canadienne?
- (2) Les interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé; à l’esclavage; aux traitements cruels, inhumains ou dégradants; et aux crimes contre l’humanité peuvent-elles servir de fondement à une action en dommages-intérêts en droit canadien?

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

La doctrine de l’acte de gouvernement

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

[28] The act of state doctrine is a known (and heavily criticized) doctrine in England and Australia. It has, by contrast, played no role in Canadian law. Nonetheless, Nevsun asserts that these proceedings are barred by its operation. It is helpful, then, to start by examining what the doctrine is.

[29] There is no single definition that captures the unwieldy collection of principles, limitations and exceptions that have been given the name “act of state” in English law. A useful starting point, however, is Lord Millett’s description: “the act of state doctrine is a rule of domestic law which holds the national court incompetent to adjudicate upon the lawfulness of the sovereign acts of a foreign state” (*R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147 (H.L.), at p. 269).

[30] The act of state doctrine shares some features with state immunity, which extends personal immunity to state officials for acts done in their official capacity. But the two are distinct, as Lord Sumption explained in *Belhaj v. Straw*, [2017] UKSC 3:

Unlike state immunity, act of state is not a personal but a subject matter immunity. It proceeds from the same premise as state immunity, namely mutual respect for the equality of sovereign states. *But it is wholly the creation of the common law.* Although international law requires states to respect the immunity of other states from their domestic jurisdiction, it does not require them to apply any particular limitation on their subject matter jurisdiction in litigation to which foreign states are not parties and in which they are not indirectly impleaded. *The foreign act of state doctrine is at best permitted by international law.* [Emphasis added; para. 200.]

[31] The outlines of the act of state doctrine can be traced to the early English authorities of *Blad*

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

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

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

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

[31] Les grandes lignes de la doctrine de l’acte de gouvernement remontent à l’ancienne jurisprudence

v. *Bamfield* (1674), 3 Swans. 604, and *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1 (see also *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co. (No. 2)*, [2012] EWCA Civ 855, at para. 40).

[32] In *Blad*, Bamfield and other English traders brought a claim in the English courts against a Danish trader who had been granted letters patent by the King of Denmark as ruler of Iceland “for the sole trade of Iceland” (p. 993). The trader seized Bamfield’s goods in Iceland for allegedly fishing contrary to his letters patent. Bamfield challenged the validity of the letters patent. Lord Nottingham ruled that Bamfield’s action was barred on the grounds that “to send it to a trial at law, where either the Court must pretend to judge of the validity of the king’s letters patent in Denmark, or of the exposition and meaning of the articles of peace; or that a common jury should try whether the English have a right to trade in Iceland, is monstrous and absurd” (p. 993).

[33] In the subsequent case of *Duke of Brunswick*, the deposed Duke sued the King of Hanover in England, alleging that, through acts done in Hanover and elsewhere abroad, he had aided in depriving the Duke of his land and title. The House of Lords refused to judge the acts of a sovereign in his own country. In the words of the Lord Chancellor:

... a foreign Sovereign, coming into this country, cannot be made responsible here for an act done in his sovereign character in his own country; whether it be an act right or wrong, whether according to the constitution of that country or not, the Courts of this country cannot sit in judgment upon an act of a Sovereign, effected by virtue of his Sovereign authority abroad, an act not done as a British subject, but supposed to be done in the exercise of his authority vested in him as Sovereign. [pp. 998-99]

[34] Since then, the English act of state doctrine has developed a number of qualifications and limitations,

anglaise qui se dégage des arrêts *Blad c. Bamfield* (1674), 3 Swans. 604, et *Duke of Brunswick c. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1 (voir aussi *Yukos Capital Sarl c. OJSC Rosneft Oil Co. (No. 2)*, [2012] EWCA Civ 855, par. 40).

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

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

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

[34] Depuis ce temps, la doctrine anglaise de l’acte de gouvernement a engendré un certain nombre de

and it no longer includes the sweeping proposition that domestic courts cannot adjudicate the lawfulness of foreign state acts. This became clear in the case of *Oppenheimer v. Cattermole*, [1976] A.C. 249, where the House of Lords refused to recognize and apply a Nazi decree depriving Jews of their German citizenship and leading to the confiscation of all their property on which the state could “lay its hands” (p. 278). Lord Cross held that such a discriminatory law “constitutes so grave an infringement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognise it as a law at all”, noting that it is “part of the public policy of this country that our courts should give effect to clearly established rules of international law” (p. 278). The House of Lords elaborated on this principle in *Kuwait Airways Corpn. v. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, where Lord Nicholls held that foreign laws “may be fundamentally unacceptable for reasons other than human rights violations” (para. 18).

[35] There has also been a proliferation of limitations on, and exceptions to, the act of state doctrine in England, reflecting an attempt to respond to the difficulties of applying a single doctrine to a heterogeneous collection of issues. This challenge was identified by Lord Wilberforce in his influential account of the English act of state doctrine in *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888 (H.L.), a defamation action that arose in the context of two conflicting oil concessions granted by neighbouring states in the Arabian Gulf. He referred to the act of state doctrine as “a generally confused topic”, adding that “[n]ot the least of its difficulty has lain in the indiscriminating use of ‘act of state’ to cover situations which are quite distinct, and different in law” (p. 930). He explained that, though often referred to using the general terminology of “act of state”, English law differentiates between Crown acts of state (concerning the acts of officers of the Crown committed abroad) and foreign acts of state (concerning the justiciability in domestic courts of actions of foreign states). He went on to observe that within the foreign act of state doctrine, the cases

réserve et de restrictions, et elle ne comprend plus le large principe selon lequel les tribunaux internes ne peuvent se prononcer sur la légalité des actes d’un État étranger. Ce fait ressort clairement de la décision *Oppenheimer c. Cattermole*, [1976] A.C. 249, où la Chambre des lords a refusé de reconnaître et d’appliquer un décret nazi dépouillant les Juifs de leur citoyenneté allemande et entraînant la confiscation de tous les biens de ceux-ci sur lesquels l’État pouvait [TRADUCTION] « mettre la main » (p. 278). Lord Cross a déclaré qu’une telle loi discriminatoire « constitue une violation si grave des droits de la personne que les tribunaux de notre pays doivent tout simplement refuser de la reconnaître en tant que loi », soulignant que « l’ordre public de notre pays prévoit que nos tribunaux donnent effet aux règles de droit international clairement établies » (p. 278). La Chambre des lords a précisé ce principe dans *Kuwait Airways Corpn. c. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, où lord Nicholls a affirmé que les lois étrangères [TRADUCTION] « peuvent être fondamentalement inacceptables pour des motifs autres que les violations des droits de la personne » (par. 18).

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

support the existence of two separate principles: a more specific principle guiding courts to consider the choice of law in cases involving whether and when a domestic court will give effect in its law to a rule of foreign law; and the more general principle that courts refrain from adjudicating the transactions of foreign states.

[36] And in the 2012 *Yukos* case, Rix L.J., writing for the Court of Appeal of England and Wales, modernized the description of the doctrine:

It would seem that, generally speaking, the doctrine is confined to acts of state within the territory of the sovereign, but in special and perhaps exceptional circumstances . . . may even go beyond territorial boundaries and for that very reason give rise to issues which have to be recognised as non-justiciable. The various formulations of the paradigm principle are apparently wide, and prevent adjudication on the validity, legality, lawfulness, acceptability or motives of state actors. It is a form of immunity *ratione materiae*, closely connected with analogous doctrines of sovereign immunity and, although a domestic doctrine of English (and American) law, is founded on analogous concepts of international law, both public and private, and of the comity of nations. It has been applied in a wide variety of situations, but often arises by way of defence or riposte: as where a dispossessed owner sues in respect of his property, the defendant relies on a foreign act of state as altering title to that property, and the claimant is prevented from calling into question the effectiveness of that act of state. [para. 66]

[37] Rix L.J. noted the numerous limitations or exceptions to the doctrine which he grouped into five categories. First, the impugned act must occur within the territory of the foreign state for the doctrine to apply. Second, “the doctrine will not apply to foreign acts of state which are in breach of clearly

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

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

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

[37] Le lord juge Rix a fait état des nombreuses restrictions ou exceptions à la doctrine, qu’il a regroupées en cinq catégories. Premièrement, l’acte contesté doit se produire sur le territoire de l’État étranger pour que la doctrine s’applique. Deuxièmement, [TRADUCTION] « la doctrine ne

established rules of international law, or are contrary to English principles of public policy, as well as where there is a grave infringement of human rights” (para. 69). Third, judicial acts are not “acts of state” for the purposes of the doctrine. Fourth, the doctrine will not apply to the conduct of a state that is of a commercial (rather than sovereign) character. Fifth, the doctrine does not apply where the only issue is whether certain acts have occurred, not the legal effectiveness of those acts.

[38] The effect of all these limitations, as he noted, was to dilute the doctrine substantially:

The important thing is to recognise that increasingly in the modern world the doctrine is being defined, like a silhouette, by its limitations, rather than to regard it as occupying the whole ground save to the extent that an exception can be imposed. That after all would explain why it has become wholly commonplace to adjudicate upon or call into question the acts of a foreign state in relation to matters of international convention, whether it is the persecution of applicant asylum refugees, or the application of the Rome Statute with regard to international criminal responsibility or other matters That is also perhaps an element in the naturalness with which our courts have been prepared, in the face of cogent evidence, to adjudicate upon allegations relating to the availability of substantive justice in foreign courts. *It also has to be remembered that the doctrine was first developed in an era which predated the existence of modern international human rights law.* The idea that the rights of a state might be curtailed by its obligations in the field of human rights would have seemed somewhat strange in that era. That is perhaps why our courts have sometimes struggled, albeit ultimately successfully, to give effective support to their abhorrence of the persecutions of the Nazi era [as in *Oppenheimer*]. [Emphasis added; para. 115.]

[39] The doctrine was again recently assessed by the English courts in *Belhaj*, where Mr. Belhaj and his wife alleged that English officials were complicit

s’applique pas aux actes de gouvernement étrangers qui constituent un manquement aux règles de droit international clairement établies, ou qui sont contraires aux principes anglais d’ordre public, ainsi qu’en cas de violation grave des droits de la personne » (par. 69). Troisièmement, les actes judiciaires ne sont pas des « actes de gouvernement » aux fins d’application de la doctrine. Quatrièmement, la doctrine ne s’applique pas à la conduite d’un État qui revêt un caractère commercial (plutôt que souverain). Cinquièmement, la doctrine ne s’applique pas lorsque la seule question est de savoir si certains actes se sont produits, et ne concerne pas l’efficacité de ces actes.

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

[TRADUCTION] Il importe de reconnaître que de nos jours, la doctrine est de plus en plus souvent définie, comme une silhouette, par ses restrictions plutôt que d’être considérée comme occupant tout l’espace, sauf dans la mesure où une exception peut être imposée. Cela, après tout, pourrait expliquer pourquoi il est devenu monnaie courante de juger ou de remettre en question les actes d’un État étranger relativement aux affaires liées aux conventions internationales, qu’il s’agisse de la persécution de demandeurs d’asile, ou de l’application du Statut de Rome en ce qui concerne la responsabilité pénale internationale ou d’autres affaires [. . .] Cela constitue peut-être aussi un élément de l’aisance avec laquelle nos tribunaux se sont montrés disposés, en présence d’une preuve convaincante, à se prononcer sur les allégations relatives à l’accès à la justice quant au fond devant les tribunaux étrangers. *Il faut également se souvenir que la doctrine tire son origine d’une époque antérieure à l’existence du droit international moderne des droits de la personne.* L’idée que les droits d’un État puissent être restreints par ses obligations en matière de droits de la personne aurait semblé quelque peu étrange à l’époque. C’est sans doute pourquoi nos tribunaux ont parfois eu du mal, bien qu’ils aient fini par le faire, à donner libre cours à leur aversion pour les persécutions de l’époque nazie [comme dans *Oppenheimer*]. [Italique ajouté; par. 115.]

[39] La doctrine a encore récemment été analysée par les tribunaux anglais dans la décision *Belhaj*, où M. Belhaj et son épouse alléguaient que des

with the Libyan State in their illegal detention, abduction and removal to Libya in 2004. The court of first instance concluded that most of the claims were barred by the foreign act of state doctrine. On appeal, Lloyd Jones L.J. for the court cited with approval the modern description of the doctrine and its limitations set out in *Yukos* and held that the action could proceed in light of compelling public policy reasons ([2014] EWCA Civ 1394).

[40] Upholding the Court of Appeal, a divided Supreme Court provided four separate sets of reasons, each seeking to clarify the doctrine but disagreeing on how to do so.

[41] Lord Mance held that the doctrine should be disaggregated into three separate rules, subject to limitations. He concluded that the doctrine did not apply to the circumstances of the case and, if it did, a public policy exception like the one articulated in *Yukos* would apply. Lord Neuberger separated the doctrine into different rules from those of Lord Mance. Like Lord Mance, he concluded that the doctrine did not apply in this case and, even if it did, a public policy exception would preclude its application. Lady Hale and Lord Clarke agreed with Lord Neuberger and Lord Mance that the foreign act of state doctrine did not apply to the case and, notwithstanding the differing list of rules provided by Lords Mance and Neuberger, considered their reasons on the matter to be substantially the same. Lord Sumption maintained a more unified version of the doctrine, holding that it would have applied but for a public policy exception.

[42] As the conflicting judgments in *Belhaj* highlight, the attempt to house several unique concepts under the roof of the act of state doctrine in English jurisprudence has led to considerable confusion. Attempting to apply a doctrine which is largely defined by its limitations has also caused some confusion in Australia. In *Habib v. Commonwealth of Australia*, [2010] FCAFC 12, Jagot J. observed that

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

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

[41] Lord Mance a estimé que la doctrine devait être décomposée en trois règles distinctes, sous réserve de restrictions. Il a conclu que la doctrine ne s'appliquait pas aux circonstances de l'affaire et que, si elle devait s'appliquer, une exception d'ordre public comme celle énoncée dans l'arrêt *Yukos* s'appliquerait. Lord Neuberger a divisé la doctrine en règles différentes de celles de lord Mance. À l'instar de ce dernier, lord Neuberger a conclu que la doctrine ne s'appliquait pas dans cette affaire et que, même si elle devait s'appliquer, une exception d'ordre public empêcherait son application. Lady Hale et lord Clarke ont convenu avec lord Neuberger et lord Mance que la doctrine de l'acte de gouvernement étranger ne s'appliquait pas à l'affaire et, malgré la liste de règles différente présentée par les lords Mance et Neuberger, ils étaient d'avis que leur opinion sur la question était essentiellement la même. Lord Sumption a soutenu une version plus unifiée de la doctrine, estimant qu'elle se serait appliquée n'eût été une exception d'ordre public.

[42] Comme le montrent les jugements contradictoires énoncés dans la décision *Belhaj*, la tentative de faire cohabiter plusieurs concepts uniques au sein de la doctrine de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence anglaise a donné lieu à beaucoup de confusion. Le fait d'avoir tenté d'appliquer une doctrine en grande partie définie par ses restrictions a également causé de la confusion en Australie. Dans

the act of state doctrine has been described as “a common law principle of uncertain application” (para. 51 (AustLII)).

[43] Similarly, in *Moti v. The Queen*, [2011] HCA 50, the court rejected the contention that the act of state doctrine jurisprudence established “a general and universally applicable rule that Australian courts may not be required (or do not have or may not exercise jurisdiction) to form a view about the lawfulness of conduct that occurred outside Australia by reference to foreign law” (para. 50 (AustLII)). The court noted that “the phrase ‘act of State’, must not be permitted to distract attention from the need to identify the issues that arise in each case at a more particular level than is achieved by applying a single, all-embracing formula” (para. 52).

[44] The Canadian common law has grown from the same roots. As in England, the foundational cases concerning foreign act of state are *Blad* and *Duke of Brunswick*. But since then, whereas English jurisprudence continually reaffirmed and reconstructed the foreign act of state doctrine, Canadian law has developed its own approach to addressing the twin principles underlying the doctrine articulated in *Buttes Gas*: conflict of laws and judicial restraint. Both principles have developed separately in Canadian jurisprudence rather than as elements of an all-encompassing “act of state doctrine”. As such, in Canada, the principles underlying the act of state doctrine have been completely subsumed within this jurisprudence.

[45] Our courts determine questions dealing with the enforcement of foreign laws according to ordinary private international law principles which generally call for deference, but allow for judicial discretion to decline to enforce foreign laws where

la décision *Habib c. Commonwealth of Australia*, [2010] FCAFC 12, le juge Jagot a fait remarquer que la doctrine de l’acte de gouvernement a été qualifiée de [TRADUCTION] « principe de common law d’application incertaine » (par. 51 (AustLII)).

[43] De la même façon, dans l’arrêt *Moti c. The Queen*, [2011] HCA 50, la cour a rejeté la thèse voulant que la jurisprudence relative à la doctrine de l’acte de gouvernement établissait [TRADUCTION] « une règle générale et d’application universelle selon laquelle les tribunaux australiens ne peuvent être tenus de se former une opinion sur la légalité d’une conduite survenue à l’extérieur de l’Australie en se référant au droit étranger (ou n’ont pas compétence ou ne peuvent exercer leur compétence pour ce faire) » (par. 50 (AustLII)). La cour a souligné que « l’expression “acte de gouvernement” ne saurait faire oublier la nécessité que les questions soulevées dans chaque affaire soient définies à un niveau plus particulier que celui qui est atteint lorsqu’on applique une formule unique de portée générale » (par. 52).

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

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

such laws are contrary to public policy, including respect for public international law.

[46] *Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger S.S. Line*, [1949] S.C.R. 530, is an early example of how the law has developed in Canada (see Martin Bühler, “The Emperor’s New Clothes: Defabricating the Myth of ‘Act of State’ in Anglo-Canadian Law”, in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 343, at pp. 346-48 and 351). In *Laane*, this Court considered whether Canada would give effect to a 1940 decree of the Estonian Soviet Socialist Republic purporting to nationalize all Estonian merchant ships, including those in foreign ports, with compensation to the owners at a rate of 25 percent of each ship’s value. One of the ships was in the port of Saint John, New Brunswick, when it was sold by court order at the insistence of crew members who were owed wages. The balance of the sale proceeds was claimed by the Estonian State Cargo and Passenger Steamship Line. This Court refused to enforce the 1940 decree because it was confiscatory and contrary to Canadian public policy. None of the four judges who gave reasons had any hesitation in expressing views about the lawfulness of Estonia’s conduct, whether as a matter of international law or Canadian public policy. As Rand J. noted: “. . . there is the general principle that no state will apply a law of another which offends against some fundamental morality or public policy” (p. 545). No act of state concerns about Estonia’s sovereignty or non-interference in its affairs were even raised by the Court. Instead, the case was dealt with as a straightforward private international law matter about whether to enforce the foreign law despite its penal and confiscatory nature.

[47] Our courts also exercise judicial restraint when considering foreign law questions. This restraint means that courts will refrain from making findings which purport to be legally binding on

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

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

[47] Nos tribunaux exercent aussi une retenue judiciaire lorsqu’ils se penchent sur des questions de droit étranger. Cette retenue signifie que les tribunaux s’abstiendront de tirer des conclusions qui

foreign states. But our courts are free to inquire into foreign law questions when doing so is necessary or incidental to the resolution of domestic legal controversies properly before the court.

[48] In *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, this Court confirmed that Canadian courts should not hesitate to make determinations about the validity of “foreign” laws where such determinations are incidental to the resolution of legal controversies properly before the courts. The issue in *Hunt* was whether the courts in British Columbia had the authority to determine the constitutionality of a Quebec statute. In concluding that British Columbia courts did have such authority and, ultimately, that the statute in question was constitutionally inapplicable to other provinces, La Forest J. made no reference to act of state:

In determining what constitutes foreign law, there seems little reason why a court cannot hear submissions and receive evidence as to the constitutional status of foreign legislation. There is nothing in the authorities cited by the respondents that goes against this proposition. Quite the contrary, *Buck v. Attorney-General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), holds only that a court has no jurisdiction to make a declaration as to the validity of the constitution of a foreign state. That would violate the principles of public international law. But here nobody is trying to challenge the constitution itself. The issue of constitutionality arises incidentally in the course of litigation. . . .

...
The policy reasons for allowing consideration of constitutional arguments in determining foreign law that incidentally arises in the course of litigation are well founded. The constitution of another jurisdiction is clearly part of its law, presumably the most fundamental part. A foreign court in making a finding of fact should not be bound to assume that the mere enactment of a statute necessarily means that it is constitutional. [pp. 308-9]

se veulent juridiquement contraignantes pour les États étrangers. Cependant, nos tribunaux sont libres d’examiner des questions de droit étranger lorsque cela est nécessaire ou accessoire au règlement de différends juridiques internes dont la cour est dûment saisie.

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

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

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

[49] The decision in *Hunt* confirms that there is no jurisdictional bar to a Canadian court dealing with the laws or acts of a foreign state where “the question arises merely incidentally” (p. 309). And in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, this Court noted that, in certain circumstances, the adjudication of questions of international law by Canadian courts will be necessary to determine rights or obligations within our legal system, and in these cases, adjudicating these questions is “not only permissible but unavoidable” (para. 23; see also Gib van Ert, “The Domestic Application of International Law in Canada”, in Curtis A. Bradley, ed., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (2019), 501).

[50] Our courts are also frequently asked to evaluate foreign laws in extradition and deportation cases. In these instances, our courts consider comity but, as in other contexts, the deference accorded by comity to foreign legal systems “ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin” (*R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 52; see also *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1047; *Canada (Justice) v. Khadr*, [2008] 2 S.C.R. 125, at paras. 18 and 26; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 16). In *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, an extradition case, La Forest J. recognized that

in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. [p. 522]

[51] McLachlin J. endorsed this principle in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, where she explained that “[t]he test for whether an extradition law or action offends s. 7 of the *Charter* on account of the penalty which may be imposed in the requesting state, is whether the imposition of the penalty by the foreign state ‘sufficiently

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

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

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

[51] La juge McLachlin a souscrit à ce principe dans l’arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, où elle a expliqué que « [l]e critère servant à déterminer si une loi ou une action en matière d’extradition porte atteinte à l’art. 7 de la *Charte* relativement à la peine qui peut être infligée dans l’État requérant, est de savoir si

shocks’ the Canadian conscience” (p. 849, citing *Schmidt*, at p. 522). As part of the inquiry, the reviewing court must consider “the nature of the justice system in the requesting jurisdiction” in light of “the Canadian sense of what is fair, right and just” (*Kindler*, at pp. 849-50).

[52] And in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, this Court unanimously held that “[a]n extradition that violates the principles of fundamental justice will always shock the conscience” (para. 68 (emphasis in original)). The Court concluded that it was a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the Minister to extradite Canadian citizens to the United States without, as a condition of extradition, assurances that the death penalty would not be sought.

[53] In the deportation context, the Court’s unanimous decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, concluded that the Minister, and by extension the reviewing court, should consider the human rights record of the foreign state when assessing whether the potential deportee will be subject to torture there.

[54] The question of whether and when it is appropriate for a Canadian court to scrutinize the human rights practices of a foreign state in the context of deportation hearings was also squarely before the Court in *India v. Badesha*, [2017] 2 S.C.R. 127. Moldaver J., writing for the Court, said: “I am unable to accept . . . that evidence of systemic human rights abuses in a receiving state amounts to a general indictment of that state’s justice system . . .”, concluding that the Minister and the reviewing court are entitled to “consider evidence of the general human rights situation” in a foreign state (para. 44).

l’application de la peine par l’État étranger “choque suffisamment” la conscience canadienne » (p. 849, citant *Schmidt*, p. 522). Dans le cadre de l’examen, la cour de révision doit examiner « la nature du système judiciaire de l’État requérant » à la lumière du « sens de ce qui est juste et équitable au Canada » (*Kindler*, p. 849-850).

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

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

[54] Dans l’affaire *Inde c. Badesha*, [2017] 2 R.C.S. 127, la Cour a aussi été directement saisie de la question de savoir si et quand il convient qu’un tribunal canadien examine attentivement les pratiques d’un État étranger en matière de droits de la personne dans le cadre d’audiences relatives à l’expulsion. Le juge Moldaver, s’exprimant au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit : « . . . je ne puis accepter l’affirmation [. . .] selon laquelle la preuve de violations systématiques des droits de la personne dans un État d’accueil revient à critiquer généralement le système de justice de cet État . . . », concluant que le ministre et la cour de révision peuvent « tenir compte d’éléments de preuve portant sur la situation générale [d’un État étranger] en matière de respect des droits de la personne » (par. 44).

[55] Even though all of these cases dealt to some extent with questions about the lawfulness of foreign state acts, none referred to the “act of state doctrine”.

[56] Despite the absence of any cases applying the act of state doctrine in Canada, Nevsun argues that the doctrine was part of the English common law received into the law of British Columbia in 1858.

[57] While the English common law, including some of the cases which are now recognized as forming the basis of the act of state doctrine, was generally received into Canadian law at various times in our legal history, as the preceding analysis shows, Canadian jurisprudence has addressed the principles underlying the doctrine within our conflict of laws and judicial restraint jurisprudence, with no attempt to have them united as a single doctrine. The act of state doctrine in Canada has been completely absorbed by this jurisprudence.

[58] To now import the English act of state doctrine and jurisprudence into Canadian law would be to overlook the development that its underlying principles have received through considered analysis by Canadian courts.

[59] The doctrine is not part of Canadian common law, and neither it nor its underlying principles as developed in Canadian jurisprudence are a bar to the Eritrean workers’ claims.

Customary International Law

[60] The Eritrean workers claim in their pleadings that customary international law is part of the law of Canada and, as a result, a “breach of customary

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

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

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

[58] Introduire maintenant la doctrine anglaise de l’« acte de gouvernement » et la jurisprudence à ce sujet dans le droit canadien reviendrait à faire abstraction de l’évolution que les principes sous-jacents de cette doctrine ont subie dans le cadre de l’analyse réfléchie à laquelle se sont livrés les tribunaux canadiens.

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

Droit international coutumier

[60] Les travailleurs érythréens soutiennent dans leurs actes de procédure que le droit international coutumier fait partie du droit du Canada, et que,

international law . . . is actionable at common law”. Specifically, the workers’ pleadings claim:

- | | |
|---|--|
| <p>7. The plaintiffs bring this action for damages against Nevsun under customary international law as incorporated into the law of Canada and domestic British Columbia law.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>53. The plaintiffs seek damages under customary international law, as incorporated into the law [of] Canada, from Nevsun for the use of forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>56. The plaintiffs claim:</p> <p style="padding-left: 2em;">(a) damages at customary international law as incorporated into the law of Canada;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>60. The use of forced labour is a breach of customary international law and <i>jus cogens</i> and is actionable at common law.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>63. Slavery is a breach of customary international law and <i>jus cogens</i> and is actionable at common law.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>66. Cruel, inhuman or degrading treatment is a breach of customary international law and is actionable at common law.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>70. Crimes against humanity are a breach of customary international law and <i>jus cogens</i> and are actionable at common law.</p> | <p>par conséquent, [TRADUCTION] « une violation du droit international coutumier [. . .] donne ouverture à une action en common law ». Plus particulièrement, dans leurs actes de procédure, les travailleurs revendiquent ce qui suit :</p> <p>7. Les demandeurs intentent la présente action en dommages-intérêts contre Nevsun en droit international coutumier, incorporé au droit canadien et au droit interne de la Colombie-Britannique.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>53. Les demandeurs réclament à Nevsun en droit international coutumier, incorporé au droit canadien, des dommages-intérêts pour recours au travail forcé, esclavage, traitements cruels, inhumains ou dégradants, et crimes contre l’humanité.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>56. Les demandeurs réclament :</p> <p style="padding-left: 2em;">a) des dommages-intérêts en droit international coutumier, incorporé au droit canadien;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>60. Le recours au travail forcé constitue une violation du droit international coutumier et du <i>jus cogens</i> donnant ouverture à une action en common law.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>63. L’esclavage constitue une violation du droit international coutumier et du <i>jus cogens</i> donnant ouverture à une action en common law.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>66. Les traitements cruels, inhumains ou dégradants constituent une violation du droit international coutumier donnant ouverture à une action en common law.</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>70. Les crimes contre l’humanité constituent une violation du droit international coutumier et du <i>jus cogens</i> donnant ouverture à une action en common law.</p> |
|---|--|

[61] As these excerpts from the pleadings demonstrate, the workers broadly seek damages from Nevsun for breaches of customary international law as incorporated into the law of Canada.

[62] As the Chambers Judge and the Court of Appeal noted, this Court is not required to determine definitively whether the Eritrean workers should be awarded damages for the alleged breaches of customary international law. The question before us is whether Nevsun has demonstrated that the Eritrean workers' claims based on breaches of customary international law should be struck at this preliminary stage.

[63] Nevsun's motion to strike these customary international law claims was based on British Columbia's *Supreme Court Civil Rules* permitting pleadings to be struck if they disclose no reasonable claim (rule 9-5(1)(a)), or are unnecessary (rule 9-5(1)(b)).

[64] A pleading will only be struck for disclosing no reasonable claim under rule 9-5(1)(a) if it is "plain and obvious" that the claim has no reasonable prospect of success (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 17; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, at paras. 14-15). When considering an application to strike under this provision, the facts as pleaded are assumed to be true "unless they are manifestly incapable of being proven" (*Imperial Tobacco*, at para. 22, citing *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455).

[65] Under rule 9-5(1)(b), a pleading may be struck if "it is unnecessary, scandalous, frivolous or vexatious". Fisher J. articulated the relevant considerations in *Willow v. Chong*, 2013 BCSC 1083, stating:

Under Rule 9-5(1)(b), a pleading is unnecessary or vexatious if it does not go to establishing the plaintiff's

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

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

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

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

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

[TRADUCTION] Aux termes de l'al. 9-5(1)(b) des Règles, l'acte de procédure est inutile ou vexatoire s'il ne permet

cause of action, if it does not advance any claim known in law, where it is obvious that an action cannot succeed, or where it would serve no useful purpose and would be a waste of the court's time and public resources: *Citizens for Foreign Aid Reform Inc. v. Canadian Jewish Congress*, [1999] BCJ No. 2160 (SC); *Skender v. Farley*, 2007 BCCA 629. [para. 20 (CanLII)]

[66] This Court admonished in *Imperial Tobacco* that the motion to strike

is a tool that must be used with care. The law is not static and unchanging. Actions that yesterday were deemed hopeless may tomorrow succeed. . . . Therefore, on a motion to strike, it is not determinative that the law has not yet recognized the particular claim. The court must rather ask whether, assuming the facts pleaded are true, there is a reasonable prospect that the claim will succeed. The approach must be generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial. [para. 21]

[67] The Chambers Judge in this case summarized the issues as follows:

The proceeding raises issues of transnational law being the term used for the convergence of customary international law and private claims for human rights redresses and which include:

- (a) whether claims for damages arising out of the alleged breach of *jus cogens* or peremptory norms of customary international law such as forced labour and torture may form the basis of a civil proceeding in British Columbia;
- (b) the potential corporate liability for alleged breaches of both private and customary international law. This in turn raises issues of corporate immunity and whether the act of state doctrine raises a complete defence to the plaintiffs' claims.

He concluded that though the workers' claims raised novel and difficult issues, the claims were not bound

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

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

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

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

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

- a) les demandes de dommages-intérêts découlant d'une présumée violation de *jus cogens* ou des normes impératives de droit international coutumier, comme celles interdisant le travail forcé et la torture, peuvent-elles constituer le fondement d'une instance civile en Colombie-Britannique;
- b) la responsabilité potentielle des sociétés pour les présumées violations du droit privé et du droit international coutumier, qui appelle la question de l'immunité des sociétés et celle de savoir si la doctrine de l'acte de gouvernement soulève une défense complète aux actions des demandeurs.

Il a conclu que même si les réclamations des travailleurs soulèvent des questions inédites et difficiles,

to fail and should be allowed to proceed for a full contextual analysis at trial.

[68] In the British Columbia Court of Appeal, Newbury J.A. also believed that a private law remedy for breaches of the international law norms alleged by the workers may be possible. In her view, recognizing such a remedy may be an incremental first step in the development of this area of the law and, as a result, held that the claims based on breaches of customary international law should not be struck at this preliminary stage.

[69] For the reasons that follow, I agree with the Chambers Judge and the Court of Appeal that the claims should be allowed to proceed. As the Chambers Judge put it: “The current state of the law in this area remains unsettled and, assuming that the facts set out in the [notice of civil claim] are true, Nevsun has not established that the [customary international law] claims have no reasonable likelihood of success”.

[70] Canadian courts, like all courts, play an important role in the ongoing development of international law. As La Forest J. wrote in a 1996 article in the *Canadian Yearbook of International Law*:

... in the field of human rights, and of other laws impinging on the individual, our courts are assisting in developing general and coherent principles that apply in very significant portions of the globe. These principles are applied consistently, with an international vision and on the basis of international experience. Thus our courts — and many other national courts — are truly becoming international courts in many areas involving the rule of law. They will become all the more so as they continue to rely on and benefit from one another’s experience. Consequently, it is important that, in dealing with interstate issues, national courts fully perceive their role in the international order and national judges adopt an international perspective.

celles-ci n’étaient pas vouées à l’échec et devraient être autorisées à faire l’objet d’une analyse contextuelle complète lors d’un procès.

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

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

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

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

(Hon. Gérard V. La Forest, “The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues” (1996), 34 *Can. Y.B. Intl Law* 89, at pp. 100-1)

[71] Since “[i]nternational law not only percolates down from the international to the domestic sphere, but . . . also bubbles up”, there is no reason for Canadian courts to be shy about implementing and advancing international law (Anthea Roberts, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law” (2011), 60 *I.C.L.Q.* 57, at p. 69; Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts” (2002), 40 *Can. Y.B. Intl Law* 3, at pp. 4-6, 8 and 56; see also Hugh M. Kindred, “The Use and Abuse of International Legal Sources by Canadian Courts: Searching for a Principled Approach”, in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law* (2006), 5, at p. 7).

[72] Understanding and embracing our role in implementing and advancing customary international law allows Canadian courts to meaningfully contribute, as we already assertively have, to the “choir” of domestic court judgments around the world shaping the “substance of international law” (Osnat Grady Schwartz, “International Law and National Courts: Between Mutual Empowerment and Mutual Weakening” (2015), 23 *Cardozo J. Intl & Comp. L.* 587, at p. 616; see also René Provost, “Judging in Splendid Isolation” (2008), 56 *Am. J. Comp. L.* 125, at p. 171).

[73] Given this role, we must start by determining whether the prohibitions on forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; and crimes against humanity, the violations of which form the foundation of the workers’ customary international law claims, are part of Canadian law, and, if so, whether their breaches may be remedied. To determine whether these prohibitions are part of Canadian

(Hon. Gérard V. La Forest, « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues » (1996), 34 *A.C.D.I.* 89, p. 100-101)

[71] Étant donné que le [TRADUCTION] « [d]roit international ne fait pas que descendre de la sphère internationale à la sphère nationale, mais [. . .] remonte aussi », les tribunaux canadiens n’ont aucune raison d’hésiter à mettre en œuvre et à faire avancer le droit international (Anthea Roberts, « Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law » (2011), 60 *I.C.L.Q.* 57, p. 69; Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *A.C.D.I.* 3, p. 4-6, 8 et 56; voir aussi Hugh M. Kindred, « L’usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens : à la recherche d’une perspective raisonnée », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 11, p. 13).

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

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

law, we must first determine whether they are part of customary international law.

[74] Customary international law has been described as “the oldest and original source of international law” (Philip Alston and Ryan Goodman, *International Human Rights* (2013), at p. 72). It is the common law of the international legal system — constantly and incrementally evolving based on changing practice and acceptance. As a result, it sometimes presents a challenge for definitional precision.

[75] But in the case of the norms the Eritrean workers claim Nevsun breached, the task is less onerous, since these norms emerged seamlessly from the origins of modern international law, which in turn emerged responsively and assertively after the brutality of World War II. It brought with it acceptance of new laws like prohibitions against genocide and crimes against humanity, new institutions like the United Nations, and new adjudicative bodies like the International Court of Justice and eventually the International Criminal Court, all designed to promote a just rule of law and all furthering liberal democratic principles (Philippe Sands, *East West Street: On the Origins of “Genocide” and “Crimes Against Humanity”* (2016), at pp. 361-64; Lloyd Axworthy, *Navigating A New World: Canada’s Global Future* (2003), at pp. 200-1).

[76] The four authoritative sources of modern international law, including customary international law, are found in art. 38(1) of the *Statute of the International Court of Justice*, Can. T.S. 1945 No. 7, which came into force October 24, 1945:

...

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

à ces violations. Pour déterminer si ces interdictions font partie du droit canadien, nous devons d’abord décider si elles font partie du droit international coutumier.

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

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

...

a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. . . . judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

Professors Brunnée and Toope have described art. 38 as the “litmus test for the sources of international law” (Brunnée and Toope (2002), “A Hesitant Embrace”, at p. 11).

[77] There are two requirements for a norm of customary international law to be recognized as such: general but not necessarily universal practice, and *opinio juris*, namely the belief that such practice amounts to a legal obligation (United Nations, International Law Commission, *Report of the International Law Commission*, 73rd Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/73/10, 2018, at p. 124; *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Report 1969, p. 3, at para. 71; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, [2014] 3 S.C.R. 176, at para. 38; Harold Hongju Koh, “Twenty-First-Century International Lawmaking” (2013), 101 *Geo. L.J.* 725, at p. 738; Jean-Marie Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict” (2005), 87 *Int’l Rev. Red Cross* 175, at p. 178; Antonio Cassese, *International Law* (2nd ed. 2005), at p. 157).

[78] To meet the first requirement, the practice must be sufficiently general, widespread, representative and consistent (International Law Commission, at p. 135). To meet the second requirement, *opinio juris*, the practice “must be undertaken with a sense of legal right or obligation”, as “distinguished from mere usage or habit” (International Law Commission, at p. 138; *North Sea Continental Shelf*, at para. 77).

[79] The judicial decisions of national courts are also evidence of general practice or *opinio juris* and

b. la coutume internationale comme preuve d’une pratique générale acceptée comme étant le droit;

c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;

d. . . . les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

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

[77] Pour être reconnue comme telle, une norme de droit international coutumier doit satisfaire à deux exigences : il doit s’agir d’une pratique générale, mais pas nécessairement universelle, et cette pratique doit équivaloir à une obligation juridique (*opinio juris*) (Nations Unies, Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, 73^e sess., suppl. n° 10, Doc. N.U. A/73/10, 2018, p. 125; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, par. 71; *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 38; Harold Hongju Koh, « Twenty-First-Century International Lawmaking » (2013), 101 *Geo. L.J.* 725, p. 738; Jean-Marie Henckaerts, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés » (2005), 87 *R.I.C.R.* 289, p. 178; Antonio Cassese, *International Law* (2^e éd. 2005), p. 157).

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

[79] Les décisions judiciaires des tribunaux nationaux sont également une preuve de la pratique

thus play a crucial role in shaping norms of customary international law. As the Permanent Court of International Justice noted in *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)* (1926), P.C.I.J. Ser. A, No. 7, legal decisions are “facts which express the will and constitute the activities of States” (p. 19; see also *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, 14 December 1999 (ICTY, Trial Chamber), at para. 61; *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, 2 August 2001 (ICTY, Trial Chamber), at paras. 541, 575 and 579-89; *Prosecutor v. Erdemović*, IT-96-22-A, Joint separate opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, 7 October 1997 (ICTY, Appeals Chamber), at paras. 47-55).

[80] When an international practice develops from being intermittent and voluntary into being widely accepted and believed to be obligatory, it becomes a norm of customary international law. As Professor James L. Brierly wrote:

Custom in its legal sense means something more than mere habit or usage; it is a usage felt by those who follow it to be an obligatory one. There must be present a feeling that, if the usage is departed from, some form of sanction will probably, or at any rate ought to, fall on the transgressor.

(James L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (6th ed. 1963), at p. 59, cited in John H. Currie, et al., *International Law: Doctrine, Practice, and Theory* (2nd ed. 2014), at p. 116)

[81] This process, whereby international practices become norms of customary international law, has been variously described as “accretion”, “crystallization”, “ripening” and “gel[ling]” (see, e.g., Bruno Simma and Philip Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles” (1988), 12 *Aust. Y.B.I.L.* 82, at p. 104; *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), at p. 686; Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, “International

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

[80] Lorsqu’une pratique internationale cesse d’être intermittente et volontaire pour devenir une pratique largement acceptée et considérée comme obligatoire, elle devient une norme de droit international coutumier. Comme l’a écrit le professeur James L. Brierly :

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

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

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

Law and the Practice of Legality: Stability and Change” (2018), 49 *V.U.W.L.R.* 429, at p. 443).

[82] Once a practice becomes a norm of customary international law, by its very nature it “must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour” (*North Sea Continental Shelf*, at para. 63).

[83] Within customary international law, there is a subset of norms known as *jus cogens*, or peremptory norms, which have been “accepted and recognized by the international community of States as a whole . . . from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character” (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (entered into force 27 January 1980), art. 53). This Court acknowledged that “a peremptory norm, or *jus cogens* norm is a fundamental tenet of international law that is non-derogable” (*Kazemi*, at para. 47, citing John H. Currie, *Public International Law* (2nd ed. 2008), at p. 583; Claude Emanuelli, *Droit international public: Contribution à l’étude du droit international selon une perspective canadienne* (3rd ed. 2010), at pp. 168-69; *Vienna Convention on the Law of Treaties*, art. 53).

[84] Peremptory norms have been accepted as fundamental to the international legal order (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th ed. 2008), at pp. 510-12; see also Andrea Bianchi, “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*” (2008), 19 *E.J.I.L.* 491; Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent, “A Fiduciary Theory of *Jus Cogens*” (2009), 34 *Yale J. Intl L.* 331).

[85] How then does customary international law apply in Canada? As Professor Koh explains, “[l]aw-abiding states *internalize* international law by incorporating it into their domestic legal and political

et Stephen J. Toope, « International Law and the Practice of Legality : Stability and Change » (2018), 49 *V.U.W.L.R.* 429, p. 443).

[82] Une fois que la pratique devient une norme de droit international coutumier, elle doit, de par sa nature, « s’appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peu[t] donc être subordonné[e] à un droit d’exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l’un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage » (*Plateau continental de la mer du Nord*, par. 63).

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

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

[85] De quelle façon, alors, le droit international coutumier s’applique-t-il au Canada? Comme l’explique le professeur Koh, [TRADUCTION] « [l]es États respectueux des lois *internalisent* le

structures, through executive action, legislation, and judicial decisions which take account of and incorporate international norms” (Harold Hongju Koh, “Transnational Legal Process” (1996), 75 *Neb. L. Rev.* 181, at p. 204 (emphasis in original)). Some areas of international law, like treaties, require legislative action to become part of domestic law (Currie, et al., *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, at pp. 160-61 and 173-74; Currie, *Public International Law*, at pp. 225-26).

[86] On the other hand, customary international law is automatically adopted into domestic law without any need for legislative action (Currie, *Public International Law*, at pp. 225-26; *Hape*, at paras. 36 and 39, citing *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (Eng. C.A.), per Lord Denning; Hersch Lauterpacht, “Is International Law a Part of the Law of England?”, in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 25, *Problems of Peace and War: Papers Read Before the Society in the Year 1939* (1940), 51). In England this is known as the doctrine of incorporation and in Canada as the doctrine of adoption. As Professor Brownlie explains:

The dominant principle . . . is that customary rules are to be considered part of the law of the land and enforced as such, with the qualification that they are incorporated only so far as is not inconsistent with Acts of Parliament or prior judicial decisions of final authority. [p. 42]

[87] The adoption of customary international law as part of domestic law by way of automatic judicial incorporation can be traced back to the 18th century (Gib van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2nd ed. 2008), at pp. 184-208). Blackstone’s 1769 *Commentaries on the Laws of England: Book the Fourth*, for example, noted that “the law of nations . . . is here adopted in it[s] full extent by the common law, and is held to be a part of the law of the land”, at p. 67; see also *Triquet v. Bath* (1764), 3 Burr. 1478 (K.B.). Similarly, in the frequently cited

droit international en l’incorporant à leurs structures politiques et juridiques internes au moyen de mesures exécutives et législatives et de décisions judiciaires prenant en compte et incorporant les normes internationales » (Harold Hongju Koh, « Transnational Legal Process » (1996), 75 *Neb. L. Rev.* 181, p. 204 (en italique dans l’original)). Certains domaines du droit international, comme les traités, nécessitent une intervention législative pour faire partie intégrante du droit interne (Currie, et autres, *International Law : Doctrine, Practice, and Theory*, p. 160-161 et 173-174; Currie, *Public International Law*, p. 225-226).

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

[TRADUCTION] Ce principe dominant [. . .] veut que les règles de droit coutumier soient considérées comme faisant partie du droit du pays et appliquées en conséquence, tout en étant assorties de la réserve selon laquelle elles doivent être intégrées seulement dans la mesure où cela n’est pas incompatible avec les Lois du Parlement ou les décisions judiciaires antérieures rendues par une juridiction de dernier ressort. [p. 42]

[87] L’adoption du droit international coutumier dans le droit interne par incorporation judiciaire automatique remonte au 18^e siècle (Gib van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2^e éd. 2008), p. 184-208). Par exemple, selon l’ouvrage *Commentaries on the Laws of England : Book the Fourth*, 1769, de Blackstone, [TRADUCTION] « le droit des nations [. . .] est adopté ici dans [sa] pleine mesure par la common law, et est considéré comme faisant partie du droit du pays », p. 67; voir aussi *Triquet c. Bath* (1764), 3 Burr. 1478 (B.R.). De la

case of *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160 (P.C.), Lord Atkin wrote:

The Courts acknowledge the existence of a body of rules which nations accept amongst themselves. On any judicial issue they seek to ascertain what the relevant rule is, and, having found it, they will treat it as incorporated into the domestic law, so far as it is not inconsistent with rules enacted by statutes or finally declared by their tribunals. [p. 168]

[88] Direct incorporation is also far from a niche preserve among nations. In a study covering 101 countries over a period between 1815 and 2013, Professors Pierre-Hugues Verdier and Mila Versteeg found widespread acceptance of the direct application of customary international law:

. . . perhaps the most striking pattern that emerges from our data is that in virtually all states, [Customary International Law] rules are in principle directly applicable without legislative implementation. . . . [M]ost countries that require treaty implementation do not apply the same rule to international custom, but rather apply it directly.

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

[89] In Canada, in *The Ship “North” v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385, Davies J., in concurring reasons, expressed the view that the Admiralty Court was “bound to take notice of the law of nations” (p. 394). Similarly, in *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] S.C.R. 483, Taschereau J., drawing on *Chung Chi Cheung*, held that the body of rules accepted by nations are incorporated into domestic law absent statutes to the contrary (pp. 516-17).

même façon, dans la décision souvent citée *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160 (C.P.), lord Atkin a écrit ceci :

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

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

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

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

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

[90] As these cases show, Canada has long followed the conventional path of automatically incorporating customary international law into domestic law via the doctrine of adoption, making it part of the common law of Canada in the absence of conflicting legislation. This approach was more recently confirmed by this Court in *Hape*, where LeBel J. for the majority held:

Despite the Court’s silence in some recent cases, the doctrine of adoption has never been rejected in Canada. Indeed, there is a long line of cases in which the Court has either formally accepted it or at least applied it. In my view, following the common law tradition, it appears that the doctrine of adoption operates in Canada such that prohibitive rules of customary international law *should* be incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation. The *automatic* incorporation of such rules is justified on the basis that international custom, as the law of nations, is also the law of Canada unless, in a valid exercise of its sovereignty, Canada declares that its law is to the contrary. Parliamentary sovereignty dictates that a legislature may violate international law, but that it must do so expressly. Absent an express derogation, the courts may look to prohibitive rules of customary international law to aid in the interpretation of Canadian law and the development of the common law. [Emphasis added; para. 39.]

It is important to note that he concluded that rules of customary international law should be automatically incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation. His use of the word “may” later in the paragraph cannot be taken as overtaking his clear direction that, based on “a long line of cases”, customary international law is automatically incorporated into Canadian law. Judicial decisions are not Talmudic texts whereby each word attracts its own exegetical interpretation. They must be read in a way that respects the author’s overall intention, without permitting a stray word or phrase to undermine the overarching theory being advanced.

[91] Justice LeBel himself, in an article he wrote several years after *Hape*, explained that the Court’s

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

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

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

[91] Le juge LeBel lui-même, dans un article qu’il a rédigé plusieurs années après l’arrêt *Hape*, a

use of the word “may” in *Hape* was in no way meant to diverge from the traditional approach of directly incorporating customary norms into Canadian common law:

Following [*Hape*], there was some comment and concern to the effect that the [statement that “courts may look to prohibitive rules of customary international law to aid in the interpretation of Canadian law and the development of the common law” (para. 39)] left the law in a state of some doubt. These comments pointed out that this sentence could be read as holding that prohibitive norms are not actually part of the domestic common law, but may only serve to aid in its development. In my view, this was not the sense of this passage, for at least three reasons. First, the sentences immediately preceding this last sentence stated, without reservation, that prohibitive rules of customary international law are incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation. Second, the entire discussion of incorporation was for the purpose of showing how the norm of respect for the sovereignty of foreign states, forming, as it does, part of our common law, could shed light on the interpretation of s. 32(1) of the *Charter*. Third, the majority reasons also explicitly held that the customary principles of non-intervention and territorial sovereignty “may be adopted into the common law of Canada in the absence of conflicting legislation”. The gist of the majority opinion in *Hape* was that accepting incorporation of customary international [law] was the right approach. *In conclusion, the law in Canada today appears to be settled on this point: prohibitive customary norms are directly incorporated into our common law and must be followed by courts absent legislation which clearly overrules them.* [Emphasis added.]

(Louis LeBel, “A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian Common Law” (2014), 65 *U.N.B.L.J.* 3, at p. 15)

[92] As for LeBel J.’s novel use of the word “prohibitive”, we should be wary of concluding that he intended to create a new category of customary international law unique to Canada. In the same article, LeBel J. clarified that “prohibitive” norms simply

expliqué que l’utilisation par la Cour du mot « peut » dans cet arrêt ne visait d’aucune façon à diverger de l’approche traditionnelle, qui consiste à incorporer directement les normes de droit coutumier à la common law canadienne :

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

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

[92] Pour ce qui est de l’utilisation novatrice par le juge LeBel du mot « prohibitives », nous devons nous garder de conclure qu’il avait l’intention de créer une nouvelle catégorie de règles de droit international coutumier unique au Canada. Dans le même article,

mean norms that are “mandatory”, in the sense that they are obligatory or binding (LeBel, at p. 17). As Professor Currie observes, the word “prohibitive” is a “puzzling qualification [that] does not figure in any of the authorities cited by LeBel J. for the doctrine, nor is it a feature of the doctrine of adoption that operates in the United Kingdom” (John H. Currie, “Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law” (2007), 45 *Can. Y.B. Intl Law* 55, at p. 70; see also Armand de Mestral and Evan Fox-Decent, “Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law” (2008), 53 *McGill L.J.* 573, at p. 587).

[93] The use of the word “prohibitive”, therefore, does not add a separate analytic factor, it merely emphasizes the mandatory nature of customary international law (see van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, at pp. 216-18). This aligns with LeBel J.’s statement in *Hape* that the “automatic incorporation” of norms of customary international law “is justified on the basis that *international custom, as the law of nations, is also the law of Canada*” (para. 39 (emphasis added)).

[94] Therefore, as a result of the doctrine of adoption, norms of customary international law — those that satisfy the twin requirements of general practice and *opinio juris* — are fully integrated into, and form part of, Canadian domestic common law, absent conflicting law (Oonagh E. Fitzgerald, “Implementation of International Humanitarian and Related International Law in Canada”, in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law* (2006), 625, at p. 630). Legislatures are of course free to change or override them, but like all common law, no legislative action is required to give them effect (Kindred, at p. 8). To suggest otherwise by requiring legislative endorsement, upends a 250 year old legal truism and would put Canada out of step with most countries (Verdier and Versteeg, at p. 528). As Professor Toope noted, “[t]he Canadian story of international law is not merely a story of ‘persuasive’ foreign law. International law also speaks directly to

le juge LeBel a précisé que les normes « prohibitives » signifient simplement qu’elles sont « impératives », dans le sens qu’elles sont obligatoires (LeBel, p. 17). Comme l’a observé le professeur Currie, le mot « prohibitives » est une [TRADUCTION] « curieuse qualification [qui] n’apparaît dans aucune des sources de doctrine citées par le juge LeBel, et n’est pas non plus une caractéristique de la doctrine de l’adoption qui s’applique au Royaume-Uni » (John H. Currie, « Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007), 45 *A.C.D.I.* 55, p. 70; voir aussi Armand de Mestral et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008), 53 *R.D. McGill.* 573, p. 587).

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

[94] En conséquence, par application de la doctrine de l’adoption, les normes de droit international coutumier — celles qui satisfont aux deux exigences, soit la pratique générale et l’*opinio juris* — sont entièrement intégrées dans la common law interne canadienne, et font partie de celle-ci, sauf disposition législative contraire (Oonagh E. Fitzgerald, « La mise en œuvre au Canada du droit humanitaire international et connexe », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 779, p. 785). Évidemment, les législatures sont libres de les changer ou d’y passer outre, mais comme pour toute règle de common law, aucune mesure législative n’est nécessaire pour leur donner effet (Kindred, p. 15). Soutenir le contraire en exigeant l’adoption par le législateur renverse un truisme juridique reconnu depuis plus de 250 ans et causerait un décalage entre le Canada et la plupart des pays (Verdier et Versteeg, p. 528). Comme l’a souligné

Canadian law and requires it to be shaped in certain directions. International law is more than ‘comparative law’, because international law is partly *our law*” (Stephen J. Toope, “Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law” (2001), 50 *U.N.B.L.J.* 11, at p. 23 (emphasis in original)).

[95] There is no doubt then, that customary international law is also the law of Canada. In the words of Professor Rosalyn Higgins, former President of the International Court of Justice: “In short, there is not ‘international law’ and the common law. International law is part of that which comprises the common law on any given subject” (Rosalyn Higgins, “The Relationship Between International and Regional Human Rights Norms and Domestic Law” (1992), 18 *Commonwealth L. Bull.* 1268, at p. 1273). The fact that customary international law is part of our common law means that it must be treated with the same respect as any other law.

[96] In other words, “Canadian courts, like courts all over the world, are supposed to treat public international law as law, not fact” (Gib van Ert, “The Reception of International Law in Canada: Three Ways We Might Go Wrong”, in Centre for International Governance Innovation, *Canada in International Law at 150 and Beyond, Paper No. 2* (2018), at p. 6; see also van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, at pp. 62-69).

[97] Unlike foreign law in conflict of laws jurisprudence, therefore, which is a question of fact requiring proof, established norms of customary international law are law, to be judicially noticed (van Ert, “The Reception of International Law”, at p. 6; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, at pp. 62-69). Professor Higgins explains this as follows: “There is not a legal system in the world

le professeur Toope, [TRADUCTION] « [I]’histoire du droit international canadien n’est pas seulement une histoire de droit étranger “convaincant”. Le droit international concerne aussi directement le droit canadien et exige que celui-ci aille dans certaines directions. Le droit international représente plus que le “droit comparatif”, car le droit international est en partie *notre droit* » (Stephen J. Toope, « Inside and Out : The Stories of International Law and Domestic Law » (2001), 50 *R.D. U.N.-B.* 11, p. 23 (en italique dans l’original)).

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

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

[97] Contrairement au droit étranger dans la jurisprudence portant sur le conflit de lois, par conséquent, qui est une question de fait exigeant une preuve, les normes établies en droit international coutumier sont du droit, et doivent faire l’objet d’une connaissance d’office (van Ert, « The Reception of International Law », p. 6; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 62-69). La professeure Higgins

where international law is treated as ‘foreign law’. It is everywhere part of the law of the land; as much as contracts, labour law or administrative law” (p. 1268; see also James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9th ed. 2019), at p. 52; Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law* (9th ed. 2008), vol. 1, at p. 57; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, at p. 64).

[98] And just as the law of contracts, labour law and administrative law are accepted without the need of proof, so too is customary international law. Taking judicial notice — in the sense of not requiring formal proof by evidence — is appropriate and an inevitable implication both of the doctrine of adoption³ and legal orthodoxy (Anne Warner La Forest, “Evidence and International and Comparative Law”, in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law* (2006), 367, at pp. 381-82; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, at pp. 42-56 and 62-66).

[99] Some academics suggest that when recognizing *new* norms of customary international law, allowing evidence of state practice may be appropriate. While these scholars acknowledge that permitting such proof departs from the conventional approach of judicially noticing customary international law, they maintain that this in no way derogates from the nature of international law as law (Anne Warner La Forest, at pp. 384 and 388; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, at pp. 67-69). The questions of whether and what evidence may be used to demonstrate the existence of a new norm are not, however, live issues in this appeal. Here the inquiry is less complicated and taking judicial notice is appropriate

³ As Anne Warner La Forest writes: “[I]f custom is indeed the law of the land, then the argument in favour of judicial notice, as traditionally understood, is a strong one. It is a near perfect syllogism. If custom is the law of the land, and the law of the land is to be judicially noticed, then custom should be judicially noticed” (p. 381).

explique cet énoncé de la façon suivante : [TRADUCTION] « Il n’y a aucun système juridique dans le monde où le droit international est considéré comme du “droit étranger”. Partout, il fait partie du droit du pays; tout autant que le droit des contrats, le droit du travail ou le droit administratif » (p. 1268; voir aussi James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9^e éd. 2019), p. 52; Robert Jennings et Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law* (9^e éd. 2008), vol. 1, p. 57; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 64).

[98] Et tout comme le droit des contrats, le droit du travail et le droit administratif sont acceptés sans qu’aucune preuve ne soit nécessaire, il s’agit de la même chose pour le droit international coutumier. La connaissance d’office — dans le sens où une preuve officielle n’est pas requise — est appropriée et est une conséquence inévitable tant de la doctrine de l’adoption³ que de l’orthodoxie juridique (Anne Warner La Forest, « Le principe de la preuve, le droit international et le droit comparé », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 455, p. 471-473; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 42-56 et 62-66).

[99] Certains auteurs suggèrent que lors de la reconnaissance de *nouvelles* normes de droit international coutumier, il peut être approprié d’admettre la preuve de la pratique de l’État. Bien que ces universitaires reconnaissent que le fait de permettre une telle preuve s’écarte de l’approche conventionnelle qui consiste à prendre connaissance d’office du droit international coutumier, ils soutiennent que cela ne déroge aucunement à la nature du droit international en tant que droit (Anne Warner La Forest, p. 475-476 et 480-481; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 67-69). Toutefois, les questions de savoir si des éléments de preuve, et le cas échéant, lesquels, peuvent être utilisés pour

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

since the workers claim breaches not simply of established norms of customary international law, but of norms accepted to be of such fundamental importance as to be characterized as *jus cogens*, or peremptory norms.

[100] Crimes against humanity have been described as among the “least controversial examples” of violations of *jus cogens* (Louis LeBel and Gloria Chao, “The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law” (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23, at p. 33).

[101] The prohibition against slavery too is seen as a peremptory norm. In 2002, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights confirmed that “it is now a well-established principle of international law that the ‘prohibition against slavery and slavery-related practices have achieved the level of customary international law and have attained “*jus cogens*” status” (David Weissbrodt and Anti-Slavery International, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, U.N. Doc. HR/PUB/02/4 (2002), at p. 3).

[102] Compelling authority also confirms that the prohibition against forced labour has attained the status of *jus cogens*. The International Labour Organization, in a report entitled “Forced labour in Myanmar (Burma)”, *I.L.O. Official Bulletin: Special Supplement*, vol. LXXXI, 1998, Series B, recognized that, “there exists now in international law a peremptory norm prohibiting any recourse to forced labour and that the right not to be compelled to perform forced or compulsory labour is one of the basic human rights” (para. 203). To the extent that debate may exist about whether forced labour is a peremptory norm, there can be no doubt that it is at least a norm of customary international law.

démontrer l’existence d’une nouvelle norme ne sont pas des questions en litige dans le présent pourvoi. En l’espèce, l’examen est moins compliqué et la prise de connaissance d’office est appropriée car les travailleurs allèguent des violations non seulement de normes établies du droit international coutumier, mais aussi de normes reconnues comme étant d’une importance si fondamentale qu’elles sont qualifiées de normes de *jus cogens*, ou de normes impératives.

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

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

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

[103] And the prohibition against cruel, inhuman and degrading treatment has been described as an “absolute right, where no social goal or emergency can limit [it]” (Currie, et al., *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, at p. 627). This is reflected in the ratification of several international covenants and treaties such as the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 (entered into force March 23, 1976), art. 7; the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Can T.S. 1987 No. 36 (entered into force June 26, 1987), art. 16; the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, art. 3; the *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, April 30, 1948, art. 26; the *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, art. 5; the *African Charter on Human and Peoples’ Rights*, 1520 U.N.T.S. 217, art. 5; the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 37; the *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1561 U.N.T.S. 363; and the *Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*, O.A.S.T.S. No. 67 (Currie, et al., *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, at p. 627).

[104] Nevsun argues, however, that even if customary international law norms such as those relied on by the Eritrean workers form part of the common law through the doctrine of adoption, it is immune from their application because it is a corporation.

[105] Nevsun’s position, with respect, misconceives modern international law. As Professor William S. Dodge has observed, “[i]nternational law . . . does not contain general norms of liability or non-liability applicable to categories of actors” (William S. Dodge, “Corporate Liability Under Customary International Law” (2012), 43 *Geo. J. Int’l L.* 1045, at p. 1046). Though certain norms of customary international law, such as norms governing treaty making, are of a strictly interstate character and will have no application to corporations, others prohibit conduct regardless of whether the perpetrator is a state

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

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

[105] Soit dit en tout respect, Nevsun se méprend sur le droit international moderne. Comme l’a fait observer le professeur William S. Dodge, [TRADUCTION] « [l]e droit international [. . .] ne comporte pas de normes générales de responsabilité ou de non-responsabilité applicables à des catégories d’acteurs » (William S. Dodge, « Corporate Liability Under Customary International Law » (2012), 43 *Geo. J. Int’l L.* 1045, p. 1046). Bien que certaines normes de droit international coutumier, comme les normes régissant la conclusion de traités, soient de nature strictement interétatique et ne s’appliquent

(see, e.g., Dodge; Harold Hongju Koh, “Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation” (2004), 7 *J.I.E.L.* 263, at pp. 265-67; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (2006), at p. 58).

[106] While states were classically the main subjects of international law since the Peace of Westphalia in 1648 (Cassese, at pp. 22-25; Oona A. Hathaway and Scott J. Shapiro, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World* (2017), at p. xix), international law has long-since evolved from this state-centric template. As Lord Denning wrote in *Trendtex Trading Corp.*, “I would use of international law the words which Galileo used of the earth: ‘But it does move’” (p. 554).

[107] In fact, international law has so fully expanded beyond its Grotian origins that there is no longer any tenable basis for restricting the application of customary international law to relations between states. The past 70 years have seen a proliferation of human rights law that transformed international law and made the individual an integral part of this legal domain, reflected in the creation of a complex network of conventions and normative instruments intended to protect human rights and ensure compliance with those rights.

[108] Professor Payam Akhavan notes that “[t]he rapid emergence of human rights signified a revolutionary shift in international law, from a state-centric to a human-centric conception of global order” (Payam Akhavan, “Canada and international human rights law: is the romance over?” (2016), 22 *Canadian Foreign Policy Journal* 331, at p. 332). The result of these developments is that international law now works “not only to maintain peace between States, but to protect the lives of individuals, their liberty, their health, [and] their education” (Emmanuelle Jouannet, “What Is the Use of International Law? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare” (2007), 28 *Mich.*

pas aux sociétés, d’autres interdisent un certain comportement, que l’auteur de la faute soit un État ou non (voir, p. ex., Dodge; Harold Hongju Koh, « Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation » (2004), 7 *J.I.E.L.* 263, p. 265-267; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (2006), p. 58).

[106] Bien que les États aient historiquement été les principaux sujets du droit international depuis la paix de Westphalie en 1648 (Cassese, p. 22-25; Oona A. Hathaway et Scott J. Shapiro, *The Internationalists : How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World* (2017), p. xix), le droit international a depuis longtemps évolué par rapport à ce modèle axé sur l’État. Comme l’a écrit lord Denning dans *Trendtex Trading Corp.*, [TRADUCTION] « [j]’emploierai à l’égard du droit international les mots qu’a employés Galilée à l’égard de la terre : “Et pourtant elle bouge” » (p. 554).

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

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

J. Int'l L. 815, at p. 821). As Professor Christopher C. Joyner adds: “The rights of peoples within a state now transcend national boundaries and have become essentially a common concern under international law” (Christopher C. Joyner, “‘The Responsibility to Protect’: Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention” (2007), 47 *Va. J. Int'l L.* 693, at p. 717).

[109] This represents the international law actualization of Professor Hersch Lauterpacht’s statement in 1943 that “[t]he individual human being . . . is the ultimate unit of all law” (Sands, at p. 63).

[110] A central feature of the individual’s position in modern international human rights law is that the rights do not exist simply as a contract with the state. While the rights are certainly enforceable against the state, they are not defined by that relationship (Patrick Macklem, *The Sovereignty of Human Rights* (2015), at p. 22). They are discrete legal entitlements, held by individuals, and are “to be respected by everyone” (Clapham, *Human Rights Obligations*, at p. 58).

[111] Moreover, as Professor Beth Stephens has observed, these rights may be violated by private actors:

The context in which international human rights norms must be interpreted and applied today is one in which such norms are routinely applied to private actors. Human rights law in the past several decades has moved decisively to prohibit violations by private actors in fields as diverse as discrimination, children’s rights, crimes against peace and security, and privacy. . . . It is clear that individuals today have both rights and responsibilities under international law. Although expressed in neutral language, many human rights provisions must be understood today as applying to individuals as well as to states.

Use of International Law? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare » (2007), 28 *Mich. J. Int'l L.* 815, p. 821). Le professeur Christopher C. Joyner a ajouté : [TRADUCTION] « Les droits des personnes se trouvant dans un État transcendant maintenant les frontières nationales et sont essentiellement devenus une source de préoccupation commune en droit international » (Christopher C. Joyner, « ‘The Responsibility to Protect’ : Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention » (2007), 47 *Va. J. Int'l L.* 693, p. 717).

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

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

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

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

(Beth Stephens, “The Amoralité of Profit: Transnational Corporations and Human Rights” (2002), 20 *B.J.I.L.* 45, at p. 73)

There is no reason, in principle, why “private actors” excludes corporations.

[112] Canvassing the jurisprudence and academic commentaries, Professor Koh observes that non-state actors like corporations can be held responsible for violations of international criminal law and concludes that it would not “make sense to argue that international law may impose criminal liability on corporations, but not civil liability” (Koh, “Separating Myth from Reality”, at p. 266). He describes the idea that domestic courts cannot hold corporations civilly liable for violations of international law as a “myth” (Koh, “Separating Myth from Reality”, at pp. 264-68; see also Simon Baughen, *Human Rights and Corporate Wrongs: Closing the Governance Gap* (2015), at pp. 130-32). Professor Koh also notes that

[t]he commonsense fact remains that if states and individuals can be held liable under international law, then so too should corporations, for the simple reason that both states and individuals *act through* corporations. Given that reality, what legal sense would it make to let states and individuals immunize themselves from liability for gross violations through the mere artifice of corporate formation? [Emphasis in original.]

(Koh, “Separating Myth from Reality”, at p. 265)

[113] As a result, in my respectful view, it is not “plain and obvious” that corporations today enjoy a blanket exclusion under customary international law from direct liability for violations of “obligatory, definable, and universal norms of international law”, or indirect liability for their involvement in what Professor Clapham calls “complicity offenses” (Koh, “Separating Myth from Reality”, at pp. 265 and 267; Andrew Clapham, “On Complicity”, in Marc Henzelin and Robert Roth, eds., *Le droit pénal à l’épreuve de l’internationalisation* (2002), 241, at pp. 241-75). However, because some norms of

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

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

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

[TRADUCTION] . . . il n’en demeure pas moins que si les États et les particuliers peuvent être tenus responsables en droit international, les sociétés devraient pouvoir l’être aussi, pour la simple raison que les États et les particuliers *agissent par l’intermédiaire* de sociétés. Compte tenu de cette réalité, serait-il sensé sur le plan juridique de laisser les États et les particuliers se soustraire à la responsabilité pour violations flagrantes par le simple artifice de la constitution en société? [En italique dans l’original.]

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

[113] Par conséquent, à mon humble avis, il n’est pas « évident et manifeste » que les sociétés jouissent aujourd’hui d’une exclusion générale en droit international coutumier à l’égard de la responsabilité directe pour violations des [TRADUCTION] « normes obligatoires, définissables et universelles de droit international », ou de la responsabilité indirecte pour leur participation à ce que le professeur Clapham appelle les « infractions de complicité » (Koh, « Separating Myth from Reality », p. 265 et 267; Andrew Clapham, « On Complicity », dans Marc Henzelin et Robert Roth, dir., *Le droit pénal*

customary international law are of a strictly interstate character, the trial judge will have to determine whether the specific norms relied on in this case are of such a character. If they are, the question for the court will be whether the common law should evolve so as to extend the scope of those norms to bind corporations.

[114] Ultimately, for the purposes of this appeal, it is enough to conclude that the breaches of customary international law, or *jus cogens*, relied on by the Eritrean workers may well apply to Nevsun. The only remaining question is whether there are any Canadian laws which conflict with their adoption as part of our common law. I could not, with respect, find any.

[115] On the contrary, the Canadian government has adopted policies to ensure that Canadian companies operating abroad *respect* these norms (see, e.g., Global Affairs Canada, *Doing Business the Canadian Way: A Strategy to Advance Corporate Social Responsibility in Canada's Extractive Sector Abroad*, last updated July 31, 2019 (online); Global Affairs Canada, *Minister Carr announces appointment of first Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise*, April 8, 2019 (online) (announcing the creation of an Ombudsperson for Responsible Enterprise, and a Multi-stakeholder Advisory Body on Responsible Business Conduct)). With respect to the Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise, mandated to review allegations of human rights abuses of Canadian corporations operating abroad, the Canadian government has explicitly noted that “[t]he creation of the Ombudsperson’s office does not affect the right of any party to bring a legal action in a court in any jurisdiction in Canada regarding allegations of harms committed by a Canadian company abroad” (Global Affairs Canada, *Responsible business conduct abroad — Questions and answers*, last updated September 16, 2019 (online); Yousuf Aftab and Audrey Mocle, *Business and Human Rights as*

à l'épreuve de l'internationalisation (2002), 241, p. 241-275). Cependant, parce que certaines normes de droit international coutumier ont un caractère strictement interétatique, le juge de première instance devra établir si les normes précises invoquées dans le cas qui nous occupe ont un tel caractère. Dans l’affirmative, le tribunal devra alors trancher la question de savoir si la common law devrait évoluer de manière à élargir la portée de ces normes pour que les sociétés y soient assujetties.

[114] En dernière analyse, pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de conclure que les violations des normes de droit international coutumier, ou de *jus cogens*, invoquées par les travailleurs érythréens pourraient fort bien s’appliquer à Nevsun. Il ne reste plus qu’à établir s’il existe des lois canadiennes entrant en conflit avec leur adoption dans notre common law. Soit dit en tout respect, je n’en ai trouvé aucune.

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

Law: Towards Justiciability of Rights, Involvement, and Remedy (2019), at pp. 47-48).

[116] In the absence of any contrary law, the customary international law norms raised by the Eritrean workers form part of the Canadian common law and potentially apply to Nevsun.

[117] Is a civil remedy for a breach of this part of our common law available? Put another way, can our domestic common law develop appropriate remedies for breaches of adopted customary international law norms?

[118] Development of the common law occurs where such developments are necessary to clarify a legal principle, to resolve an inconsistency, or to keep the law aligned with the evolution of society (*Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, at para. 42; see also *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 93; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750). In my respectful view, recognizing the possibility of a remedy for the breach of norms already forming part of the common law is such a necessary development. As Lord Scarman noted:

Unless statute has intervened to restrict the range of judge-made law, the common law enables the judges, when faced with a situation where a right recognised by law is not adequately protected, either to extend existing principles to cover the situation or to apply an existing remedy to redress the injustice. There is here no novelty; but merely the application of the principle *ubi jus ibi remedium* [for every wrong, the law provides a remedy].

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

« commis par une société canadienne à l'étranger » (Affaires mondiales Canada, *Conduite responsable des entreprises à l'étranger — Foire aux questions*, dernière mise à jour le 16 septembre 2019 (en ligne); Yousuf Aftab et Audrey Mocle, *Business and Human Rights as Law : Towards Justiciability of Rights, Involvement, and Remedy* (2019), p. 47-48).

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

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

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

[TRADUCTION] À moins qu'une loi soit venue restreindre la portée du droit jurisprudentiel, la common law permet au juge qui est confronté à une situation où un droit reconnu par la loi n'est pas adéquatement protégé, soit d'élargir la portée des principes existants afin qu'ils s'appliquent à la situation, soit d'appliquer un recours existant afin de remédier à l'injustice. Cela n'a rien de nouveau : il s'agit simplement de l'application du principe *ubi jus ibi remedium* [pour chaque tort causé, le droit prévoit un recours].

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

[119] With respect specifically to the allegations raised by the workers, like all state parties to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Canada has international obligations to ensure an effective remedy to victims of violations of those rights (art. 2). Expounding on the nature of this obligation, the United Nations Human Rights Committee — which was established by states as a treaty monitoring body to ensure compliance with the *International Covenant on Civil and Political Rights* — provides additional guidance in its *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, May 26, 2004. In this document, the Human Rights Committee specifies that state parties must protect against the violation of rights not just by states, but also by private persons and entities. The Committee further specifies that state parties must ensure the enjoyment of *Covenant* rights to all individuals, including “asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party” (para. 10). As to remedies, the Committee notes:

... the enjoyment of the rights recognized under the Covenant can be effectively assured by the judiciary in many different ways, including direct applicability of the Covenant, application of comparable constitutional or other provisions of law, or the interpretive effect of the Covenant in the application of national law. [para. 15]

[120] In the domestic context, the general principle that “where there is a right, there must be a remedy for its violation” has been recognized in numerous decisions of this Court (see, e.g., *Kazemi*, at para. 159; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, [2015] 2 S.C.R. 214, at para. 65; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 25; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 20; *Great Western Railway v. Brown* (1879), 3 S.C.R. 159, at p. 179).

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

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

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

[121] The right to a remedy in the context of allegations of human rights violations was discussed by this Court in *Kazemi*, where a Canadian woman’s estate sought damages against the Islamic Republic of Iran for torture. The majority did not depart from the position in *Hape* that customary international law, including peremptory norms, are part of Canadian common law, absent express legislation to the contrary. However, it concluded that the *State Immunity Act* was the kind of express legislation that prevented a remedy against the State of Iran for the breach of the *jus cogens* prohibition against torture, which it agreed was part of domestic Canadian law. LeBel J. for the majority noted that “[w]hile rights would be illusory if there was never a way to remedy their violation, the reality is that certain rights do exist even though remedies for their violation may be limited by procedural bars” (para. 159). In effect, the majority in *Kazemi* held that the general right to a remedy was overridden by Parliament’s enactment of the *State Immunity Act*. However, the *State Immunity Act* protects “foreign states” from claims, not individuals or corporations.

[122] Unlike *Kazemi*, there is no law or other procedural bar precluding the Eritrean workers’ claims. Nor is there anything in *Kazemi* that precludes the possibility of a claim against a Canadian corporation for breaches in a foreign jurisdiction of customary international law, let alone *jus cogens*. As a result, it is not “plain and obvious” that Canadian courts cannot develop a civil remedy in domestic law for corporate violations of the customary international law norms adopted in Canadian law.

[123] Nevsun additionally argues that the harms caused by the alleged breaches of customary international law can be adequately addressed by the recognized torts of conversion, battery, “unlawful

[121] La Cour a examiné le droit à un recours dans le contexte d’allégations de violations des droits de la personne dans l’arrêt *Kazemi*, où la succession d’une Canadienne réclamait à la République islamique d’Iran des dommages-intérêts pour torture. Les juges majoritaires ne se sont pas écartés de la position adoptée dans l’arrêt *Hape*, selon laquelle le droit international coutumier, notamment les normes impératives, font partie de la common law canadienne, sauf disposition législative expresse contraire. Cependant, ils ont conclu que la *Loi sur l’immunité des États* constituait un type de loi expresse qui empêchait l’exercice d’un recours contre l’État de l’Iran pour violation de la prohibition de la torture fondée sur le *jus cogens*, qui, ils en ont convenu, faisait partie du droit interne canadien. Le juge LeBel, au nom des juges majoritaires, a souligné que « [c]ertes, les droits seraient dénués de tout contenu s’il n’existait jamais un moyen de remédier à leur violation. Toutefois, en réalité, certains droits peuvent exister même si des obstacles de nature procédurale sont susceptibles de restreindre les réparations pour leur violation » (par. 159). En effet, les juges majoritaires dans l’arrêt *Kazemi* ont conclu que la *Loi sur l’immunité des États* adoptée par le Parlement l’emportait sur le droit général à un recours. Or, la *Loi sur l’immunité des États* protège les « États étrangers » contre les poursuites — et non les particuliers ou les sociétés.

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

[123] Nevsun soutient en outre qu’il est possible de remédier adéquatement aux préjudices causés par les violations alléguées du droit international coutumier au moyen des délits reconnus de détournement, voies

confinement”, conspiracy and negligence, all of which the Eritrean workers have also pleaded. In my view, it is at least arguable that the Eritrean workers’ allegations encompass conduct not captured by these existing domestic torts.

[124] Customary international law norms, like those the Eritrean workers allege were violated, are inherently different from existing domestic torts. Their character is of a more public nature than existing domestic private torts since the violation of these norms “shock[s] the conscience of humanity” (M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*” (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63, at p. 69).

[125] Refusing to acknowledge the differences between existing domestic torts and forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; and crimes against humanity, may undermine the court’s ability to adequately address the heinous nature of the harm caused by this conduct. As Professor Virgo notes, in the context of allegations of human rights violations, the symbolism reflected by the characterization or labelling of the allegations is crucial:

From the perspective of the victim . . . the fact that torture is characterised as a tort, such as battery, will matter — simply because characterising torture in this way does not necessarily reflect the seriousness of the conduct involved. In the context of violations of human rights . . . symbolism is crucial.

...

[In this context, accurately labelling the wrong is important] because the main reason why the victim wishes to commence civil proceedings will presumably be to ensure public awareness of the violation of fundamental human rights. The remedial consequence of successfully bringing a case is often, or even usually, only a secondary concern.

de fait, « séquestration », complot et négligence, qui ont également tous été invoqués par les travailleurs érythréens. À mon avis, on peut à tout le moins soutenir que les allégations des travailleurs érythréens englobent une conduite qui n’est pas visée par ces délits internes existants.

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

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

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

...

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

(Graham Virgo, “Characterisation, Choice of Law and Human Rights”, in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 325, at p. 335)

[126] While courts can, of course, address the extent and seriousness of harm arising from civil wrongs with tools like an award of punitive damages, these responses may be inadequate when it comes to the violation of the norms prohibiting forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; or crimes against humanity. The profound harm resulting from their violation is sufficiently distinct in nature from those of existing torts that, as the workers say, “[i]n the same way that torture is something more than battery, slavery is more than an amalgam of unlawful confinement, assault and unjust enrichment”. Accepting this premise, which seems to be difficult to refute conceptually, reliance on existing domestic torts may not “do justice to the specific principles that already are, or should be, in place with respect to the human rights norm” (Craig Scott, “Translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms”, in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 45, at p. 62, fn. 4; see also Sandra Raponi, “Grounding a Cause of Action for Torture in Transnational Law”, in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 373; Virgo).

[127] The workers’ customary international law pleadings are broadly worded and offer several ways in which the violation of adopted norms of customary international law may potentially be compensable in domestic law. The mechanism for how these claims should proceed is a novel question that must be left to the trial judge. The claims may well be allowed to proceed based on the recognition of new nominate torts, but this is not necessarily the only possible

(Graham Virgo, « Characterisation, Choice of Law and Human Rights », dans Craig Scott, dir., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 325, p. 335)

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

[127] Les actes de procédure fondés sur le droit international coutumier des travailleurs sont formulés en termes généraux, et présentent de nombreuses façons dont la violation des normes de droit international coutumier adoptées pourrait donner lieu à une compensation en droit interne. Le mécanisme relatif à la façon dont ces demandes devraient être instruites est une question inédite qui doit être laissée au juge de première instance. Il pourrait y avoir

route to resolving the Eritrean workers' claims. A compelling argument can also be made, based on their pleadings, for a direct approach recognizing that since customary international law is part of Canadian common law, a breach by a Canadian company can theoretically be directly remedied based on a breach of customary international law.

[128] The doctrine of adoption in Canada entails that norms of customary international law are directly and automatically incorporated into Canadian law absent legislation to the contrary (Gib van Ert, "What Is Reception Law?", in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law* (2006), 85, at p. 89). That may mean that the Eritrean workers' customary international law claims need not be converted into newly recognized categories of torts to succeed. Since these claims are based on norms that already form part of our common law, it is not "plain and obvious" to me that our domestic common law cannot recognize a direct remedy for their breach. Requiring the development of new torts to found a remedy for breaches of customary international law norms automatically incorporated into the common law may not only dilute the doctrine of adoption, it could negate its application.

[129] Effectively and justly remedying breaches of customary international law may demand an approach of a different character than a typical "private law action in the nature of a tort claim" (*Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, at para. 22, citing *Dunlea v. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, at para. 81). The objectives associated with preventing violations of *jus cogens* and norms of customary international law are unique. A good argument can be made that appropriately remedying these violations requires different and stronger responses than

lieu de laisser les demandes suivre leur cours sur le fondement de la reconnaissance de nouveaux délits nommés, mais il ne s'agit pas nécessairement de l'unique façon de régler les réclamations des travailleurs érythréens. Une thèse convaincante peut être aussi avancée, fondée sur les actes de procédure des travailleurs, en faveur d'une approche directe reconnaissant le fait que, vu que le droit international coutumier fait partie de la common law canadienne, il peut théoriquement être remédié directement à une violation commise par une société canadienne sur la base d'une violation du droit international coutumier.

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

[129] Remédier de façon juste et efficace aux violations du droit international coutumier peut commander une approche différente de « [l']action de droit privé de la nature d'un recours délictuel » typique (*Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, par. 22, citant *Dunlea c. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, par. 81). Les objectifs associés à la prévention des violations de *jus cogens* et des normes de droit international coutumier sont uniques. On peut soutenir que le fait de remédier comme il se doit à ces violations exige des réponses différentes et plus

typical tort claims, given the public nature and importance of the violated rights involved, the gravity of their breach, the impact on the domestic and global rights objectives, and the need to deter subsequent breaches.

[130] As Professor Koh wrote about civil remedies for terrorism:

Whenever a victim of a terrorist attack obtains a civil judgment in a United States court, that judgment promotes two distinct sets of objectives: The objectives of traditional tort law and the objectives of public international law. A judgment awarding compensatory and punitive damages to a victim of terrorism serves the twin objectives of traditional tort law, compensation and deterrence. At the same time, the judgment promotes the objectives of public international law by furthering the development of an international rule of law condemning terrorism. By issuing an opinion and judgment finding liability, the United States federal court adds its voice to others in the international community collectively condemning terrorism as an illegitimate means of promoting individual and sovereign ends.

(Harold Hongju Koh, “Civil Remedies for Uncivil Wrongs: Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation” (2016), 50 *Tex. Int’l L.J.* 661, at p. 675)

[131] This proceeding is still at a preliminary stage and it will ultimately be for the trial judge to consider whether the facts of this case justify findings of breaches of customary international law and, if so, what remedies are appropriate. These are complex questions but, as Wilson J. noted in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959:

The fact that a pleading reveals “an arguable, difficult or important point of law” cannot justify striking out part of the statement of claim. Indeed, I would go so far as to suggest that where a statement of claim reveals a difficult

rigoureuses que les actions habituelles en matière de responsabilité délictuelle, compte tenu du caractère public et de l’importance des droits violés en jeu, de la gravité du manquement à ceux-ci, de l’incidence sur les objectifs internes et mondiaux en matière de droits et de la nécessité de créer un effet dissuasif à l’égard de toute violation ultérieure.

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

[TRADUCTION] Chaque fois qu’une victime d’un attentat terroriste obtient un jugement civil devant un tribunal américain, ce jugement favorise l’atteinte de deux types d’objectifs distincts : les objectifs du droit de la responsabilité civile délictuelle traditionnel et les objectifs du droit international public. Le jugement accordant des dommages-intérêts compensatoires et punitifs à une victime de terrorisme remplit le double objectif du droit de la responsabilité civile délictuelle traditionnel, soit l’indemnisation et la dissuasion. Parallèlement, le jugement contribue à l’atteinte des objectifs du droit international public en favorisant l’élaboration d’une règle de droit international condamnant le terrorisme. En rendant une opinion et un jugement concluant à l’existence d’une responsabilité, la cour fédérale des États-Unis ajoute sa voix à celle des autres membres de la communauté internationale condamnant collectivement le terrorisme comme un moyen illégitime de parvenir à des fins individuelles et souveraines.

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

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

Ce n’est pas parce qu’un acte de procédure révèle [TRADUCTION] « une question de droit contestable, difficile ou importante » que l’on peut radier certaines parties de la déclaration. Certes, j’irais jusqu’à dire que, lorsqu’une

and important point of law, it may well be critical that the action be allowed to proceed. Only in this way can we be sure that the common law . . . will continue to evolve to meet the legal challenges that arise in our modern industrial society. [pp. 990-91]

[132] Customary international law is part of Canadian law. Nevsun is a company bound by Canadian law. It is not “plain and obvious” to me that the Eritrean workers’ claims against Nevsun based on breaches of customary international law cannot succeed. Those claims should therefore be allowed to proceed.

[133] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

BROWN AND ROWE JJ. (dissenting in part) —

I. Introduction

[134] At the British Columbia Supreme Court, Nevsun Resources Ltd. applied to strike 67 paragraphs of the Eritrean workers’ notice of civil claim (“NOCC”). The chambers judge dismissed Nevsun’s application, holding that the claim was not bound to fail (2016 BCSC 1856, 408 D.L.R. (4th) 383). His decision was upheld on appeal (2017 BCCA 401, 4 B.C.L.R. (6th) 91). The majority would also uphold the dismissal of Nevsun’s application to strike the pleadings of the workers.

[135] We would allow Nevsun’s appeal in part. We agree with the majority that the dismissal of Nevsun’s application should be upheld as it regards the foreign act of state doctrine, and we concur in the majority reasons from paras. 27 to 59. We would, however, allow Nevsun’s appeal on the matter of the use of customary international law in creating tort liability. As we will explain, we part ways from the majority on this issue in several respects: the characterization

déclaration révèle une question de droit difficile et importante, il peut fort bien être capital que l’action puisse suivre son cours. Ce n’est que de cette façon que nous pouvons nous assurer que la common law [. . .] v[a] continuer à évoluer pour répondre aux contestations judiciaires qui se présentent dans notre société industrielle moderne. [p. 990-991]

[132] Le droit international coutumier fait partie du droit canadien. Nevsun est une société assujettie au droit canadien. Il ne me semble pas « évident et manifeste » que les réclamations des travailleurs érythréens contre Nevsun fondées sur des violations du droit international coutumier sont vouées à l’échec. En conséquence, ces réclamations devraient suivre leur cours.

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

Version française des motifs rendus par

LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents en partie) —

I. Introduction

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

[135] Nous accueillerions le pourvoi de Nevsun en partie. Nous sommes d’accord avec les juges majoritaires pour dire qu’il y a lieu de confirmer le rejet de la requête de Nevsun en ce qui concerne la doctrine de l’acte de gouvernement étranger, et nous souscrivons aux motifs exposés par les juges majoritaires du par. 27 au par. 59. Nous ferions toutefois droit au pourvoi de Nevsun sur la question du recours au droit international coutumier dans la création

of the content of international law; the procedure for identifying international law; the meaning of “adoption” of international law in Canadian law; and the availability of a tort remedy.

[136] Our reasons are structured as follows. We begin by explaining the theories of the case which are advanced to defend the pleadings from the motion to strike. We then set out our view of the proper approach to customary international law: it is to determine what practices states in fact engage in out of the belief that these practices are mandated by customary international law. We then explain how the rules of customary international law (frequently termed “norms”) are given effect in Canada. When the norms are prohibitive, this question is simple; when the norms are mandatory, the matter is more complicated. We then do our best to explain why, on its theory of the case, the majority finds it not plain and obvious the claim is doomed to fail. We identify three domains of disagreement: the content of international law in fact; how the doctrine of adoption operates; and the differences between the effect of international law on domestic criminal law and tort law. In the final section, we turn to the theory of the case upon which the chambers judge relied in dismissing the motion to strike: the workers seek recognition of new common law torts. After stating the test for determining whether a new tort should be recognized, we explain why the causes of action advanced in the pleadings do not meet it.

II. Two Theories of the Case

[137] The majority explains that the pleadings are broadly worded and identifies two separate theories upon which they could be upheld (majority reasons, at para. 127). One of these is the focus of the

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

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

II. Deux thèses

[137] Les juges majoritaires expliquent que les actes de procédure sont formulés en termes généraux et ils exposent deux thèses distinctes sur la base desquelles ceux-ci pourraient être maintenus (motifs

majority's reasons with regard to customary international law; the other is the focus of the chambers judge's reasons. We would summarize these two theories as follows:

- (a) *The majority's theory*: The workers seek to have Canadian courts recognize a cause of action for "breach of customary international law" and to prosecute a claim thereunder (para. 127). (While the majority never describes the workers' pleadings as raising a "tort" claim, we observe that its theory of the case describes a cause of action that can only be understood in Canadian common law as a "tort". A tort is simply a wrong against a third party, actionable in law, typically for money damages (*Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, at pp. 404-5). That is the very substance of the allegation here, and we will treat it as such. If the cause of action the majority is proposing is not a "tort", then it must be a species of action not known to Canadian common law, and so should fail simply on that basis).
- (b) *The chambers judge's theory*: The workers seek to have Canadian courts recognize four new nominate torts *inspired by* customary international law: use of forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; and crimes against humanity.⁴ The workers then seek to prosecute claims under those torts.

In our respectful view, the latter theory is more consistent with the pleadings before us, but both must be defeated in order for Nevsun to succeed on its motion to strike.

des juges majoritaires, par. 127). Une de ces thèses est l'accent que mettent les juges majoritaires sur le droit international coutumier; l'autre est l'accent mis sur les motifs du juge en cabinet. Nous résumerions ainsi ces deux thèses :

- a) *Thèse des juges majoritaires* : Les travailleurs cherchent à faire reconnaître par les tribunaux canadiens une cause d'action pour « violation du droit international coutumier », et à présenter une réclamation fondée sur celle-ci (par. 127). (Bien que les juges majoritaires n'affirment jamais que les travailleurs, dans leurs actes de procédure, font valoir une réclamation fondée sur la « responsabilité délictuelle », nous constatons que leur thèse décrit une cause d'action ne pouvant être considérée en common law canadienne que comme un « délit ». Un délit est tout simplement une transgression contre un tiers donnant ouverture à une action en justice, généralement en vue d'obtenir des dommages-intérêts (*Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, p. 404-405). C'est l'essence même de la prétention formulée en l'espèce, et nous la considérons comme telle. Si la cause d'action que proposent les juges majoritaires ne constitue pas un « délit », il doit alors s'agir d'un type d'action inconnu en common law canadienne et elle devrait donc être rejetée sur ce simple fondement).
- b) *Thèse du juge en cabinet* : Les travailleurs cherchent à faire reconnaître par les tribunaux canadiens quatre nouveaux délits nommés *inspirés du droit international coutumier*, à savoir le recours au travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants, et les crimes contre l'humanité⁴. Ils cherchent ensuite à présenter des réclamations fondées sur ces délits.

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

⁴ See chambers judgment, at paras. 427, 444, 455 and 465-66.

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

[138] The following paragraphs of the workers' amended NOCC describe the proposed cause of action:

53. The plaintiffs seek damages under customary international law, as incorporated into the law [of] Canada, from Nevsun for the use of forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity.

...

57. Forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity are prohibited under international law. This prohibition is incorporated into and forms a part of the law of Canada.

...

60. The use of forced labour is a breach of customary international law and *jus cogens* and is actionable at common law.

(A.R., vol. III, at pp. 170 and 172-73)

[139] Paragraphs 63, 66, and 70 are to the same effect as para. 60, except “use of forced labour” is replaced by “slavery”, “cruel, inhuman, or degrading treatment” and “crimes against humanity”, respectively (A.R., vol. III, at pp. 173-75).

[140] In our view, paras. 60, 63, 66 and 70 suggest that the workers sought to have four nominate torts recognized.

[141] The chambers judge's theory accords with how the workers framed their claims before this Court, as the following excerpts from their factum demonstrate:

98. The development of the common law will be aided by the recognition of torts which fully capture the

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

[TRADUCTION]

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

...

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

...

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

prohibited injurious conduct, rather than treating these kinds of claims as a variant or hybrid of traditional torts. . . .

...

102. . . . In assessing whether to recognize new nominate torts, *Charter* values inform the assessment of the societal importance of the rights at issue. . . .

...

117. To be clear, the [workers] do not contend that the adoption of *jus cogens* norms into Canadian law leads automatically to a civil remedy for the violation of those norms. Rather, the *jus cogens* norms serve as a source for development of the common law, and the test for recognition of new common law torts must still be satisfied.

118. . . . the recognition of these new torts is desirable given the factors outlined at paragraphs 97 to 110 above.

...

149. Here, recognizing new nominate torts for slavery or crimes against humanity under the common law complements and advances Parliament's broader intent in enacting legislation such as the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* that there be accountability for serious human rights abuses. [Emphasis added.]

[142] We also observe that, at para. 117 of their factum, the workers specifically disavow the majority's theory of the case.

[143] The second theory should be preferred also because, in deciding whether a pleading is bound to fail, it ought to be read generously. For example, the pleading ought to be considered as it might reasonably be amended (*British Columbia/Yukon Assn. of Drug War Survivors v. Abbotsford (City)*, 2015 BCCA 142, 75 B.C.L.R. (5th) 69, at para. 15; *Kripps v. Touche Ross & Co.* (1992), 69 B.C.L.R. (2d) 62 (C.A.)). In our view, the second theory is the *more*

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

...

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

...

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

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

...

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

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

[143] La seconde thèse devrait également être privilégiée parce que, pour décider si un acte de procédure est voué à l'échec, il convient de l'interpréter de façon généreuse. Par exemple, l'acte de procédure devrait être considéré tel qu'il pourrait être raisonnablement modifié (*British Columbia/Yukon Assn. of Drug War Survivors c. Abbotsford (City)*, 2015 BCCA 142, 75 B.C.L.R. (5th) 69, par. 15; *Kripps c. Touche Ross & Co.* (1992), 69 B.C.L.R. (2d) 62

plausible claim. That said, the workers could reasonably amend their pleadings to clearly engage the first theory, so both must be considered.

[144] As the majority has explained, we ask whether it is plain and obvious a pleading is “certain to fail” or “bound to fail” because this is the test that courts apply on a motion to strike (*Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980). This question is to be determined “in the context of the law and the litigation process”, assuming the facts pleaded by the non-moving party are true (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at paras. 23 and 25 (emphasis omitted)).

[145] Any confusion over whether a novel question of law can be answered on a motion to strike should be put to bed: it can. If a court would not recognize a novel claim when the facts as pleaded are taken to be true — that is, in the most favourable factual context possible in the litigation process — the claim is plainly doomed to fail (S. G. A. Pitel and M. B. Lerner, “Resolving Questions of Law: A Modern Approach to Rule 21” (2014), 43 *Adv. Q.* 344, at p. 351). As Justice Karakatsanis explained for this Court in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, judges can and should resolve legal disputes promptly to facilitate rather than frustrate access to justice (paras. 24-25 and 32). Answering novel questions of law on a motion to strike is one way they can do so (Pitel and Lerner, at p. 358). But there also are some questions that the court *could* answer on a motion to strike, but ought not to. They include, for example, questions related to the interpretation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or questions where the facts are unlikely, if not implausible. Deciding a question of law without proof of the facts in such circumstances risks distorting the law for an ultimately fruitless purpose.

(C.A.)). À notre avis, la seconde thèse est la *plus* plausible. Cela dit, les travailleurs pourraient raisonnablement modifier leurs actes de procédure pour qu’entre clairement en jeu la première thèse, de sorte que les deux thèses doivent être examinées.

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

[145] Il convient de mettre fin à toute confusion entourant la question de savoir s’il est possible de répondre à une question de droit inédite dans le cadre d’une requête en radiation : c’est possible. Si un tribunal ne reconnaît pas une réclamation inédite lorsque les faits allégués sont tenus pour avérés — c’est-à-dire dans le contexte factuel le plus favorable possible du processus judiciaire —, la réclamation est manifestement vouée à l’échec (S. G. A. Pitel et M. B. Lerner, « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Adv. Q.* 344, p. 351). Comme la juge Karakatsanis l’a expliqué, au nom de la Cour, dans l’arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, les juges peuvent et devraient régler de façon expéditive les litiges d’ordre juridique de manière à faciliter plutôt qu’à empêcher l’accès à la justice (par. 24-25 et 32). Répondre à des questions de droit inédites alors qu’ils sont saisis d’une requête en radiation est une façon de le faire (Pitel et Lerner, p. 358). Il existe cependant des questions auxquelles le tribunal *pourrait*, mais ne devrait pas, répondre lors d’une requête en radiation. Celles-ci comprennent, par exemple, les questions relatives à l’interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou encore celles touchant à des faits peu probables, voire peu plausibles. Décider d’une question de droit sans disposer d’une preuve factuelle en pareilles circonstances risque de dénaturer en vain le droit.

[146] The majority would find that it is not plain and obvious that the workers' cause of action is doomed to fail. So far as we can discern, the majority's reasons concern entirely extricated questions of law. In refraining to decide a question of law, there appears to be no pressing concern for judicial economy or for the integrity of the common law. The uncertainty in the majority's reasons relates to *which* theory the workers should rely on, not *whether* the workers' claim can succeed on either theory. We can only understand the inevitable effect of its reasons to be that, if the facts pleaded by the workers are proven, the workers' claim should succeed. In other words, in its view, the phoenix will fly. And concomitantly, it means that if the workers continue these proceedings relying on the majority's theory of the case, a court should recognize a new cause of action for tortious breach of customary international law.

[147] That observation aside, however, our disagreement with the majority in this matter about the better theory of the case does not affect either our, or its, proposed disposition of the appeal. As previously mentioned, the question to be decided on a motion to strike is whether the pleadings are bound to fail on all reasonable theories of the case. In its view, the workers' claims are not bound to fail on either theory. In our view, they are, for four reasons.

[148] First, the claims run contrary to how norms of international law become binding in Canada. According to the doctrine of adoption, the courts of this country recognize legal prohibitions that mirror the prohibitive rules of customary international law. Courts do not convert prohibitive rules into liability rules. Changing the doctrine of adoption to do so runs into the second problem, which is that doing so

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

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

[148] Tout d'abord, elles vont à l'encontre de la façon dont les normes de droit international deviennent contraignantes au Canada. Selon la doctrine de l'adoption, les tribunaux canadiens reconnaissent les interdictions juridiques qui correspondent aux règles prohibitives du droit international coutumier. Les tribunaux ne convertissent pas les règles prohibitives en règles de responsabilité. Changer la doctrine

would be inconsistent with the doctrine of incrementalism and the principle of legislative supremacy. Nor does developing a theory of the case that does not rely on the doctrine of adoption rescue the pleadings: the third problem is that some of the claims are addressed by extant torts. And, finally, the viability of other claims requires changing the common law in a manner that would infringe the separation of powers and place courts in the unconstitutional position of conducting foreign relations, which is the executive's domain. We therefore find the workers' claims for damages based on breach of customary international law disclose no reasonable cause of action and are bound to fail.

III. On the First Theory, the Claim Is Bound to Fail

[149] The majority maintains that, because international law is incorporated into Canadian law, it is not plain and obvious that a claim to remedy such a breach brought in a Canadian court is doomed to fail. But to give effect to this claim would displace international law from its proper role within the Canadian legal system. In the following section, we will explain why this is so. We will also explain why changing the role of international law within Canadian law exceeds the limits of the judicial role.

A. *The Operation of International Law in Canada*

[150] One essential point of disagreement we have with the majority concerns which law is supreme in Canadian courts: Canadian law, or international law. The majority (at para. 94) adopts the opinion of Professor Stephen J. Toope, who has opined that “[i]nternational law . . . speaks directly to Canadian law and requires it to be shaped in certain directions”

de l'adoption à cette fin se heurte au deuxième problème, à savoir l'incompatibilité d'un tel changement avec la théorie du gradualisme et le principe de la suprématie législative. L'élaboration d'une thèse qui ne repose pas sur la doctrine de l'adoption ne permet pas non plus de sauver les actes de procédure : le troisième problème est que certaines des réclamations relèvent de délits existants. Et, enfin, les chances de succès d'autres réclamations exigeraient de modifier la common law d'une manière qui porterait atteinte à la séparation des pouvoirs et qui placerait les tribunaux dans la situation inconstitutionnelle où ils auraient à assurer la conduite des relations internationales, ce qui est du ressort de l'exécutif. Nous estimons par conséquent que les réclamations en dommages-intérêts des travailleurs fondées sur la violation du droit international coutumier ne révèlent aucune cause d'action raisonnable et sont vouées à l'échec.

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

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

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

[150] Un des points essentiels sur lequel nous divergeons d'opinion avec les juges majoritaires concerne la question de savoir lequel du droit canadien ou du droit international est le droit suprême devant les tribunaux canadiens. Les juges majoritaires (au par. 94) adoptent l'opinion exprimée par le professeur Stephen J. Toope, selon qui [TRADUCTION]

(“Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law” (2001), 50 *U.N.B.L.J.* 11, at p. 23). We disagree.

[151] The conventional — and, in our view, correct — approach to the supremacy of legal systems is that each court treats its own constituting document as supreme (J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9th ed. 2019), at p. 101). An international tribunal or international court will apply the law of its constituting treaty. Canadian law cannot require international law to be shaped in certain directions, except insofar as international law grants that power to Canadian law.

[152] It follows that Canadian courts will apply the law of Canada, including the supreme law of our Constitution. And it is that law — Canadian law — which defines the limits of the role international law plays within the Canadian legal system. To hold otherwise would be to ignore s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. To be clear, then: international law cannot require Canadian law to take a certain direction, except inasmuch as Canadian law allows it.

[153] On the majority’s theory, the workers’ pleadings — which seek the remedy of money damages — are viable only if international law is given a role that exceeds the limits placed upon it by Canadian law. These limits are set out in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 39, where this Court stated that “prohibitive rules of customary international law should be incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation”. These prohibitive rules of customary international law, by their nature, *could not* give rise to a remedy. On its terms then, for these pleadings to succeed, Canadian law must change. And, in our view, such a change would require an act of a competent legislature. It does not fall within the competence of this Court, or

« [l]e droit international concerne [. . .] directement le droit canadien et exige que celui-ci aille dans certaines directions » (« Inside and Out : The Stories of International Law and Domestic Law » (2001), 50 *R.D. U.N.-B.* 11, p. 23). Nous ne partageons pas cet avis.

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

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

[153] Selon la thèse des juges majoritaires, les actes de procédure des travailleurs — qui visent à obtenir des dommages-intérêts à titre de réparation — ne sont valables que si le droit international se voit attribuer un rôle qui outrepassé les limites que lui impose le droit canadien. Ces limites sont énoncées dans l’arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 39, dans lequel notre Cour a déclaré que « les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire ». Ces règles prohibitives de droit international coutumier *ne pourraient*, de par leur nature, donner ouverture à un recours. Par conséquent, selon son libellé, pour que ces actes de procédure puissent tenir la route, le

any other. And yet, without that change, the pleadings are doomed to fail.

[154] Below, we set out the existing limits of the role that public international law can play according to Canadian law. Public international law has two main sources: custom and convention, which have different effects on and in Canadian law. While the focus of this appeal is customary international law, its role and function can best be understood in relation to its counterpart, conventional international law. Below, we describe these two main sources of international law in more detail.

(1) Conventional International Law: the Role of Treaties

[155] Although customary international law was historically the primary source of international law (J. H. Currie, *Public International Law* (2nd ed. 2008), at p. 124), convention, most often in the form of treaties, has become the source of much substantive international law today (J. Brunnée and S. J. Toope, “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts” (2002), 40 *Can. Y.B. Intl Law* 3, at p. 13). This trend originated in the late 19th and early 20th centuries, with the growth of international bodies and the elaboration of broader-based treaty regimes, mostly concerned with the conduct of war and humanitarian law (Currie, at p. 124).

[156] A treaty is much like a contract, in the sense that it records the terms to which its signatories consent to be bound (J. Harrington, “Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-)Establishing a Role for Parliament” (2005), 50 *McGill L.J.* 465, at p. 470): “The essential idea [of treaties] is that states are bound by what they expressly consent to” (Brunnée and Toope, at p. 14). It sets out the parties’ mutual legal rights and

droit canadien doit changer. Et, à notre avis, un tel changement exigerait l’intervention du législateur compétent. Il n’est pas du ressort de notre Cour ou de tout autre tribunal d’effectuer celui-ci. Et pourtant, sans ce changement, les actes de procédure sont voués à l’échec.

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

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

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

[156] Un traité ressemble beaucoup à un contrat, en ce sens qu’il consigne les modalités par lesquelles ses signataires acceptent d’être liés (J. Harrington, « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making : (Re-)Establishing a Role for Parliament » (2005), 50 *R.D. McGill* 465, p. 470) : [TRADUCTION] « L’idée essentielle [des traités] est que les États sont liés par ce à quoi ils consentent expressément » (Brunnée et Toope, p. 14). Un traité énonce les droits

obligations, and are governed by international law (Currie, at p. 123). Article 38(1)(a) of the *Statute of the International Court of Justice*, Can. T.S. 1945 No. 7, contains an implicit definition of treaty when it specifies that the International Court of Justice shall apply “international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states” (see also Brunnée and Toope, at p. 14). A treaty may be bilateral (recording reciprocal undertakings among two or more states) or multilateral (recording a generalized agreement between several states) (Currie, at p. 123). In either form, it permits states to enter into agreements with other states on specific issues or projects, or to establish widely applicable norms intended to govern legal relationships with as many states as will expressly agree to their terms (p. 123).

[157] Because a treaty is concerned with express agreement between states, certain formalities govern the process of entering a binding treaty (Brunnée and Toope, at p. 14), which we discuss below.

[158] In Canada, each order of government plays a different role in the process of entering a treaty. Significantly, it is *the executive* which controls the negotiation, signature and ratification of treaties, in exercise of the royal prerogative power to conduct foreign relations. Its signature manifests initial consent to the treaty framework, but does not indicate consent to be bound by specific treaty obligations; that latter consent is given by ratification. It is only when a treaty enters into force that the specific treaty obligations become binding. For multilateral treaties, entry into force usually depends on the deposit of a specific number of state ratifications. If a treaty is in force and ratified by Canada, the treaty binds Canada as a matter of international law (Brunnée and Toope, at pp. 14-15).

et les obligations juridiques mutuels des parties, et il est régi par le droit international (Currie, p. 123). L'article 38(1)a) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, R.T. Can. 1945 n° 7, contient une définition implicite du traité lorsqu'il précise que la Cour internationale de Justice applique « les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige » (voir aussi Brunnée et Toope, p. 14). Le traité peut être bilatéral (traité faisant état d'engagements réciproques entre deux ou plusieurs États) ou multilatéral (traité faisant état d'un accord général conclu entre plusieurs États) (Currie, p. 123). Sous une forme ou sous l'autre, il permet aux États de conclure des accords avec d'autres États sur des questions ou des projets précis, ou d'établir des normes d'application générale destinées à régir les rapports juridiques avec tous les États qui accepteront expressément ses modalités (p. 123).

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

[158] Au Canada, chaque ordre de gouvernement joue un rôle différent dans le processus de conclusion d'un traité. Fait important à signaler, c'est *l'exécutif* qui a en charge la négociation, la signature et la ratification des traités dans l'exercice de la prérogative royale en matière de relations étrangères. La signature de l'exécutif exprime un consentement initial aux grands axes du traité, mais n'indique pas un consentement à être lié par les obligations particulières qu'il renferme; ce consentement est donné par ratification. Ce n'est qu'au moment de l'entrée en vigueur du traité que ces obligations particulières deviennent contraignantes. Dans le cas des traités multilatéraux, l'entrée en vigueur est habituellement subordonnée au dépôt d'un nombre précis de ratifications par les États. Un traité en vigueur qui a été ratifié par le Canada lie le Canada en droit international (Brunnée et Toope, p. 14-15).

[159] Many treaties do not require a change in domestic law to bind the state to a course of action. Where it does, however, and even when internationally binding, a treaty has no formal legal effect domestically until it is transformed or implemented through a domestic law-making process, usually by legislation (Harrington, at pp. 482-85; Currie, at p. 235). Giving an unimplemented treaty binding effect in Canada would result in the executive creating domestic law — which, absent legislative delegation, it cannot do without infringing on legislative supremacy and thereby undermining the separation of powers. Any domestic legal effect therefore depends on Parliament or a provincial legislature adopting the treaty rule into a domestic law that can be invoked before Canadian courts (Currie, at p. 237). For example, the environmental commitments in the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2 (entered into force January 1, 1994) (“*NAFTA*”) were implemented by provincial governments through a Canadian Interprovincial Agreement (Harrington, at pp. 483-84). The formalities associated with treaties respect the role that each order of the state is competent to play, in accordance with the separation of powers and the principle of legislative supremacy.

(2) Customary International Law

[160] As with conventional international law, the content of customary international law is established by the actions of states on the international plane. The relevance of customary international law to domestic law has both a substantive and a procedural aspect. Substantively, customary international law norms can have a direct effect on public common law, without legislative enactment. But for that substantive effect to be afforded a customary international law norm, the existence of the norm must be proven as a matter of fact according to the normal court process.

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

(2) Le droit international coutumier

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

(a) *Sources of Customary International Law*

[161] As the majority describes (at para. 77), customary international law is a general practice accepted as law that is concerned with the principles of custom at the international level. A rule of customary international law exists when state practice evidences a “custom” and the practicing states accept that custom as law (Currie, at p. 188).

[162] A custom exists where a state practice is applied both generally and uniformly. To be general, it must be a sufficiently widespread practice. To be uniform, the states that apply that practice must have done so consistently. A state practice need not, however, be perfectly widespread or consistent at all times. And for good reason: if that were true, the moment one state departs from either requirement, the custom would cease to exist (Currie, at pp. 188-93).

[163] The requirement that states, which follow the practice, do so on the basis that they subjectively believe the practice to be legally mandated is known as *opinio juris* (Currie, at p. 188; J. L. Slama, “*Opinio Juris* in Customary International Law” (1990), 15 *Okla. City U. L. Rev.* 603, at p. 656). The practicing state must perform the practice out of the belief that this practice is necessary in order to fulfil its obligations under customary international law, rather than simply due to political, security or other concerns.⁵

[164] The high bar established by the twin requirements of state practice and *opinio juris* reflects the extraordinary nature of customary international law: it leads courts to adopt a role otherwise left to legislatures; and, unless a state persistently objects, its

⁵ That this creates a paradox of sorts is a well-known problem in the theory of customary international law (see, for example, J. Kammerhofer, “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems” (2004), 15 *Eur. J. Int’l L.* 523). It is not a paradox we have cause to address in this case.

a) *Sources du droit international coutumier*

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

[162] Il existe une coutume lorsque la pratique étatique est appliquée à la fois de manière générale et uniforme. Pour être générale, la pratique doit être suffisamment répandue. Pour être uniforme, elle doit avoir été appliquée de manière constante par les États qui l’appliquent. Il n’est pas nécessaire cependant que la pratique étatique soit universellement répandue ou qu’elle soit toujours constante, et ce, pour une bonne raison : si c’était le cas, dès lors qu’un État dérogerait à l’une ou l’autre des exigences applicables, la coutume cesserait d’exister (Currie, p. 188-193).

[163] L’exigence que les États qui appliquent la pratique croient subjectivement y être légalement tenus est ce qu’on appelle l’*opinio juris* (Currie, p. 188; J. L. Slama, « *Opinio Juris* in Customary International Law » (1990), 15 *Okla. City U. L. Rev.* 603, p. 656). L’État qui se livre à la pratique doit le faire parce qu’il croit que cela est nécessaire pour s’acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du droit international coutumier, plutôt que simplement pour des raisons de politique, de sécurité ou autres⁵.

[164] Le critère exigeant que représente l’obligation de démontrer tant la pratique étatique que l’*opinio juris* témoigne du caractère exceptionnel du droit international coutumier; il amène les tribunaux à adopter un rôle qui serait autrement dévolu aux

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

recognition binds states to rules to which they have not affirmatively consented (Currie, at p. 187). And, if a rule becomes recognized as peremptory (i.e., as *ius cogens*) then even persistent objection will not relieve a state of the rule's constraints (J. A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (2016), at pp. 194-95).

(b) *The Adoption of Customary International Law in Canada*

[165] Once a norm of customary international law has been established, it can become a source of Canadian domestic law unless it is inconsistent with extant statutory law. This doctrine is called “adoption” in Canada and “incorporation” in its English antecedents. *Hape* explains the doctrine as follows:

The English tradition follows an adoptionist approach to the reception of customary international law. Prohibitive rules of international custom may be incorporated directly into domestic law through the common law, without the need for legislative action. According to the doctrine of adoption, the courts may adopt rules of customary international law as common law rules in order to base their decisions upon them, provided there is no valid legislation that clearly conflicts with the customary rule: I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6th ed. 2003), at p. 41. Although it has long been recognized in English common law, the doctrine received its strongest endorsement in the landmark case of *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.). Lord Denning considered both the doctrine of adoption and the doctrine of transformation, according to which international law rules must be implemented by Parliament before they can be applied by domestic courts. In his opinion, the doctrine of adoption represents the correct approach in English law. Rules of international law are incorporated automatically, as they evolve, unless they conflict with legislation. . . .

législateurs et, à moins qu'un État ne s'y oppose systématiquement, sa reconnaissance a pour effet de contraindre des États à appliquer des règles auxquelles ils n'ont pas expressément consenti (Currie, p. 187). De plus, si une règle est reconnue comme une norme impérative (c.-à-d. comme une norme de *ius cogens*), même l'objection systématique de l'État ne permettra pas à ce dernier de se soustraire aux contraintes de cette règle (J. A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (2016), p. 194-195).

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

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

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

Despite the Court's silence in some recent cases, the doctrine of adoption has never been rejected in Canada. Indeed, there is a long line of cases in which the Court has either formally accepted it or at least applied it. In my view, following the common law tradition, it appears that the doctrine of adoption operates in Canada such that prohibitive rules of customary international law should be incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation. The automatic incorporation of such rules is justified on the basis that international custom, as the law of nations, is also the law of Canada unless, in a valid exercise of its sovereignty, Canada declares that its law is to the contrary. Parliamentary sovereignty dictates that a legislature may violate international law, but that it must do so expressly. Absent an express derogation, the courts may look to prohibitive rules of customary international law to aid in the interpretation of Canadian law and the development of the common law. [Emphasis added; paras. 36 and 39.]

[166] In our view, two features of this passage are noteworthy: (1) that prohibitive rules of customary international law can be incorporated into domestic law “in the absence of conflicting legislation”; and (2) that adoption only operates with respect to “prohibitive rules of international custom”. Taken together, these elements respect legislative supremacy in the incorporation of customary international law into domestic law.

[167] The primacy given to contrary legislation preserves the legislature's ability to control the effect of international laws in the domestic legal system. As Currie writes, the adoption of customary international law preserves “the domestic legal system's ultimate ability, primarily through its legislative branch, to control the content of domestic law through express override of a customary rule” (p. 234).

[168] The majority (at paras. 91-93) suggests that there is no difference between “mandatory” norms of international law and “prohibitive” norms, citing the extrajudicial writing of Justice LeBel (L. LeBel, “A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian

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

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

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

[168] Les juges majoritaires (aux par. 91-93) suggèrent qu'il n'existe aucune différence entre les normes « impératives » de droit international et les normes « prohibitives », citant à cet égard un article de doctrine rédigé par le juge LeBel (L. LeBel, « A Common Law of the World? The Reception

Common Law” (2014), 65 *U.N.B.L.J.* 3). We agree that this is not a distinction that is generally drawn in international law jurisprudence. It is, however, a helpful distinction for explaining the capacity of a common law court to remedy a breach of an international law norm. As James Crawford (a judge of the International Court of Justice) has explained, the first question when considering a rule of customary international law is to ask whether it is susceptible to domestic application (p. 65). Although a common law court adopts both prohibitive and mandatory norms, the domestic legal effect of the adoption of a prohibitive norm is different from the domestic legal effect of the adoption of a mandatory norm. This distinction becomes clear when comparing the roles of the various branches of the state.

[169] To illustrate the difference between prohibitive and mandatory norms, it may be helpful to analogize to *certiorari* and *mandamus* or to acts and omissions. When a norm is prohibitive, in the sense that it prohibits a state from acting in a certain way, the doctrine of adoption means that actions by the executive branch contravening the norm can be set aside through judicial review, as is the case with *certiorari*. When a norm is mandatory, in the sense that it mandates a state to act in a certain way, the doctrine of adoption means that omissions in contravention of the norm can be remedied through judicial review, as is the case with *mandamus*.⁶ *Mandamus* is a limited remedy — it allows courts to enforce a clear public duty, but not to devise a regulatory scheme out of whole cloth.

[170] When the legislative branch contravenes an adopted norm, there is no difference between

⁶ To be clear, we do not mean to suggest that relief in the nature of *certiorari* and *mandamus* are the only remedies available in such a situation: for example, equitable remedies such as injunctive or declaratory relief may also be available.

of Customary International Law in the Canadian Common Law » (2014), 65 *R.D. U.N.-B.* 3). Nous sommes d'accord pour dire que ce n'est pas une distinction que fait généralement la jurisprudence de droit international. C'est toutefois une distinction utile lorsqu'il s'agit d'expliquer la capacité d'un tribunal de common law de remédier à une violation d'une norme de droit international. Comme James Crawford (juge à la Cour internationale de Justice) l'a expliqué, la première question à se poser dans l'examen d'une règle de droit international coutumier est celle de savoir si cette règle est susceptible d'application nationale (p. 65). Bien qu'un tribunal de common law adopte à la fois des normes prohibitives et des normes impératives, l'incidence juridique nationale de l'adoption d'une norme prohibitive diffère de l'incidence juridique nationale de l'adoption d'une norme impérative. Cette distinction devient évidente lorsqu'on compare les rôles des différents organes de l'État.

[169] Pour illustrer la différence qui existe entre les normes prohibitives et les normes impératives, il peut être utile d'établir une analogie avec le *certiorari* et le *mandamus*, ou encore avec les actes et les omissions. Lorsqu'une norme est prohibitive, en ce sens qu'elle interdit à un État d'agir d'une certaine façon, la doctrine de l'adoption fait en sorte que les actes de l'organe exécutif qui contreviennent à cette norme peuvent être annulés au moyen d'un contrôle judiciaire, comme le fait le *certiorari*. Lorsqu'une norme est impérative, en ce sens qu'elle impose à un État l'obligation d'agir d'une certaine façon, la doctrine de l'adoption permet de remédier aux omissions d'agir qui contreviennent à la norme au moyen d'un contrôle judiciaire, comme le fait le *mandamus*.⁶ Le *mandamus* constitue une réparation limitée — il permet aux tribunaux de faire observer un devoir public clair, mais non d'élaborer un régime réglementaire de toutes pièces.

[170] Lorsque le pouvoir législatif contrevient à une norme adoptée, il n'y a aucune différence entre

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

prohibitive norms and mandatory norms. If the legislature passes a law contravening a prohibitive norm of international law, that law is not subject to review by the courts. Similarly, if the legislature does not pass a law in contravention of a mandatory norm of international law, the courts cannot construct that law for them, unless doing so is otherwise within the courts' power. Courts may presume the intent of the legislature is to comply with customary international law norms (see, for example, *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 465, at para. 182), but that presumption is rebuttable: customary international law has interpretive force, but it does not formally constrain the legislature. The interpretive force comes from the presumption that the legislature would not mean to inadvertently violate customary international law (J. M. Keyes and R. Sullivan, "A Legislative Perspective on the Interaction of International and Domestic Law", in O. E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law* (2006), 277, at p. 297).

[171] The final question is what happens when private common law contravenes a norm.⁷ We are aware of no case where private common law has violated a prohibitive norm. Nor are we aware of any case where private common law has violated a mandatory norm. In the case that has come closest, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, this Court found that Canada was not under an obligation to provide a private law civil remedy for violations of a norm:

While the prohibition of torture is certainly a *jus cogens* norm from which Canada cannot derogate (and is also very likely a principle of fundamental justice), the question in

⁷ We say "private" common law in contradistinction to "public" common law. Public common law is the law that governs the activities of the Crown, and is of course the law related to the executive branch, discussed previously. "Private" common law is law that governs relations between non-state entities.

les normes prohibitives et les normes impératives. Si le législateur adopte une loi qui contrevient à une norme prohibitive du droit international, cette loi n'est pas susceptible d'examen judiciaire. De même, si le législateur, en violation d'une norme impérative du droit international, n'adopte pas une loi, les tribunaux ne peuvent établir cette loi pour lui, à moins qu'ils ne soient par ailleurs investis du pouvoir de le faire. Les tribunaux peuvent présumer qu'il est de l'intention du législateur de respecter les normes de droit international coutumier (voir, par exemple, *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 465, par. 182), mais cette présomption est réfutable : le droit international coutumier a une force d'interprétation, mais n'impose pas formellement de contraintes au législateur. La force d'interprétation découle de la présomption selon laquelle le législateur ne voudrait pas contrevenir par inadvertance au droit international coutumier (J. M. Keyes et R. Sullivan, « L'interaction du droit international et du droit national dans une perspective législative », dans O. E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 351, p. 374-375).

[171] La dernière question est de savoir ce qui arrive lorsqu'une règle de common law privée contrevient à une norme⁷. Nous ne connaissons aucune décision portant sur une règle de common law privée ayant enfreint une norme prohibitive. Nous ne connaissons non plus aucune décision portant sur une règle de common law privée ayant enfreint une norme impérative. Dans l'affaire *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, qui se rapproche le plus d'un tel cas, notre Cour a conclu que le Canada n'est aucunement tenu de prévoir une réparation civile de droit privé en cas de violations d'une norme :

Si l'interdiction de la torture est assurément une norme du *jus cogens* à laquelle le Canada ne peut déroger (et aussi, fort probablement, un principe de justice fondamentale),

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

this case is whether this norm extends in such a way as to require each state to provide a civil remedy for torture committed abroad by a foreign state.

Several national courts and international tribunals have considered this question, and they have consistently confirmed that the answer is no: customary international law does not extend the prohibition of torture so far as to require a civil remedy for torture committed in a foreign state. [paras. 152-53]

[172] In short, even if a plaintiff can prove that, (1) a prohibition lies on nation states at international law; and (2) that prohibition is *jus cogens*, these two considerations are nonetheless insufficient to support the proposition that international law requires every state to provide a civil remedy for conduct in breach of the prohibition.

[173] There are good reasons for distinguishing between executive action and legislative action. Canada — and the provinces — have the ability, should they choose to exercise it, to violate norms of customary international law. But that is a choice that only Parliament or the provincial legislatures can make; the federal and provincial governments cannot do so without the authorization of those legislative bodies.

[174] But how does this inform the development of private common law? If there were a private common law rule that contravened a prohibitive norm — we confess that such a combination of norm and private law rule is beyond our imagination, but perhaps it could exist — we would agree that judges must alter that law. When the private common law contravenes a mandatory norm, the court is faced with determining whether any existing statutes prevent the court from amending the common law as necessary for it to comply with that norm.

[175] How, then, to determine whether a statute prevents so amending the common law? We would suggest that courts should follow a three-step process. First, precisely identify the norm. Second, determine

il s'agit en l'espèce de savoir si cette norme va jusqu'à obliger chaque État à prévoir une réparation civile pour des actes de torture commis à l'étranger par un autre État.

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

[172] En résumé, même si le demandeur est en mesure de prouver que, (1) en droit international, une interdiction frappe les États-nations, et que (2) cette interdiction fait partie du *jus cogens*, ces deux considérations sont néanmoins insuffisantes pour étayer l'idée selon laquelle le droit international oblige chaque État à prévoir une réparation civile pour une conduite allant à l'encontre de cette interdiction.

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

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

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

how the norm would best be given effect. Third, determine whether any legislation prevents the court from changing the common law to create that effect. If no legislation does so, courts should implement that change to the common law. If any legislation does so, the courts should respect that legislative choice, and refrain from changing the common law. In such circumstances, judicial restraint respects both legislative supremacy and the superior institutional capacity of the legislatures to design regulatory schemes to comply with Canada's international obligations. These are foundational considerations, going to the proper roles of courts, legislatures and the executive. The incorporation of a rule of customary international law must yield to such constitutional principles (*R. v. Jones (Margaret)*, [2006] UKHL 16, [2007] 1 A.C. 136, at para. 23, per Lord Bingham; Crawford, at pp. 65-66).

[176] One final point on the doctrine of adoption. *Hape* is ambivalent as to whether incorporation means that rules of customary international law are incorporated (para. 36), should be incorporated (para. 39) or simply may aid in the interpretation of the common law (para. 39). The traditional English view is the first. But the modern English jurisprudence puts that view in doubt, and rightly so (see *Jones*, at para. 11, per Lord Bingham). As we discussed above, a rule of customary international law may need to be adapted to fit the differing circumstances of common law instead of public international law.

(c) *The Procedure for Recognizing Customary International Law*

[177] Much of Canadian civil procedure depends on the distinction between law and facts. Facts are pled, but law is not; facts are determined through evidence, but law is not; facts cannot be settled on a motion to strike or summary judgment, but law can; factual findings by a trier of fact are deferred to by appellate courts; legal conclusions are not. Perhaps

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

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

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

[177] Au Canada, la procédure civile dépend en grande partie de la distinction entre le droit et les faits. Les faits sont allégués, mais le droit ne l'est pas; les faits sont établis à la lumière de la preuve, mais pas le droit; il ne peut être statué sur les faits dans le cadre d'une requête en radiation ou en jugement sommaire, mais il peut l'être sur le droit; les

most importantly, judges cannot determine matters of fact without evidence led by the parties (except where judicial notice applies), but can decide questions of law. Judges doing their own research on law is not only accepted, but expected. Judges doing their own research on facts is impermissible.

[178] The majority suggests that the content of customary international law should be treated as law by Canadian courts, not fact, but, incongruously, also recognizes that the authorities on which it relies for this proposition nonetheless maintain that *evidence* of state practice is necessary to prove a new norm of customary international law (para. 96, citing G. van Ert, “The Reception of International Law in Canada: Three Ways We Might Go Wrong”, in Centre for International Governance Innovation, *Canada in International Law at 150 and Beyond, Paper No. 2* (2018), at p. 6; G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2nd ed. 2008), at pp. 62-69). With respect, we see the approach of treating norms of international law as law and new norms of international law as fact as creating an unwieldy hybridization of law and fact. As we have discussed above, procedure in Canadian law is largely built upon the distinction between law and fact, and such a hybrid therefore promises to cause confusion. The absence of clear methodology will foster conclusionary reasoning, in other words decision making by intuition. And, what standard of review would be applied to such decisions? Confusion in means gives rise to uncertainty in ends.

[179] The process is perhaps most conveniently understood as comprising three steps. The first requires the court to find the facts of state practice and *opinio juris*. In easy cases, the first step can be dispensed with without a trial due to the power of judicial notice. When there is or can be no dispute about the existence of a norm of customary international law it is appropriate for the courts to take judicial notice

juridictions d’appel font preuve de déférence envers les conclusions de fait tirées par le juge des faits, mais non envers les conclusions de droit. Fait peut-être le plus important, les juges ne peuvent trancher des questions de fait si les parties ne leur ont pas soumis d’éléments de preuve (sauf si la connaissance d’office s’applique), mais ils peuvent se prononcer sur des questions de droit. Non seulement il est accepté que les juges effectuent leurs propres recherches juridiques, mais c’est ce qu’on attend d’eux. Par contre, les juges ne sont pas autorisés à effectuer leurs propres recherches au sujet des faits.

[178] Les juges majoritaires laissent entendre que les tribunaux canadiens devraient assimiler le contenu du droit international coutumier à du droit, et non à des faits, mais ils reconnaissent aussi de façon incongrue que les sources qu’ils citent à l’appui de cette proposition maintiennent néanmoins que la *preuve* de la pratique de l’État est nécessaire pour établir l’existence d’une nouvelle norme de droit international coutumier (par. 96, citant G. van Ert, « The Reception of International Law in Canada : Three Ways We Might Go Wrong » (2018), p. 6; G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2^e éd. 2008), p. 62-69). En toute déférence, nous estimons que de traiter les normes de droit international comme du droit et les nouvelles normes de droit international comme des faits revient à créer une hybridation peu maniable de droit et de faits. Comme nous l’avons vu précédemment, la procédure en droit canadien repose en grande partie sur la distinction entre le droit et les faits, et un tel hybride promet donc de créer de la confusion. L’absence d’une méthodologie claire favorisera le raisonnement non étayé, autrement dit la prise des décisions par intuition. Et quelle serait la norme de contrôle applicable à de telles décisions? Quand les moyens prêtent à confusion, la fin est incertaine.

[179] Il est peut-être plus commode de considérer que le processus comporte trois étapes. La première exige du tribunal qu’il établisse les faits de la pratique étatique et de l’*opinio juris*. Dans les cas simples, la première étape peut être écartée sans tenue d’un procès, en raison du pouvoir de prendre connaissance d’office. Lorsque nul ne conteste ou ne peut contester l’existence d’une norme de

(*R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 48; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 61). In this case, we agree with the majority that the existence of some of the norms of international law that have been pled — for example, that crimes against humanity are prohibited — meets the threshold for taking judicial notice (majority reasons, at para. 99). Where, however, the existence of a norm of customary international law is contested — as it is on the question of whether corporations can be held liable at international law — judges should rely on the pleadings (on an application to strike or for summary judgment) or the evidence that is adduced before them.

[180] It is in these contested, hard cases where this step is particularly important. Courts will be called on to evaluate both whether there exists a custom generally among states that is applied uniformly, and whether the practicing states respect the custom out of the belief that doing so is necessary in order to fulfil their obligations under customary international law. These are, fundamentally, empirical exercises: they do not ask what state practice should be or whether states should comply with the norm out of a sense of customary international legal obligation, but whether states in fact do so. As van Ert has acknowledged, “[s]tate practice . . . is a matter of fact” (*Using International Law in Canadian Courts*, at p. 67) and that when a claimant asserts “a new rule of customary international law”, proof in evidence may be required (“The Reception of International Law in Canada”, at p. 6, fn. 60).

[181] As the majority has correctly described (at para. 79), the judicial decisions of national courts can be “evidence” of general practice or *opinio juris*. These national courts include Canadian courts, the courts of other common law systems, and the courts

droit international coutumier, il convient que les tribunaux en prennent connaissance d’office (*R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 61). En l’espèce, nous sommes d’accord avec les juges majoritaires pour dire que l’existence de certaines des normes de droit international qui ont été alléguées — par exemple l’interdiction des crimes contre l’humanité — satisfait au seuil permettant d’en prendre connaissance d’office (motifs des juges majoritaires, par. 99). Cependant, lorsque l’existence d’une norme de droit international coutumier est contestée — comme elle l’est en ce qui a trait à la question de savoir si les sociétés peuvent être tenues responsables en droit international —, le juge devrait se fonder sur les actes de procédure (lorsqu’il est saisi d’une requête en radiation ou d’une requête en jugement sommaire) ou sur les éléments de preuve qui lui sont présentés.

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

[181] Comme les juges majoritaires le précisent à juste titre (au par. 79), les décisions judiciaires des tribunaux nationaux peuvent constituer « une preuve » de la pratique générale ou de l’*opinio juris*. Ces tribunaux nationaux incluent les tribunaux canadiens,

of every other national legal system. To determine whether a rule of customary international law exists, Canadian courts must be prepared to understand and evaluate judicial decisions from the world over. As this Court explained, “[t]o establish custom, an extensive survey of the practices of nations is required” (*R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 773). Canadian judges need to be able to understand decisions rendered in a foreign legal system, in which they are not trained, and in languages which they do not know. Making expert evidence available for judges to understand foreign language texts is simply sensible (van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, at p. 57). Put another way, the foundations of customary international law rest, in part, on foreign law. In Canada, foreign law is treated as fact, not law (J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 7-1). When a Canadian court applies Canadian conflict of laws rules and determines that the law of a foreign state is to be applied in a Canadian court proceeding, the Canadian judge does not then embark on their own analysis of the foreign law. Rather, the Canadian judge relies on the parties to adduce evidence of the content of the foreign law.

[182] It is only once the facts of state practice and *opinio juris* are found that the court can proceed to a second step, which is to identify which, if any, norms of customary international law must be recognized to best explain these facts. This question arises since state practice and *opinio juris* may be consistent with more than one possible norm. This is a question of law.

[183] The final step is to apply the norms, as recognized, to the facts of the case at bar. This is a question of mixed fact and law.

[184] We should note that, although we disagree with the majority on this procedural point, and although this point is important, it is ultimately not

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

[182] C’est seulement une fois que les faits de la pratique étatique et de l’*opinio juris* sont établis que le tribunal peut passer à la deuxième étape, laquelle consiste à déterminer quelles normes de droit international coutumier, s’il en est, doivent être reconnues afin de mieux expliquer ces faits. Cette question se pose, car la pratique étatique et l’*opinio juris* peuvent être compatibles avec plus d’une norme. Il s’agit d’une question de droit.

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

[184] Il convient de souligner que, bien que nous ne partageons pas l’avis des juges majoritaires sur ce point procédural, et bien que ce point soit important,

the nub of our disagreement. The more the questions in dispute are questions of fact, the more difficult it is for a court to properly strike the pleadings. It is therefore more difficult for us to strike these claims on *our* understanding of the jurisprudential character of international law, than it is on *the majority's* understanding. Nonetheless, as we will explain, we would do just that.

B. *The Claim, on the Majority's Theory, Contravenes These Limits Placed Upon International Law Within Canadian Law*

[185] In the following section, we explain why the majority's theory of the case cannot succeed. We begin here by summarizing its approach, as we understand it:

- (a) There are prohibitions at international law against crimes against humanity, slavery, the use of forced labour, and cruel, inhuman, and degrading treatment (paras. 100-103).
- (b) These prohibitions have the status of *jus cogens*, except possibly for that against the use of forced labour (paras. 100-103).
- (c) Individuals and states both must obey some customary international law prohibitions, and it is a question for the trial judge whether they must obey these specific prohibitions (paras. 105, 110-11 and 113).
- (d) Corporations must also obey certain such prohibitions (paras. 112-13).
- (e) Individuals are beneficiaries of these prohibitions (paras. 106-11).
- (f) It would not “make sense to argue that international law may impose criminal liability on corporations, but not civil liability” (para. 112, citing H. H. Koh, “Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation” (2004), 7 *J.I.E.L.* 263, at p. 266).

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

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

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

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

- (g) The doctrine of adoption makes any action prohibited at international law also prohibited at domestic law, unless there is legislative action to the contrary (paras. 94, 114 and 116).
- (h) In domestic law, where there is a right there must be a remedy (paras. 120-21).
- (i) There is no adequate remedy in domestic law, including in existing tort (paras. 122-26).

[186] We have no quarrel with steps (a), (b), (c), (e), and (h) of the majority's analysis.

[187] In our respectful view, however, the majority's analysis goes astray at steps (d), (f), (g), and (i). The conclusion it draws at step (d) relies upon it being possible for a norm of customary international law to exist when state practice is not general and not uniform. The conclusions it draws at steps (f) and (g) are not supported by the premises on which it relies. And the conclusions the majority draws at step (i) are possible only if one ignores the express *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, prohibition against courts creating common law offences. We will address these in turn.

(1) As a Matter of Law, Corporations Cannot Be Liable at Customary International Law

[188] The majority states that “it is not ‘plain and obvious’ that corporations today enjoy a blanket exclusion under customary international law from direct liability for violations of ‘obligatory, definable, and universal norms of international law’” (para. 113, citing Koh, at p. 267). The authority the majority cites in support of this proposition is a single law review essay by Professor Harold Koh. It cites no cases where a corporation has been held civilly liable for breaches of customary international law anywhere in the world, and we do not know of

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

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

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

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

[188] Les juges majoritaires affirment qu'il « n'est pas “évident et manifeste” que les sociétés jouissent aujourd'hui d'une exclusion générale en droit international coutumier à l'égard de la responsabilité directe pour violations des [TRADUCTION] “normes obligatoires, définissables et universelles de droit international” » (par. 113, citant Koh, p. 267). La seule source que les juges majoritaires invoquent à l'appui de cette proposition est un essai du professeur Harold Koh, publié dans une revue juridique. Ils ne citent aucune décision dans laquelle une société a été

any. While it does cite a book by Simon Baughen and an article by Andrew Clapham, those authorities do not support its view of the matter (S. Baughen, *Human Rights and Corporate Wrongs: Closing the Governance Gap* (2015), at pp. 130-32; A. Clapham, “On Complicity”, in M. Henzelin and R. Roth, eds., *Le droit pénal à l’épreuve de l’internationalisation* (2002), 241, at pp. 241-75). Baughen’s discussion of norms of international criminal law imposing civil liability on aiders and abettors is specific to the provision in the United States Code now commonly known as the *Alien Tort Statute*, 28 U.S.C. § 1350 (2018), and Clapham’s article concerns the recognition of the complicity of corporations in international criminal law and human rights violations, not the recognition of civil liability rules.

[189] In our view, that corporations are excluded from direct liability is plain and obvious. Although normally such a contested issue would be left to trial, in the context of a disputed norm of customary international law the existence of an opposing view can itself be dispositive. As this Court said in *Kazemi*, “customary international law is, by its very nature, unequivocal. It is not binding law if it is equivocal” (para. 102).

[190] In this regard, and against Professor Koh’s lone essay, we would pit the United Nations General Assembly’s *Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/4/035, February 19, 2007, which states that “preliminary research has not identified the emergence of uniform and consistent state practice establishing corporate responsibilities under customary international law” (para. 34). This is confirmed by the evaluation of Judge Crawford, in the book that the majority cites

tenue civilement responsable de violations au droit international coutumier quelque part dans le monde, et nous n’en connaissons aucune. Bien qu’ils citent un livre de Simon Baughen et un article de Andrew Clapham, ces écrits n’étayent pas leur point de vue (S. Baughen, *Human Rights and Corporate Wrongs : Closing the Governance Gap* (2015), p. 130-132; A. Clapham, « On Complicity », dans M. Henzelin et R. Roth, dir., *Le droit pénal à l’épreuve de l’internationalisation* (2002), 241, p. 241-275). L’analyse que fait Baughen des normes de droit pénal international qui imposent une responsabilité civile aux personnes qui aident et encouragent est propre à la disposition du United States Code qui est maintenant communément appelée la *Alien Tort Statute*, 28 U.S.C. § 1350 (2018), et l’article de Clapham porte sur la reconnaissance de la complicité des sociétés en droit pénal international et sur les violations des droits de la personne, et non sur la reconnaissance de règles de responsabilité civile.

[189] À notre avis, il est évident et manifeste que les sociétés sont exclues de la responsabilité directe. Bien que normalement, il incomberait au tribunal de première instance de se prononcer sur une telle question litigieuse, dans le contexte d’une norme contestée de droit international coutumier, l’existence d’une opinion contraire peut en soi être déterminante. Comme notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Kazemi*, « le droit international coutumier, de par sa nature même, ne saurait être équivoque. En effet, s’il est équivoque, il n’a pas force obligatoire » (par. 102).

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

at para. 97 of its reasons (*Brownlie's Principles of Public International Law*):

At present, no international processes exist that require private persons or businesses to protect human rights. Decisions of international tribunals focus on states' responsibility for preventing human rights abuses by those within their jurisdiction. Nor is corporate liability for human rights violations yet recognized under customary international law. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(Crawford, at p. 630)

[191] The authorities thus favour the proposition that corporate liability for human rights violations has *not* been recognized under customary international law; the most that one could credibly say is that the proposition that such liability has been recognized is equivocal. To repeat *Kazemi*, “customary international law is, by its very nature, unequivocal. It is not binding law if it is equivocal” (para. 102). Absent such a binding norm, the workers' cause of action is clearly doomed to fail.

(2) The Doctrine of Adoption Does Not Transform a Prohibitive Rule Into a Liability Rule

[192] With respect, we find the majority's analysis in respect of steps (f) and (g) difficult to follow.

[193] At paragraph 101, the majority writes that “[t]he prohibition against slavery too is seen as a peremptory norm”. We are uncertain how it deduces the potential existence of a liability rule from this uncontroversial statement of a prohibition. Perhaps it sees a liability rule as inherent in a “prohibition”, or perhaps it sees the doctrine of adoption as producing

le juge Crawford dans l'ouvrage cité par les juges majoritaires au par. 97 de leurs motifs (*Brownlie's Principles of Public International Law*) :

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

(Crawford, p. 630)

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

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

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

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

a liability rule in response to a prohibition, or perhaps both.⁸ We do not know.

[194] Faced with such uncertainty, we will consider all the plausible reasoning paths that could take the majority from the existence of a prohibition to the existence of a liability rule. We see three such paths that correspond to distinct interpretations of its reasons:

- (1) Prohibitions of customary international law *require* the Canadian state to provide domestic liability rules between individuals and corporations. With regard to slavery, the prohibition would require Canada to provide a legal rule pursuant to which enslaved persons could hold a corporation responsible for their enslavement liable. The doctrine of adoption requires our courts to create such rules if they do not already exist. Paragraph 119 of the majority's reasons supports this interpretation.
- (2) A prohibition in customary international law itself contains a liability rule between individuals and corporations. With regard to slavery, the prohibition upon slavery would include a subordinate rule that a "corporation who is responsible for enslavement is liable to enslaved persons". The doctrine of adoption requires domestic courts to enforce these rules. Paragraphs 127 and 128 of the majority reasons support this interpretation.
- (3) General (that is, non-criminal) customary international law requires states to enact laws prohibiting certain actions. International criminal law

⁸ There is, of course, a further possibility, but it is not one that the majority advances. It may be neither the prohibition at customary international law nor the doctrine of adoption that creates the liability rule. Rather, it would be a prosaic change to the common law that creates the liability rule, inspired by the recognition that an action prohibited at customary international law is wrongful. This was the theory of the case by which the chambers judge upheld the pleadings. We consider and reject this theory in Part IV of our reasons.

nécessairement d'une « interdiction » ou que la doctrine de l'adoption crée une règle de responsabilité en réponse à une interdiction, ou peut-être encore ces deux choses⁸. Nous l'ignorons.

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

- (1) Les interdictions de droit international coutumier *obligent* l'État canadien à prévoir des règles de responsabilité interne entre les individus et les sociétés. En ce qui concerne l'esclavage, l'interdiction obligerait le Canada à prévoir une règle de droit selon laquelle les personnes réduites à l'esclavage peuvent tenir une société responsable de cette situation. La doctrine de l'adoption exige que nos tribunaux créent de telles règles si elles n'existent pas déjà. Le paragraphe 119 des motifs des juges majoritaires appuie cette interprétation.
- (2) Une interdiction en droit international coutumier renferme elle-même une règle de responsabilité entre les individus et les sociétés. En ce qui concerne l'esclavage, l'interdiction de cette pratique inclurait une règle accessoire selon laquelle « une société responsable de réduction en esclavage est responsable envers les personnes tenues dans cette situation ». La doctrine de l'adoption exige que les tribunaux nationaux fassent respecter ces règles. Les paragraphes 127 et 128 des motifs des juges majoritaires appuient cette interprétation.
- (3) Le droit international coutumier général (c'est-à-dire de nature non pénale) oblige les États à adopter des lois interdisant certains actes.

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

also prohibits corporations from taking these actions. With regard to slavery, the prohibition upon slavery would mean that, respectively, “Canada must prohibit and prevent slavery by third parties” and “it is an international crime for a corporation to enslave someone”. The doctrine of adoption transforms these requirements and prohibitions into tort liability rules. Paragraphs 117 and 122 of the majority reasons support this interpretation.

[195] If either of the first two interpretations correctly represents the majority’s reasons, then we would respectfully suggest that its reasons depend on customary international law norms that do not exist. If the third interpretation correctly represents the majority’s reasons, we would respectfully suggest that its reasons depend on affording to the doctrine of adoption a role it cannot have.

[196] If, as in the first interpretation above, the majority’s reasons depend on customary international law *requiring* states to provide a civil remedy for breaches of prohibitions, then we say — first of all — that this theory is not what the workers have pleaded. The workers did not plead the necessary facts of state practice and *opinio juris*: they did not plead that there exists a general practice among states of providing a civil remedy for breaches of prohibitions, and that states perform that practice out of compliance with customary international law. Nor can the court take judicial notice of such practices, because they are not sufficiently well-established.

[197] Further, and more fundamentally, states are typically free to meet their international obligations according to their own domestic institutional arrangements and preferences. Customary international law may well require all states to prohibit slavery, but it does not typically govern the form of that prohibition. A civil liability rule is but one possibility. A prohibition could also be effected through,

Le droit pénal international interdit également aux sociétés d’accomplir ces actes. En ce qui concerne l’esclavage, l’interdiction de cette pratique signifierait, d’une part, que « le Canada doit interdire et prévenir l’esclavage par des tiers » et, d’autre part, que « commet un crime international toute société qui réduit une personne à l’esclavage ». La doctrine de l’adoption transforme ces exigences et ces interdictions en règles de responsabilité délictuelle. Les paragraphes 117 et 122 des motifs des juges majoritaires appuient cette interprétation.

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

[196] Si, comme l’indique la première interprétation énoncée ci-dessus, les motifs des juges majoritaires reposent sur l’idée que le droit international coutumier *oblige* les États à prévoir un recours civil pour les violations d’interdictions, permettez-nous alors d’affirmer, dans un premier temps, que cette théorie n’est pas celle que les travailleurs ont invoquée. Ces derniers n’ont pas allégué les faits nécessaires relatifs à la pratique étatique et à l’*opinio juris* : ils n’ont pas fait valoir qu’il existe une pratique générale au sein des États qui consiste à prévoir un recours civil pour les violations d’interdictions, et que les États se livrent à cette pratique pour se conformer au droit international coutumier. Le tribunal ne peut pas non plus prendre connaissance d’office de telles pratiques, parce qu’elles ne sont pas suffisamment bien établies.

[197] De plus — et de manière plus fondamentale —, les États sont en règle générale libres de s’acquitter de leurs obligations internationales conformément à leurs propres arrangements et préférences internes en matière institutionnelle. Le droit international coutumier peut fort bien obliger tous les États à interdire l’esclavage, mais il ne régit habituellement pas la forme que prendra cette interdiction.

for example, the criminal law or through administrative penalties. How legislatures accomplish such a goal is typically a matter for them to consider and decide. As the Second Circuit Court of Appeals observed in *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2nd Cir. 2007), the “law of nations generally does not create private causes of action to remedy its violations, but leaves to each nation the task of defining the remedies that are available for international law violations” (p. 269, citing *Kadic v. Karadžić*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995), at p. 246). While it is conceivable that international law could develop to give such a result, it has not done so (*Kazemi*, at para. 153). Asserting that it has done so or that it should do so does not make it so.

[198] If, as in the second interpretation above, the majority’s reasons depend on an existing a rule of customary international law that renders a corporation directly civilly liable to an individual, then we observe, once again, that this theory is not pleaded.

[199] The support for this conclusion in the majority’s reasons (at para. 112) consists of the aforementioned academic essay by Professor Koh. Professor Koh’s essay states it would not “make sense to argue that international law may impose criminal liability on corporations, but not civil liability”. If the majority is relying on this essay as evidence of the existence of such a rule, then we would say simply that a single essay does not constitute state practice or *opinio juris*.

[200] Even taken on its own terms as authority for any proposition, the Koh essay does not indicate that customary international law *has* so evolved; rather, it simply speculates that it *could* so evolve. The mere possibility that customary international law *could* change is not sufficient, on a motion to strike, to save a claim from being doomed to fail. Otherwise,

Une règle de responsabilité civile n’est qu’une possibilité parmi d’autres. Une interdiction pourrait également être mise en œuvre au moyen, par exemple, du droit pénal ou de sanctions administratives. C’est aux législateurs qu’il appartient normalement d’examiner et de décider comment ils atteindront cet objectif. Comme la Second Circuit Court of Appeals l’a fait remarquer dans *Khulumani c. Barclay National Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2nd Cir. 2007), [TRADUCTION] « le droit des nations ne crée généralement pas de causes d’action privées pour remédier à ses violations, mais il confie à chaque nation la tâche de définir les recours qui peuvent être exercés en cas de violations du droit international » (p. 269, citant *Kadic c. Karadžić*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995), p. 246). Bien qu’il soit concevable que le droit international puisse évoluer de manière à donner lieu à un tel résultat, il n’a pas évolué ainsi (*Kazemi*, par. 153). Affirmer que le droit international a ainsi évolué ou qu’il devrait évoluer ainsi n’en fait pas une réalité.

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

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

[200] Même en considérant que, selon ce qui y est affirmé, il étaye une proposition quelconque, l’essai du professeur Koh n’indique pas que le droit international coutumier *a* ainsi évolué; il avance plutôt tout simplement l’hypothèse qu’il *pourrait* connaître cette évolution. La simple possibilité que le droit international coutumier *puisse* changer ne suffit pas,

all kinds of suppositious claims would succeed on the basis that the legislature *could* create a new statutory cause of action to support them. Of course, on a motion to strike, it is impossible to strike a novel common law claim for novelty alone. The relevant distinction here is that courts have some discretion to change the common law. Courts do not have that discretion in respect of statutory law or customary international law. Courts can recognize a change to customary international law, but they cannot change it directly themselves.

[201] We observe also that Professor Koh, in his other work, is clear that his academic project is normative in nature: he does not seek merely to *describe* the existing state of international law, but to *change* international law through his scholarship (see H. H. Koh, *International Law vs. Donald Trump: A Reply*, March 5, 2018 (online)). State practice is not a normative concept, but a descriptive one. It therefore cannot be established based on how a single U.S. academic thinks international law should work, but rather must be based on how states in fact behave. State practice is the difference between civil liability and criminal liability at customary international law. That criminal liability arises from customary international law has been accepted by the states of the international community since Nuremberg. It is precisely this acceptance that creates customary international law.

[202] Outside the sphere of criminal law, there is no corresponding acceptance-of-liability rule regarding individuals. This widely accepted view is neatly summarized by Professor Roger O’Keefe, who writes, “[t]he phenomenon of individual criminal responsibility under international law sets this subset of international crimes apart from the general body of public international law, the breach of whose rules gives rise only to the delictual responsibility of any

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

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

[202] En dehors du domaine du droit pénal, il n’existe pas, dans le cas des individus, de règles correspondantes d’acceptation de la responsabilité. Ce point de vue largement partagé est bien résumé par le professeur Roger O’Keefe, qui écrit que [TRADUCTION] « [l]e phénomène de la responsabilité pénale individuelle en droit international distingue ce sous-ensemble de crimes internationaux de l’ensemble du droit international public, dont la violation des

state in breach” (*International Criminal Law* (2015), at pp. 47-48 (footnote omitted)). Indeed, as the majority of this Court observed in *Kazemi* (at para. 104), criminal proceedings and civil proceedings are “seen as fundamentally different by a majority of actors in the international community”.

[203] Authority from this country also supports the view that customary international law prohibitions do not create civil liability rules. In *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, the Court of Appeal for Ontario considered and rejected the argument that the customary international law prohibition against torture “constitutes a right to be free from torture and where there is a right there must be a remedy”, and therefore a civil remedy must exist (para. 92). As *Bouzari* correctly held, “[a]s a matter of principle, providing a civil remedy for breach of the prohibition of torture is not the only way to give effect to that prohibition” (para. 93) and “as a matter of practice, states do not accord a civil remedy for torture committed abroad by foreign states” (para. 94). The issue may be simply stated: a domestic court cannot effect a change to the law by “seeing a widespread state practice that does not exist today” (para. 95).

[204] It may be that neither of our first two interpretations of its reasons is correct, and that the majority shares our view that there is no rule of customary international law that requires states to create civil liability rules or that purports to impose civil liability directly. If that is so, then, as in the third interpretation above, the doctrine of adoption must play in the majority’s reasons the role of converting a general prohibition upon states and criminal prohibitions upon individuals into a civil liability rule. In our view, this would afford the doctrine of adoption a role it cannot play.

règles n’entraîne que la responsabilité délictuelle de l’État fautif » (*International Criminal Law* (2015), p. 47-48 (note en bas de page omise)). D’ailleurs, comme les juges majoritaires de notre Cour l’ont fait observer dans l’arrêt *Kazemi* (au par. 104), « [l]a majorité des acteurs de la communauté internationale considère toujours que [les procédures pénales et les procédures civiles] demeurent fondamentalement différent[e]s ».

[203] Un arrêt canadien appuie également le point de vue selon lequel les interdictions de droit international coutumier ne créent pas de règles de responsabilité civile. Dans l’arrêt *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné et rejeté l’argument selon lequel l’interdiction de la torture prévue en droit international coutumier [TRADUCTION] « constitue un droit à la protection contre la torture, et là où il y a un droit, il y a un recours », de sorte qu’il doit exister un recours civil (par. 92). Comme il a été conclu à bon droit dans *Bouzari*, « [e]n principe, le fait de prévoir un recours civil pour une violation de l’interdiction de la torture ne constitue pas la seule façon de donner effet à cette interdiction » (par. 93) et, « en pratique, les États n’accordent pas une réparation civile pour des actes de torture commis à l’étranger par des États étrangers » (par. 94). La question peut être énoncée en termes simples : un tribunal interne ne peut apporter un changement au droit en « se fondant sur une pratique étatique répandue qui n’existe pas actuellement » (par. 95).

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

[205] It is not enough to simply say that the doctrine of adoption incorporates prohibitive and mandatory rules into the common law. Outside the realm of criminal law, customary international law imposes prohibitions and mandates on states, not private actors. As Judge Crawford puts it, “human rights . . . arise against the state, which so far has a virtual monopoly of responsibility” (p. 111). States are the only duty-holders under general customary international law.

[206] Nor is it enough to say that the doctrine of adoption must respond to a state’s duties under customary international law. We do not dispute that a state’s duties may include one to prohibit and another to prevent violations of those aforementioned rights. Nor do we dispute that such a mandatory norm can trigger the doctrine of adoption. Our dispute is limited to *how* the doctrine of adoption leads Canadian law to change in response to recognition of a norm of customary international law. In our view, the three-step process we defined above for determining whether to amend private common law rules in response to the recognition of a mandatory norm of customary international law ought to govern.

[207] At the first step, we would identify the mandatory norm at issue here as “Canada must prohibit and prevent slavery by third parties”, *mutatis mutandis* for each of the activities alleged to be in violation of international law. We agree that the pleadings may allege that this norm may exist, and further, it is not plain and obvious to us that it does not. We would not therefore strike out the claim on that basis. This brings us to considering the second and third steps of the process for adopting a mandatory norm: determining how the norm would be best given effect, and determining whether any legislation prevents the court from changing the common law to give the norm that effect.

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

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

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

[208] At the second step, we say that such a mandatory rule is appropriately given effect through, and only through, the criminal law. Indeed, the majority's reasons appear animated by concerns that are the subject of the criminal law. We will discuss this aspect of its reasons in greater detail in the next section and will not repeat the point here.

[209] At the third step, we note that Parliament has, in s. 9 of the *Criminal Code*, clearly prohibited courts from creating criminal laws via the common law. In *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 3, this Court explicitly rejected the idea that it could “turn back the clock and re-enter. . . a period when the courts rather than Parliament could change the elements of criminal offences”. At this step, we conclude that, on this interpretation of the majority's theory of the case, the pleadings are doomed to fail on two bases: first, that violations of the mandatory norms at issue here are properly remedied through the criminal law, for which there is not a private law cause of action; and secondly, that Parliament has prohibited the courts from creating new crimes.

[210] The majority's approach is no more tenable if we take a step back and consider it more conceptually. Essentially, on this interpretation, the majority's approach amounts to saying that the doctrine of adoption has what jurists in Europe would call “horizontal effect”. Articles of the treaties that constitute the European Union give individuals rights both against the state (“vertical effect”) and against other private parties (“horizontal effect”) (P. Craig, “Britain in the European Union”, in J. Jowell, D. Oliver and C. O’Cinneide, eds., *The Changing Constitution* (8th ed. 2015), 104, at p. 127). In Canada, this Court rejected the idea that the *Charter* has horizontal effect (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 597; see also G. Phillipson, “The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: a Bang or a Whimper?” (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824, at p. 824). It would be astonishing

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

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

[210] L’approche des juges majoritaires n’est pas plus défendable si nous prenons un certain recul et considérons celle-ci sous un angle plus conceptuel. Essentiellement, selon cette interprétation, cette approche équivaut à dire que la doctrine de l’adoption a ce que les juristes européens appelleraient un « effet horizontal ». Les articles des traités qui constituent l’Union européenne confèrent aux individus des droits à la fois contre l’État (« effet vertical ») et contre d’autres parties privées (« effet horizontal ») (P. Craig, « Britain in the European Union », dans J. Jowell, D. Oliver et C. O’Cinneide, dir., *The Changing Constitution* (8^e éd. 2015), 104, p. 127). Au Canada, notre Cour a rejeté l’idée selon laquelle la *Charte* a un effet horizontal (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 597; voir également G. Phillipson, « The Human Rights Act, “Horizontal Effect” and the Common Law : a

were customary international law to have horizontal effect where the *Charter* does not. One wonders if the majority's view of the adoption of customary international law would amount to a new Bill of Horizontal Rights; conceptually, these are very deep waters.

[211] The majority's approach also amounts to recognizing a private law cause of action for simple breach of customary international public law. This would be similarly astonishing, since there is no private law cause of action for simple breach of statutory Canadian public law (see *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 9). As Judge Crawford has explained, a rule of customary international law will not be adopted if it is itself "contradicted by some antecedent principle of the common law" (p. 66, citing *West Rand Central Gold Mining Company v. Rex*, [1905] 2 K.B. 391, at p. 408, per Lord Alverstone C.J.; *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160 (P.C.), at p. 168, per Lord Atkin).

[212] Further yet, the mere existence of international criminal liability rules does not make necessary the creation of domestic torts. As we have already noted, in support of its view that domestic courts can hold corporations civilly liable for breaches of international law, the majority (para. 112) relies upon an essay by Professor Koh. But this essay concerns the domestic courts of the United States, not Canada. And the law being applied by U.S. courts differs in a highly significant respect. As Professor Koh writes, "Congress passed two statutes — the Alien Tort Statute and the Torture Victim Protection Act (TVPA) — precisely to provide civil remedies for international law violations" ("Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation", at pp. 266-67 (emphasis added)). The former, the hoary and historically unique *Alien Tort Statute*, requires American courts to treat international law as creating civil liabilities (*Khulumani*, at p. 270, fn. 5). The *Alien Tort Statute* has no analogue outside the United States (A. Ramasastry and R. C. Thompson,

Bang or a Whimper? » (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824, p. 824). Il serait étonnant que le droit international coutumier ait un effet horizontal alors que la *Charte* n'en a pas. On peut se demander si l'opinion des juges majoritaires au sujet de l'adoption du droit international coutumier n'équivaudrait pas à un nouveau projet de loi sur les droits horizontaux; sur le plan conceptuel, il s'agit d'un terrain dangereux.

[211] L'approche des juges majoritaires revient aussi à reconnaître une cause d'action de droit privé pour une simple violation du droit international public coutumier. Cela serait également étonnant, car il n'existe aucune cause d'action de droit privé pour une simple violation du droit législatif public canadien (voir *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 9). Comme l'a expliqué le juge Crawford, une règle de droit international coutumier ne sera pas adoptée si elle est elle-même [TRADUCTION] « contredite par un principe antérieur de common law » (p. 66, citant *West Rand Central Gold Mining Company c. Rex*, [1905] 2 K.B. 391, p. 408, lord juge en chef Alverstone; *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160 (C.P.), p. 168, lord Atkin).

[212] De surcroît, la simple existence de règles internationales en matière de responsabilité pénale ne rend pas nécessaire la création de délits nationaux. Comme nous l'avons déjà souligné, à l'appui de leur thèse selon laquelle les tribunaux nationaux peuvent tenir des sociétés civilement responsables de violations du droit international, les juges majoritaires (au par. 112) s'appuient sur un essai du professeur Koh. Cependant, cet essai concerne les tribunaux internes des États-Unis et non du Canada. De plus, les règles de droit appliquées par les tribunaux américains diffèrent de manière significative de celles appliquées par les tribunaux canadiens. Comme l'écrit le professeur Koh, [TRADUCTION] « [L]e congrès a adopté deux lois — l'Alien Tort Statute et la Torture Victim Protection Act (TVPA) — précisément pour prévoir des recours civils pour les violations du droit international » (« Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation », p. 266-267 (nous soulignons)). La première, l'ancienne et unique dans l'histoire *Alien Tort Statute*, exige que les

Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries (2006), at p. 24; J. Zerk, *Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies — A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, February 2014 (online), at p. 45). The existence of these statutes has influenced the peculiar American equivalent to the doctrine of adoption. Essentially, the majority's approach would amount to Americanizing the Canadian doctrine of adoption without accounting for the unique statutory context from which the American doctrine arose. It goes without saying that Canadian courts cannot adopt a U.S. statute when Parliament and the legislatures have not.

[213] In short, in order to reach the conclusion it does about the necessity of a tort liability rule, the majority must significantly change the doctrine of adoption. As we will explain below (see section III, subheading C), this is not a change that this Court is empowered to make.

(3) A Tort Remedy Is Not Necessary

[214] At what we identified as step (h) of its reasons, the majority suggests that where there is a right, there must be a remedy. We agree. It adds, in what we termed step (i) of its reasons, that this truism signifies there is no bar to Canadian courts granting a civil remedy for violations of customary international law norms. Here is another point of disagreement. In our view, it is possible, even at this early stage of proceedings, to exclude a remedy *for money damages* for violations of customary international law norms. The right to a remedy does not necessarily mean a right to a *particular form, or kind of* remedy. Parliament could prefer another remedy, such as judicial review, or a criminal sanction. As this Court said in *Kazemi*, “[r]emedies are by no means automatic

tribunaux américains considèrent que le droit international crée une responsabilité civile (*Khulumani*, p. 270, note 5). L'*Alien Tort Statute* ne possède pas d'équivalent à l'extérieur des États-Unis (A. Ramasastry et R. C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict : Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries* (2006), p. 24; J. Zerk, *Corporate liability for gross human rights abuses : Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies — A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, février 2014 (en ligne), p. 45). L'existence de ces lois a influencé l'équivalent américain particulier de la doctrine de l'adoption. Essentiellement, l'approche des juges majoritaires reviendrait à américaniser la doctrine canadienne de l'adoption sans tenir compte du contexte législatif unique dont est issue la doctrine américaine. Il va sans dire que les tribunaux canadiens ne peuvent adopter une loi américaine alors que le Parlement et les législatures provinciales ne l'ont pas fait.

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

(3) Un recours délictuel n'est pas nécessaire

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

or unlimited; there is no societal consensus that an effective remedy is always guaranteed to compensate for every rights violation” (para. 159).

[215] The majority rejects the possibility that existing domestic torts could suffice. In its view, “it is at least arguable that the Eritrean workers’ allegations encompass conduct not captured by these existing domestic torts” (para. 123). It tells us it is difficult to refute the concept that “torture is something more than battery” and that “slavery is more than an amalgam of unlawful confinement, assault and unjust enrichment” (para. 126, citing R.F., at para. 4). There is, it says (at para. 125), important “symbolism”, in the labelling of an action as “torture” or “battery”. It adopts the view that the “remedial consequence of successfully bringing a case is often, or even usually, only a secondary concern” (para. 125, citing G. Virgo, “Characterisation, Choice of Law and Human Rights”, in C. Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 325, at p. 335). The majority also explains that these proposed causes of action are “inherently different from” and have “a more public nature than” traditional torts, since these tortious actions “shoc[k] the conscience” (para. 124, citing M. C. Bassiouni, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*” (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63, at p. 69). It concludes by explaining that an appropriate remedy must emphasize “the public nature and importance of the violated rights involved, the gravity of their breach, the impact on the domestic and global rights objectives, and the need to deter subsequent breaches” (para. 129).

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

[215] Les juges majoritaires écartent la possibilité que les délits de droit interne existants puissent suffire. Selon eux, « on peut à tout le moins soutenir que les allégations des travailleurs érythréens englobent une conduite qui n’est pas visée par ces délits internes existants » (par. 123). Ils nous disent qu’il est difficile de réfuter l’idée que « la torture est plus [qu’une batterie] »⁹ et que « l’esclavage est plus qu’un amalgame d’une séquestration, de voies de fait et d’un enrichissement injustifié » (par. 126, citant m.i., par. 4). Il y a, affirment-ils (au par. 125), un « symbolisme » important dans le fait de qualifier une poursuite d’action pour « torture » ou pour batterie. Ils souscrivent à l’idée que [TRADUCTION] « [l]a conséquence réparatrice liée au fait d’avoir gain de cause ne constitue souvent, voire même généralement, qu’une préoccupation secondaire » (par. 125, citant G. Virgo, « Characterisation, Choice of Law and Human Rights », dans C. Scott, dir., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 325, p. 335). Les juges majoritaires expliquent également que les causes d’action proposées sont « fondamentalement différentes » des délits traditionnels et « ont un caractère plus public » que ceux-ci, puisque ces actes délictueux [TRADUCTION] « heurte[nt] la conscience » (par. 124, citant M. C. Bassiouni, « International Crimes : *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63, p. 69). Ils concluent en expliquant que le recours approprié doit souligner « [le] caractère public et [. . .] l’importance des droits violés en jeu, [. . .] la gravité du manquement à ceux-ci, [. . .] l’incidence sur les objectifs internes et mondiaux en matière de droits et [. . .] la nécessité de créer un effet dissuasif à l’égard de toute violation ultérieure » (par. 129).

⁹ Le terme « batterie » réfère à la « *battery* ».

[216] With respect, these considerations are not relevant to deciding the scope of tort law. A difference merely of damages or the extent of harm will not suffice to ground a new tort. For example, in *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, this Court explained that a separate tort of sexual battery was unnecessary because the harms addressed by sexual battery were fully encompassed by battery. The sexual aspect of the claim went to the amount of damages, which did not require the recognition of a separate tort (para. 27). Similarly, the Court of Appeal for Ontario recently held that “an increased societal recognition” of the wrongfulness of conduct did not necessitate the creation of a new tort (*Merrifield v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 205, 145 O.R. (3d) 494, at paras. 50-53, leave to appeal refused, S.C.C. Bull., September 20, 2019, at p. 7). The point is this: since all torture is battery (or intentional infliction of emotional distress), albeit a particularly severe form thereof, it does not need to be recognized as a new tort. Our law, as is, furnishes an appropriate cause of action.

[217] The majority provides plausible reasons for recognizing four new common law *crimes*, were that something courts could do. However, in our respectful view, they are inapposite for determining whether a new common law *tort* should be recognized.

[218] The suitability of criminal law, relative to tort law, in addressing this conduct, is readily apparent. Parliament reached precisely this conclusion when it chose to criminalize crimes against humanity (see *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24). Parliament chose not to provide for a liability rule in tort. As we have already mentioned, to find a new tort based on mere degree of harm would contradict *Scalera*. A more profound degree of harm,

[216] En toute déférence, ces considérations ne sont pas pertinentes lorsqu’il s’agit de décider de la portée du droit de la responsabilité délictuelle. Une différence ayant trait simplement aux dommages-intérêts ou à l’importance du préjudice ne suffira pas à justifier la reconnaissance d’un nouveau délit. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, notre Cour a expliqué qu’il n’était pas nécessaire de reconnaître un délit distinct de batterie de nature sexuelle parce que le délit de batterie englobait déjà tous les préjudices visés par la batterie de nature sexuelle. Les aspects sexuels de la réclamation avaient trait au montant des dommages-intérêts, ce qui ne justifiait pas la reconnaissance d’un délit distinct (par. 27). De même, la Cour d’appel de l’Ontario a récemment jugé qu’une [TRADUCTION] « reconnaissance accrue au sein de la société » du caractère transgressif d’une conduite ne rendait pas nécessaire la création d’un nouveau délit (*Merrifield c. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 205, 145 O.R. (3d) 494, par. 50-53, autorisation de pourvoi refusée, C.S.C. bull., 20 septembre 2019, p. 8). Le fait est le suivant : puisque toute torture constitue une batterie (ou une infliction intentionnelle d’un trouble émotif), encore qu’il s’agisse d’une forme particulièrement grave de batterie, elle n’a pas à être reconnue comme un nouveau délit. Notre droit, dans l’état actuel, prévoit une cause d’action appropriée.

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

[218] Le fait que le droit pénal, par comparaison au droit de la responsabilité délictuelle, convienne pour traiter de la conduite en cause en l’espèce ressort à l’évidence. C’est précisément la conclusion à laquelle le Parlement est venu lorsqu’il a décidé de criminaliser les crimes contre l’humanité (voir la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24). Le Parlement a décidé de ne pas prévoir de règle de responsabilité délictuelle.

may, however, be an appropriate reason for crafting a different criminal remedy. “[S]ymbolism”, too, is an issue well-addressed by criminal remedies and poorly addressed by tort. The labelling of a crime matters (*R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636); the labelling of a tort, not so much. Tort is not an area of law in which the primary value of bringing a case is often, or even usually, symbolic. Finally, the tort system has its own, built-in way to adapt to breaches of rights that are more grave or that need to be deterred: by awarding increased damages.

[219] The majority also suggests recognizing new nominate torts so that this Court can “ad[d] its voice to others in the international community collectively condemning [these crimes]” and so “furthe[r] the development of an international rule of law” (para. 130, citing H. H. Koh, “Civil Remedies for Uncivil Wrongs: Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation” (2016), 50 *Tex. Int’l L.J.* 661, at p. 675).

[220] In making this suggestion, the majority undervalues the tools Canadian courts already have that can be used to condemn crimes against humanity and degrading treatment. First, even were this action formally for the tort of battery, a court can express its condemnation of the conduct through its reasons. Nothing would prevent the trial judge in this case from writing in his or her reasons that Nevsun committed, or was complicit in, forced labour, slavery and other human rights abuses, even if his or her ultimate legal conclusion is that Nevsun committed assault, battery, or other wrongs. Causes of action sometimes go by different names. For example, what this Court referred to as the “unlawful means” tort in *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, is commonly

Comme nous l’avons déjà dit, conclure à l’existence d’un nouveau délit fondé simplement sur l’importance du préjudice contredirait l’arrêt *Scalera*. Un préjudice plus important pourrait toutefois constituer une raison appropriée pour élaborer un recours pénal différent. Le « symbolisme » constitue lui aussi un aspect qui est bien pris en compte par les recours pénaux et qui l’est mal par le régime de la responsabilité délictuelle. La qualification d’un crime est importante (*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636), alors que la qualification d’un délit l’est moins. La responsabilité délictuelle n’est pas un domaine du droit où la principale valeur d’une poursuite est souvent, ou même habituellement, de nature symbolique. Enfin, le régime de la responsabilité délictuelle a sa propre façon de s’adapter aux violations de droits qui sont plus graves ou qui doivent faire l’objet d’une dissuasion : par l’octroi de dommages-intérêts majorés.

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

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

referred to as “unlawful interference with economic relations”, ‘interference with a trade or business by unlawful means’, ‘intentional interference with economic relations’, or simply ‘causing loss by unlawful means’” (para. 2). Similarly, what this Court referred to as the “tort of civil fraud” in *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126, at para. 21, and *Mauldin*, at para. 87, is also commonly referred to as the “tort of deceit” (see *Dhillon v. Dhillon*, 2006 BCCA 524, 232 B.C.A.C. 249, at para. 77).

[221] A trial court could also express its condemnation through its damage award. Punitive damages, for example, which have been recognized by this Court as “straddl[ing] the frontier between civil law (compensation) and criminal law (punishment)”, have as a goal the *denunciation* of misconduct (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at paras. 36 and 44). The majority tells us that an award of punitive damages “may be inadequate” to remedy the violation of these international norms (para. 126). It says that a “different and stronger” response may be required (para. 129). But the “different and stronger” response that the majority concludes must be given appears to be a tort with a new name but the same remedy. Again, the better conclusion is that a remedy in criminal law is appropriate, while a remedy in tort law (established by the courts, rather than the legislature) is not.

[222] We note also that the majority’s approach in this regard would put Canada out of step with other states. As Dr. Zerk explains, although “most jurisdictions provide for the possibility of private claims for compensation for wrongful behaviour”, “these kinds of claims are not in most cases aimed at gross human rights abuses specifically” (p. 43). Instead, torts such

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

[221] Le tribunal de première instance pourrait également exprimer sa réprobation par les dommages-intérêts qu’il impose. À titre d’exemple, les dommages-intérêts punitifs, qui, comme l’a reconnu notre Cour, « chevauchent la frontière entre le droit civil (indemnisation) et le droit criminel (punition) », visent à *dénoncer* une conduite répréhensible (*Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 36 et 44). Les juges majoritaires nous disent que l’octroi de dommages-intérêts punitifs « peu[t] être inadéqua[t] » lorsqu’il s’agit de remédier à la violation de ces normes internationales (par. 126). Ils affirment qu’une réponse « différent[e] et plus rigoureux[e] » peut être requise (par. 129). Or la réponse « différent[e] et plus rigoureux[e] » qui, selon les juges majoritaires, doit être donnée semble être un délit portant un nouveau nom, mais ouvrant droit à la même réparation. Encore là, mieux vaut conclure qu’un recours en droit pénal est approprié, alors qu’un recours en droit de la responsabilité délictuelle (établi par les tribunaux plutôt que par le législateur) ne l’est pas.

[222] Nous soulignons aussi que l’approche préconisée par les juges majoritaires à cet égard ferait en sorte que le Canada serait déphasé par rapport aux autres États. Comme l’explique M^{me} Zerk, bien que [TRADUCTION] « la plupart des États prévoient la possibilité de présenter des demandes d’indemnisation de droit privé en cas de comportement transgressif »,

as “assault”, “battery”, “false imprisonment”, and “negligence” are used (pp. 43-44). Indeed, corporate liability for violations of customary international law generally depends on “ordinary common law torts or civil law delicts” (Ramasastry and Thompson, at p. 22). Such ordinary private law actions provide mechanisms to address the “harm arising out of a grave breach” of international criminal law (p. 24). This is a critical point here, where the workers advance such ordinary private law claims in addition to their claim founded on customary international law. Even were this part of Nevsun’s motion to strike to be granted, the workers could pursue in Canada the same relief they could obtain in most other states.

[223] And, as we will discuss below in section IV, subheading D, our existing private international law jurisprudence also provides a vehicle by which courts can declare that the law of another state is so morally repugnant that the courts of this country will decline to apply it.

C. Changing the Limits of International Law Is Not the Job of Courts

[224] Above, we have described how the majority’s reasons either depend on customary international law norms that do not exist or depend on affording to the doctrine of adoption a role it does not have. This requires us to consider whether this Court can change the doctrine of adoption so that it provides a civil liability rule for breaches of prohibitions at customary international law. In our view, it cannot, regardless of whether it is framed as recognizing a cause of action for breach of customary international law or as giving horizontal effect to that law.

« ces types de réclamations ne visent pas dans la plupart des cas des violations flagrantes des droits de la personne en particulier » (p. 43). Des délits comme ceux de « voies de fait », de « batterie », de « séquestration » et de « négligence » sont plutôt utilisés (p. 43-44). D’ailleurs, la responsabilité des sociétés pour les violations du droit international coutumier en général repose sur des [TRADUCTION] « délits ordinaires de common law ou des délits ordinaires de droit civil » (Ramasastry et Thompson, p. 22). De telles actions ordinaires de droit privé prévoient des mécanismes pour remédier au « préjudice découlant d’une violation grave » du droit pénal international (p. 24). Il s’agit d’un point essentiel en l’espèce, où les travailleurs font valoir de telles réclamations ordinaires de droit privé en plus de leur réclamation fondée sur le droit international coutumier. Même si cette partie de la requête en radiation de Nevsun devait être accueillie, les travailleurs pourraient demander au Canada la même réparation que celle qu’ils pourraient obtenir dans la plupart des autres États.

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

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

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

[225] It is of course open to Parliament and the legislatures to make such a change. Absent statutory intervention, however, the ability of courts to shape the law is, as a matter of common-law methodology, constrained. Courts develop the law *incrementally*. This is a manifestation of the unwritten constitutional principle of legislative supremacy, which goes to the core of just governance and to the respective roles of the legislature, the executive and the judiciary (*Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at pp. 436-38; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 666-67; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108, at para. 43; B. McLachlin, “Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?” (2006), 4 *N.Z.J.P.I.L.* 147). It also reflects the comparative want of expertise of the courts, relative to the legislature. The legislature has the institutional competence and the democratic legitimacy to enact major legal reform. By contrast, the courts are confined by the record to considering the circumstances of the particular parties before them, and so cannot anticipate all the consequences of a change.

[226] The importance, both practical and normative, of confining courts to making only incremental changes to the common law was stated by this Court in *Watkins*, at pp. 760-61:

This branch of the case, viewed thus, raises starkly the question of the limits on the power of the judiciary to change the law. Generally speaking, the judiciary is bound to apply the rules of law found in the legislation and in the precedents. Over time, the law in any given area may change; but the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. While it may be that some judges are more activist than others, the courts have generally declined to introduce major and far-reaching changes in the rules hitherto accepted as governing the situation before them.

There are sound reasons supporting this judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The

[225] Il est évidemment loisible au Parlement et aux législatures provinciales d’effectuer un tel changement. Toutefois, en l’absence d’intervention législative, la capacité des tribunaux de façonner le droit est limitée de par la méthodologie de la common law. Les tribunaux élaborent le droit *graduellement*. Il s’agit là d’une manifestation du principe constitutionnel non écrit de la suprématie législative, qui touche au cœur même de la juste gouvernance et du rôle respectif du législatif, de l’exécutif et du judiciaire (*Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-761; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, p. 436-438; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 666-667; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108, par. 43; B. McLachlin, *Les principes constitutionnels non écrits : qu’est-ce qui se passe dans ce domaine?*, 1^{er} décembre 2005 (en ligne)). Ce principe reflète aussi le manque relatif de connaissances spécialisées des tribunaux par rapport au législateur. Celui-ci dispose de la compétence institutionnelle et de la légitimité démocratique nécessaires pour adopter une réforme juridique majeure. En revanche, le dossier restreint l’examen des tribunaux à la situation des parties en cause, de sorte qu’ils ne peuvent prévoir toutes les conséquences d’un changement.

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

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

Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles

court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation between courts and practitioners than by judicial decree. Finally, and perhaps most importantly, there is the long-established principle that in a constitutional democracy it is the legislature, as the elected branch of government, which should assume the major responsibility for law reform.

Considerations such as these suggest that major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution. [Emphasis added.]

[227] In the same vein, Justice Robert J. Sharpe, writing extra-judicially, has reflected on the limits of the judicial role when faced with polycentric issues:

The first question is whether the proposed change is of a nature that falls within the capacity of the courts to decide. Judges, as I have argued, should be conscious of the inherent limits of adjudication and the fact that their view of a legal issue will necessarily be limited by the dynamics of the adversarial litigation process. That process is well-suited to deal with the issues posed by bipolar disputes and considerably less capable of dealing with polycentric issues that raise questions and pose problems that transcend the interests of the parties. Judges should hesitate to move the law in new directions when the implications of doing so are not readily captured or

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

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

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

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

understood by looking at the issue through the lens of the facts of the case they are deciding. The legislative process is better suited to consider and weigh competing policy choices that are external to legal rights and duties. Elected representatives have the capacity to reflect the views of the population at large. Government departments have the resources to study and evaluate policy options. The legislative process allows all interested parties to make their views known and encourages consideration and accommodation of competing viewpoints.

The second question relates to the magnitude of the change. Common law judges constantly refer to incremental or interstitial change and characterize the development of the common law as a gradual process of evolution. Former Senior Law Lord Tom Bingham put it this way: it is very much in the common law tradition “to move the law a little further along a line on which it is already moving, or to adapt it to accord with modern views and practices.” If the proposed change fits that description, there is a strong tradition to support judicial law-making. It is quite another thing, however, “to seek to recast the law in a radically innovative or adventurous way,” as that makes the law “uncertain and unpredictable” and is unfair to the losing party who relied on the law as it existed before the change. Developments of the latter magnitude may best be left to the legislature. [Footnote omitted.]

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

Accordingly, for a change to be incremental, it cannot have complex and uncertain ramifications. This Court has repeatedly declined to change the common law in those very circumstances (*Watkins*, at p. 761; *London Drugs Ltd.*, at pp. 436-38; *Salituro*, at pp. 677-78; *Fraser River Pile & Dredge Ltd.*, at para. 44).

[228] There is much accumulated wisdom in this jurisprudence. To alter the courts’ treatment of customary international law would “se[t] the law on

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

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

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

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

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

an unknown course whose ramifications cannot be accurately gauged” (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 93). As this Court explained in *Kazemi*, at para. 108:

The common law should not be used by the courts to determine complex policy issues in the absence of a strong legal foundation or obvious and applicable precedents that demonstrate that a new consensus is emerging. To do otherwise would be to abandon all certainty that the common law might hold. Particularly in cases of international law, it is appropriate for Canadian courts only to follow the “bulk of the authority” and not change the law drastically based on an emerging idea that is in its conceptual infancy.

The majority views such a change as “necessary” (at para. 118), but provides no reason to believe the change will have anything other than complex and uncertain ramifications. Such a fundamental reform to the common law must be left to the legislature, even though doing so by judge-made law might seem intuitively desirable (*Salituro*, at p. 670).

[229] If Parliament wishes to create an action for a breach of customary international law, that is a decision for Parliament itself to take. It is not one for this Court to take on Parliament’s behalf. As stated by Professor O’Keefe:

. . . the recognition by the courts of a cause of action in tort for the violation of a rule of customary international law would be no less than the judicial creation of a new tort, something which has not truly happened since the coining of the unified tort of negligence in *Donoghue v. Stephenson* in 1932.⁹ The reason for this is essentially constitutional: given its wide-reaching implications, economic and sometimes political, the creation of a novel head of tort is now generally recognized as better left to Parliament, on account of the latter’s democratic legitimacy and superior

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

Les tribunaux ne devraient pas se servir de la common law pour trancher des questions complexes de politique en l’absence d’un fondement juridique solide ou d’un ensemble de précédents applicables et clairs qui démontrent l’émergence d’un nouveau consensus. Une approche différente reviendrait à détruire toute la certitude que peut assurer la common law. Dans les causes de droit international plus particulièrement, il convient que les tribunaux canadiens suivent uniquement la [TRADUCTION] « jurisprudence dominante », et ne modifient pas le droit de façon radicale sur la base d’une idée émergente qui se trouverait encore à ses balbutiements sur le plan conceptuel.

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

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

[TRADUCTION] . . . la reconnaissance par les tribunaux d’une cause d’action délictuelle pour violation d’une règle de droit international coutumier ne constituerait pas moins que la création judiciaire d’un nouveau délit, ce qui n’est pas vraiment arrivé depuis l’institution du délit unifié de négligence en 1932 dans l’arrêt *Donoghue c. Stephenson*¹⁰. La raison en est essentiellement constitutionnelle : compte tenu de ses vastes répercussions — économiques et parfois politiques —, il est aujourd’hui généralement reconnu qu’il est préférable de laisser au Parlement le soin de créer

⁹ This statement was written prior to *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241.

¹⁰ Cette affirmation est antérieure à l’arrêt *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241.

capacity to engage beforehand in the necessary research and consultation. [Footnote omitted.]

(R. O’Keefe, “The Doctrine of Incorporation Revisited”, in J. Crawford and V. Lowe, eds., *The British Year Book of International Law 2008* (2009), 7, at p. 76)

[230] When the English courts determined to give horizontal effect to an international instrument (the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221), they did so pursuant to the direction of a *statute* that made it unlawful for a public authority — which by the terms of the statute included the courts — to act “in a way which is incompatible with a Convention right” (*Human Rights Act 1998* (U.K.), 1998, c. 42, s. 6(1) and (3)). Similarly, the horizontal effect of the Treaties of the European Union in the United Kingdom depends on a statutory instruction in the *European Communities Act 1972* (U.K.), 1972, c. 68 (*R. (Miller) v. Secretary of State*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61, at paras. 62-68). While we agree with the majority’s reasoning (at para. 94) that legislative endorsement is not required for there to be *vertical* effect in the common law (that is, an effect against the executive) of a mandatory or prohibitive norm of customary international law, there is no such tradition of *horizontal* effect in the common law (that is, an effect on the relations between private parties) without legislative action. Further, and to the extent such an effect is even possible, it should be governed by the considerations we set out at paras. 174-75 concerning the effect of mandatory and prohibitive norms in private common law.

[231] It is thus for Parliament to decide whether to change the doctrine of adoption to provide courts the power to convert prohibitive rules of international law into free-standing torts. Parliament has not done so. While it has created a statutory cause of action

un nouveau type de délit, en raison de la légitimité démocratique de ce dernier et du fait qu’il est plus en mesure d’effectuer à l’avance les recherches et les consultations nécessaires. [Note en bas de page omise.]

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

[230] Lorsque les tribunaux anglais ont décidé de donner un effet horizontal à un instrument international (la convention européenne intitulée *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221), ils l’ont fait conformément à la prescription d’une *loi* qui rendait illégal le fait pour une autorité publique — expression qui, aux termes de cette loi, englobait les tribunaux — d’agir [TRADUCTION] « d’une manière incompatible avec un droit garanti par la Convention » (*Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, c. 42, par. 6(1) et 6(3)). De même, l’effet horizontal que les traités de l’Union européenne ont au Royaume-Uni tient à une directive législative figurant dans la *European Communities Act 1972* (R.-U.), 1972, c. 68 (*R. (Miller) c. Secretary of State*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61, par. 62-68). Bien que nous soyons d’accord avec le raisonnement des juges majoritaires (par. 94) lorsqu’ils affirment que l’adoption par le législateur n’est pas nécessaire pour qu’une norme impérative ou prohibitive de droit international coutumier ait un effet *vertical* en common law (c’est-à-dire un effet à l’égard de l’exécutif), il n’existe aucune tradition d’effet *horizontal* de la sorte en common law (c’est-à-dire un effet sur les relations entre parties privées) sans intervention législative. De plus, et dans la mesure où un tel effet est même possible, il devrait être régi par les considérations que nous avons énoncées aux par. 174-175 concernant l’effet des normes impératives et prohibitives en common law privée.

[231] Il appartient donc au Parlement de décider s’il convient de modifier la doctrine de l’adoption pour conférer aux tribunaux le pouvoir de convertir des règles prohibitives du droit international en délits autonomes. Or, il ne l’a pas fait. Bien qu’il ait créé

for victims of terrorism, it has not chosen to do so for every violation of customary international law (see s. 4 of the *Justice for Victims of Terrorism Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 2).

IV. On the Second Theory, the Claims Are Also Bound to Fail

[232] We have thus far confined our comments to the theory of the case given by the majority. As part of reading the pleadings generously, however, we must also consider the theory given by the chambers judge and the Court of Appeal. Under this theory, the amended pleadings sought to have the court recognize four new nominate torts *inspired* by international law: use of forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; and crimes against humanity.

[233] On this theory of the case, international law plays a limited role. It will be of merely persuasive authority in recognizing the tort to begin with. It will also play less ongoing significance. Although proving the content of customary international law may be valuable for showing the urgency of recognizing a new tort, once a new tort is recognized, the new tort will have a comfortable home within the common law. If slavery is recognized as a tort, a future litigant will have no need to prove that an edge-case of slavery is a violation of customary international law; they can instead simply invoke the domestic tort. It is far easier for Canadian judges to know the contours of a domestic tort than it is for them to know the contours of customary international law. The transmutation of customary international law into individual domestic torts has another advantage, too. On an edge-case, where it is unclear whether states are obliged to prohibit the conduct under customary international law, Canadian judges will not be faced with a partly empirical question (as they would on the majority's theory of the case), but a normative question.

une cause d'action légale pour les victimes d'actes terroristes, il ne l'a pas fait pour chaque violation de droit international coutumier (voir l'art. 4 de la *Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme*, L.C. 2012, c. 1, art. 2).

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

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

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

[234] The question that remains is: when should Canadian common law courts recognize these new nominate torts?

[235] We explain below, first, the test that Canadian courts have developed for recognizing — or more precisely, for refusing to recognize — a new nominate tort. We then apply that test to the four torts the workers allege.

A. *The Test for Recognizing a New Nominate Tort*

[236] In *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 120, Wilson J. (dissenting, but not on this point) described the history of disputed theories for recognizing new torts:

It has been described in Solomon, Feldthusen and Mills, *Cases and Materials on the Law of Torts* (2nd ed. 1986), as follows (at p. 6):

Initially, the search for a theoretical basis for tort law centred on the issue of whether there was a general principle of tortious liability. Sir John Salmond argued that tort law was merely a patchwork of distinct causes of action, each protecting different interests and each based on separate principles of liability [see Salmond, *The Law of Torts* (6th ed., 1924) at pp. 9-10]. Essentially the law of torts was a finite set of independent rules, and the courts were not free to recognize new heads of liability. In contrast, writers such as Pollock contended that the law of torts was based upon the single unifying principle that all harms were tortious unless they could be justified [see Pollock, *The Law of Torts* (13th ed., 1929) at p. 21]. The courts were thus free to recognize new torts. Glanville Williams suggested a compromise between the two viewpoints. He argued that tort law historically exhibited no comprehensive theory, but that the existing categories of liability were sufficiently flexible to enable tort law to grow and adapt. [Emphasis added.]

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

[235] Nous expliquons plus loin tout d’abord le critère que les tribunaux canadiens ont élaboré pour reconnaître — ou plus précisément pour refuser de reconnaître — un nouveau délit nommé. Nous appliquons ensuite ce critère aux quatre délits allégués par les travailleurs.

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

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

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

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

Justice Wilson agreed with, and adopted, Glanville Williams's pragmatic approach (p. 120, citing G. L. Williams, "The Foundation of Tortious Liability" (1939), 7 *Cambridge L.J.* 111).

[237] Three clear rules for when the courts will not recognize a new nominate tort have emerged: (1) The courts will not recognize a new tort where there are adequate alternative remedies (see, for example, *Scalera*); (2) the courts will not recognize a new tort that does not reflect and address a wrong visited by one person upon another (*Saskatchewan Wheat Pool*, at pp. 224-25); and (3) the courts will not recognize a new tort where the change wrought upon the legal system would be indeterminate or substantial (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at paras. 76-77). Put another way, for a proposed nominate tort to be recognized by the courts, at a minimum it must reflect a wrong, be necessary to address that wrong, and be an appropriate subject of judicial consideration.

[238] The first rule, that of necessity, acknowledges at least three alternative remedies: another tort, an independent statutory scheme, and judicial review. If any of these alternatives address the wrong targeted by the proposed nominate tort, then the court will decline to recognize it.

[239] As we described above, a difference merely of damages or the extent of harm will not suffice to ground a new tort (*Scalera*). The proposed torts of "harassment" and "obstruction" also failed at the necessity stage. As the Saskatchewan Court of Appeal recently observed in *McLean v. McLean*, 2019 SKCA 15, at paras. 103-5 (CanLII), the proposed tort of harassment was entirely encompassed by the tort of intentional infliction of mental suffering and so need not be recognized as a distinct tort (see also *Merrifield*, at para. 42). Similarly, the proposed tort of obstruction — the plaintiffs had alleged the defendants had obstructed them from clearing trees — was encompassed by the existing torts of nuisance and trespass (6165347 *Manitoba*

La juge Wilson a souscrit à l'approche pragmatique de Glanville Williams (p. 120, citant G. L. Williams, « The Foundation of Tortious Liability » (1939), 7 *Cambridge L.J.* 111), et l'a adoptée.

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

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

[239] Comme nous l'avons expliqué plus haut, une différence ayant trait simplement aux dommages-intérêts ou à l'importance du préjudice ne suffira pas à justifier la reconnaissance d'un nouveau délit (*Scalera*). Les délits proposés de « harcèlement » et d'« entrave » n'ont pas non plus franchi l'étape de la nécessité. Comme la Cour d'appel de la Saskatchewan l'a récemment fait observer dans l'arrêt *McLean c. McLean*, 2019 SKCA 15, par. 103-105 (CanLII), le délit proposé de harcèlement est déjà entièrement visé par le délit d'infliction intentionnelle d'une souffrance morale et n'a donc pas besoin d'être reconnu comme un délit distinct (voir également *Merrifield*, par. 42). De même, le délit proposé d'entrave — les demanderesse avaient allégué

Inc. v. Jenna Vandal, 2019 MBQB 69, at paras. 91 and 100 (CanLII)).

[240] A statutory remedy can also suffice to show that a new nominate tort is unnecessary. For example, in *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, at p. 195, this Court held that the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318 (“Code”) foreclosed the development of a common law tort based on the same policies embodied in the *Code*. Similarly, in *Frame*, at p. 111, the Court declined to create a common law tort concerning alienation of affection in the family context because the legislature had occupied the field through the *Children’s Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68.

[241] The second rule, that the tort must reflect a wrong visited by one person upon another, is also well-established and is reflected in the courts’ resistance to creating strict or absolute liability regimes (see, for example, *Saskatchewan Wheat Pool*, at p. 224). It is also the converse of the idea so memorably expressed by Sharpe J.A. in *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241, at para. 69: there, the “facts . . . cr[ie]d out for a remedy”. When the facts do not make such a cry, the courts will not recognize a tort.

[242] Finally, the change wrought to the legal system must not be indeterminate or substantial. This rule reflects the courts’ respect for legislative supremacy and the courts’ mandate to ensure that the law remains stable, predictable and accessible (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at p. 37). Hence, the Ontario Superior Court’s rejection of a proposed tort of “derivative abuse of process” that would provide compensation for someone allegedly injured by another person’s litigation. Such a tort, the court noted, would create indeterminate liability (*Harris v. GlaxoSmithKline Inc.*, 2010 ONSC 2326, 101 O.R.

que les défendeurs les avaient empêchées de déboiser — est visé par les délits existants de nuisance et d’intrusion (*6165347 Manitoba Inc. c. Jenna Vandal*, 2019 MBQB 69, par. 91 et 100 (CanLII)).

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

[241] La deuxième règle, selon laquelle le délit doit refléter un tort infligé par une personne à une autre, est également bien établie et trouve son expression dans le fait que les tribunaux résistent à créer des régimes de responsabilité stricte ou absolue (voir, par exemple, *Saskatchewan Wheat Pool*, p. 224). C’est également l’inverse de l’idée que le juge Sharpe a exprimée de façon si mémorable dans l’arrêt *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241, au par. 69 (CanLII), en déclarant que, dans cette affaire, [TRADUCTION] « les faits [. . .] réclamaient un recours ». Lorsque les faits ne sont pas tels, les tribunaux ne reconnaîtront pas un délit.

[242] Enfin, le changement apporté au système juridique ne doit pas être indéterminé ou substantiel. Cette règle témoigne du respect des tribunaux pour la suprématie législative et de la mission des tribunaux de veiller à ce que le droit demeure stable, prévisible et accessible (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 37). D’où le refus, par la Cour supérieure de l’Ontario, de reconnaître le délit proposé [TRADUCTION] d’« abus de procédure dérivé » qui permettrait d’indemniser une personne qui s’estime lésée par l’action en justice intentée par une autre. Le tribunal a fait observer qu’un tel délit créerait une responsabilité

(3d) 665, aff'd on other grounds, 2010 ONCA 872, 106 O.R. (3d) 661, leave to appeal refused, [2011] 2 S.C.R. vii). Similarly, in *Wallace*, this Court rejected the proposed tort of “bad faith discharge” (para. 78) because it would create a “radical shift in the law” (para. 77) and contradict “established principles of employment law” (para. 76). A shift will be less radical when it is presaged by some combination of *obiter*, academic commentary, and persuasive foreign judicial activity, none of which are present here.

[243] *Jones v. Tsige* provides a rare and instructive example of where a proposed new nominate tort was found by a court to have passed this test. The breach of privacy was indeed seen by the court as a wrong caused by one person to another, and as a wrong for which there existed no other remedy in tort law or in statute. The Court of Appeal for Ontario found support to recognize a cause of action for intrusion upon seclusion in the common law and *Charter* jurisprudence (para. 66), and looked to other jurisdictions which had recognized a similar cause of action arising from a right to privacy, either by statute or by the common law (paras. 55-64). The court defined the elements of the cause of action (paras. 70-72) and identified factors to guide an assessment of damages (paras. 87-90). Having undertaken this careful analysis, the court concluded that it had the competence as an institution to make this incremental change to the common law — it being “within the capacity of the common law to evolve to respond to the problem” (para. 68).

B. *Two of the Proposed Nominated Torts Fail This Test*

[244] In our view, the proposed torts of cruel, inhuman or degrading treatment, and “crimes against humanity” both fail this test.

indéterminée (*Harris c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2010 ONSC 2326, 101 O.R. (3d) 665, conf. pour d’autres motifs par 2010 ONCA 872, 106 O.R. (3d) 661, autorisation de pourvoi refusée, [2011] 2 R.C.S. vii). De même, dans l’arrêt *Wallace*, notre Cour a refusé de reconnaître le délit proposé de « renvoi de mauvaise foi » (par. 78), estimant que cela constituerait « une modification radicale du droit » (par. 77) et serait incompatible avec « les principes reconnus du droit régissant la relation employeur-employé » (par. 76). Une modification sera moins radicale si elle est présagée par une combinaison de remarques incidentes, de doctrine et d’appréciations judiciaires étrangères convaincantes. Or, on ne trouve aucun de ces éléments en l’espèce.

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

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

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

[245] The proposed tort of cruel, inhuman or degrading treatment fails the necessity test, since any conduct captured by this tort would also be captured by the extant torts of battery or intentional infliction of emotional distress. To the extent that this tort describes a greater degree of harm than that typically litigated in the conventional torts, this goes only to damages. As this Court found in *Scalera*, no distinct tort is necessary.

[246] The proposed tort of “crimes against humanity” also fails, but for a different reason: it is too multifarious a category to be the proper subject of a nominate tort. Many crimes against humanity would be already addressed under extant torts. If there are individual crimes against humanity that would not already be recognized as tortious conduct in Canada, the workers should specify them, rather than rely on a catch-all phrase that includes wrongs already covered. Adopting such a tort wholesale would not be the kind of incremental change to the common law that a Canadian court ought to make.

C. *Two of the Proposed Nominate Torts May Pass This Test*

[247] In our view, it is possible the proposed torts of slavery and use of forced labour would pass the test for recognizing a new nominate tort. Recognizing each of these torts — subject to further development throughout the proceedings — may prove to be necessary, in that each may capture conduct not independently captured in torts such as battery, intentional infliction of emotional distress, negligence, or forcible confinement. For example, it is possible that the facts, if fully developed in the course of trial, might show that one person kept another person enslaved without need for any force or violence, simply by convincing that other person that they are rightfully property. Use of forced labour also, by its terms, may include liability that pierces the corporate veil or extends through agency relationships. And, to the extent there are non-tort alternative remedies

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

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

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

[247] À notre avis, il est possible que les délits proposés d’esclavage et de recours au travail forcé satisfassent au critère à respecter pour reconnaître un nouveau délit nommé. La reconnaissance de chacun de ces délits — sous réserve d’autres développements dans l’instance — peut s’avérer nécessaire, en ce que chacun d’eux peut viser une conduite qui n’est pas visée de façon indépendante par un délit comme celui de batterie, d’infliction intentionnelle d’un trouble émotif, de négligence ou de séquestration. À titre d’exemple, il est possible que l’exposition de tous les faits au procès révèle qu’une personne a réduit une autre personne à l’esclavage sans avoir eu à recourir à la force ou à la violence, simplement en la convainquant qu’elle était sa propriété légitime. De par ses conditions, le recours au travail forcé peut également englober une responsabilité qui

under the criminal law, they would not restore the victim as tort law would.

[248] It is also uncontroversial that each of these torts — again, subject to further development — reflects wrongs being done by one person to another.

[249] Finally, the admission of these torts would not cause unforeseeable or unknowable harm to Canadian law. Both slavery and use of forced labour are widely understood in this country to be illegal and, indeed, morally reprehensible, and liability for such conduct would herald no great shift in expectations.

[250] Nonetheless, for the reasons that follow, we would hold that the attempt to create such nominate torts is doomed to fail.

D. Slavery and Use of Forced Labour Should Not Be Recognized for the First Time in the Circumstances of This Case

[251] In our view, proposed torts should not be recognized for the first time in a proceeding based on conduct that occurred in a foreign territory, where the workers in this case had no connection to British Columbia at the time of the alleged torts, and where the British Columbian defendant has only an attenuated connection to the tort.

[252] In general, tortious conduct abroad will not be governed by Canadian law, even where the wrong is litigated before Canadian courts. It is the law of the place of the tort that will, normally, govern (*Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1050). The only exception is when such law is so repugnant to the

perce le voile de la personnalité morale ou qui passe à travers la relation entre mandant et mandataire. De plus, dans la mesure où le droit pénal prévoit d'autres voies de recours non délictuelles, celles-ci ne permettraient pas de remettre la victime dans la situation où elle se trouvait antérieurement comme le droit de la responsabilité civile délictuelle permettrait de le faire.

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

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

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

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

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

[252] En règle générale, une conduite délictueuse qui a eu lieu à l'étranger ne sera pas régie par le droit canadien, même lorsque la transgression est jugée devant les tribunaux canadiens. C'est le droit du lieu où le délit a été commis qui s'appliquera habituellement (*Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022,

fundamental morality of the Canadian legal system as to lead the court not to apply it (p. 1054).

[253] One of two possibilities may arise when the proceedings in this case continue. It may be that the court finds Eritrean law not so offensive, and proceeds to apply it. In that case, judicial restraint would prevent the courts from recognizing a novel tort in Canadian law, because its application would be moot. Alternatively, if Eritrean law is found to be repugnant, the British Columbia courts would be in the unfortunate position of setting out a position for the first time on these proposed new torts based on conduct that occurred in a foreign state.

[254] There are problems, both practical and institutional, with developing Canadian law based on conduct that occurred in a foreign state.

[255] The practical problem is that the law that is appropriate for regulating a foreign state may not also be law that is appropriate for regulating Canada. It is trite to say that hard cases make bad law. When a case comes through the public policy exception to conflicts of law, it will, almost by definition, be a hard case.

[256] The institutional problem is well expressed by La Forest J. in *Tolofson*, at p. 1052:

It seems to me self evident, for example, that State A has no business in defining the legal rights and liabilities of citizens of State B in respect of acts in their own country, or for that matter the actions in State B of citizens of State C, and it would lead to unfair and unjust results if it did.

If that is true of legislatures, it is ever the more true for courts. Courts simply must recognize the limits of their institutional competence and the distinct roles of the judiciary vis-à-vis Parliament and the

p. 1050). La seule exception à cette règle est le cas où le droit en question est contraire aux valeurs morales fondamentales du régime juridique canadien au point d'amener le tribunal à ne pas l'appliquer (p. 1054).

[253] Deux scénarios sont possibles lors de la poursuite de la procédure en l'espèce. Il se peut que le tribunal estime que le droit érythréen n'est pas si choquant et entreprenne de l'appliquer. En pareil cas, la retenue judiciaire empêcherait les tribunaux de reconnaître un nouveau délit en droit canadien, parce que son application serait théorique. En revanche, si le droit érythréen est jugé répugnant, les tribunaux de la Colombie-Britannique se trouveraient dans la situation malheureuse d'énoncer pour la première fois une position sur ces nouveaux délits proposés en fonction d'une conduite ayant eu lieu à l'étranger.

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

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

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

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

Ce qui est vrai dans le cas des législateurs l'est encore plus pour les tribunaux. Les tribunaux doivent simplement reconnaître les limites de leur compétence institutionnelle et le rôle distinct que joue le pouvoir

executive (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 46-47). The judiciary is confined to making incremental changes to the common law, and can only respond to the evidence and argument before it. In contrast, the executive has the resources to study complex matters of state, conduct research, and consult with affected groups and the public. Parliament can do so, too, as well as hearing expert testimony through its committees. While the remedy that a court may order is limited to the question before the court, the executive can craft broad legal and institutional responses to these issues. The executive can create delegated regulatory authority, and implement policy and procedures. Further, whereas courts do not have the jurisdiction or resources to monitor the impact of its decisions, the executive can develop specialized units with a mandate to monitor, make recommendations, implement and, where necessary, adjust a course of action. The domain of foreign relations is, in our view, perhaps the most obvious example of where the executive is competent to act, but where courts lack the institutional competence to do so.

[257] Lester B. Pearson, in a speech before the Empire Club of Canada and the Canadian Club of Toronto in 1951, spoke about developing foreign policy in Canada (“Canadian Foreign Policy in a Two Power World”, *The Empire Club of Canada: Addresses 1950-1951* (1951), 346). Mr. Pearson emphasized the delicacy of foreign relations, which calls for balancing political, economic and geographical considerations and consultation with other nations — a role that courts are not institutionally suited to undertake:

The formulation of foreign policy has special difficulties for a country like Canada, which has enough responsibility and power in the world to prevent its isolation

judiciaire par rapport au Parlement et à l’exécutif (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 46-47). Les tribunaux ne peuvent apporter que des changements graduels à la common law, et ils doivent s’en tenir à la preuve et aux arguments qui leur sont présentés. En revanche, l’exécutif dispose des ressources voulues pour étudier des affaires d’État complexes, pour effectuer des recherches et pour consulter les groupes touchés et le public. Le Parlement peut en faire autant, et il peut aussi entendre des témoignages d’experts au moyen de ses comités. Bien que la réparation qu’un tribunal peut ordonner ne puisse porter que sur la question qui lui a été soumise, l’exécutif peut élaborer des réponses juridiques et institutionnelles générales à apporter aux questions en jeu. L’exécutif peut créer des pouvoirs de réglementation délégués et mettre en œuvre des politiques et des procédures. De plus, alors que les tribunaux n’ont ni la compétence ni les ressources pour surveiller les incidences de leurs décisions, l’exécutif peut mettre sur pied des unités spécialisées chargées de surveiller, de faire des recommandations, de mettre en œuvre une ligne de conduite et, au besoin, de modifier celle-ci. Le domaine des relations étrangères est, à notre avis, peut-être l’exemple le plus flagrant d’une situation où l’exécutif est compétent pour agir, mais où les tribunaux n’ont pas la compétence institutionnelle pour le faire.

[257] Lester B. Pearson, dans une allocution prononcée en 1951 devant l’Empire Club of Canada et le Canadian Club of Toronto, a traité de l’élaboration de la politique étrangère canadienne (« Canadian Foreign Policy in a Two Power World », *The Empire Club of Canada : Addresses 1950-1951* (1951), 346). M. Pearson a insisté sur le fait que les relations étrangères étaient une question délicate qui commandait la mise en balance des considérations politiques, économiques et géographiques, d’une part, et la consultation d’autres nations, d’autre part — un rôle que les tribunaux ne sont pas institutionnellement faits pour assumer :

[TRADUCTION] La formulation de la politique étrangère présente des difficultés particulières pour un pays comme le Canada, qui a suffisamment de responsabilités et de

from the consequences of international decisions, but not enough to ensure that its voice will be effective in making those decisions.

Today, furthermore, foreign policy must be made in a world in arms, and in conflict. . . .

...

We all agree, however, that we must play our proper part, no less and no more, in the collective security action of the free world, without which we cannot hope to get through the dangerous days ahead. But how do we decide what that proper part is, having regard to our own political, economic and geographical situation? It is certainly not one which can be determined by fixing a mathematical proportion of what some other country is doing. As long as we live in a world of sovereign states, Canada's part has to be determined by ourselves, but this should be done only after consultation with and, if possible, in agreement with our friends and allies. We must be the judge of our international obligations and we must decide how they can best be carried out for Canada [pp. 349 and 352]

[258] Mr. Pearson's speech was given in the Cold War context, and considered Canada's foreign relations policy vis-à-vis two major world powers. Clearly, the landscape of international relations and Canada's role on the world stage have changed dramatically since 1951. Today, as the political and economic relationships between nations become increasingly complex, Mr. Pearson's message is even more compelling: foreign relations is a delicate matter, which the executive — and not the courts — is equipped to undertake.

[259] Setting out a novel tort in the exceptional circumstance of a foreign state's law being held by the court to be so repugnant to Canadian morality would be an intrusion into the executive's dominion over foreign relations. The courts' role within this

pouvoirs dans le monde pour prévenir son isolement par rapport aux conséquences des décisions internationales, mais qui n'en a pas assez pour s'assurer qu'il pourra vraiment se faire entendre lorsqu'il s'agira de prendre ces décisions.

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

...

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

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

[259] Établir un nouveau délit dans la situation exceptionnelle où le tribunal estime que le droit d'un État étranger est aussi contraire aux valeurs morales canadiennes constituerait un empiètement sur la compétence de l'exécutif en matière de relations

country is, primarily, to adjudicate on disputes within Canada, and between Canadian residents. This is the purpose for which the courts have been vested their powers by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Our courts' legitimacy depends on our place within the constitutional architecture of this country; Canadian courts have no legitimacy to write laws to govern matters in Eritrea, or to govern people in Eritrea. Developing Canadian law in order to respond to events in Eritrea is not the proper role of the court: that is a task that ought to be left to the executive, through the conduct of foreign relations, and to the legislatures and Parliament.

[260] In making these observations, we do not question the public policy exception to applying the law indicated by a choice of law exercise. The proper use of that exception, however, is to apply existing Canadian law, which is either the product of legislative enactment or the common law, to situations where applying the foreign law would be repugnant to the consciences of Canadians. That exception should not be used as a back door for the courts to create new law governing the behaviour of the citizens of other states in their home state.

V. Conclusion

[261] This appeal engages fundamental questions of procedure and substance. The majority's approach to the procedural question at the heart of a motion to strike will encourage parties to draft pleadings in a vague and underspecified manner. It offers this lesson: the more nebulous the pleadings and legal theory used to protect them, the more likely they are to survive a motion to strike. This approach will suck much of the utility from the motion to strike. Doomed actions will occupy the superior courtrooms of this country, persisting until the argument collapses at summary judgment or trial. In a moment where courts are struggling to handle the existing

extérieures. Le rôle des tribunaux canadiens consiste principalement à trancher les différends à l'intérieur du Canada et qui opposent des résidents canadiens. C'est à cette fin que les tribunaux se sont vu conférer leurs pouvoirs par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La légitimité de nos tribunaux dépend de la place qu'ils occupent dans l'architecture constitutionnelle du Canada; les tribunaux canadiens n'ont aucune légitimité pour établir des règles de droit régissant des affaires qui se produisent en Érythrée, ou régissant le peuple érythréen. Il n'appartient pas aux tribunaux de faire évoluer le droit canadien pour réagir à des événements qui se produisent en Érythrée; il convient de laisser cette tâche à l'exécutif, dans la conduite des relations extérieures, ainsi qu'aux législatures provinciales et au Parlement.

[260] En formulant ces observations, nous ne remettons pas en question l'exception d'ordre public à l'application du droit désigné par l'opération relative au choix du droit applicable. La bonne façon d'utiliser cette exception consiste toutefois à appliquer le droit canadien existant, qu'il découle d'une loi ou de la common law, à des situations dans lesquelles l'application du droit étranger serait incompatible avec la conscience des Canadiens. Cette exception ne devrait pas être utilisée comme un moyen détourné dont disposeraient les tribunaux pour créer du droit nouveau régissant, dans leur État d'origine, le comportement des citoyens d'autres États.

V. Conclusion

[261] Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales de procédure et de fond. L'approche préconisée par les juges majoritaires en ce qui a trait à la question de procédure au cœur d'une requête en radiation aura pour effet d'encourager les parties à rédiger les actes de procédure de manière vague et insuffisamment précise. La leçon à en tirer est la suivante : plus les actes de procédure et la thèse juridique utilisée pour les protéger sont nébuleux, plus les actes de procédure sont susceptibles de résister à une requête en radiation. Cette approche aura pour effet de priver les requêtes en radiation d'une bonne partie de leur utilité. Les actions vouées à

caseload, increasing the load is likely not to facilitate access to justice, but to frustrate it.

[262] In substance, this appeal is about, as much as anything else, maintaining respect for the appropriate role of each order of the Canadian state. The creation of a cause of action for breach of customary international law would require the courts to encroach on the roles of both the legislature (by creating a drastic change in the law and ignoring the doctrine of incrementalism), and the executive (by wading into the realm of foreign affairs).

[263] It is not up to the Court to ignore the foundations of customary international law, which prohibits certain state conduct, in order to create a cause of action against private parties. Rather, it would be up to Parliament to create a statutory cause of action. And, where an issue has consequences for foreign relations, the executive, not courts, is institutionally competent to decide questions of policy. Fundamentally, it is this understanding and respect for the institutional competence of each order of the state that underlies the proper functioning of the domestic and international order.

[264] A final word. The implications of the majority's reasons should be comprehended. On the majority's approach to determining what norms of customary international law may exist, generalist judges will be called upon to determine the practices of foreign states and the bases for those practices without hearing evidence from either party. They are to make these determinations aided only by lawyers, who themselves will rarely be experts in this field. The judiciary is institutionally ill-suited to make such determinations.

l'échec occuperont les salles d'audience des cours supérieures de notre pays, et subsisteront jusqu'à ce que l'argument s'effondre à l'étape du jugement sommaire ou au procès. À une époque où les tribunaux déploient des efforts considérables pour venir à bout du volume de dossiers en cours, augmenter ce volume est susceptible non pas de faciliter l'accès à la justice, mais bien d'empêcher cet accès.

[262] En substance, le présent pourvoi vise, entre autres choses, à assurer le respect du rôle dévolu à chaque ordre de l'État canadien. La création d'une cause d'action pour violation du droit international coutumier obligerait les tribunaux à empiéter à la fois sur le rôle réservé au législateur (en modifiant radicalement le droit et en faisant fi de la théorie du gradualisme) et sur celui réservé à l'exécutif (en s'immiscant dans le domaine des affaires extérieures).

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

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

[265] The result, we fear, will be instability. In international law, on the majority's approach, Canadian courts will, perhaps on the word of a single law professor, be empowered to declare what the states of the world have through their practices agreed upon. And this uncertainty will redound upon the law of this country. The line of reasoning set out in this judgment departs from foundational principles of judicial law-making in tort law, and there is no reason to believe that Canadian courts will in the future be any more restrained with their use of international law. So fundamental a remaking of the laws of this country is not for the courts. This, ultimately, is where we part ways with the majority.

[266] For these reasons, we would allow the appeal in part and strike the paragraphs of the workers' claim related to causes of action arising from customary international law norms, with costs to Nevsun in this Court and in the courts below.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[267] My main point of departure from the analysis of my colleague, Abella J., concerns the existence and applicability of the act of state doctrine, or some other rule of non-justiciability barring the respondents' claims. As for the reasons of Brown and Rowe JJ. concerning the respondents' claims inspired by customary international law, while I agree with their analysis and conclusion, I wish to briefly stress a few points on that issue before addressing the act of state doctrine.

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

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

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

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

II. Claims Inspired by Customary International Law

[268] On this first issue, I must emphasize that the extension of customary international law to corporations represents a significant departure in this area of the law.

[269] The question posed to this Court is not whether corporations are “immune” from liability under customary international law (Abella J.’s reasons, at para. 104), but whether customary international law extends the scope of liability for violation of the norms at issue to corporations: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2nd Cir. 2010), at p. 120, aff’d on other grounds, 569 U.S. 108 (2013). While my colleague recites the rigorous requirements for establishing a norm of customary international law (paras. 77-78), when it comes to actually analyzing whether international human rights law applies to corporations, she does not engage in the descriptive inquiry into whether there is a sufficiently widespread, representative and consistent state practice. Instead, she relies on normative arguments about why customary international law ought to apply to corporations: see paras. 104-13. A court cannot abandon the test for international custom in order to recast international law into a form more compatible with its own preferences:

As Professor Dworkin demonstrated in *Law’s Empire* (1986), the ordering of competing principles according to the importance of the values which they embody is a basic technique of adjudication. But the same approach cannot be adopted in international law, which is based upon the common consent of nations. 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.

(*Jones v. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, at p. 298, per Lord Hoffmann)

II. Réclamations inspirées du droit international coutumier

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

[269] La question soumise à la Cour n’est pas de savoir si les corporations sont « à l’abri » de toute responsabilité au regard du droit international coutumier (motifs de la juge Abella, par. 104), mais plutôt de savoir si le droit international coutumier élargit la portée de la responsabilité pour violation des normes dont il est question aux corporations : *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2nd Cir. 2010), p. 120, conf. pour d’autres motifs, 569 U.S. 108 (2013). Bien que ma collègue fasse état des exigences rigoureuses pour qu’une norme de droit international coutumier soit établie (par. 77-78), lorsque vient le temps d’analyser la question de l’application du droit international des droits de la personne aux corporations, elle ne procède pas à l’examen descriptif quant à savoir si la pratique de l’État est suffisamment répandue, représentative et uniforme. Elle se fonde plutôt sur des arguments normatifs concernant les raisons pour lesquelles le droit international coutumier devrait s’appliquer aux corporations : voir par. 104-113. Un tribunal ne peut abandonner le test relatif aux coutumes internationales afin de reformuler le droit international pour le rendre plus compatible avec ses propres préférences :

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

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

My colleague is indeed correct that international law “does move” (para. 106), but it moves only so far as state practice will allow. The widespread, representative and consistent state practice and *opinio juris* required to establish a customary rule do not presently exist to support the proposition that international human rights norms have horizontal application between individuals and corporations: J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9th ed. 2019), at pp. 102 and 607.

III. Act of State Doctrine

[270] Turning to the issue of the act of state doctrine, this is not a conflict of laws case. This Court is not being asked to determine whether the courts of British Columbia have jurisdiction over the parties, whether a court of another jurisdiction is a more appropriate forum to hear the dispute, whether the law of another jurisdiction should be applied or what the content of that foreign law happens to be.

[271] Rather, we must decide whether the respondents’ claims are amenable to adjudication by courts within Canada’s domestic legal order or whether they are allocated to the plane of international affairs for resolution in accordance with the principles of public international law and diplomacy. In my view, the respondents’ claims, as pleaded, fall within this latter category. Accordingly, I would allow the appeal and dismiss the respondents’ claims in their entirety, as they are not justiciable.

[272] In the reasons that follow, I begin by outlining two distinct branches within the act of state doctrine. I conclude that our choice of law jurisprudence does indeed play a similar role to that of certain aspects of the act of state doctrine. However, I also conclude that the act of state doctrine includes a second branch distinct from choice of law which renders some claims non-justiciable. This branch of the doctrine bars the adjudication of civil actions

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

III. Doctrine de l’acte de gouvernement

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

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

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

which have their foundation in allegations that a foreign state has violated public international law.

[273] Next, I discuss how the doctrine of justiciability and the constitutional separation of powers explain why a Canadian court may not entertain a civil claim between private parties where the outcome depends on a finding that a foreign state violated international law. Finally, I apply the doctrine of justiciability to the respondents' claims, ultimately finding that they are not justiciable, because they require a determination that Eritrea has committed an internationally wrongful act.

A. *Substantive Foundations of the Act of State Doctrine*

[274] Whether a national court is competent to adjudicate upon the lawfulness of sovereign acts of a foreign state is a question that has many dimensions. As the United Kingdom Supreme Court explained in *Belhaj v. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964, the act of state doctrine can be disaggregated into an array of categories: para. 35, per Lord Mance; paras. 121-22, per Lord Neuberger; paras. 225-38, per Lord Sumption.

[275] My colleague holds that the act of state doctrine, and all of its animating principles, have been completely subsumed by the Canadian choice of law and judicial restraint jurisprudence. With respect, I am unable to agree with her approach. There is another distinct, though complementary, dimension of the act of state doctrine in addition to the choice of law dimension. Claims founded upon a foreign state's alleged breach of international law raise a unique issue of justiciability which is not addressed in my colleague's reasons.

[276] Whether this dimension is referred to as a branch of the act of state doctrine or as a specific application of the more general doctrine of justiciability, the Canadian jurisprudence leads to the

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

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

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

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

[275] Selon ma collègue, la doctrine de l'acte de gouvernement, et tous les principes qui la sous-tendent, ont été complètement subsumés dans la jurisprudence canadienne relative au choix de la loi applicable et à la retenue judiciaire. Avec égards, je ne puis souscrire à son approche. Il existe un autre aspect distinct, bien que complémentaire, de la doctrine de l'acte de gouvernement en plus de l'aspect relatif au choix de la loi applicable. Les réclamations fondées sur une violation du droit international qu'aurait commise un État étranger soulèvent une question unique de justiciabilité qui n'est pas abordée dans les motifs de ma collègue.

[276] Que cet aspect soit qualifié de volet de la doctrine de l'acte de gouvernement ou considéré comme une application précise de la doctrine plus générale de la justiciabilité, la jurisprudence canadienne mène

conclusion that some claims are not justiciable, because adjudicating them would impermissibly interfere with the conduct by the executive of Canada's international relations.

[277] I pause to note that the distinction between the non-justiciability and choice of law branches does not exhaust the “array of categories” within the act of state doctrine. Rather, I prefer to consider the doctrine along two axes: (1) unlawfulness under the foreign state's domestic law, as opposed to unlawfulness under international law; and (2) the choice of law branch, as opposed to the non-justiciability branch, of the doctrine. These two axes are inter-related. As I explain below, there are choice of law rules that apply to a court's review of alleged unlawfulness under the foreign state's domestic law and under international law. There are also rules of non-justiciability which address unlawfulness under the foreign state's domestic law and unlawfulness under international law. The discussion that follows is not intended to be comprehensive, as my aim is simply to demonstrate that the issue before this Court is whether a domestic court is competent to adjudicate claims based on a foreign state's violations of international law under the non-justiciability branch of the doctrine.

[278] I turn now to the underlying rationale for drawing a distinction between the respective branches of the act of state doctrine.

(1) Choice of Law Branch of the Act of State Doctrine

[279] The choice of law branch of the act of state doctrine establishes a general rule that a foreign state's domestic law — or “municipal law” — will be recognized and normally accepted as valid and effective: *Belhaj*, at paras. 35 and 121-22. In England, the effect of this principle is that English courts will not adjudicate on the lawfulness or validity of sovereign acts performed by a state under its own laws:

à conclure que certaines réclamations ne sont pas justiciables, parce que le fait de se prononcer sur celles-ci constituerait une ingérence inadmissible dans la conduite par l'exécutif des relations internationales du Canada.

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

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

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

[279] Le volet de la doctrine de l'acte de gouvernement relatif au choix de la loi applicable établit la règle générale voulant que le droit interne d'un État étranger — ou « droit municipal » — sera reconnu et habituellement accepté comme valide et exécutoire : *Belhaj*, par. 35 et 121-122. En Angleterre, ce principe fait en sorte que les tribunaux anglais ne se prononceront pas sur la légalité ou la validité

Johnstone v. Pedlar, [1921] 2 A.C. 262, at p. 290 (H.L.). This branch is focused on whether an English court should give effect to a foreign state’s municipal law.

[280] There are exceptions to this general rule. The act of state doctrine gives way to the “well-established exception in private international law of public policy”: C. McLachlan, *Foreign Relations Law* (2014), at para. 12.157. For example, in *Oppenheimer v. Cattermole*, [1976] A.C. 249, the House of Lords refused to apply a Nazi-era law depriving Jews of their citizenship and property: pp. 277-78. Lord Cross reasoned that “it is part of the public policy of this country that our courts should give effect to clearly established rules of international law”, and that the Nazi decree was “so grave an infringement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognise it as a law at all”: p. 278. The House of Lords reiterated this principle in *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883, holding that the domestic law of a foreign state could be disregarded if it constitutes a serious violation of international law. Iraq had issued a decree expropriating aircrafts of the Kuwait Airways Corporation which were then in Iraq. The House of Lords held that the Iraqi decree was a clear violation of international law and that the English courts were therefore at liberty to refuse to recognize it on grounds of public policy. This shows how international law informs the public policy exception of the choice of law branch.

[281] In Canada, similar principles are reflected in this Court’s choice of law jurisprudence. In *Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line*, [1949] S.C.R. 530, this Court declined to give effect to a 1940 decree of the Estonian Soviet Socialist Republic that purported to nationalize all Estonian merchant vessels and also purported to have extraterritorial effect. The appeal was decided on the principle that a domestic court will not give

des actes souverains d’un État qui a agi en vertu de ses propres lois : *Johnstone c. Pedlar*, [1921] 2 A.C. 262, p. 290 (H.L.). Ce volet est axé sur la question de savoir si un tribunal anglais devrait donner effet au droit municipal d’un État étranger.

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

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

effect to foreign public laws that purport to have extraterritorial effect: see p. 538, per Rinfret C.J.; p. 542, per Kerwin J.; p. 547, per Rand J.; pp. 547-51, per Kellock J. However, Rand J. would also have held that, irrespective of the decree's extraterritorial scope, there is a "general principle that no state will apply a law of another which offends against some fundamental morality or public policy": p. 545. I note that no act of state issue actually arose on the facts of that case, as the domestic law branch of the act of state doctrine applies only to acts carried out in the foreign state's territory: see, e.g., *Belhaj*, at paras. 229 and 234, per Lord Sumption. Therefore, it is unsurprising that "[n]o act of state concerns about Estonia's sovereignty or non-interference in its affairs were even raised by the Court": Abella J.'s reasons, at para. 46.

[282] In another English case, *Buck v. Attorney General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), the plaintiffs sought a declaration that the constitution of Sierra Leone was invalid. Lord Harman held that an English court could not make a declaration that impugned the validity of the constitution of a foreign state: p. 885. Lord Diplock reasoned that the claim had to be dismissed because the issue of the validity of the foreign law did not arise incidentally:

The only subject-matter of this appeal is an issue as to the validity of a law of a foreign independent sovereign state, in fact, the basic law prescribing its constitution. The validity of this law does not come in question incidentally in proceedings in which the High Court has undoubted jurisdiction as, for instance, the validity of a foreign law might come in question incidentally in an action on a contract to be performed abroad. The validity of the foreign law is what this appeal is about; it is nothing else. That is a subject-matter over which the English courts, in my view, have no jurisdiction. [pp. 886-87]

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

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

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

[283] While the facts of *Buck* fall within the non-justiciability branch, the effect of Lord Diplock's reasoning is that the act of state doctrine does not prevent a court from examining the validity of a foreign law if the court is obliged to determine the content of the foreign law as a choice of law issue. As Professor McLachlan points out, any other approach could lead to perverse results, because a court applying foreign law must apply the law as it would have been applied in the foreign jurisdiction: McLachlan, at para. 12.139.

[284] In this regard, too, this Court reached a similar result in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289. The issue in it was whether British Columbia's superior court could rule on the constitutionality of a Quebec statute which prohibited the removal from Quebec of business documents required for judicial processes outside Quebec. This Court approached the question as one of conflict of laws, observing that there was no reason why a court should never be able to rule on the constitutionality of another province's legislation. Ultimately, this Court held that a provincial superior court has jurisdiction to make findings respecting the constitutionality of a statute enacted by the legislature of another province if this issue arises incidentally in litigation before it. The constitutionality of the Quebec statute was not foundational to the claim advanced in the British Columbia courts. Rather, it arose in the discovery process in the context of the parties' obligation to disclose relevant documents, some of which were in Quebec. Therefore, the constitutionality of the statute could properly be considered in the choice of law analysis. Of course, because the facts of that case gave rise to an issue involving the British Columbia courts and Quebec legislation, it is, again, unsurprising that this Court "made no reference to act of state": Abella J.'s reasons, at para. 48.

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

[284] À cet égard, la Cour est encore une fois arrivée à une conclusion semblable dans l'arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289. La question était celle de savoir si la cour supérieure de la Colombie-Britannique pouvait statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise, qui interdisait de sortir du Québec des documents d'entreprise exigés dans le cadre d'une instance se déroulant à l'extérieur de la province. La Cour a traité la question comme une question de conflit de lois, faisant remarquer qu'il n'existait aucune raison justifiant qu'un tribunal ne puisse jamais statuer sur la constitutionnalité d'une loi d'une autre province. La Cour a finalement conclu que les cours supérieures provinciales sont compétentes pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi adoptée par la législature d'une autre province si la question est accessoire au litige dont elles sont saisies. La constitutionnalité de la loi québécoise ne constituait pas le fondement de l'action introduite devant les tribunaux de la Colombie-Britannique. La question s'est plutôt posée à l'occasion du processus de communication préalable de la preuve dans le cadre de l'obligation des parties de communiquer les documents pertinents, dont certains se trouvaient au Québec. Par conséquent, la constitutionnalité de la loi pouvait être considérée à juste titre dans le cadre de l'analyse du choix de la loi applicable. Évidemment, comme les faits de cette affaire soulevaient une question mettant en cause les tribunaux de la Colombie-Britannique et une loi du Québec, il n'est pas surprenant que la Cour n'ait « fait aucune mention d'un acte de gouvernement » : motifs de la juge Abella, par. 48.

[285] Nonetheless, based on this comparative review of the case law, it appears that this Court's choice of law jurisprudence leads to the same result as the choice of law branch of the English act of state doctrine: see McLachlan, at paras. 12.24 and 12.126-12.167. To this extent, I agree with Abella J. that that jurisprudence plays a similar role to that of the choice of law branch of the act of state doctrine in the context of alleged unlawfulness under foreign domestic and international law: paras. 44-57. However, this is not true as regards the non-justiciability branch as applied to alleged violations of international law.

(2) Non-justiciability Branch of the Act of State Doctrine

[286] The non-justiciability branch of the doctrine is concerned with judicial abstention from adjudicating upon the lawfulness of actions of foreign states: see *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888 (H.L.), at p. 931; McLachlan, at paras. 12.168 and 12.177-12.178. As I explain below, a court should not entertain a claim, even one between private parties, if a central issue is whether a foreign state has violated its obligations under international law.

[287] *Blad v. Bamfield* (1674), 3 Swans. 604, 36 E.R. 992, may be the earliest case regarding this branch of the act of state doctrine. A Danish man, Blad, had seized property of English subjects (including Bamfield) in Iceland on the authority of letters patent granted by the King of Denmark. Blad was sued in England for this allegedly unlawful act. He sought an injunction to restrain the proceeding. In the High Court of Chancery, Lord Nottingham entered a stay of the proceeding against Blad because the English subjects' defence against the injunction was premised on a finding that the Danish letters patent were inconsistent with articles of peace between England and Denmark. Lord Nottingham reasoned that a misinterpretation of the articles of peace "may be the unhappy occasion of a war" (p. 606), and that

[285] Cela étant dit, il ressort de cet examen comparatif de la jurisprudence que les décisions en matière de choix de la loi applicable rendues par notre Cour mènent au même résultat que le volet relatif au choix de la loi applicable de la doctrine anglaise de l'acte de gouvernement : voir McLachlan, par. 12.24 et 12.126-12.167. Dans cette mesure, je suis d'accord avec la juge Abella pour dire que cette jurisprudence joue un rôle semblable à celui du volet relatif au choix de la loi applicable de la doctrine de l'acte de gouvernement dans le contexte des allégations d'actes illégaux au regard du droit national étranger et du droit international : par. 44-57. Or, on ne peut dire la même chose concernant le volet relatif à la non-justiciabilité, lorsqu'on l'applique à des violations alléguées du droit international.

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

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

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

it would be “monstrous and absurd” (p. 607) to have a domestic court decide the question of the legality of the Danish letters patent, the meaning of the articles of peace or the question of whether the English had a right to trade in Iceland.

[288] Another early case on the act of state doctrine is *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1, 9 E.R. 993. Revolutionaries in the German duchy of Brunswick overthrew the reigning Duke, Charles, in 1830. The King of Hanover deposed Charles in favour of Charles’ brother, William, and placed Charles’ assets under the guardianship of the Duke of Cambridge. Charles brought an action in which he sought an accounting for the property of which he had been deprived. In the House of Lords, Lord Chancellor Cottenham reasoned that the action was not concerned with determining private rights as between individuals but, rather, concerned an allegation that the King of Hanover had acted contrary to the “laws and duties and rights and powers of a Sovereign exercising sovereign authority”: p. 1000. This led the Lord Chancellor to conclude that the English courts cannot “entertain questions to bring Sovereigns to account for their acts done in their sovereign capacities abroad”: p. 1000.

[289] The leading case on the non-justiciability branch is *Buttes Gas*. The Occidental Petroleum Corporation and Buttes Gas and Oil Co. held competing concessions to exploit disputed oil reserves near an island in the Arabian Gulf. Occidental claimed its right to exploit the reserves under a concession granted by the emirate of Umm al Qaiwain. Buttes Gas claimed its right pursuant to one granted by the emirate of Sharjah. Both emirates, as well as Iran, claimed to be entitled to the island and to its oil reserves. After the United Kingdom intervened, the dispute was settled by agreement. Occidental’s concession was subsequently terminated. Occidental alleged that Buttes Gas and Sharjah had fraudulently conspired to cheat and defraud Occidental, or to cause the United Kingdom and Iran to act unlawfully

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

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

[289] L’arrêt de principe sur le volet relatif à la non-justiciabilité est l’arrêt *Buttes Gas*. La Occidental Petroleum Corporation et Buttes Gas and Oil Co. possédaient des concessions concurrentes qui leur permettaient d’exploiter les réserves de pétrole en litige, lesquelles étaient situées près d’une île du golfe Persique. Occidental prétendait avoir le droit d’exploiter les réserves en vertu d’une concession accordée par l’émirat d’Umm al Qaiwain, alors que Buttes Gas affirmait tenir son droit d’exploitation d’une concession accordée par l’émirat de Sharjah. Les deux émirats de même que l’Iran disaient avoir la propriété de l’île et de ses réserves de pétrole. À la suite de l’intervention du Royaume-Uni, le conflit fut réglé au moyen d’un accord. La concession d’Occidental a par la suite été résiliée. Occidental a allégué

to the injury of Occidental: p. 920. Buttes Gas argued that an English court should not entertain such claims, as they concerned acts of foreign states.

[290] In the House of Lords, Lord Wilberforce held that Occidental's claim was not justiciable. He identified a branch of the act of state doctrine which he said was concerned with the applicability of foreign domestic legislation: p. 931. He suggested that this branch was essentially a choice of law rule concerned with the choice of the proper law to apply to a dispute: p. 931. However, he drew one important distinction:

It is one thing to assert that effect will not be given to a foreign municipal law or executive act if it is contrary to public policy, or to international law (cf. *In re Helbert Wagg & Co. Ltd's Claim* [1956] Ch. 323) and quite another to claim that the courts may examine the validity, under international law, or some doctrine of public policy, of an act or acts operating in the area of transactions between states. [p. 931]

[291] Lord Wilberforce went on to hold, following *Blad, Duke of Brunswick* and other authorities, that private law claims which turn on a finding that a foreign state has acted in a manner contrary to public international law are not justiciable by an English court:

It would not be difficult to elaborate on these considerations, or to perceive other important inter-state issues and/or issues of international law which would face the court. They have only to be stated to compel the conclusion that these are not issues upon which a municipal court can pass. Leaving aside all possibility of embarrassment in our foreign relations (which it can be said not to have been drawn to the attention of the court by the executive) there are . . . no judicial or manageable standards by which to judge these issues, or to adopt another phrase (from a passage not quoted), the court would be in a judicial no-man's land: the court would be asked to review transactions in which four sovereign states were involved, which they had brought to a precarious settlement, after diplomacy and

que Buttes Gas et l'émirat Sharjah avaient comploté frauduleusement en vue de la tromper et de la frauder, ou en vue d'inciter le Royaume-Uni et l'Iran à agir illégalement au détriment d'Occidental : p. 920. Buttes Gas soutenait que les tribunaux anglais ne devraient pas instruire de telles demandes, puisqu'elles concernaient les actes d'États étrangers.

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

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

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

[TRADUCTION] Il ne serait pas difficile d'élaborer sur ces considérations, ou d'imaginer d'autres questions inter-étatiques importantes, et/ou d'autres questions de droit international dont la cour serait saisie. Il suffit de les énoncer pour arriver impérativement à la conclusion que ce ne sont pas des questions sur lesquelles un tribunal municipal peut se prononcer. Outre qu'elles peuvent nous plonger dans l'embarras sur le plan des relations étrangères (ce qui, pourrait-on dire, n'a pas été porté à l'attention de la cour par l'exécutif), il n'existe [. . .] aucune norme judiciaire ou fonctionnelle permettant de statuer sur ces questions ou, pour reprendre une autre expression (tirée d'un passage non cité), la cour se retrouverait dans un « *no man's land* » judiciaire : elle serait appelée à examiner des transactions

the use of force, and to say that at least part of these were “unlawful” under international law. [p. 938]

[292] In the two passages reproduced above, Lord Wilberforce touched on an important point: a distinction must be drawn between the types of problems addressed in justiciability cases and the types of problems addressed in choice of law cases. Private international law is a response to the problem of how to distribute legal authority among competing municipal jurisdictions: R. Banu, “Assuming Regulatory Authority for Transnational Torts: An Interstate Affair? A Historical Perspective on the Canadian Private International Law Tort Rules” (2013), 31 *Windsor Y.B. Access Just.* 197, at p. 199. However, the problem posed by claims based on violations of public international law is that the international plane constitutes an additional legal system with its own claim to jurisdiction over certain legal questions: McLachlan, at para. 12.22. Thus, conflict of laws rules alone are not capable of addressing the concerns raised by Lord Wilberforce in *Buttes Gas*, because they do not mediate between domestic legal systems and the international legal system. In order to address the problems raised by Lord Wilberforce regarding the legitimacy of a domestic court’s consideration of questions of international law, this Court must inquire into whether such questions are justiciable under Canada’s domestic constitutional arrangements.

[293] Before doing so, I want to express my agreement with Newbury J.A. that the early English cases which underpin the act of state doctrine were received into the law of British Columbia in 1858 by what is now s. 2 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253: 2017 BCCA 401, 4 B.C.L.R. (6th) 91, at para. 123. However, for conceptual clarity, the principles animating early cases such as *Blad* and *Duke of Brunswick* should be reflected through the lens of the modern doctrine of justiciability recognized by this Court in *Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*,

concernant quatre États souverains — à l’égard desquelles un règlement précaire est intervenu, après avoir usé de diplomatie et de force — et à dire qu’au moins une partie de ces transactions étaient « illégales » au regard du droit international. [p. 938]

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

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

2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750. It is to that doctrine which I now turn.

B. *Justiciability of International Law Questions in Canada*

[294] Justiciability is rooted in a commitment to the constitutional separation of powers: L. M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (2nd ed. 2012), at p. 289. The separation of powers under the Constitution prescribes different roles for the executive, legislative and judicial orders: *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70. In exercising its jurisdiction, a court must conform to the separation of powers by showing deference for the roles of the executive and the legislature in their respective spheres so as to refrain from unduly interfering with the legitimate institutional roles of those orders: *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paras. 29-30. It is “fundamental” that each order not “overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other”: *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389, per McLachlin J. The doctrine of justiciability reflects these institutional limitations.

[295] This Court recognized the existence of a general doctrine of non-justiciability in *Highwood Congregation*, stating that the main question to be asked in applying the doctrine of justiciability is whether the issue is one that is appropriate for a court to decide: para. 32. The answer to that question depends on whether the court asking the question has the institutional capacity to adjudicate the matter and whether its doing so is legitimate: para. 34.

[296] A court has the institutional capacity to consider international law questions, and its doing so is legitimate, if they also implicate questions with respect to constitutional rights (*Canada (Justice)*

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

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

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

[295] Dans l'arrêt *Highwood Congregation*, notre Cour a reconnu l'existence d'une doctrine générale de non-justiciabilité, et a déclaré que la question principale devant être posée lors de l'application de cette doctrine est de savoir si la question en litige en est une qu'il convient de faire trancher par un tribunal : par. 32. Pour répondre à cette question, il faut se demander si le tribunal qui pose la question dispose de la capacité institutionnelle requise pour trancher l'affaire et s'il est légitime qu'il le fasse : par. 34.

[296] Un tribunal possède la capacité institutionnelle requise pour instruire des questions de droit international, et il est légitime qu'il le fasse, si celles-ci impliquent aussi des questions relatives aux droits

v. Khadr, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125), the legality of an administrative decision (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3) or the interface between international law and Canadian public institutions (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 23). If, however, a court allows a private claim which impugns the lawfulness of a foreign state's conduct under international law, it will be overstepping the limits of its proper institutional role. In my view, although the court has the institutional capacity to consider such a claim, its doing so would not be legitimate.

[297] The executive is responsible for conducting international relations: *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 39. In *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, this Court observed that creating a universal civil jurisdiction allowing torture claims against foreign officials to be pursued in Canada “would have a potentially considerable impact on Canada’s international relations”, and that such decisions are not to be made by the courts: para. 107. Similar concerns arise in the case of litigation between private parties founded upon allegations that a foreign state has violated public international law. Such disputes “are not the proper subject matter of judicial resolution” (Sossin, at p. 251), because questions of international law relating to internationally wrongful acts of foreign states are not judicial claims amenable to adjudication on “judicial or manageable standards” (*Buttes Gas*, at p. 938, per Lord Wilberforce). Such questions are allocated to the plane of international affairs for resolution in accordance with the principles of public international law and diplomacy.

[298] In *Khadr* (2010), this Court justified its interference with the exercise by the executive of an aspect of its power over international relations on the basis that the judiciary possesses “a narrow power to review and intervene on matters of foreign affairs

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

[297] L’exécutif est chargé de la conduite des relations internationales : *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 39. Dans l’arrêt *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, la Cour a fait observer que la création d’une compétence universelle en matière civile qui permettrait que des poursuites soient intentées au Canada contre des agents d’un État étranger pour des actes de torture « aurait des conséquences potentiellement graves sur les relations internationales du Canada » et que de telles décisions n’incombaient pas aux tribunaux : par. 107. Des préoccupations semblables se posent dans le cas des litiges entre des parties privées fondés sur des allégations qu’un État étranger a violé le droit international public. De telles disputes [TRADUCTION] « ne se prêtent pas à une intervention judiciaire » (Sossin, p. 251), parce que les questions de droit international liées aux actes illicites à l’échelle internationale commis par des États étrangers ne sont pas des demandes juridiques susceptibles d’être tranchées selon des [TRADUCTION] « normes judiciaires ou fonctionnelles » (*Buttes Gas*, p. 938, lord Wilberforce). De telles questions entrent dans la catégorie des affaires internationales devant être tranchées selon les principes du droit international public et de la diplomatie.

[298] Dans l’arrêt *Khadr* (2010), notre Cour a justifié son intervention quant à l’exercice par l’exécutif d’un aspect de son pouvoir sur les relations internationales sur le fondement que les tribunaux jouissent d’un « pouvoir circonscrit pour examiner

to ensure the constitutionality of executive action”: para. 38. However, the same cannot be said of a private claim for compensation which is dependent upon a determination that a foreign state has breached its international obligations. This is not a case in which a court would be abdicating its constitutional judicial review function if it were to decline to adjudicate the claim.

[299] *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 2005 WL 2082846 (S.D. New York), is an example of how private litigation can interfere with the responsibility of the executive for the conduct of international relations. In *Presbyterian*, a foreign state had sent a diplomatic note to the United States Department of State in response to litigation initiated in the U.S. by Sudanese residents against a company incorporated and domiciled in the foreign state that had operations in Sudan. The allegations were based on violations of international law by Sudan. Although the company’s motion to dismiss the claim was not successful, the incident was significant enough to spur the foreign state to send the diplomatic note in which it insisted that its foreign policy was being undermined by the litigation. I would point out in particular that the motion failed because the action as pleaded did “not require a judgment that [the foreign state’s foreign policy] was or caused a violation of the law of nations”, which suggests that if the reverse were true, the claim would have been barred: para. 5. Thus, even in the case of disputes between private parties, when courts “engage in piecemeal adjudication of the legality of the sovereign acts of states, they risk disruption of our country’s international diplomacy”: *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981), at pp. 1358-60.

[300] As a practical matter, Canadian courts have good reason to refrain from passing judgment on alleged internationally wrongful acts of foreign states. If Canadian courts claimed the power to pass judgment on violations of public international law by

les questions relatives aux affaires étrangères et intervenir à leur égard » : par. 38. On ne saurait toutefois en dire autant d’un recours privé en compensation qui est tributaire de la conclusion qu’un État étranger ait manqué à ses obligations internationales. Il ne s’agit pas d’un cas où le tribunal renoncerait à l’exercice de son pouvoir constitutionnel de contrôle s’il refusait de statuer sur la demande.

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

[300] D’un point de vue pratique, les tribunaux canadiens ont de bonnes raisons de s’abstenir de se prononcer sur des allégations d’actes illicites à l’échelle internationale qu’auraient commis des États étrangers. Si les tribunaux canadiens s’arrogeaient le

states, that could well have unforeseeable and grave impacts on the conduct of Canada's international relations, expose Canadian companies to litigation abroad, endanger Canadian nationals abroad and undermine Canada's reputation as an attractive place for international trade and investment. Sensitive diplomatic matters which do not raise domestic public law questions should be kept out of the hands of the courts.

[301] Further, as this doctrine consists in a rule of non-justiciability, it is not amenable to the application of a public policy exception. It arises from the constitutional separation of powers and the limits of the legitimacy of acts of the judiciary. The public importance and fundamental nature of the values at stake cannot render justiciable that which is otherwise not within the judiciary's bailiwick.

[302] Abella J. relies on the *Secession Reference* as authority for the proposition that the adjudication of questions of international law is permitted for the purpose of determining the private law rights or obligations of individuals within our legal system: para. 49. With respect, this is an overstatement of the scope of the reasoning in the *Secession Reference*, in which this Court held that it could consider the question whether international law gives the National Assembly, the legislature or the Government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally: paras. 21-23. In the Court's view, the question was not a "pure" question of international law, because its purpose was to determine the legal rights of a public institution which exists as part of the domestic Canadian legal order: para. 23. This Court's holding was confined to delineating the scope of Canada's obligation to respect the right to self-determination of the people of Quebec. No issue regarding private law claims or internationally wrongful acts of a foreign state arose in the *Secession Reference*.

pouvoir de juger des violations du droit international public commises par des États, cela pourrait fort bien entraîner des conséquences imprévisibles et graves sur la conduite des relations internationales du Canada, exposer les corporations canadiennes à des poursuites à l'étranger, compromettre la sécurité des ressortissants canadiens à l'étranger et nuire à la réputation du Canada en tant que pays prisé pour le commerce et les investissements internationaux. Les affaires diplomatiques de nature délicate qui ne soulèvent aucune question de droit public interne devraient être gardées hors des mains des tribunaux.

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

[302] La juge Abella se fonde sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* à l'appui de la proposition voulant qu'il soit permis de statuer sur des questions de droit international pour déterminer les droits ou obligations de droit privé de toute personne au sein de notre système juridique : par. 49. En toute déférence, c'est donner une portée excessive au raisonnement de la Cour dans cette affaire, où celle-ci a conclu qu'elle pouvait examiner la question de savoir si l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec possédait, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada : par. 21-23. De l'avis de la Cour, la question n'en était pas une de droit international « pur », parce qu'elle visait à déterminer les droits juridiques d'une institution publique qui fait partie de l'ordre juridique interne canadien : par. 23. Cette conclusion de la Cour se limitait à la définition de la portée de l'obligation qu'avait le Canada de respecter le droit à l'autodétermination du peuple québécois. Aucune question touchant à des recours de droit privé ou à des actes illicites à l'échelle internationale commis par des États étrangers n'a été soulevée dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

[303] In its public law decisions, this Court has had recourse to international law to determine issues relating to other public authorities, such as whether municipalities can levy rates on foreign legations (*Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208) and whether the federal or provincial governments possess proprietary rights in Canada's territorial sea and continental shelf (*Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86). It has never held that a Canadian court is free, in adjudicating a private law claim, to decide whether a foreign state — which does not exist as a part of the domestic Canadian legal order — has violated public international law.

[304] Abella J. also relies on decisions in the extradition and deportation contexts, in which courts consider the human rights records of foreign states as part of their decision-making process: paras. 50-55. However, when Canadian courts examine the human rights records of foreign states in extradition and deportation cases, they do so to ensure that Canada complies with its own international, statutory and constitutional obligations: see *Suresh*. The same cannot be said of a civil claim for compensation. To equate the respondents' civil claim for a private law remedy to claims in the public law extradition and deportation contexts is to disregard the judiciary's statutory and constitutional mandates to consider human rights issues in foreign states in extradition and deportation cases. No such mandate exists in the context of private law claims.

[305] In conclusion, although a court has the institutional capacity to consider international law questions, it is not legitimate for it to adjudicate claims between private parties which are founded upon an allegation that a foreign state violated international

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

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

[305] En conclusion, bien qu'une cour dispose de la capacité institutionnelle nécessaire pour instruire des questions de droit international, il n'est pas légitime qu'elle statue sur les demandes entre parties privées reposant sur une allégation voulant qu'un

law. The adjudication of such claims impermissibly interferes with the conduct by the executive of Canada's international relations. That interference is not justified without a mandate from the legislature or a constitutional imperative to review the legality of executive or legislative action in Canada. In the absence of such a mandate or imperative, claims based on a foreign state's internationally wrongful acts are allocated to the plane of international affairs for resolution in accordance with the principles of public international law and diplomacy.

IV. The Respondents' Claims Require a Determination That Eritrea Violated Public International Law

[306] In this context, justiciability turns on whether the outcome of the claims is dependent upon the allegation that the foreign state acted unlawfully. If this issue is central to the litigation, the claims are not justiciable: e.g., *Buck*, at pp. 886-87; *Buttes Gas*, at pp. 935-38. By contrast, a court may consider the legality of acts of a foreign state under municipal or international law if the issue arises incidentally: e.g., *Hunt*; *W. S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400 (1990), at p. 406.

[307] In *Buck*, the issue of the validity of the foreign state's constitution was central to the plaintiffs' claim, because the plaintiffs were seeking a declaration that the constitution of Sierra Leone was invalid: p. 886. Lord Diplock stated:

I do not think that this rule [that a state does not purport to exercise jurisdiction over the internal affairs of another state], which deprives the court of jurisdiction over the subject-matter of this appeal because it involves assertion of jurisdiction over the internal affairs of a foreign sovereign state, can be eluded by the device of making the Attorney-General for England a party instead of the government of Sierra Leone. [p. 887]

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

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

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

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

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

[308] A case to the opposite effect is *Kirkpatrick*, in which the respondent alleged that the petitioner had obtained a construction contract from the Nigerian Government by bribing Nigerian officials, which was prohibited under Nigerian law. Scalia J. found that the factual predicate for application of the act of state doctrine did not exist in that case, as nothing in the claim required the court to declare an official act of a foreign state to be invalid: p. 405. Scalia J. reasoned that

[a]ct of state issues only arise when a court *must decide* — that is, when the outcome of the case turns upon — the effect of official action by a foreign sovereign. When that question is not in the case, neither is the act of state doctrine. That is the situation here. Regardless of what the court’s factual findings may suggest as to the legality of the Nigerian contract, its legality is simply not a question to be decided in the present suit, and there is thus no occasion to apply the rule of decision that the act of state doctrine requires. [Emphasis in original; p. 406.]

[309] Similarly, in *Hunt*, La Forest J. concluded that the issue of the constitutionality of the “foreign” statute arose incidentally, because it arose in a proceeding in which the plaintiff sought the disclosure of relevant documents, which was barred by the impugned Quebec statute. In *Buttes Gas*, on the other hand, Occidental pleaded the tort of conspiracy against Buttes Gas, but to succeed, the claim required a determination that Sharjah, Umm al Qaiwain, Iran and the United Kingdom had violated international law. This was not incidental to the claim, and the House of Lords held that it was not justiciable: p. 938.

[310] In the case at bar, the issue of the legality of Eritrea’s acts under international law is central to the respondents’ claims. To paraphrase Lord Diplock in *Buck*, at p. 887, the respondents are simply using the appellant, Nevsun Resources Ltd., as a device to avoid the application of Eritrea’s sovereign immunity from civil proceedings in Canada. The respondents’

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

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

[309] De même, dans l’arrêt *Hunt*, le juge La Forest a conclu que la question de la constitutionnalité d’une loi « étrangère » avait été soulevée accessoirement, parce qu’elle s’était posée dans le cadre d’une instance où le demandeur avait cherché à obtenir la communication de documents pertinents, ce qui était interdit par la loi québécoise contestée. En revanche, dans l’affaire *Buttes Gas*, Occidental poursuivait Buttes Gas pour délit civil de complot, mais pour lui donner gain de cause, la cour devait conclure que l’émirat de Sharjah, l’émirat d’Umm al Qaiwain, l’Iran et le Royaume-Uni avaient violé le droit international. La question n’était pas accessoire au litige, et la Chambre des lords a conclu qu’elle ne relevait pas de sa compétence : p. 938.

[310] Dans le cas qui nous occupe, la question de la légalité des actes posés par l’Érythrée au regard du droit international est au cœur même des réclamations des intimés. Pour paraphraser les propos de lord Diplock dans l’arrêt *Buck* (p. 887), les intimés se servent tout simplement de l’appelante, Nevsun Resources Ltd., comme un outil pour

central allegation is that Eritrea’s National Service Program is an illegal system of forced labour (A.R., vol. III, at pp. 162-64) that constitutes a crime against humanity (p. 175). The respondents allege that “Nevsun expressly or implicitly condoned the use of forced labour and the system of enforcement through threats and abuse, by the Eritrean military”, and that it is directly liable for injuries suffered by the respondents as a result of its “failure to stop the use of forced labour and the enforcement practices at its mine site when it was obvious . . . that the plaintiffs were forced to work there against their will”: A.R., vol. III, at p. 178.

[311] In other words, the respondents allege that Nevsun is liable because it was complicit in the Eritrean authorities’ alleged internationally wrongful acts. As was the case in *Buttes Gas*, Nevsun can be liable only if the acts of the actual alleged perpetrators — Eritrea and its agents — were unlawful as a matter of public international law. The case at bar is therefore materially different from *Hunt* and *Kirkpatrick*, in which the legality of the acts of a foreign sovereign state, or of an authority in another jurisdiction, had arisen incidentally to the claim.

[312] To obtain relief, the respondents would have to establish that the National Service Program is a system of forced labour that constitutes a crime against humanity. This means that determinations that the Eritrean state acted unlawfully would not be incidental to the allegations of liability on Nevsun’s part. In my view and with respect, Newbury J.A. erred in finding that the respondents were not asking the court to “inquire into the legality, validity or ‘effectiveness’ of the acts of laws or conduct of a foreign state”: C.A. reasons, at para. 172. As she had noted earlier in her reasons — and I agree with her on this point — given how the complaint was being pleaded, Nevsun could only be found liable if “Eritrea, its officials or agents were found

empêcher l’application de l’immunité de juridiction de l’Érythrée à l’égard d’une instance civile au Canada. L’allégation centrale mise de l’avant par les intimés est que le programme de service national de l’Érythrée est un régime illégal de travail forcé (d.a., vol. III, p. 162-164) constituant un crime contre l’humanité (p. 175). Ils allèguent que [TRADUCTION] « Nevsun tolère expressément ou implicitement le recours au travail forcé et le régime de coercition par l’entremise de menaces et d’abus par l’armée érythréenne » et que Nevsun est directement responsable des préjudices subis par les intimés parce qu’elle « a été incapable de mettre fin au recours au travail forcé et aux mesures coercitives dans sa mine alors qu’il était évident [. . .] que les demandeurs étaient forcés de travailler contre leur gré » : d.a., vol. III, p. 178.

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

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

to have violated fundamental international norms and Nevsun were shown to have been complicit in such conduct”: para. 92. The respondents’ claims, as pleaded, require a determination that Eritrea has violated international law and must therefore fail.

V. Conclusion

[313] It is plain and obvious that the respondents’ claims are bound to fail, because private law claims which are founded upon a foreign state’s internationally wrongful acts are not justiciable, and the respondents’ claims are dependent upon a determination that Eritrea has violated its international obligations. Additionally, for the reasons given by Brown and Rowe JJ., I find that it is plain and obvious that the respondents’ causes of action which are inspired by customary international law are bound to fail. Accordingly, I would allow the appeal and dismiss the respondents’ claims.

Appeal dismissed with costs, BROWN and ROWE JJ. dissenting in part and MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver.

Solicitors for the intervenor the International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law: Waddell Phillips, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the interveners EarthRights International and the Global Justice Clinic at New York University School of Law: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the interveners Amnesty International Canada and the International Commission of Jurists: Champ & Associates, Ottawa; Power Law, Vancouver; University of Ottawa, Ottawa.

que si « l’Érythrée, ses représentants ou mandataires étaient reconnus coupables de violations de normes internationales fondamentales et que s’il était démontré que Nevsun s’était rendue complice de cette conduite » : par. 92. Les réclamations des intimés, telles qu’intentées, exigent qu’il soit conclu que l’Érythrée a violé le droit international et doivent donc être rejetées.

V. Conclusion

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

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

Procureurs de l’appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs des intimés : Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver.

Procureurs de l’intervenant International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law : Waddell Phillips, Toronto; University of Toronto, Toronto.

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

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

Solicitors for the intervener the Mining Association of Canada: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener MiningWatch Canada: Trudel Johnston & Lespérance, Montréal; Andrew E. Cleland, Montréal.

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

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

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-res@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-res@scc-csc.ca